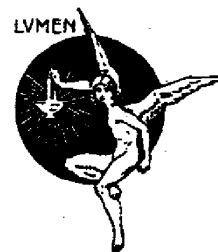


Direito Criminal

Português

Direito Criminal Português

VOLUME II



Coimbra

F. França Amado, Editor

1911

TITULO I

A LEI PENAL

CAPITULO I

Fontes do direito penal

1. — O principio da determinação legal dos crimes e das penas.

Proclamando o principio de que o exercicio do direito de punir está subordinado á condição da prefixação, pela lei, dos delictos e das penas, a *Declaração dos direitos do homem e do cidadão* oppunha á tradição da antiga jurisprudencia criminal, que admittia a existencia de delictos independentemente da lei positiva, o principio fundamental da legalidade dos crimes e das penas. Em correspondencia com a transformação da consciencia juridica, com o triumpho do individualismo, esta garantia contra o arbitrio do juiz, expressa nas fórmulas — *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* — foi consignada em todas as modernas constituições (1).

Entre nós, a carta constitucional mencionava, entre as garantias dos direitos individuaes do cidadão, a de que « ninguém será sentenciado senão pela auctoridade competente, por virtude de lei anterior e na fôrma por ella prescripta » (art. 145.º § 10.º). E, traduzindo o

(1) « *Nullus liber homo, já dizia a Magna Carta, capiatur vel imprisonetur, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae* ». No famoso *Habeas corpus* garantia-se de uma maneira bastante efficaz, a liberdade e segurança individuaes, contra os abusos dos magistrados, e até se chegava a impôr a estes multas em favor dos detidos, quando tivesse sido negado o *Writ* ou auto de *Habeas corpus*.

Bastide, *Les institutions de l'Angleterre sous Edouard VII*, 1910, pag. 91 e segg.

espírito da lei fundamental, o código penal vigente definiu, no artigo 1.º, crime ou delicto o facto voluntário *declarado punível pela lei penal*, confiando-se, assim, ao legislador a função de determinar os actos perturbadores da ordem social, que devem ser considerados ilícitos.

O artigo 5.º do código penal confirma: nenhum facto, ou consista em acção ou omissão, pôde julgar-se criminoso, sem que uma *lei anterior* o qualifique como tal (1).

Tal a doutrina que, consignada nas legislações penaes, é, em nome da necessidade de garantir a segurança e tranquillidade dos cidadãos, geralmente defendida pelos partidários da escola penal classica (2).

Ao lado da vantagem indicada, tem, porém, este principio o inconveniente de assegurar a impunidade a factos criminosos e alarmantes, para que a opinião publica reclama severo castigo. O código penal veio a tornar-se, por paradoxal que pareça a afirmação, a Magna Carta do criminoso, um verdadeiro código protector do delinquente.

No intuito de garantir a liberdade individual e obstar ao arbitrio do poder judicial, coarctada a liberdade que, em certo grau, conviria dar ao juiz em materia penal, pois que é a elle que, sobretudo, incumbe a defesa da sociedade contra o delinquente, visto que é principalmente *no momento judiciario* que a acção d'aquella se pôde realisar e desenvolver mais efficaçmente em relação a este.

Com effeito, se a pena não é nem pôde ser um castigo, uma expiação do mal realiado, imposta em homenagem a principios de justiça absoluta, mas antes

(1) O mesmo principio se encontra ainda definido nos artt. 18.º, 74.º, 84.º e 85.º do código penal.

(2) Vid., por exemplo, Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, t. 1, 1889, pag. 75 e segg.; Pessina, *Elementi di diritto penale*, t. 1, 1882, pag. 87 e segg.

um meio que a sociedade emprega para se defender e integrar na consciencia collectiva e individual uma coacção psychologica, resulta claro que deve ella ser adaptavel á natureza particular do delinquente. D'aqui a necessidade de a *individualisar*, função que, não podendo ser desempenhada pelo legislador (1), o qual tem, necessariamente, de se limitar a fórmulas geraes, cabe ao juiz que, pela analyse da organização psychica do delinquente, dos motivos determinantes e do fim que teve em vista, deveria avaliar a intensidade da sua degenerescencia psychica, o grau de perversão do seu senso moral.

Uma certa liberdade deve, pois, caber-lhe quanto á apreciação do facto ou factos reveladores da temibilidade do delinquente.

Obrigar o juiz á cingir-se a rigidas fórmulas leaes equivale a tornar menos proficua a função judiciaria naquillo que ella tem de mais util: a lucta contra o crime (2).

2. — Continuação: restricções ao principio.

O principio da prefixação, pela lei, dos delictos e das penas não tem, todavia, a despeito dos referidos preceitos do código, o alcance que estes poderiam fazer presuppôr.

(1) Saleilles, *L'individualisation de la peine*, 1898, pag. 197 e segg.

(2) Garofalo, *Ciò che dovrebbe essere un giudizio penale*, apud *Archivio di psichiatria* cit., 1883, t. III, pag. 3 e segg. O código penal norueguês de 1904 é a expressão da nova tendencia para a abdicção de uma parte do poder legislativo nas mãos do juiz, pelo que respeita á applicação da repressão mediante uma determinação menos precisa das incriminações e a fixação exclusiva do maximo das penas. Igual latitude é deixada ao juiz pelo código penal dos Paizes-Baixos, artt. 10.º e segg.

De facto, desde ha muito appareceram e adquiriram corpo certas instituições incompatíveis com aquelle principio. A individualisação da pena, a sua adaptação ao criminoso verifica-se em hypotheseas varias:

a) A corrente scientifica ácerca da individualisação penal começou por um movimento de reacção puramente humana, por uma inspiração de justiça popular, de justiça de opinião. Foi o jury criminal que, primeiro, fez individualisação. A lei não via senão o crime; e, brutalmente, mathematicamente, applicava uma pena, abstrahindo por completo do criminoso. Mas como poderia o jury, em face do accusado, ficar indifferente ao que se passava na sua consciencia, a toda a sua vida anterior? Absorvido pela visão do individuo, acabava por, contrariamente á lei, esquecer o crime. Ha até uma categoria de crimes em que o jury esquece quasi sempre o facto commettido, para não attender senão ao sentimento, ao instincto apaixonado, irresistivel talvez, que o determinou: os delictos passionaes.

A lei applica-lhes, como aos outros, a mesma pena; o jury pretere a lei, absolvendo o criminoso.

Procedendo assim, faz individualisação, visto que só tem em conta o individuo. É muitas vezes individualisação mal applicada e não raro injusta (1). Mas é a revelação de um

(1) Segundo a Nov. Ref. Judiciaria (art. 1162.º), se as respostas do jury forem regulares e completas, porém evidentemente iniquas e injustas, o juiz annullará a discussão de feito e as declarações do jury, ordenando nova discussão da causa, perante outro jury. A segunda decisão não póde ser annullada por iniqua. Afóra este caso, a decisão do jury é irrevogavel e não admite

impulso de consciencia (1), ao mesmo tempo que de um principio: a concepção do individuo predomina sobre a do facto (2).

b) Desde muito cedo as varias legislações penaes foram levadas a consignar a admissibilidade de circumstancias attenuantes para certos crimes, pelo menos para aquelles que provocavam, frequentemente, pela repugnancia em applicar uma lei excessivamente rigorosa, decisões absolutorias escandalosas. As circumstancias attenuantes são um processo de individualisação da pena, embora individualisação puramente empirica, por vezes um pouco passional. É uma individualisação baseada antes no facto da responsabilidade do que na natureza real do agente.

O codigo penal português consagrou esse processo, deixando ao juiz a faculdade de ampliar a enumeração exemplificativa das cir-

curso algum. Preceito analogo se encontra no codigo de justiça militar de 13 de maio de 1896, artigo 450.º Em materia civil (Codigo de Processo Civil, artt. 400.º a 405.º) não tem o juiz a faculdade de annullar por iniqua a decisão do jury, que lhe era conferida pela Nov. Ref. Judiciaria (art. 542.º § 3.º), quando não tivesse sido unanime a decisão.

(1) O jury attende, nas suas decisões, só aos dictames da sua consciencia e intima convicção, em harmonia com o juramento que se lhe defere (Nov. Ref. Judiciaria, art. 1130.º); e, como póde estar convencido da verdade sem provas, apesar das provas em contrario, não está obrigado a attender ao numero e qualidade d'ellas. Sr. Dr. Francisco Maria da Veiga, *O Ministerio Publico na primeira instancia*, 1908, pag. 237.

(2) O jury pronuncia sobre o facto (Carta Constitucional, art. 119.º; Nov. Ref. Judiciaria, art. 157.º), sendo, todavia, competente para apreciar todas as questões que tem relação com o crime.

Sr. Dr. Navarro de Paiva, *Manual do ministerio publico*, t. I, 1900, pag. 489; *Revista dos Tribunaes*, t. XVII, pag. 369.

cumstancias attenuantes da responsabilidade criminal, feita no artigo 39.º (1).

c) Em um outro caso poderia ver-se consagrado na nossa legislação, em certa medida, o arbitrio judicial. Preceituando-se que o silencio, a obscuridade ou *falta de lei* não são fundamentos para o juiz se recusar a julgar alguma causa (2), e impondo-se uma determinada pena aos juizes que se negarem a administrar justiça (3), além da acção por perdas e danos (4), poder-se-ia sustentar, como pretende fazel-o Pedro Dorado em face do codigo penal hespanhol (5), que ao juiz era deixado um certo arbitrio nas suas decisões.

Certo é, porém, que, por um lado, é esta interpretação excluída pelos termos do art. 5.º do codigo penal, e, por outro, os elementos do crime de denegação de justiça (advertencia ou mandado dos juizes superiores) mal se poderão verificar, visto que a lei do processo não nos fornece um recurso especial para se

(1) Vid. circ. 23.ª Assim tambem o codigo de justiça militar, art. 12.º, circ. 9.ª e o codigo de justiça da armada de 1 de setembro de 1899; art. 15.º n.º 10.º

Pelo systema do codigo penal de 1852 (art. 19.º, circ. 22.ª) o arbitrio do juiz estendia-se ás circumstancias aggravantes.

(2) Nov. Ref. Judiciaria, art. 1243.º É um artigo complementario do art. 1242.º, segundo o qual ha denegação de justiça, quando os juizes se recusam, *sem legitimo fundamento*, a julgar as causas, que estão nos termos de o serem, ou a obrar aquelles actos, a que a lei os obriga.

Vid. Codigo de Processo Civil, art. 97.º; Codigo Administrativo, art. 335.º

(3) Codigo penal, art. 286.º

(4) Cod. de Proc. Civ., art. 1092.º n.º 4.º; Cod. Civ., art. 2402.º Vid. Alves de Sá, *Commentario ao codigo de processo civil*, t. II, 1878, pag. 292 e segg.

(5) *Problemas de derecho penal*, 1895, pag. 9 e segg.

compellir o juiz a administrar a justiça pedida. A parte tem os recursos ordinarios para os tribunaes superiores, e, se nestes não se lhe administrar a justiça que requer, não terá meio directo para obter mandado ou advertencia dos juizes superiores.

d) Entre as instituições, que, no direito penal moderno, tanto doutrinal como legislado, representam um ataque á referida prohibição imposta aos tribunaes, devemos notar, pela amplitude que, em taes casos, se concede aos juizes, a liberdade condicional (1), a suspensão da pena ou condemnação condicional (2), as sentenças a tempo indeterminado (3), a substituição por outros meios das penas de prisão e, sobretudo, das de curta duração, (systema das penas parallelas) (4), a substituição de penas mais graves por outras menos graves (5), as casas de correccção e educação

(1) Ácerca d'esta instituição, sua historia e extensão nos auctores e nas legislações: Peratoner, *La liberazione condizionale dei condannati*, 1891, pag. 3 e segg.; Lanza, *Diritto penale italiano*, 1910, t. II, pag. 14.

Vid. Lei de 6 de julho de 1893, artt. 1.º a 6.º; Decreto de 16 de novembro de 1893.

(2) Vid. Lei de 6 de julho de 1893, artt. 8.º a 11.º; Portaria de 22 de julho de 1893.

(3) Marucci, *La nuova filosofia del diritto criminale*, 1904, pag. 176 e segg.

(4) Consiste o systema das penas parallelas em deixar ao juiz diversas categorias de penas, contidas em duas escalas, diferentes pelo seu caracter e regimen, de forma que aquelle teria, para um determinado facto criminoso, penas diferentes a applicar, segundo os individuos. Estabelece este systema o codigo penal hollandês. Vid. Garçon, *Les peines non déshonorantes*, apud *Révue pénitentiaire* cit., 1896, pag. 830 e segg.

(5) Vid. Codigo penal, art. 94.º; Decreto n.º 1 de 15 de setembro de 1892, art. 22.º

para delinquentes menores (1), as colonias agricolas correccionaes (2), etc.

Todas estas instituicoes se fundam em uma concepção da pena como meio de prevençao, concepção opposta á que deu logar ao principio *nullum crimen sine lege*. É que o movimento de reacção contra o arbitrio judicial cessou ou vae perdendo força nos povos cultos, reconhecendo-se absurda a pretensão de encerrar, nos moldes estreitos dos artigos de uma lei, a infinita variedade e riqueza da vida.

Da prova legal passou-se á prova livremente apreciada pela consciencia do julgador (3); das escalas penaes complicadissimas e de applicação mecanica ás escalas penaes de livre applicação, dentro de um maximo e minimo em que legalmente se pode mover a liberdade do juiz (4); e, no congresso penitenciario de Roma, votava-se que o juiz não deve ter outra limitação na sua funcção além da fixação legal do maximo da pena (5). Alguns escriptores vão ainda mais além, chegando a combater toda a predeterminação da pena e a defender, como aspiração ultima, a abolição da medida penal (6).

(1) Vid. Lei de 15 de junho de 1871 e Regulamento de 10 de setembro de 1901; Lei de 17 de abril de 1902; Lei de 27 de abril de 1903.

(2) Vid. Lei de 22 de junho de 1880; Decreto de 17 de agosto de 1901.

(3) G. Vidal, *Cours de droit pénal*, cit., 1901, pag. 760 e segg.; Sr. Dr. Navarro de Paiva, *Tratado theorico e pratico das provas no processo penal*, 1895, pag. 148 e segg.

(4)Codigo penal, art. 88."

(5) Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français* cit., t. 1, pag. 106 e segg.

(6) Vida, *La imputabilidad criminal y las causas que la excluyen ó la modifican*, 1891, pag. 108 e segg.

Segundo o projecto de lei apresentado em 1894 á camara francesa por Martineau, o codigo penal deveria enumerar as accões criminosas, mas sem as penas respectivas.

e) Como ultimo reparo, convém dizer que o Supremo Tribunal de Justiça tem a faculdade de interpretar a lei penal, do mesmo modo que a lei civil, e que a sua interpretação forma jurisprudencia; e, embora seja certo que tal jurisprudencia não constitue fonte de direito legalmente obrigatoria, tambem o é que ella é adduzida perante os tribunaes com grande frequencia, e, se não é tomada em consideração como fonte principal, é-o ao menos como fonte suppletoria (1).

Taes os factos que nos levam á convicção da necessidade de restringir o principio *nullum crimen sine lege*. Demais, se se foge do arbitrio do juiz, cáe-se no do legislador; e este, sendo tão perigoso como o do juiz, carece de uma inestimavel vantagem inherente ao arbitrio judicial. É que, podendo e devendo ser os tribunaes os intermediarios entre o poder legislativo e o povo, entre a fórmula geral e abstracta da lei e os factos concretos, as exigencias e necessidades da vida, representariam elles a via por onde chegariam até á lei as novas correntes da sciencia e as novas aspirações da sociedade.

3. — A lei como fonte do direito penal.

A fonte unica de todo o direito objectivo é a vontade que o cria, de modo mais ou menos conforme aos interesses, ás necessidades, aos sentimentos e ás ideias existentes na sociedade. Mas começaram de considerar-se como fontes juridicas as fórmulas e modos particulares por que aquella vontade se manifesta e actúa; e as fontes,

(1) Sr. Dr. Chaves e Castro, *Organisação e competencia dos tribunaes de justiça portuguezes*, 1910, pag. 163 e segg.

assim entendidas, vieram a distinguir-se em *immediatas* e *mediatas*, segundo teem inherente a si a força obri-gatoria propria do direito objectivo ou a adquirem por derivação, emquanto as fontes immediatas as conside-ram como elementos subsidiarios do mesmo direito objectivo. Veremos que, no direito penal classico, traduzido na nossa legislação, o valor das fontes media-tas é, por virtude da particular certeza e rigidez das suas normas, bastante limitado.

Como fonte immediata do direito penal português surge-nos a lei. Mas qual o alcance das expressões *lei penal* do artigo 1.º e *lei anterior* do artigo 5.º do codigo?

a) A palavra *lei* abrange antes de tudo, o *codigo penal*. Como corollario do disposto no artigo 5.º, declara-se no artigo 15.º que não são crimes os actos que não são qualificados como taes pelo codigo. Devendo o codigo penal conter ou mencionar os actos ou factos criminosos, ou constituindo o mesmo codigo a lei penal geral, é claro que não devem con-siderar-se como crimes os factos que nelle não appareçam incriminados.

b) Mas, ainda para os crimes communs, o codigo penal expressamente exceptua (ar-tigo 15.º § unico, n.º 1.º) os actos qualificados crimes por *legislação especial*:

1) *nas materias não reguladas pelo codigo*, como emigração clandestina (1), transgressões de leis e regulamentos sobre viação publica (2),

(1) Lei de 23 de abril de 1896 e decretos de 3 de julho de 1896 e 27 de setembro de 1901.

(2) Vid. Codigo administrativo, artt. 50.º n.º 13.º, 52.º n.º 12.º, 56.º n.º 5.º, etc.; Sr. Jayme Arthur da Motta, *Codigo administra-tivo anotado*, 1909, pag. 69 e segg., 132, 139.

abuso de liberdade de imprensa (1), crimes commettidos contra a segurança dos cabos submarinos (2), infracção de disposições refe-rentes á marinha mercante (3), publicações pornographicas ou redigidas em linguagem despejada ou provocadora (4).

2) *nas materias de que o codigo se occupa, mas em que se faz referencia a legislação especial*, como as respeitantes á violação das leis sobre inhumações, violação dos tumulos e aos crimes contra a saude publica, em que se manda observar as disposições dos regula-mentos sanitarios (5); aos contrabandos e descaminhos, que o codigo se limita a definir, terminando por mandar observar as disposi-ções das leis especiaes sobre a materia (6).

E é necessario observar que devemos con-siderar abrangidos na expressão *lei penal* não só qualquer diploma legal especial que tenha por exclusivo ou principal fim a repressão dos delictos, mas tambem a *disposição de lei* que preveja um delicto e commine uma pena, e que é, por consequencia, lei penal, embora faça parte de qualquer corpo de lei, geral

(1) Decreto de 28 de outubro de 1910.

(2) Lei de 21 de abril de 1886.

(3) Codigo penal e disciplinar da marinha mercante portu-guesa de 4 de julho de 1864.

(4) Decreto de 22 de outubro de 1910.

(5) Codigo penal, artt. 246.º a 252.º. Acerca das leis sobre inhumações, exhumações e trasladações de cadaveres: Sr. Dr. Coelho da Silva, *Manual de direito parochial*, 1904, pag. 164 e segg.; sobre saude publica: o Regulamento dos serviços de saude e beneficencia publica de 24 de dezembro de 1901; o Regulamento dos serviços de inspecção e fiscalisação dos gene-ros alimenticios de 23 de agosto de 1902 e instrucções para a sua execução de 29 de novembro do mesmo anno.

(6) Codigo penal, artt. 279.º a 281.º; Decretos de 29 de julho de 1886 e n.º 2 de 27 de setembro de 1894.

ou especial, tendo fim diverso do magisterio punitivo.

Neste sentido são leis penaes não só os actos directos da função legislativa, mas os do poder executivo ou administrativo, quando legítimos (1). Porque a função do poder executivo, que prosegue e integra a actividade da legislação, mal poderia ser realisada sem que a execução dos decretos e regulamentos fosse assegurada, como a das leis, por sanções penaes; e porque, fóra das relações sociaes que teem character permanente e uniforme, existe uma multiplicidade de relações que, peculiares a certas localidades, variam com o tempo e com as circumstancias, e que conviria sempre deixar á acção mais opportuna das auctoridades administrativas, o poder executivo não podia deixar de intervir na legislação penal. Em um e outro caso, porém, a auctoridade governamental ou administrativa não exerce o poder regulamentar senão por delegação do poder legislativo. D'este modo, o poder legislativo, senão directamente, ao menos indirectamente, intervem em toda a legislação penal, auctorizando-a e até limitando-a, como claramente se vê dos artigos 484.º a 486.º do código penal.

c) Entre as leis penaes diversas do código, que teem por fim exclusivo a repressão dos delictos, menciona aquelle (art. 15.º § unico,

(1) Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, t. 1, 1908, pag. 164 e segg. É evidente que um regulamento não póde reprimir factos previstos ou reprimidos por lei, porque não póde invadir, em caso algum, o dominio a esta reservado. Salienta-o Forti, *I regolamenti municipali di polizia rurale*, 1901, pag. 142 e segg.

n.º 2.º) as referentes aos *crimes militares*, devendo entender-se por estes, nos termos do artigo 16.º, os factos que offendem directamente a disciplina do exercito ou da marinha e que a lei militar (1) qualifica e manda punir como violação do dever militar, sendo commettidos por militares ou outras pessoas pertencentes ao exercito ou marinha. Os crimes *communis* commettidos por militares ou outras pessoas pertencentes ao exercito ou marinha, serão sempre punidos com as penas determinadas na lei geral, ainda quando julgados nos tribunaes militares (2).

4. — Elementos da disposição penal.

Toda a lei penal contém dois elementos essenciaes:

1) A *incriminação*, a disposição em que o legislador formula as condições de existencia dos actos illicitos. E' preciso, todavia, não esquecer, como accentua Binding, que a lei penal não cria o delicto, que representa a violação de um principio superior á prescripção legislativa, mas simplesmente reconhece, por uma forma expressa, a sua existencia. Um código penal suppõe sempre a existencia

(1) Código de justiça militar de 13 de maio de 1896 e regulamento d'este código de 24 de dezembro de 1896; Código de justiça da armada de 1 de setembro de 1899 e respectivo regulamento, de 11 de agosto de 1900. Por decreto de 15 de novembro de 1910 foi nomeada uma comissão para rever e reformar o código de justiça militar e regulamento disciplinar. O decreto de 5 de dezembro de 1910 veio regular a prisão preventiva no exercito com disposições analogas ás que, segundo a carta de lei de 14 de junho de 1884, vigoram para os crimes *communis*.

(2) Vid. Código penal, artt. 35.º § 4.º, 303.º § 3.º

de principios geraes aos quaes se refere e sem os quaes elle não se explicaria. Assim, o artigo 349.º do codigo, declarando que « qual-quer pessoa que voluntariamente matar outra será punida ... » implica a preexistencia do principio geral: é prohibido matar. O artigo 421.º preceituando que « aquelle que commetter o crime de furto, subtrahindo fraudulentamente uma cousa que lhe não pertença, será condemnado ... », suppõe a preexistencia d'este outro principio: é prohibido furtar.

2) A *sanção*, em que o legislador prescreve a pena infligida áquelle que actúa ou se abstem de actuar nas condições determinadas pela lei.

5. — Fontes mediatas do direito penal.

Na orientação da escola penal classica e, porventura, na da escola positiva (1), só a lei constitue fonte immediata do direito penal. E muito limitado é o alcance das fontes mediatas. Analysemo-las ligeiramente.

a) *Costume*. No direito penal o costume *contrario á lei* é excluido em principio; o costume *innovador*, não contrario á lei, não pôde, de modo algum, criar uma norma juridica penal, já porque tudo o que representa limitação á liberdade ou á propriedade deve

(1) Ferri (*Scuola positiva* cit., 1893, pag. 702), analysando o projecto de codigo penal suiso, diz que *todas* as escolas (por consequencia, tambem a sua) admittem o principio consagrado no artigo 1.º d'aquelle projecto: « ninguém pôde ser punido se não commetter um acto de antemão incriminado pela lei penal ».

assumir a forma da lei, já pela expressa reserva do artigo 1.º do codigo penal, pela qual a lei reivindica para si a determinação de todos os delictos e de todas as penas.

Pelo que respeita ao costume *integrador* da norma juridica, mantém elle alguma importancia no nosso direito, não como simples meio de interpretação, mas como fonte mediata de direito objectivo. Tal o que succede com o costume internacional, integrador de certas normas do codigo penal e disciplinar da marinha mercante; tal o que se verifica no campo do direito penal colonial.

O principio geralmente acolhido pelos estados europeus, do qual por um momento tentou desviar-se a França, é o de que as leis patrias, devidamente modificadas segundo as necessidades locais, só podem estender-se aos cidadãos do estado que se encontrem nas colonias, devendo aos indigenas, não civilisados, ser applicadas as leis e os *costumes* do logar (1).

Cremos, todavia, que se torna necessario alargar a acção do costume. Se uma das exigencias mais claramente sentidas pela sciencia penal contemporanea é a da individualisação da pena, como poderá ella ser satisfeita subsistindo o prejuizo de que os juizes não podem, na administração da justiça criminal, sahir do texto terminante da lei, que são obrigados a applicar com perfeita egualdade a todos os cidadãos? E não raro os tribunaes se apoiam nos costumes para declarar as suas sentenças. O jury criminal, na maioria dos casos, condemna ou absolve, aprecia cir-

(1) Vid. *Atti della camara dei deputati italiana*, 1907, pag. 3.

cumstancias dirimentes, attenuantes ou aggravantes, não segundo o espirito da lei, mas em harmonia com as suas convicções, com as influencias que actuam sobre o seu espirito, com os interesses que elle reflecte, com a repugnancia e o alarme provocados pelo crime, com a confissão religiosa, etc.

Uma das razões que nos levam a defender a subsistencia do jury criminal é precisamente a de que, pela acção do jury, penetram na administração da justiça as novas correntes sociaes. O jurado é, assim, um meio de preencher o vacuo, de pôr termo ao divorcio que póde existir, e frequentemente existe, entre a justiça legal, secca, abstracta e formalista, administrada pelos juizes togados, e a justiça real, flexivel, progressiva, continuamente variavel consoante a transformação das condições da sociedade.

b) *A equidade.* A equidade é geralmente considerada como significando a perfeita correspondencia juridica e ethica da norma legal ás circumstancias do caso a que ella é applicada. Mas, na realidade, a essencia e a função da equidade são mais complexas: ella actua como criterio de formação da norma legal e como fonte mediata de direito objectivo (1). Em todo o caso, a equidade é animada de um alto ideal de esclarecida e verdadeira egualdade e de solidariedade humana.

(1) Para Neppi (*Contributo alla determinazione del concetto di equità*, 1905), a equidade não é concebivel senão em relação á actividade judiciaria do estado, porisso que a equidade legislativa não é mais do que a consagração official de todas as victorias parciaes da equidade judiciaria.

Abstrahindo dos casos em que a equidade inspira a norma e em que, por consequencia, a regra de direito não tem necessidade do subsidio d'ella, por isso que é a equidade mesma reduzida a formula juridica (v. g., o preceito do artigo 378.º do codigo penal sobre o excesso de defesa), vejamos as hypotheses em que ella apparece como fonte mediata do direito penal.

1) Umaz vezes, a lei penal confere ao juiz a faculdade de, a seu arbitrio, applicar ou deixar de applicar uma excepção á norma geral, favoravel ao criminoso. Exerce assim a equidade uma função integradora da norma juridica; é o que succede a respeito da condemnação condicional (1), da substituição das penas (2).

2) Outras vezes, é reconhecida, em nome da equidade, a faculdade de invalidar uma norma legal, quer em um caso individual, quer em uma serie de casos concretos. Assim, o poder que tem os jurados de absolver, sem motivação e ainda contra a evidencia (3), constitue uma faculdade soberana equitativa, que se reduz, substancialmente, ao exercicio do poder de amnistia a respeito do caso submettido á sua apreciação. Este poder, quando

(1) Lei de 6 de julho de 1893, art. 8.º: Os tribunaes communs que proferirem sentença condemnatoria em que seja imposta pena de prisão correccional, quer simples quer aggravada com multa, tendo ponderado as circumstancias do delicto e o comportamento moral do delinquente, poderão declarar suspensa a execução da pena, quando se reconheça que o réo não soffrera ainda alguma condemnação por qualquer crime.

(2) Codigo penal, artigo 94.º e § unico.

(3) Nov. Ref. Jud., art. 1130.º. Vid. tambem cod. proc. civil, art. 401.º § 9.º; Lopes da Silva, *Repertorio juridico português*, t. vii, 1892, pag. 280 e segg.

exercido pelo chefe do estado relativamente a uma categoria de factos puniveis, tem por effeito a preterição temporaria e geral da lei (1).

O *verdictum* dos jurados e o acto do poder moderador não são nem sentenças, nem actos administrativos, nem normas juridicas: são decisões soberanas, quasi sempre de equidade, que negam ou attenuam a força da lei penal.

Em todo o caso, deve dizer-se que a equidade, para ser considerada como fonte de direito, deve ser reconhecida pela lei, o que exclue a admissão de uma equidade interpretativa.

c) *Princípios geraes de direito.* Os princípios geraes de direito são incluídos, especialmente pelos escriptores de direito privado, não só entre os elementos de interpretação,

(1) Vid. Carta constitucional, art. 74.º § 8.º; Código penal, art. 125.º n.º 3.º. A amnistia é o acto do poder publico pelo qual se ordena *que fiquem em esquecimento certos crimes*, prohibindo-se a perseguição d'elles e a applicação ou execução das penas respectivas, já impostas por sentença. Importa a declaração de que os factos a que se refere não foram declarados criminosos.

Da amnistia differia o perdão real (Carta constitucional, art. 74.º § 7.º; Código penal, art. 126.º n.º 2.º e §§ 2.º, 3.º e 4.º):

1) O perdão real era *peçoal*, não abrangendo senão os individuos que designava, tendo em conta circumstancias particulares d'esses individuos; a amnistia é *geral*, no sentido de que gosam dos seus beneficios todos aquelles que se acharem em circumstancias eguaes ou communs, e applicam-se antes aos delictos do que ás pessoas.

2) O perdão real só podia ter logar depois da condemnação; a amnistia pôde ser concedida antes ou depois.

Sr. Dr. Navarro de Paiva, *Manual do ministerio publico*, t. 1, 1900, pag. 86 e segg.; Sr. Dr. Pereira do Valle, *Anotações ao livro primeiro do código penal português*, pag. 444 e segg.

mas até, por vezes, entre as fontes mediatas de direito objectivo. Não permite, porém, o artigo 1.º do código que consideremos os princípios geraes de direito como fonte mediata do direito penal. Se faltar uma disposição de lei que preveja um determinado facto ou relação, não se poderá, pois, recorrer aos princípios geraes de direito, porque a ausencia de uma norma juridica equivale a uma lei permissiva, devendo ser entendida no sentido favoravel á liberdade (1).

d) *Jurisprudencia dos tribunaes.* Tambem, para a escola penal classica, a jurisprudencia não constitue fonte mediata do direito penal. Poderá apparecer em alguns casos, diz Manzini, como criterio justificativo das normas legaes; mas em hypothese alguma poderá criar, alterar ou integrar a lei. O meio atravez do qual uma energia actúa não pôde ser confundido com essa mesma energia. A decisão particular do juiz nunca pôde assumir o valor de um preceito geral, nem ainda no caso de uma concorde e constante jurisprudencia. O que em tal caso se generalisa não é a decisão judicial: é a interpretação da norma.

Mal pôde, a nosso ver, justificar-se semelhante concepção da funcção da jurisprudencia em um systema scientifico de penalidade. De facto, se a fonte primaria de todo o direito é a sociedade, e se a lei só pode ser fonte de direito emquanto corresponde ás exigencias sociaes, como poderemos privar os tribunaes da sua funcção essencial e caracte-

(1) Carta constitucional, art. 145.º § 1.º.

ristica, que é a de estudar e reconhecer estas exigencias no intuito de adaptar a ellas a lei? A defesa de tal opinião, que é, devemos observar, dominante, equivale a affirmar o postulado singular de que, por effeito da sua traducção em uma fórmula legal, o direito cessaria de evolucionar livremente, fixando-se as suas linhas geraes em uma perpetua immobildade (1).

CAPITULO II

Interpretação da lei penal

6. — Interpretação authentica e doutrinal.

Ao lado de uma theoria geral da interpretação, tendo por objecto, principalmente, a consideração do elemento formal da lei e das suas relações com as outras leis, existem tantas theorias particulares quantos são os ramos do direito, as quaes visam, sobretudo, o conteúdo do preceito legal em relação aos caracteres e aos fins de uma determinada esphera juridica. Ha pois, uma theoria especial de interpretação da lei penal; a ella nos prenderemos.

Quanto á origem, a interpretação pôde ser :

a) *Authentica*. Tendo força obrigatoria como a lei, a interpretação authentica d'esta pertence ao poder legislativo, como expressamente determinava a carta constitucional (art. 15.º § 6.º). Devemos, porém, notar que no caso de delegação legislativa no governo pôde, por vezes, ser estendida a este a faculdade de interpretar authenticamente a lei, como succede quando aquella delegação implica a faculdade de decretar quer disposições transitorias, quer disposições destinadas á coordenação ou execução das leis. E sobre a existencia de tal faculdade duvida alguma pôde subsistir na hypothese de uma delegação que implique, por exemplo, os poderes previstos no artigo 312.º do codigo de justiça

(1) Vid. Miceli, *La norma giuridica*, t. 1, 1906, pag. 155 e segg.

militar, em que ha uma verdadeira substituição da funcção legislativa normal, e que, por consequencia, envolve o poder de interpretar authenticamente a disposição legal (1).

b) *Doutrinal*. É a interpretação feita pelos juriconsultos e pelos tribunaes. Aquella, ao contrario do que succedia no direito romano, em que o producto da actividade theorica e pratica dos juristas constituia fonte de direito objectivo, e do que se verificava no nosso antigo direito, em que tinha valor de integração das normas juridicas, tem hoje uma influencia sómente indirecta na applicação das leis (2).

A interpretação judiciaria, praticada pelos órgãos jurisdiccionaes com o fim de applicar o preceito legal segundo a vontade nelle contida, não é obrigatoria para todos, como a autentica, mas exerce esta força simplesmente a respeito do caso actualmente julgado. E os magistrados gosam de plena independencia em face da interpretação de outros magistrados de grau igual ou superior (3).

(1) O general em chefe do exercito poderá fazer os regulamentos e estabelecer as penas necessarias á segurança das tropas sempre que não esteja em communicação com o governo. A mesma faculdade pertence ao governador de praça investida, sitiada ou bloqueada, e ao commandante militar supremo de forças em operação, que não estejam em communicação com o general em chefe nem com o governo. Vid. tambem artt. 278.º e 279.º.

(2) Vid., no emtanto, as ideias expostas como logica irrefutavel, por Géný, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, trad. hesp., 1903.

(3) Como excepção unica devemos indicar o caso de *segunda revista*, previsto no artigo 1164.º do cod. de proc. civil: se o Supremo Tribunal de Justiça, em segundo recurso, annullar a

Pelo que respeita aos poderes do juiz relativamente á interpretação das leis, a velha escola dos interpretes exclue a possibilidade de qualquer interpretação correctiva ou modificadora da norma, como exclue, injustificadamente, a interpretação progressiva, pela qual a lei é posta em relação com a actual vida social e não sómente com a do tempo em que ella foi promulgada. A lei deve interpretar-se, não segundo a intenção occasional, mas segundo o fim que presidiu á sua formação (1).

E cremos que uma scientifica interpretação da lei penal deve attender á *qualidade moral do delinquente*, quer adduzindo uma *ratio legis* quando o juiz se encontre perante delinquentes de occasião ou passionaes, quer interpretando *ad literam*, quando tem deante de si delinquentes natos, alienados ou habituaes (2). Certo que para o desempenho da funcção penal, em taes termos, devem os órgãos judiciaes inspirar-se constantemente nos preceitos scientificos, quer aproveitando as conclusões da sciencia penal, como nol-as offerecem os trabalhos d'aquelles que especialmente se dedicam á cultura das respectivas disciplinas, quer, como julgamos preferivel, adquirindo elles proprios conhecimento d'essas disciplinas.

sentença por ser proferida contra direito, mandará remetter o processo á Relação, e esta julgará a causa em harmonia com a decisão de direito proferida pelo Supremo Tribunal.

Não admittia a Nov. Ref. Jud. segunda revista (artigo 815.º § unico), que foi introduzida pela lei de 19 de dezembro de 1843.

(1) Vander Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, 1906, pag. 434 e segg.; Bunge, *Il diritto*, 1909, pag. 267 e segg.

(2) Ferri, *Interpretazione della legge e scuola positiva*, apud *Scuola positiva cit.*, t. III, 1893, pag. 158 e segg.; Leyret, *Le sentenze del presidente Magnaud*, 1901, pag. 477.

7. — Interpretação grammatical e logica ; a analogia.

Relativamente aos meios de que se serve, a interpretação distingue-se em grammatical e logica.

a) *Grammatical*. A interpretação grammatical, que deve preceder qualquer outra, procura investigar o sentido das palavras contidas no preceito legal: a palavra é o symbolo da vontade e, consequentemente, a fonte mais directa d'esta. Se o sentido legal não é fornecido pela propria lei nem pelos trabalhos legislativos, torna-se necessario recorrer ao sentido consagrado pela linguagem technica ou pela linguagem commum.

b) *Logica*. Não raro succede que se torna necessario esclarecer, completar ou corrigir o texto da lei, por meio de outros elementos de interpretação, que o codigo civil indica no artigo 16.º pelas palavras — *espírito da lei e casos analogos*. Estes elementos constituem o que se chama a interpretação logica, que visa a determinar o pensamento do legislador pelo fim que teve em vista e pelos motivos que actuaram sobre elle ao formular a lei, ou pela relação existente entre uma disposição e outras que regulam hypotheses analogas.

A interpretação logica, servindo, portanto, de subsidio e complemento á interpretação litteral, tem com esta intimas relações. Assim, se uma e outra conduzem á mesma conclusão, não pôde surgir duvida alguma na applicação da lei; se, diversamente, os resultados differem, deve dar-se a preferencia á interpretação

logica, ainda que as palavras sejam claras e univocas, quando resulte evidente que a palavra trahi a vontade do legislador. Esta discordancia entre a expressão verbal e a vontade é *qualitativa*, quando a lei queria exprimir, com o termo improprio empregado, cousa diversa; é *quantitativa*, quando queria dizer mais ou menos. Nestes casos verifica-se a interpretação restrictiva ou extensiva. E entendemos que é de rejeitar o velho prejuizo que, com base no artigo 18.º do codigo penal português, proclama o *falso* principio de que em materia penal não pôde dar-se a interpretação extensiva. Tal principio é absolutamente insubsistente quando a extensão ou restricção *não se fundam no arbitrio ou na analogia*, mas na propria vontade da lei. Se a interpretação litteral, em virtude da indeterminação ou da ambiguidade das expressões, conduz a um sentido absurdo ou duvidoso, a interpretação logica permanece o unico meio de estabelecer a verdadeira vontade da norma.

O que o referido artigo 18.º não permite é que, como diz o Sr. Dr. Valle (1), nenhum facto, por mais reprehensivel e condemnavel que seja aos olhos da razão e do bom senso, pôde ser considerado como crime pelo julgador, se a lei penal o não qualificar como tal, *ainda que outros factos analogos se achem incriminados*, e, por considerações de maior

(1) *Anotações ao livro primeiro do codigo penal português* cit., pag. 58 e 59. Mas tambem o Sr. Dr. Pereira do Valle parece entender que só é admittido, em materia penal, o uso da interpretação grammatical. Eram as ideias de Beccaria (*Dei delitti e delle pene* cit., § 4.º), que defendia o absoluto abandono de toda a interpretação na applicação das leis penaes, que não fosse meramente litteral.

força, a lei o devesse ter incriminado. Terminantemente o artigo preceitua que é sempre necessario que se verifiquem os elementos essencialmente constitutivos do facto criminoso, que a lei penal expressamente declarar (1). Devemos, porém notar, que, em materia de circunstancias attenuantes, uma restricção se encontra áquelle principio, permittindo-se ao juiz considerar taes, além das enumeradas no artigo 39.º (circ. 1.ª a 21.ª), todas as circunstancias que precedam, acompanhem

(1) O codigo penal hespanhol prescreve (art. 2.º) que os tribunaes, quando tiverem conhecimento de algum facto, que considerem digno de repressão e que não se ache incriminado na lei, se abstenham de proceder ácerca d'elle e exponham ao governo a utilidade ou necessidade de que se estabeleça sobre o mesmo a conveniente sancção penal; e recommenda ainda aos mesmos tribunaes que, quando por virtude da rigorosa applicação das disposições do codigo tiverem de impôr uma pena, que lhes pareça notavelmente excessiva e dura, levem igualmente o facto ao conhecimento do governo. Entre nós, podem os magistrados dar conhecimento ao governo de factos como os que ficam referidos, nos relatorios annuaes que são obrigados a fazer. Segundo o decreto de 24 de outubro de 1901 (art. 84.º), os delegados enviarão, até ao dia 30 de outubro, ao procurador regio um relatorio referente ao anno judicial findo, e que deverá conter:

- 1.º) Nota de quaesquer inconvenientes na execução das leis e regulamentos;
- 2.º) Mappa da estatistica criminal da comarca, comprehendendo os processos ordinarios, correccionaes e de policia correcional, e os archivados em virtude de promoção do ministerio publico;
- 3.º) Nota das principaes medidas que solicitaram ou poseram em execução para bem do serviço publico;
- 4.º) Indicação dos crimes mais notaveis occorridos na comarca, com a designação dos precedentes dos criminosos e de suas familias, e de quaesquer outras circunstancias dignas de notar-se.

Quanto á fórma por que tal relatorio deve ser organizado: portaria de 1 de outubro de 1869 e circulares da Procuradoria junto da Relação do Porto, n.ºs 772 e 750.

ou sigam o crime, se enfraquecerem a culpabilidade do agente ou diminuir por qualquer modo a gravidade do facto criminoso ou dos seus resultados (1).

— O principio « in dubio pro reo ».

Quando o juiz não logra penetrar, pelo emprego dos processos ordinarios de interpretação, o espirito da lei e a intenção do legislador, é a interpretação mais favoravel ao reo que deve prevalecer — tal o principio que domina em materia de interpretação das leis penaes. Exaggero em sentido individualista, que representa um verdadeiro anachronismo no ambiente politico moderno, e é absolutamente inaceitavel quando se trate de perigosos e irreductiveis delinquentes atavicos.

Esta presumpção de innocencia, illogica quando absoluta e indistincta, é um aphorismo juridico, afastado da primitiva realidade que o originou, explicavel por aquella paralysação ideio-emotiva de que falla Ferrero, pela qual os symbolos e as fórmulas se substituem ás cousas e ás ideias, que formaram o seu primeiro conteúdo.

Refiramos aos tres momentos do processo criminal — instrucção, accusação e julgamento (2) — o principio da presumpção da innocencia do réo:

(1) Preceito analogo se encontra no Cod. de Just. Militar, art. 12.º, circ. 9.ª e no Cod. de Just. da Armada, art. 15.º n.º 10.º

(2) Todo o processo penal se divide, fundamentalmente, em tres partes distinctas — instrucção, accusação e julgamento —, mas esta divisão é mais nitida no processo ordinario ou de querela. E devemos dizer que o processo penal commum, no continente e ilhas adjacentes, se divide pela seguinte fórma:

a) *Ordinario* ou *de querela* (Nov. Ref. Jud., artt. 864.º e segg., com as alterações feitas por leis posteriores) podendo haver ou não intervenção do jury. Aquelle é o que se observa em geral; este só em casos especiaes para os quaes a lei expressamente

a) *Periodo instructorio*. Nesta phase do processo criminal a acção da justiça converge no sentido de descobrir o criminoso, reunir todos os elementos que a possam esclarecer e collocar na pista da verdade (1). Em tal

excluiu o jury, como para os crimes commettidos pelos empregados judiciaes e tabelliães que receberem salarios indevidos (lei de 30 de junho de 1864, art. 92.º), para os crimes commettidos contra a segurança dos cabos submarinos (lei de 21 de abril de 1886, art. 15.º), para os crimes de emigração clandestina (lei de 23 de abril de 1896, art. 12.º). Para outros processos especiaes: Nov. Ref. Jud., artt. 1026.º, 1030.º, 1031.º, 1228.º a 1249.º, 763.º a 792.º, etc. As leis de 13 de fevereiro de 1896 e 12 de junho de 1901, que haviam retirado ao jury a competencia para o julgamento dos crimes de anarchismo e moeda falsa, foram revogadas pelo decreto de 10 de outubro de 1910. Tambem no processo especial pelo crime de abuso de liberdade de imprensa não havia intervenção de jury nos casos de offensa, injuria, e nos de diffamação quando não fosse admissivel prova sobre a verdade dos factos imputados, casos em que o julgamento competia ao tribunal colectivo (lei de 11 de abril de 1907, art. 13.º); mas o decreto de 28 de outubro de 1910 veio estabelecer, no artigo 28.º, que todos os crimes de liberdade de imprensa e contravenções n'elle previstos serão julgados pelo jury.

b) *Correccional*, restabelecido pelo decreto n.º 2 de 29 de março de 1890 (art. 3.º), approved com algumas modificações pela lei do *bill* de 7 de agosto do mesmo anno.

c) *De policia correccional*, regulado pelos artt. 1251.º e segg. da Nov. Ref. Jud. e pelo decreto n.º 2 de 29 de março de 1890 (art. 1.º).

d) *Summarissimo* ou *verbal*: decretos n.º 2 de 29 de março de 1890 (art. 1.º § 2.º) e n.º 1 de 15 de setembro de 1892 (art. 16.º).

e) *De coimas*: Nov. Ref. Jud., art. 241.º; lei de 16 de abril de 1874, (art. 18.º).

Dr. Dias da Silva, *Processos especiaes, civis e commerciaes, processo criminal*, 1903, pag. 770 e segg.; Sr. Dr. Delgado de Carvalho, *Manual do processo criminal moderno*, 1898, t. 1, pag. 7 e segg.

(1) Abrange ella os seguintes actos, que, pondo de parte circumstancias especiaes, representam, na forma porque vae

periodo, a presumpção de innocencia e, com ella, a regra mais geral — *in dubio pro reo*, bem se justificam. É que os criminosos são, como diz Ferri (1), uma pequena minoria relativamente á totalidade das pessoas honestas: devemos considerar como honesto *até á prova em contrario* todo o individuo sujeito a julgamento. As provas que poderão destruir presumpção tal, são, principalmente, o *flagrante delicto*, a *confissão do réo*, confirmada pelas testemunhas ou outros elementos fornecidos pelo corpo de delicto, e a *reincidencia* (2). No momento do flagrante delicto predomina com tanta intensidade o sentimento de defesa social contra o réo, que seria temeridade affirmar que a sociedade o presume innocente; quando o accusado confessa o crime e a sua confissão é corroborada por outras provas de valor, tudo leva a crer que elle é verdadeiramente culpado; se é um reincidente, um criminoso habitual, é um contrasenso reputalo honesto e innocente.

b) *Periodo accusatorio* (3). O despacho de pronuncia, que põe termo á instrucção do

feita a indicação, a ordem logica do processo ordinario e a mais frequente: a) participação do crime; b) corpo de delicto; c) querela; d) summario da querela; e) pronuncia; f) prisão; g) fiança; h) ratificação da pronuncia ou, antes, recursos sobre o despacho de pronuncia.

Vid. Nov. Ref. Jud., artt. 864.º e segg., e, para conhecimento da legislação que naquella introduziu alterações, o Sr. Dr. L. de Assis Teixeira, *Manual do processo penal*, 1905, pag. 10 e segg.

(1) *Sociologia criminale* cit., pag. 729 e segg.; Sr. Dr. Francisco Fernandes, *A prisão preventiva*, 1896, pag. 71 e segg.

(2) *Raoul de la Grasserie, Des principes sociologiques de la criminologie*, 1901, pag. 110 e 111.

(3) Nov. Ref. Jud., artt. 1096.º a 1126.º

processo, afasta a presumpção de innocencia que, porventura, cobria o accusado durante aquelle periodo. Na verdade, a pronuncia de um réo é já uma prova mais ou menos valiosa, senão da sua criminalidade, ao menos da sua não innocencia. O réo encontra-se, como diz Berenini (1), no estado de imputação: é um imputado, isto é, existem razões que levam os juizes a consideral-o culpado. A presumpção de innocencia durante este periodo tem, pois, contra si um elemento fortissimo: a pronuncia. E, quando esta tem a justifica-la a prisão em flagrante delicto, a confissão do réo, confirmada por outras provas, a sua provada capacidade habitual para delinquir, a presumpção de innocencia deve ceder o passo á presumpção da criminalidade.

c) *Periodo do julgamento* (2). Ainda nesta phase, a escola penal classica insistia na presumpção de innocencia do réo, emquanto não tivesse passado em julgado a sentença condemnatoria. É levar excessivamente longe o individualismo no processo criminal, que não

(1) *Azione e istruzione penale*, 1891, pag. 153 e segg. A Nov. Ref. Jud., (art. 987.º) exige, para o despacho de pronuncia, indicios sufficientes contra os querelados; e a lei de 18 de julho de 1855 réquer prova bastante para a indicição.

Vid. Dias Ferreira, *Novissima Reforma Judicial annotada*, 1892, pag. 262 e segg.

(2) Vid. Nov. Ref. Jud., artt. 1127.º e segg., que dispõem acerca de: a) constituição do tribunal; b) leitura do processo; c) interrogatorio das testemunhas; d) interrogatorio do accusado; e) incidentes; f) discussão; g) encerramento da discussão; h) relatorio do presidente; i) quesitos; j) deliberação e respostas do jury; k) annullação da deliberação do jury; l) sentença; m) continuidade, publicidade e ordem da audiencia.

quer ver no accusado senão uma victima da auctoridade. Neste periodo deve admittir-se, pelo menos, como sustenta a escola criminal positiva, a presumpção de culpabilidade do accusado (1).

(1) Vid. Nov. Ref. Jud., art. 1257.º; Lei de 14 de junho de 1884, art. 2.º § 1.º

CAPITULO III

Força obrigatoria da lei penal

SECÇÃO I

Quanto ao tempo

9. — Começo e termo da obrigatoriedade da lei penal.

Como qualquer outra lei, a lei penal só se torna obrigatoria depois de promulgada e publicada. Com excepção da Inglaterra, onde a declaração da sancção regia no parlamento torna, sem mais formalidades, obrigatoria a lei, entendendo-se que todos os cidadãos, por via dos seus representantes, participam na sua formação, e dos Estados Unidos da America do Norte, onde a publicação não é necessaria, todos os demais estados reconhecem a necessidade de tornar conhecida a lei (1). Constituindo uma simples solemnidade, que nada accrescenta ao valor real da lei, a publicação, se não envolve a certeza do conhecimento da lei, implica a presumpção de que todos ficam por esta forma notificados da sua existencia com força obrigatoria. Ninguém póde, por consequencia, invocar a ignorancia da lei para preterir a sua observancia.

(1) O systema adoptado na publicação das leis, nos diversos tempos e entre os diversos povos, é que tem variado com os progressos successivamente realisados nas formas de manifestação do pensamento humano. O pregão, a gravura, a escripta, a imprensa, a affixação — teem sido os meios empregados, já successiva, já simultaneamente, na publicação das leis.

Assim o entendeu o legislador português, formulando, no artigo 9.º do código civil, o principio de que « ninguém pôde eximir-se de cumprir as obrigações impostas por lei, *com o pretexto da ignorancia d'esta...* »; e preceituando no n.º 1.º do artigo 29.º do código penal que não exime de responsabilidade criminal a *ignorancia da lei penal*, e que tal circumstancia *nunca* attenua a responsabilidade criminal (§ 1.º do referido artigo).

Uma vez publicada, a lei não só sobrevive á auctoridade que lhe deu vida, mas subsiste, em principio, indefinidamente, até que uma lei contraria venha annullal-a, fazendo cessar a sua força obrigatoria.

A faculdade de revogar as leis, que deriva, como consequencia necessaria, da funcção legislativa, pertence aos órgãos que exercem esta funcção (1), não podendo, portanto, presumir-se a revogação pelo facto do desuso ou de uso contrario á lei (2).

Como em qualquer outro ramo de direito, a força obrigatoria da lei penal pôde cessar pela revogação *total* (abrogação) ou *parcial* (derogação), segundo importa a inefficacia de todas as disposições da lei preexistente ou só de parte d'ellas; e a revogação pôde ser *expressa* ou *tacita*, conforme resulta da declaração formal, em uma nova lei, de que ficam sem effeito, no todo ou em parte, certas leis anteriores, ou da incompatibilidade existente entre as disposições de uma lei nova e as de outras leis anteriores.

É necessario, todavia, notar que, por vezes, a propria lei fixa o limite da sua vigencia, quer implicitamente,

(1) Carta Constitucional, art. 15.º § 6.º Entre nós, a despeito das disposições insertas nos codigos, revogando todo o direito anterior relativo ás materias que se teem proposto regular, ainda se encontram, todavia, em vigor, antigos actos legislativos. Vid. lei de 23 de julho de 1850 (expropriações por utilidade publica.), Código civil, artigo 1700.º, etc.

(2) Vid. Código civil, art. 9.º

quando se trata de leis provocadas por circumstancias excepcionaes e destinadas a desaparecer com ellas, quer expressamente (1).

Assim, é na lei positiva, regularmente promulgada e não revogada, que o juiz tem de investigar o caracter do facto criminoso, tornando-se necessario, como dissemos, que elle seja qualificado e punido pela lei, anteriormente á sua execução.

10. — O principio da não-retroactividade da lei penal.

Consequencia do que fica dito é, para a escola penal classica, a não-retroactividade da lei penal. Traduzindo essa orientação, e como deducção do preceito geral que fôra consignado na carta constitucional de que « a disposição da lei não terá effeito retroactivo » (art. 145.º § 2.º), o nosso código veio declarar no artigo 6.º que « a lei *penal* não tem effeito retroactivo » (2).

O fundamento principal, senão unico, de tal principio é a necessidade de respeitar os direitos adquiridos pelo delinquente: este não pôde ser punido com base numa lei que não existia ao tempo em que o delicto foi commettido e que, por isso mesmo, elle não violou (3).

(1) Vid., por exemplo, o decreto de 20 de junho de 1907; o decr. de 13 de outubro de 1910 (vigencia provisoria do código administrativo de 6 de maio de 1878).

(2) Na Constituição Federal do Brazil inscreve-se, no artigo 11.º § 3.º, o principio de que « é vedado aos Estados, como á União, ... prescrever leis retroactivas ». Em outros paizes, a não-retroactividade das leis é apenas uma regra de hermeneutica: guia o juiz na applicação da lei, mas não obriga o legislador.

(3) Vid. sobre a noção de direitos adquiridos, no direito privado: Sr. Dr. Guilherme Moreira, *Instituições do direito civil português*, 1908, pag. 63 e segg.; Bevilacqua, *Theoria geral do direito civil*, 1908, pag. 17 e segg.

É indispensavel, diz Garraud (1), que a lei positiva, que é essencialmente declarativa da moralidade das acções humanas, sob o ponto de vista social, proclame e faça conhecer de antemão o que ordena ou proíbe. Até então, os cidadãos *tem o direito* de crer que o não é prohibido é permitido, que o que não é ordenado é indifferente (2).

Nova manifestação da reacção individualista e anti-auctoritaria, a que nos referimos, e que domina no direito penal vigente. Para nós, a lei penal deve ter effeito retroactivo, quer a lei nova comprehenda factos antes não previstos na legislação, quer venha modificar as prescripções de uma lei anterior, que se reconheceu injusta, pois, tanto neste como naquelle caso, se reconhece ser mais justa que a precedente a situação regulada pela lei recentemente promulgada e não ha motivo para não remediar, até onde seja possível (3), a injustiça criada sob o dominio da anterior legalidade.

Com Ferri (4), entendemos, porém, que, no caso em que se puna um facto não reprimido pela lei ante-

(1) *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, cit., t. I, pag. 179.

(2) Carta constitucional, art. 145.º § 1.º: « Nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei ».

(3) Sem duvida que este effeito retroactivo não póde ser absoluto, porque não é facil reconstruir em cada momento todo o passado: quanto mais tempo tenha estado em vigor um differente regimen legal, quanto mais remota fôr a origem das relações e instituições nelle originadas, tanto mais fortes serão os vinculos que elle terá estabelecido e, portanto, mais imperiosa a necessidade de respeito-os. As leis novamente promulgadas terão, pois, um effeito retroactivo mais ou menos extenso, segundo as varias hypotheses. Em um regimen scientifico de penalidade competirá ao poder judicial a determinação dos casos em que as leis hão de retroagir e das relações e consequencias juridicas a que deverá estender-se a retroacção.

(4) *Il progetto di codice penale svizzero*, apud *La Scuola positiva* cit., t. III, pag. 703.

Florian (*La legge penale nel tempo*, apud *La Scuola positiva*

rior, se torna necessaria a distincção de Garofalo entre delicto natural e delicto legal, admittindo-se a efficacia retroactiva da lei quando se trata de factos que constituam por si uma violação da moralidade media e dos sentimentos fundamentaes de piedade e probidade, e negando-se, ao contrario, tal effeito quando a lei nova pune factos indifferentes, de indole contravencional, de mera criação politica.

11. — A escola classica e a retroactividade benigna da lei penal.

A orientação exaggeradamente individualista da escola classica era incompativel com o character absoluto do principio da não-retroactividade da lei penal. Em nome dos direitos imprescriptiveis do individuo, vinham os escriptores — e, com elles, as varias legislações — estabelecer restricções mais ou menos amplas áquelle principio (1).

cit., t. IV, pag. 491 e segg.) defende a retroactividade amplissima da lei penal. Mas a applicação rigorosa do principio exigiria que se procedesse tambem contra os auctores de factos, que antes eram innocentes e que a lei posterior declarou criminosos; a taes factos não deve, diz, ser estendido o principio, em virtude da *impossibilidade da prova*. Quando um facto determinado não se considera delictuoso, ninguém pensa em recolher as provas do mesmo, no momento da sua execução.

(1) As excepções ao principio são tão numerosas que alguns escriptores chegam a assentar, como regra, que a lei penal tem effeito retroactivo, com excepção dos casos em que a nova lei seja mais severa do que a anterior. Vid. Olivi, *Reati e pene in ordine al tempo*, apud *Trattato di diritto penale de Cogliolo*, t. II, pag. 479 e segg.; Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi*, 1884, t. II, pag. 290 e segg.

Lucchini (*Elementi di procedura penale*, 1895, pag. 83 e segg.) assegura que, sem faltar ao principio da não-retroactividade, se póde e deve applicar a lei penal mais benigna aos factos praticados antes do seu começo de vigencia, não dando á referida lei

O criterio directivo ficava sendo dado, em todas as hypotheses, pela regra da *não-retroactividade das leis penaes mais restrictivas da liberdade*: as leis penaes mais severas não teem nunca effeito retroactivo; as leis novas mais favoraveis ao réo applicam-se retroactivamente.

O criterio da retroactividade benigna foi seguido pelo legislador português, que, no artigo 6.º, previu as hypotheses de:

1) eliminação, por uma lei nova, de infracção punivel por lei vigente ao tempo em que foi commettida;

2) modificação, por lei posterior, da pena estabelecida na lei vigente ao tempo em que foi praticada a infracção;

3) alteração, por uma lei nova, dos effeitos da pena estabelecida na lei vigente ao tempo em que foi commettida a infracção (1).

Analysemos, á luz da doutrina classica, as varias hypotheses separadamente, procurando completal-as com as demais que podem surgir a proposito do problema que nos occupa.

effeito retroactivo, mas fazendo applicação d'ella em virtude do principio da não-ultra-eficacia ou ultra-actividade da lei antiga revogada.

(1) A materia do artigo 6.º do codigo actual é uma modificação do artigo 70.º do codigo de 1852, que preceituava: « Se, depois de commettido o crime, a lei modificou a pena, será sempre imposta a pena menor, posto que ao tempo da sentença esteja decretada pena mais grave. Se ao tempo da sentença o facto não fôr pela lei qualificado como crime, posto que o fosse pelas leis que existissem ao tempo em que foi commettido, nenhuma pena será applicavel ».

a) *A lei nova incrimina um facto não previsto pela lei anterior.* Desde que o individuo pôde desenvolver a propria actividade em qualquer sentido não expressamente prohibido pela lei, não assiste ao poder publico a faculdade de imputar-lhe um facto que era licito quando foi praticado. Mas, além das hypotheses em que, mais ou menos arbitrariamente, este principio é preterido (1), em varios casos se impõe a applicação da lei nova.

É o que succede a respeito dos *factos permanentes*, quando o facto realisado no dominio de uma lei que o não incriminava se

(1) Contrariamente a este principio constitucional, a lei de 13 de fevereiro de 1896, revogada pelo decreto de 10 de outubro de 1910, estabelecendo as penas applicaveis áquelles « que por discurso ou palavras proferidas publicamente, por escripto de qualquer modo publicado ou por qualquer outro meio de publicação, defender, applaudir, aconselhar ou provocar, embora a provocação não surta effeito, actos subversivos, quer da existencia da ordem social, quer da segurança das pessoas ou da propriedade, e bem assim o que professar doutrinas de anarchismo conducentes á pratica desses actos », declarava, no art. 5.º, que as disposições d'esta lei eram applicaveis aos auctores dos factos nella incriminados, *ainda que praticados anteriormente*.

Tambem o decreto de 23 de novembro de 1907, revogado pelo decreto de 5 de fevereiro de 1908, que criára um tribunal e um processo especiaes para o julgamento de todos os crimes commettidos no continente do reino e comprehendidos nas disposições do corpo do art. 253.º do codigo penal (armas prohibidas), do titulo II, do livro II do mesmo codigo (crimes contra a segurança do estado), dos artigos 1.º, 2.º e 3.º da lei de 13 de fevereiro de 1896 (anarchismo) e do artigo 2.º da lei de 21 de julho de 1899 (ampliação das disposições da carta de lei de 13 de fevereiro de 1896), consignava, no artigo 5.º, que as disposições deste decreto sobre competencia e forma de processo applicar-se-iam aos agentes dos factos mencionados no artigo 1.º, *ainda que praticados anteriormente*.

Trindade Coelho, *Manual politico do cidadão português*, 1906, pag. 429.

protrahe sob uma lei posterior que o declara penalmente ilícito (v. g., o rapto por sedução: cod. pen., art. 396.^o); é o que se verifica igualmente na hypothese de um facto constituido por varios actos homogeneos unificados pela resolução individual, isto é, de *facto continuado* (1); e é o que acontece tambem nas mais raras hypotheses do *delicto habitual* (por exemplo, o lenocinio: cod. pen., artt. 405.^o e 406.^o).

b) *A lei nova elimina do numero das infracções um facto punivel pela lei anterior.* O facto commetido sob o imperio da lei que o incriminava não pôde ser punido vigorando uma lei que o reconhece como licito; d'outra fôrma manteria a lei revogada uma força que não pôde ter em face da lei posterior. Se o estado renunciou ao proprio poder de reprimir um determinado facto, implicitamente declarou não ser necessaria a pena infligida anteriormente. É preterido, pois, o principio da não-retroactividade da lei penal. Assim o determina o codigo penal português que, mesmo na hypothese de ter havido já condemnação transitada em julgado, declara extinta a pena, tenha ou não começado o seu cumprimento (art. 6.^o, excepção 1.^a). Termina, pois, todo o procedimento criminal e toda a pena (2).

(1) O art. 79.^o do codigo penal italiano preceitua que «diversas violações da mesma disposição de lei, embora commettidas em tempos diversos, com actos executivos da mesma resolução, consideram-se como um só delicto...».

(2) Cfr. Codigo penal, artigo 125.^o, princ.

Note-se que, por certos partidarios da escola classica que consideram a retroactividade da lei uma simples questão de senti-

c) *A lei actualmente vigente e a anterior conteem disposições diversas sobre o mesmo facto criminoso.* Em tal hypothese, a escola penal classica applica o criterio da retroactividade das normas menos restrictivas da liberdade, segundo o qual a efficacia da lei vigente ao tempo em que foi commettida a infracção não pôde exceder os limites representivos da nova. Em harmonia com este criterio, dispõe o nosso codigo penal que, «quando a pena estabelecida na lei vigente, ao tempo em que é praticada a infracção, fôr diversa das estabelecidas em leis posteriores, será sempre applicada a pena mais leve ao infractor...» (art. 6.^o, excepção 2.^a). A lei penal, por consequência, terá ou não effeito retroactivo, segundo a lei vigente ou a anterior estabeleçam uma pena mais favoravel ao accusado.

No primeiro caso, a applicação da pena mais leve, traduz, segundo Pessina (1), um dever de justiça; quando, ao contrario, a lei posterior é mais severa, impõe-se a applicação da anterior, em nome do direito adquirido pelo criminoso de ser reprimido pela lei vigente ao tempo em que delinquiriu.

Como determinar, porém, a lei mais favoravel ao accusado?

Attendamos ao crime e á pena (2).

mentalismo, é preterida a sua applicação ao caso julgado. Era esta a doutrina do codigo penal de 1852. Vid. *Diario da Camara dos Deputados*, 1884, t. II, pag. 1141 e segg.

(1) *Elementi di diritto penale* cit., t. I, pag. 99.

(2) Convém dizer que deverá applicar-se na sua integridade a lei antiga ou a nova, e não simultaneamente as disposições mais favoraveis de uma e outra. Esta regra é uma consequência dos principios de direito constitucional, que não consentem que o juiz legisle, formando com disposições escolhidas em duas leis uma

1) *Crime*. Relativamente á *qualificação do facto* imputavel, não poderá surgir duvida quando uma lei o considera crime e outra contravenção (1).

Se as duas leis differem na indicação dos *elementos constitutivos de um delicto*, será mais favoravel a que exigir que se verifique um maior numero de elementos de facto (2).

Se ha *accumulação de crimes*, todos commettidos no dominio da lei revogada ou parte sob esta e parte sob a nova, será mais favoravel a lei que estabelece a *accumulação* juridica das penas do que a que se liga á *accumulação material* (3).

2) *Pena*. Quando duas penas differem sómente na duração, sem duvida deve preferir-se, por mais leve; a pena mais breve. Se, sendo de igual duração, são diversas por natureza, ter-se-ha de preferir a pena menos rigorosa. Se differem por duração e por natureza, dever-se-ha escolher a pena menos severa, porque é a que menos offende a liberdade e a personalidade individual, a não ser que haja grande desproporção de duração entre as duas penas, hypothese em que deverá applicar-se a mais breve e grave.

Se a pena foi abstractamente prevista entre um maximo e um minimo, o juiz fará separadamente os dois computos penaes, calculando

terceira lei especial e diversa. A sentença affectada d'este vicio seria annullavel por excesso de poder: Código penal, art. 301.º n.º 1.º

(1) Código penal, artt. 1.º e 3.º

(2) Gabba, *Della retroattività in materia penale*, 1869, pag. 150. Código penal, art. 18.º, 2.ª parte.

(3) Código penal, art. 38.º

a pena que deveria applicar-se *in concreto* com uma e outra lei (1).

Se uma das leis commina uma unica pena e a outra lhe ajunta uma pena accessoria, deve, em principio, considerar-se mais leve a primeira, salvo se a pena principal da segunda fôr de natureza menos grave e a sua duração, sommada com a da pena accessoria, reduzivel a pena restrictiva da liberdade, não exceda a duração da outra. Com analogos criterios se resolve a hypothese em que as penas das duas leis sejam acompanhadas de penas accessorias diversas.

As regras expostas não são nem podem ser absolutas: larga parte fica reservada á apreciação do juiz, ao qual só é possível fazer exacta applicação dos principios geraes fixados ás variadas combinações a que podem dar logar os casos concretos (2).

(1) Problema largamente debatido na escola classica. Supponhamos que é publicada uma lei que eleva o minimo actual da prisão maior temporaria (vid. Código penal, art. 61.º § 2.º) a quatro annos e reduz o maximo a dez. Uns entendem que para a determinação da pena mais leve se deve attender exclusivamente ao maximo, sendo, portanto, mais suave a lei que abaixa o maximo da pena (Garraud, Prins); outros consideram mais suave a lei que abaixa o minimo, em que a pena é geralmente applicada (Berthauld, Trébutien); outros consideram mais leve a nova pena quando a diminuição do maximo fôr superior ao augmento do minimo e inversamente (Le Sellyer); etc.

Sobre a doutrina defendida no texto, Carrara, *Programma del corso di diritto criminale* cit., t. 1, §§ 766.º e segg.

(2) « Não se sabendo qual das penas é a mais leve, o Ministerio Publico ou a parte accusadora deve promover, escrevia o Dr. Henriques da Silva (*Elementos de sociologia criminal e direito penal*, 1906, pag. 148), que se applique a lei antiga, porque a regra é a não-retroactividade; e, no caso de duvida, deve prevalecer a regra sobre a excepção, salvo, porém, ao réo o direito de,

Mas o artigo 6.º exclue, na segunda excepção, do benefício da suavisação penal o infractor já condemnado definitivamente. Consagra-se, assim, um dualismo que nem as difficuldades praticas na discriminação da pena mais leve, nem a consideração, invocada por Lopo Vaz, de que o damno social produzido pelo crime varia de epoca para epoca, de modo algum justificam (1).

d) Entre a lei vigente ao tempo em que foi commettida a infracção e a ultima, sob a qual pende o julgamento, interpoz-se uma outra lei.

achando-o conveniente, allegar as razões em que se funda para considerar a lei nova mais suave ».

Em Hespanha, o decreto de 17 de setembro de 1870 fixa as seguintes regras para a determinação da pena mais leve :

1) Sendo duas penas differentes, deve considerar-se mais leve a que fôr inferior em graduação e duração ;

2) De duas penas da mesma graduação é mais leve a de menor duração ;

3) Sendo a duração igual, é mais leve a de graduação inferior ;

4) Sendo desiguaes as duas penas em graduação e duração, mas em sentido inverso, isto é, sendo uma de graduação superior á outra, mas de duração menor, considera-se mais leve a pena de duração menor. Ao condemnado fica, porém, reservada a faculdade de optar pela outra pena de inferior graduação e de maior duração, devendo requerer essa preferencia dentro de quinze dias a contar da intimação da sentença que tivesse substituído a pena antiga pela nova.

(1) A excepção do artigo 6.º criou no nosso systema penal, diz a circular de 19 de junho de 1886, um dualismo repugnante, quando não á justiça absoluta, sem a minima duvida, á justiça relativa e á equidade (*Diario do Governo* de 21 de junho de 1886, n.º 138). O decreto de 4 de junho de 1886 reconheceu officialmente que é injustificavel tal desigualdade.

Notavel é, todavia, a diversidade doutrinal e legislativa quanto á retroactividade da lei penal mais benigna aos reus definitivamente condemnados. Vid. Gabba, *Teoria della retroattività* cit., t. II, pag. 347 e segg.

Se a lei mais favoravel era a do tempo em que foi commettida a infracção, deve ser ella applicada ; se é mais favoravel uma das leis intermedias, com a qual o estado demonstrou considerar injusta ou excessivamente severa a sancção primitiva, deve reconhecer-se ao accusado o direito de ser submettido a esta lei. E, se as leis posteriores traduzem a severidade da primitiva ou a augmentam, não serão applicaveis ao accusado as novas sancções, não só porque elle adquiriu o direito de ser julgado em harmonia com a lei menos severa, mas porque deve presumir-se que as novas sancções penaes presuppõem condições sociaes diversas das do tempo em que foi revogada a lei primitiva e substituida por outra menos severa (1).

Em harmonia com estas ideias, o nosso codigo manda applicar sempre a lei que sanciona a pena mais leve, quando a pena estabelecida na lei vigente ao tempo em que foi commettida a infracção fôr diversa das estabelecidas em leis posteriores (art. 6.º, excepção 2.ª).

e) A lei nova e a anterior conteem disposições diversas ácerca dos effeitos da pena. Neste caso, a escola classica defende e,

(1) Vario é o fundamento que se invoca para a applicação da lei penal intermedia mais favoravel ao accusado : uns attendem a razões de prudencia politica (Gabba, Fiore, Trébutien, Boitard), outros a considerações de humanidade (Liszt, Impallomeni, Chauveau et Hélie), outros a argumentos doutrinaes e de estricta justiça (Haus, Carrara, Olivi).

Waechter, Berner, Geyer negam a possibilidade de applicar a lei intermedia.

Pedro Dorado, *Problemas de derecho penal* cit., pag. 351 e segg.

seguindo-a, o nosso código (art. 6.º, excepção 3.ª) estabelece a retroactividade da lei penal em tudo quanto seja favorável aos criminosos. E o legislador português estende o effeito retroactivo da lei a todos os criminosos, ainda que estes estejam condemnados por sentença passada em julgado, *salvo os direitos de terceiros*.

Para comprehensão do alcance d'esta restricção final da excepção 3.ª, devemos dizer que a Nova Reforma Penal acabou com a interdicção civil como effeito das penas (1).

(1) Pelo código penal de 1852, o condemnado a pena de morte, abolida pela lei de 1 de julho de 1867, perdia todos os direitos politicos e, bem assim, a posse e administração dos seus bens, que passavam immediatamente aos seus successores legitimos, não podendo tambem fazer testamento (art. 52.º § unico). O condemnado ás penas perpetuas perdia todos os direitos politicos, a administração dos seus bens, de que não podia dispôr por acto *inter vivos*, e a auctoridade sobre a mulher e filhos, e era considerado incapaz (art. 53.º). O condemnado a penas temporarias maiores de trabalhos publicos, prisão ou degredo, perdia todos os direitos politicos, e os seus bens, durante o cumprimento da pena, eram administrados como os dos incapazes, devendo observar-se as regras que a respeito da curadoria em taes casos as leis estabelecem (art. 54.º).

Foi em virtude d'estas disposições que o código civil estabeleceu providencias relativamente á incapacidade por effeito de sentença penal condemnatoria (art. 355.º a 358.º). Aos interditos por estas sentenças era dado um curador, sendo a curatela deferida pela ordem da tutela dos dementes: 1.º, ao conjuge; 2.º, ao pae ou á mãe; 3.º, aos filhos maiores; 4.º, á pessoa nomeada pelo conselho de familia (art. 356.º § unico e 320.º). E, sendo, a curatela deferida pela ordem da tutela dos dementes, tambem por analogia se applicavam a esta as disposições relativas áquella. Assim, o curador podia vender os bens moveis, nos termos dos artigos 243.º n.º 12.º e 224.º n.º 13.º e 16.º, e podia tambem arrendar os immoveis até tres annos (art. 243.º n.º 6.º, 264.º, etc.).

Vid. Dr. Dias da Silva, *Processos especiaes, civis e commerciaes, processo criminal*, 1903, pag. 193 e segg.

Mas, como aquella disposição tinha de ser applicada retroactivamente mesmo aos condemnados já por sentença passada em julgado, necessario se tornava garantir a validade dos actos e contractos celebrados pelos curadores dos condemnados, afim de não prejudicar os direitos adquiridos por terceiros. D'esta fôrma, ficavam prevalecendo, a despeito da disposição da Nova Reforma Penal, os contractos assim realizados sobre moveis e immoveis.

f) *A nova disposição legal modifica o modo de execução da pena.* 'Torna-se necessario distinguir, segundo se trata de normas regulamentares de simples organização e disciplina, ou de normas modificadoras do systema de execução previsto pelo código. No primeiro caso, permanecendo sem alteração a natureza da pena, não se póde fallar de retroactividade ou não retroactividade: a disposição nova applica-se a todos os que se encontram sujeitos a pena no momento em que entra em vigor. Assim, no caso dos regulamentos administrativos do governo, referentes á separação dos presos e á policia das prisões, de que falla o artigo 120.º do código penal (1).

(1) Vid. o Regulamento das cadeias civis, de 21 de setembro de 1901. O código penal estabelece, no artigo 60.º, que « a pena de degredo obriga o condemnado a residir e trabalhar, no presidio ou colonia penal no ultramar, *nos termos em que fôr regulado*... ». O § 2.º do mesmo artigo manda applicar á pena de degredo o disposto no § unico do artigo 4.º da lei de 1 de julho de 1867, que deixa ao governo a distribuição por classes das differentes possessões em que ha de ser cumprida a pena, devendo na sentença condemnatoria indicar-se simplesmente a classe. No uso d'esta attribuição foi publicado o decreto de 5 de setembro de 1867.

Na segunda hypothese, em que se trata de alteração no modo de execução da pena, dever-se-ha negar força retroactiva á lei, especialmente se esta aggrava a condição do condemnado.

g) *A lei nova regula diversamente da anterior a prescripção criminal.* A prescripção constitue um meio de extincção da responsabilidade criminal, devendo distinguir-se entre prescripção do procedimento judicial criminal e prescripção da pena (1). Abstrahindo da analyse das opiniões emitidas quanto ao modo de completar as prescripções cujos prazos estejam correndo ao tempo da promulgação de uma nova lei, que os venha alterar (2), diremos que o problema da retroactividade ou não retroactividade das leis de prescripção mal pode formular-se em um systema penal verdadeiramente scientifico. Neste, com effeito, representa a pena, sobretudo, um meio preventivo; e o que deve preoccupar os juizes não é o crime, mas as suas causas, entre ellas, como principal para os effeitos penaes, o sujeito do delicto; a acção não prescreverá senão quando as mesmas causas tenham desaparecido. Assim, o prazo da prescripção poderá ser muito largo ou muito curto, mas nunca fixado, de antemão, pela lei.

Em face da nossa legislação penal, na falta de disposição expressa, temos de seguir, quanto á prescripção, a regra da não retroac-

(1) Código penal, art. 125.º n.º 2.º e §§ 2.º e 6.º

(2) Para uns, a prescripção deve completar-se segundo a lei vigente ao tempo em que começou a correr; para outros, a lei nova deve regular sempre as condições da prescripção; outros preferem a lei mais favoravel ao accusado; etc.

vidade. Deve, pois, applicar-se a lei vigente ao tempo em que ella começou a correr, isto é, a lei em vigor ao tempo do delicto, se se tratar da prescripção do procedimento criminal, ou a lei vigente ao tempo da condemnação, no caso de prescripção das penas.

É o que se infere do silencio do legislador, que, se tivesse querido que em materia de prescripção se applicasse sempre a lei mais favoravel ao reu, tel-o-ia dito de uma fôrma expressa, como o fez com relação ás penas na excepção 2.ª do artigo 6.º E é o que resulta tambem do § 9.º do artigo 125.º, que, tratando de regular a prescripção da acção civil, estabelece que, quando fôr ella cumulada com a acção criminal, prescreve segundo as regras estatuidas para o procedimento criminal, e nos demais casos segundo as regras de direito civil. De fôrma que, se o offendido não tiver sido parte no processo criminal, a acção civil prescreve nos prazos ordinarios marcados na lei civil; ao contrario, se o offendido é tambem parte accusadora, cumulando assim a acção criminal com a acção civil, a prescripção criminal traz tambem consigo a prescripção da acção civil. Sendo assim, a applicação retroactiva da lei nova, que viesse encurtar os prazos da prescripção, podia muitas vezes collocar a parte offendida em circumstancias de não poder obter a reparação e a indemnisação civil. O legislador não pôde prejudicar interesses privados com estas alterações da lei. Sendo repentinamente encurtado o praso com que contava, não podia a parte accusadora pedir a reparação de perdas e damnos, e d'aqui a frustração de direitos particulares, criados á sombra da lei.

12. — O principio da não-retroactividade e a legislação de processo criminal.

A indole das leis formularias ou processuaes, que abrangem a organização judiciaria, a competencia e o processo, implica a necessidade da sua applicação immediata, mesmo aos factos anteriores á sua promulgação.

O fim do processo penal é assegurar a completa manifestação da verdade judiciaria, protegendo, mediante um systema de formalidades na instrução, na accusação e no julgamento, o interesse da accusação e o interesse da defesa. E, quando uma transformação se opéra na organização das jurisdicções penaes, na competencia ou no processo, tal modificação representa, presumptivamente, uma mais exacta e equitativa applicação das leis penaes. Ora, que póde, legitimamente, pedir o accusado, pergunta Garraud? que a lei forneça os meios de fazer reconhecer a sua innocencia. Quem determina estes meios e organisa o melhor processo para chegar a este resultado? O poder social, por via dos órgãos legislativos. As leis de processo devem, pois, pela sua natureza, applicar-se, retroactivamente.

Tal principio tem, todavia, sido restringido pelos escriptores na sua applicação. Dever-se-ha applical-o quando a lei nova transferir a competencia de um tribunal para outro, em relação a processos já affectos ao tribunal a que aquella vem tirar a competencia?

Para uns, as leis modificadoras da competencia retroagem sempre, devendo os processos criminaes ser instaurados ou proseguir nas formas e perante os tribunaes novamente estabelecidos, porque as alterações nas jurisdicções respeitam á ordem publica, em que se não póde fallar de direitos adquiridos.

Para outros, os juizes naturaes do accusado são os que funcçionam no momento da perpetração do crime,

devendo applicar-se o principio da não retroactividade ás leis modificadoras da competencia.

Ao lado d'estes systemas absolutos, surgem opiniões intermedias: uns entendem que, instaurado o processo e sobrevindo uma lei que transfira a competencia, deve aquelle seguir os seus tramites, independentemente da nova lei; outros sustentam que as leis de competencia regem, desde a sua promulgação, os processos instaurados ou a instaurar, afóra o caso de haver já sentença em primeira instancia, porisso que, obrigar um accusado, absolvido em primeira instancia, a sujeitar-se a um novo julgamento, perante um juiz differente, é destruir uma situação devidamente garantida por uma sentença judicial. No caso de a sentença de primeira instancia ter sido condemnatoria e haver recurso para um tribunal superior, não deve tambem privar-se o condemnado de ser ouvido perante a jurisdicção superior. D'outra fôrma actuar-se-ia sobre o passado para o modificar, com prejuizo dos direitos adquiridos (1).

Entre nós, a Carta constitucional consignava, no artigo 145.^o § 10.^o, o preceito de que «ninguem será sentenciado senão pela auctoridade competente, por virtude de lei anterior e na fôrma por ella prescripta». Se interpretassemos litteralmente esta disposição, concluiríamos que a lei constitucional prohibe terminantemente a retroacção das leis de processo, visto que manda processar as causas pela fôrma prescripta na lei anterior; e, como a lei não tem effeito retroactivo, deve entender-se por lei anterior a vigente ao tempo da realisação do facto incriminado. Todavia, esta interpretação tem de entender-se restricta aos casos em que, com a applicação da lei nova, se offendam direitos adquiridos, porque o artigo 145.^o da Carta tem sómente em vista salvaguardar os direitos individuaes

(1) Vid. Garraud, *Précis de droit criminel*, 1907, pag. 99 e segg.; Fiore, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*, vers. hesp., 1893, pag. 486 e segg.

garantidos e reconhecidos pela mesma Carta, como são os referidos nos §§ 7.º, 8.º, 9.º, 11.º, 12.º e 16.º relativamente á prisão sem culpa formada, livramento sob fiança, prisão sem ordem escripta da auctoridade legitima, independencia do poder judicial, egualdade de todos perante a lei, exclusão de fóros privilegiados e de commissões especiaes nas causas civeis ou crimes, etc.

De modo que a doutrina a estabelecer, é que as leis de processo, organização e competencia applicam-se retroactivamente sempre que com isso não se offendam direitos adquiridos e garantias constitucionaes, como succede sempre que se trate de leis propriamente de processo ou de reformas de character geral, as quaes são ou se presumem ser inspiradas no interesse da sociedade e dos individuos.

Quando, porém, as reformas são especialmente promulgadas contra determinadas classes de individuos ou relativamente a certas categorias de crimes, em regra leis *in odium* e de perseguição, a applicação a factos anteriores importaria violação d'aquelles principios (1).

(1) Podemos considerar assim o decreto dictatorial de 2 de fevereiro de 1891, que declarou da exclusiva competencia dos tribunaes militares o conhecimento e julgamento do crime de rebellião, applicando esta disposição não só a todos os processos que, pelo referido crime, fossem instaurados depois do mesmo decreto, embora relativos a actos *anteriormente praticados*, mas tambem a todos os processos que pelo mesmo crime já *estivessem pendentes*. Por esta fórma foram os réus distrahidos dos seus juizes naturaes e avocados os processos com prejuizo para os interesses dos accusados.

D'esta mesma natureza é a lei de 13 de fevereiro de 1896, que, depois de haver incriminado e punido a propaganda e profissão de doutrinas de anarchismo (art. 1.º e 2.º), e de determinar que sejam julgados em processo ordinario de querela, mas sem intervenção de jury, os reus incursos na disposição do artigo 15.º da lei de 21 de abril de 1892, e bem assim os de attentados contra as pessoas, como meio de propaganda das doutrinas de anarchismo, ou como consequencia de taes doutrinas, e que, em

SECÇÃO II

Quanto ao espaço

§ 1

Competencia territorial da lei penal

13. — O principio da territorialidade.

Com fundamento na soberania de cada estado, dentro do seu territorio, reconhece-se geralmente o imperio absoluto da lei penal para a punição de todas as infracções commettidas na área territorial, sem distincção entre nacionaes e estrangeiros. A lei, expressão da soberania, póde e deve applicar-se onde quer que a soberania se exerça. Os estrangeiros, que se utilizam da protecção que lhes é garantida pelas leis de um estado, ficam naturalmente sujeitos ás sancções d'essas leis e aos encargos correspondentes á protecção. N'isto consiste o principio da territorialidade.

todos os casos previstos pela mesma lei os reus possam ser presos sem culpa formada, conservados em custodia, sem admissão de fiança, até ao julgamento ou decisão definitiva (art. 3.º e § unico), dispôs, no artigo 5.º, que as disposições da mesma lei eram applicavuis aos auctores dos factos nella incriminados, *ainda que praticados anteriormente*. Esta lei é uma lei substantiva, porque fixa incriminações e estabelece penas para ellas, e, como tal, não podia ter effeito retroactivo (Carta constit., art. 145.º § 2.º); e não o podia ter ainda porque, permitindo a prisão sem culpa formada e sem admissão de fiança, a sua applicação viola direitos adquiridos á sombra da legislação anterior e garantidos no artigo 145.º §§ 7.º e 8.º da Carta.

Outro tanto não póde dizer-se relativamente á eliminção do jury (lei cit., art. 3.º), porque, embora a Carta fallasse d'essa instituição no artigo 118.º, o artigo 145.º nenhuma referencia lhe faz, não podendo, pois, considerar-se, em face da Carta, como uma garantia dos direitos individuaes.

A lei portuguesa, que combinou, em proporções aliás diversas, o principio territorial com o extra-territorial, de que adiante nos occuparemos, estabeleceu, em primeiro lugar, a sua absoluta competencia para a punição de todas as infracções commettidas em territorio ou dominios portuguezes (codigo penal, art. 53.º n.º 1.º), tomada esta expressão no seu mais amplo sentido, isto é, comprehendendo todo o lugar em que possa exercer-se o poder repressivo do estado.

Vejamos, porém, o que deve entender-se por territorio do estado, sob o ponto de vista do direito penal.

14. — Conteúdo juridico do territorio.

O termo — territorio — considerado no seu significado juridico-politico designa a fracção do globo em que a soberania do estado se manifesta e exerce e cujos habitantes lhe estão sujeitos (1).

Mais amplo, pois, nesta accepção do que considerado no seu conteúdo geographico, o conceito do territorio integra elementos varios. Examinemos esses elementos e definamos, relativamente a cada um d'elles, o alcance e extensão da jurisdicção penal internacional.

a) *Territorio propriamente dito.* O dominio terrestre de um estado, constituido pela porção do globo em terra firme, pôde apresentar-se-nos, como um todo indivisivel ou apparecer com soluções de continuidade, de modo que as suas partes se encontrem dispersas e mais ou menos afastadas umas das outras, como succede com os estados

(1) Fiore, *Traité de droit pénal internationale*, t. 1, pag. 3; Sr. Dr. Alvaro Villela, *Estudo de direito internacional*, 1910, t. 1, pag. 223 e segg.

coloniaes. Esta circumstancia não prejudica, porém, a unidade juridica do estado. Dentro do dominio terrestre exerce o estado, de modo independente e absoluto, áparte as limitações que consentidamente elle acceite, em virtude da sua participação na communitade internacional (v. g., estações e zonas internacionais) (1), as suas funções de soberania. E tambem absoluta e a competencia da lei penal relativamente ás infracções nelle commettidas.

b) *Mar territorial.* A liberdade do mar — essa avenida liquida aberta a todos os povos, na expressão pittoresca de Homero — é actualmente principio fundamental e dogma indiscutivel do direito internacional maritimo. As pretensões que, desde tempos antigos, varios povos tiveram e defenderam sobre o dominio exclusivo dos mares desappareceram para não mais surgir (2). Sendo uma grande via de

(1) Assim, pela convenção aduaneira italo-suissa de 18 de janeiro-24 de março de 1906, artigo 7.º, a alfandega suissa tem o direito de prover, por via penal, nos casos e formas estabelecidas pela lei suissa, contra as violações das prescripções alfandegarias commettidas na estação italiana de Domodossola.

(2) Na antiguidade, os phenicios, os carthaginêses e depois os romanos consideravam seu o mar Mediterraneo.

Na idade media, a republica de Veneza arrogava-se a soberania exclusiva do Adriatico, e Genova a do mar Ligurio. Eguaes pretensões teve durante algum tempo a Dinamarca sobre o mar Baltico. Portugal e Hespanha julgaram-se com direito exclusivo sobre os mares das Indias orientaes e occidentaes, no que foram seguidos mais tarde pela Hollanda e pela Inglaterra.

Esta arrogava-se ainda direitos particulares sobre os mares que banham e circumdam a Gran-Bretanha. E, numa epoca menos afastada de nós, a Russia, segundo Bluntschli e Fiore, ou a Turquia, segundo Pradier-Fodéré, prohibia ás outras nações a navegação do Mar Negro, que afinal foi declarado aberto á mari-

comunicação entre os povos, deve estar franqueado. Além d'isso, a sua superfície movei escapa á demarcação e á posse: todos os vestígios da passagem do homem pelo mar se apagam; não é possível imprimir nelle o signal material da intenção dominadora e do esforço transformador como na terra firme.

O principio da liberdade dos mares não se estende, porém, a toda a massa oceanica. Todos os escriptores ensinam e todos os estados reconhecem que da communidade internacional deve excluir-se a porção do mar que banha as costas, pois que relativamente a ella não se dá a impossibilidade de apropriação, e, além d'isso, os interesses de cada estado, a sua segurança e a sua defesa assim o exigem.

É a esta porção de mar que se dá a designação de *mar territorial* ou *mar litoral*.

No mar territorial devemos distinguir, com base no nosso direito positivo, duas partes:

1) Uma, a constituida pelas aguas salgadas das costas, enseadas, bahias, portos artificiaes, docas, fozes, rias e esteiros e seus respectivos leitos, caes e praias (1), pertence ao estado, não só a titulo de soberania, mas de propriedade e faz parte do dominio publico. Qualquer duvida sobre a applicabilidade da lei nacional é impossível.

nhá mercante de todos os Estados pelo artigo 2.º do tratado de Paris de 1856.

Vid. Sr. Dr. Pedro Martins, *Da competencia penal internacional segundo a lei portuguesa*, 1902, pag. 81 e segg.

(1) Codigo civil, art. 380.º n.º 2.º e decreto n.º 8 de 1 de dezembro de 1892, art. 1.º n.º 1.º Vid. Sr. Dr. Teixeira de Abreu, *Lições de direito civil portugues*, 1898, pag. 137 e segg.

2) A outra é constituida por uma faixa de mar entre a linha das costas e uma linha imaginaria (linha de respeito), parallelá áquella e determinada pelo maior alcance dos meios de acção e defesa estabelecidos na costa. Segundo a doutrina ainda dominante, a extensão das aguas litoraes é marcada pelo alcance maximo do canhão disparado da praia. Mas, porque a consequencia inevitavel d'este criterio é a variabilidade de extensão do mar litoral, dados os constantes progressos da balística, procurou-se fixar em tres milhas ou uma legua maritima (5.556 metros) a extensão do mar territorial, limite acceito expressamente por alguns estados relativamente á pesca e tacitamente mantido quanto á jurisdicção, não obstante o alcance maximo de canhão atingir hoje onze milhas (milha: 1.852 metros), e o alcance defensivo ir até seis (1).

É segundo aquelle limite que tem de ser definido o mar territorial portuguez (2). Sobre o mar litoral o estado exerce todos os direitos de soberania, e, entre elles, o direito de jurisdicção criminal. Este poder da lei penal relativamente ao mar territorial manifesta-se.

(1) Vid. Godey, *Les limites de la mer territoriale*, apud *Révue générale de droit international public*, 1896, t. III, pag. 228.

(2) Note-se, todavia, que alguns estados, quer por leis particulares, quer por tratados, estabelecem um limite fixo, maior, com um caracter geral ou para fins especiaes: assim, o tratado de commercio e navegação entre Portugal e Hespanha, de 27 de março de 1893, estabeleceu o limite de 6 milhas na determinação da zona dentro da qual o direito geral de pesca ficava reservado exclusivamente aos nacionaes dos dois países, assim como fixou o limite de 12 milhas para a zona de prohibição do emprego de parelhas, muletas, ou outros apparatus de effeito nocivo. Vid. Carta regia de 21 de agosto de 1893.

principalmente a respeito das contravenções inherentes ao exercício da pesca, á cabotagem, ao transporte de mercadorias sujeitas a impostos alfandegarios, á segurança da navegação, etc.

c) *Navios*. Por uma ficção juridica geralmente admittida, os navios são considerados porções fluctuantes do territorio do estado, a que pertence o seu pavilhão. E, assim, os crimes commettidos a bordo, quer maritimos, quer de direito commum, consideram-se praticados no territorio nacional. Esta ficção applica-se integralmente quando os navios navegam no mar alto.

O nosso legislador expressamente declarou, no artigo 53.º n.º 2.º, que a lei penal é applicavel aos crimes praticados a bordo de navio portuguez em mar alto. Deve notar-se, porém, que esta condição normal dos navios no alto mar é restringida em certos casos pelo costume internacional (v. g., repressão da pirataria), ou por tratados ou convenções especiaes (como: repressão do trafico dos negros, policia da pesca, protecção dos cabos submarinos, etc.).

Mas, se os navios se encontram em mar territorial estrangeiro ou estão ancorados nos portos, este principio entra em conflicto com o que attribue direitos soberanos ao estado a que essa orla do mar pertence. Para resolver esse conflicto, o direito internacional estabelece uma distincção essencial entre navios de guerra e navios mercantes.

1) *Navios de guerra*. Os navios de guerra ou, antes, navios militares, representando a força publica e, por consequencia, a soberania

do estado, não podem estar sujeitos a jurisdicção estranha. Os crimes commettidos a bordo d'estes navios consideram-se commettidos no territorio do estado a que o navio pertence. Se a bordo fôr praticado algum acto de hostilidade (v. g., proteger revoltosos), o estado litoral não invocará o direito de punir, mas o direito de defesa entre nações eguaes.

Note-se, porém, que, se o auctor do crime fôr estranho á equipagem do navio, poderá o seu commandante entregal-o ás justicas locais, visto que não pôde ser obrigado a conservar a bordo criminosos estrangeiros. Se, em vez de ser commettido a bordo, o crime é commettido em terra por um marinheiro da tripulação, diversa é a solução defendida pelos escriptores, segundo o reu desembarcou, para praticar qualquer acto relativo ao exercício das suas funcções, ou elle se encontra em terra com fim diverso, sustentando que, na primeira hypothese, se mantém a isenção da jurisdicção territorial, sendo facultado apenas ás auctoridades locais levantar auto da infracção e prender o criminoso, quando necessario, remettendo-o depois ao commandante; e opinando que, na segunda, ás auctoridades locais compete processar e julgar o criminoso segundo as leis territoriaes, á parte o caso de fuga do criminoso para bordo. E tambem motivos de conveniencia pôdem determinar a entrega dos criminosos ao commandante do navio para serem punidos segundo as leis nacionaes (1).

(1) Pietri, *Étude critique sur la fiction d'exterritorialité*, 1895, pag. 360 e segg.

Assim o entendeu o legislador português, declarando applicavel a lei penal ás infracções commettidas em mar territorial ou porto estrangeiro, a bordo de navio de guerra português (art. 53.º n.º 2.º), e excluindo da sua competencia as infracções praticadas em mar territorial ou porto português a bordo de navio de guerra estrangeiro. (art. 53.º § 1.º).

2) *Navios mercantes*. Os navios mercantes ou de recreio, pertencendo a particulares e não tendo character official, são comparados por um escriptor a um *comboio de mercadorias* (Reddie), sendo de opinião que devem estar sujeitos inteiramente á jurisdicção do estado, em cujas aguas se encontram; outros identificam, quanto á competencia penal, os navios de guerra e os mercantes ou de recreio, entendendo que estes conservam sempre a sua qualidade de parte integrante do territorio do estado, e propugnando, portanto, a absoluta incompetencia da lei territorial e a competencia da lei nacional (Rocco, Fedozzi).

Predomina, porém, a doutrina de que estes navios estão sujeitos á lei da sua nação, quanto ao regimen interno, e dependem do estado litoral em certas proporções, variaveis com os costumes e com as leis de cada paiz.

A Inglaterra sujeita á jurisdicção do almirantado todas as infracções commettidas nas aguas territoriaes inglesas; a nossa legislação, seguindo a francesa, exceptua a hypothese de o delicto ter sido commettido entre tripulantes, sem perturbação da tranquillidade do porto.

A lei portuguesa é applicavel: 1.º ás infracções commettidas em porto ou mar territorial estrangeiro, a bordo de navio mercante português, quando tiverem logar entre pessoas

da tripulação sómente e não perturbarem a tranquillidade do porto; 2.º ás infracções commettidas em porto ou mar territorial português a bordo de navio mercante estrangeiro, quando não tiverem logar entre pessoas da tripulação sómente ou perturbarem a tranquillidade do porto (art. 53.º § 1.º) (1).

d) *Territorio estrangeiro occupado militarmente*. — O solo estrangeiro ou fracção do solo estrangeiro occupado pela força armada nacional considera-se parte do territorio nacional para os effeitos da competencia e jurisdicção criminal. Onde a bandeira, ahí o estado. Em virtude d'esta ficção, admite-se que ao estado occupante cabe sobre o sólo estrangeiro um certo direito de imperio, que, se não vae até ao ponto de preterir as leis civis e criminaes dos territorios em que se encontram as suas tropas, nem de impôr a administração da justiça em seu nome, abrange,

(1) Sr. Dr. Chaves e Castro, *Organisação e competencia dos tribunales de justiça portuguezes*, cit., pag. 617.

Para bem estabelecer a relação juridica entre um navio e o estado a que elle pertence, formulou-se a theoria juridica da nacionalidade dos navios, segundo a qual elles constituem uma especie de pessoas civis, com nome, acto de nascimento, domicilio e patria. A nacionalidade dos navios de guerra resulta do facto de pertencerem á marinha militar de um Estado, de serem destinados ao seu serviço e de serem commandados por officiaes do exercito de mar. A estes se assemelham os navios particulares, fretados para um serviço publico e commandados por officiaes da marinha de guerra. Para a determinação da nacionalidade dos navios mercantes, attende-se á construcção e procedencia do navio, qualidade dos seus proprietarios, nacionalidade do capitão e officiaes de bordo e composição da equipagem. Em Portugal, as condições de nacionalidade dos navios mercantes acham-se determinadas no *Acto de navegação*, de 8 de julho de 1863. Vid. *Codigo commercial*, art. 486.*

todavia, o direito de jurisdição penal, indispensável para o fim de prover á segurança e conservação do corpo expedicionário.

Esse direito varia, porém, segundo o sólo occupado militarmente pertence a estado amigo ou a estado inimigo. No primeiro caso, concordam os escriptores em dever-se sujeitar á lei e jurisdição dos tribunaes do estado occupante todos os crimes, militares ou communs, que os membros do exercito commettam dentro do territorio occupado, embora as victimas da infracção sejam membros de outro estado; e isto pelos perigos e inconvenientes a que ficaria exposto o exercito occupante, se a sua direcção e policia fossem subtraídas a seus officiaes para serem exercidas por autoridades locaes estrangeiras.

No segundo caso, concordes os escriptores em declarar mais ampla a jurisdição penal do estado occupante, divergem elles, contudo, na delimitação da esphera em que deve mover-se, sustentando Garraud (1) a sua extensão a todas as infracções de indole militar ou communs commettidas, dentro do territorio occupado, pelos membros do exercito occupante ou pelos habitantes do mesmo territorio; exceptuando outros escriptores (2) os crimes e delictos de direito commum, cujos auctores e victimas sejam inteiramente estranhos ao exercito; e defendendo ainda outros (3) a doutrina, certamente mais acceitavel, de que devem ser subtraídos á jurisdição dos tribunaes do estado do exercito occupante os

(1) *Précis de droit criminel* cit., pag. 106.

(2) Fiore, *Traité de droit penal* cit., pag. 23 e segg.

(3) Sr. Dr. Pedro Martins, *Da competencia penal* cit., pag. 107 e segg.

crimes ou delictos communs que os habitantes do sólo occupado tenham commettido contra os militares, excepto na hypothese em que das circumstancias do delicto resulte que a qualidade de membro do exercito occupante fôra causa determinante do facto criminoso. Nesta ultima opinião, ficaria a extensão da jurisdição penal do estado occupante em territorio pertencente a estado inimigo quasi equiparada á da jurisdição em territorio de estado amigo.

Se, como tudo leva a affirmar, o crime é um facto bio-social, producto da acção conjuncta e concorrente de factores anthropologicos e do ambiente social em que se agita e desenvolve a actividade psychica do delinquente, é verosimil que seja mais efficaz o tratamento penal fixado na lei e applicado pelos magistrados territoriaes, que certamente possuem elementos mais seguros de diagnose e de interpretação da sua anomalia psychica.

O codigo de justiça militar sujeita á jurisdição dos tribunaes militares, no caso em que o exercito ou parte d'elle esteja em territorio inimigo, todas as pessoas que commetterem alguns dos crimes previstos nas leis militares (art. 304.º). Quando, porém, o exercito estiver em territorio amigo ou neutro, manda o mesmo codigo observar, a respeito da jurisdição e competencia dos tribunaes militares, as regras que forem estipuladas nos respectivos tratados ou convenções com a potencia a que pertencer o territorio, e, não havendo convenção, os principios do direito das gentes (art. 305.º), segundo os quaes pertencem á jurisdição do estado occupante todos os cri-

mes, militares ou communs, que os membros do exercito commetterem, embora a victima seja membro de outro estado.

Em territorio estrangeiro, amigo ou neutro, os prebostes militares teem jurisdicção sobre os bagageiros, recoveiros, postilhões, vivandeiros, lavandeiros, taberneiros, creados dos officiaes e quaesquer outros individuos que acompanharem o exercito ou fizerem parte da sua comitiva; vadios e vagabundos; prisioeiros, de guerra, que não sejam officiaes. Em territorio inimigo, esta jurisdicção amplia-se aos habitantes, viajantes e quaesquer outros individuos estranhos ao exercito que forem encontrados na área occupada pelas tropas, emquanto não fôr conferida a outras auctoridades (art. 321.º e § unico).

e) *Países não christãos.* As differenças de civilisação entre os países não christãos, como a Turquia e estados musulmanos, a Persia, a China, etc., e os estados christãos; as fracas garantias offerecidas pela sua organização politica e judicial; a sua animadversão pelos estrangeiros obrigaram os estados civilisados a procurar os meios de proteger a vida, a propriedade e, em geral, os direitos dos seus subditos. Um d'esses meios encontrou-se na sua isenção das justicas locais e consequente submissão á auctoridade das leis e dos tribunaes da sua nação, isenção consagrada ou por tratados, a que se dá, principalmente aos celebrados com o imperio ottomano, o nome de *capitulações*, ou por usos e praticas firmemente estabelecidas (1).

(1) Arminjon, *Origines, sources et nature du droit des capitulations ottomanes*, apud *Journal de droit international privé*,

A competencia judiciaria dos consules nos países não christãos é, em materia criminal, determinada em harmonia com as seguintes regras:

- 1) os crimes commettidos por subditos de uma nação christã contra os seus concidadãos são julgados pelo consul do seu país;
- 2) os crimes commettidos por estrangeiros contra outros estrangeiros são julgados pelo consul do país do offensor;
- 3) os crimes commettidos por estrangeiros contra indigenas são da competencia do consul do país do delinquente (1);
- 4) os crimes commettidos por indigenas contra estrangeiros são da competencia da justiça territorial (2).

1905, pag. 942 e segg.; Politis, *Les capitulations et la justice répressive ottomane*, apud *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, 1906, pag. 662 e segg.

(1) Em alguns países o principio de direito é que, em taes casos, a competencia pertence aos tribunaes locais, mas de facto attribue-se quasi sempre o julgamento aos consules.

(2) Analogamente ao que se havia feito em 1847 para as questões commerciaes, foram criados na Turquia, em 1856, tribunaes mixtos, para o julgamento dos crimes commettidos por estrangeiros contra indigenas ou por indigenas contra estrangeiros. Estes tribunaes, estabelecidos em Constantinopla e na maior parte das grandes cidades do imperio, são compostos, por metade de indigenas e de estrangeiros da nacionalidade da parte ou do accusado.

Tambem no Egypto as capitulações desapareceram do Cairo e Alexandria. A reforma judiciaria promulgada pelo governo egypcio a 16 de setembro de 1875, criou os tribunaes mixtos: a ella adheriu o governo português que, pela lei de 18 de abril de 1876, foi auctorizado a suspender provisoriamente a jurisdicção consular no Egypto. Os tribunaes mixtos foram estabelecidos, a titulo de ensaio, por um periodo de cinco annos, que terminou em 1 de fevereiro de 1881; mas a sua jurisdicção foi successivamente prorogada pelas potencias interessadas. A ultima proro-

Os consules portuguezes exercem jurisdicção criminal sobre os seus nacionaes em todos os países onde elles, por tratados vigentes ou por praticas incontestadas, forem isentos da jurisdicção territorial (1).

f) *Edifícios das legações.* Em a noção juridica do territorio comprehendem alguns escriptores o edificio em que estão installadas as legações e ainda a propria carruagem dos

gação é de 31 de janeiro de 1910, e pelo espaço de cinco annos.

A proposta do governo egypcio para que fosse attribuida aos tribunaes mixtos, com jurisdicção principalmente civil, tambem « a jurisdicção correccional e criminal para as contravenções commettidas por estrangeiros, para os crimes e delictos commettidos por estrangeiros contra os indigenas ou contra os estrangeiros de differente nacionalidade », foi repellida pelas potencias, querendo manter a jurisdicção penal dos tribunaes do estado de origem ou a jurisdicção penal consular, segundo os casos. Segundo o regulamento de organização judiciaria de 1874, elaborado pela commissão internacional e as modificações nelle introduzidas por decretos egypcios de 1900, a competencia dos tribunaes mixtos estende-se ás acções criminaes por contravenções de policia, por delictos commettidos contra os magistrados judiciaes ou officiaes de justiça durante ou por virtude do exercicio das suas funcções, por delictos commettidos pelos mesmos funcionarios no exercicio das suas funcções e por delictos de bancarrota e connexos.

A jurisdicção consular, tendo um fundamento predominantemente politico, é de sua natureza transitoria e instavel. Assim, á medida que os estados inferiores se civilisam ou são conquistados por estados civilisados, desaparecem as capitulações: tal o que succedeu com a Servia, a Romania, a Bulgaria, o Japão (1899), o Siam (1905) quanto ás provincias de Lakkon, Lampood e Nan, e o que, em breve, porventura, succederá com o Sudão inglês.

(1) Vid. Regulamento consular de 24 de dezembro de 1903 e tratados de Portugal com Marroços (11 de janeiro de 1874 e 3 de julho de 1880), Siam (10 de fevereiro de 1859), Zanzibar (25 de outubro de 1879), China (1 de dezembro de 1887, Turquia (declaração commercial de 11 de janeiro de 1890).

embaixadores e as habitações do pessoal official.

Pelas suas absurdas consequencias foi, porém, repellido por alguns o alargamento da ficção de extritorialidade ao palacio dos agentes diplomaticos, defendendo-se que a lei penal do estado em que se encontra o edificio da legação é applicavel e os seus tribunaes são competentes para julgar e punir todos os individuos nacionaes e estrangeiros, á excepção dos agentes diplomaticos, que commettam qualquer crime no edificio da legação ou que, commettendo-o fóra d'elle, ahi se refugiar.

As necessidades publicas da justiça, diz Fiore (1), são imperiosas; e uma vez adoptado o principio da territorialidade do direito penal, forçoso é admittir que os direitos jurisdiccionaes da soberania territorial sobre todas as partes do seu territorio são inviolaveis e absolutos e não podem ser restringidos pelo predominio de um privilegio que, em rigor, só deve pertencer aos agentes diplomaticos.

De facto, a immunidad local, a franquia da casa da legação e suas dependencias tem certos limites, determinados pelo direito de conservação do estado onde o agente diplomatico está acreditado e pelos seus deveres para com esse estado. Os agentes diplomaticos devem respeitar as leis do estado, não podem estorvar a acção da justiça e, porisso, se houver certeza ou legitima suspeita de que um crime foi commettido na casa de uma legação ou que ahi se refugiaram criminosos, pertencendo a punição d'esse crime ou a

(1) *Traité de droit pénale international* cit., pag. 21. Vid. Gatteschi, *Intorno ai reati commessi nel regno da cittadini e stranieri*, apud *Rivista penale* cit., t. xxxiv, 1891, pag. 124 e segg.

accusação d'esses criminosos ás jurisdições territoriaes, póde a auctoridade local pedir a entrega do criminoso ou criminosos, e, se a entrega é recusada e a diligencia é de extrema urgencia, fica aquella auctoridade com o direito de entrar na legação, processar e prender os criminosos, devendo, comtudo, o ministro dos negocios estrangeiros commu-
nicar immediatamente o acontecido ao governo do respectivo agente, com as explicações e justificações necessarias. Não havendo extrema urgencia, será a entrega dos criminosos pedida pelas vias diplomaticas e só, depois de esgotado este recursò, poderá a auctoridade local entrar á força na legação, sendo-lhe, comtudo, permittido mandar vigiar e guardar a legação para evitar a evasão dos criminosos.

g) *Territorios protegidos, cedidos em administração, etc.* Ao contrario dos territorios, que temos estudado, e em que se exerce a plena soberania do estado a que pertencem, por facto natural ou por conquista, os territorios protegidos, cedidos em administração, etc., constituem *fragmentos de estado*, como lhes chama Jellinek, com personalidade juridica propria, cujos poderes soberanos foram em parte subtraídos ao exercicio da soberania local. Note-se que não se trata sómente de privilegios ou de imunidades individuaes, mas de uma effectiva applicação de leis estrangeiras, tanto aos habitantes como ao territorio em questão (1).

(1) Merece especial referencia a ilha de Chypre, que, pertencendo em soberania á Turquia, foi, pelo tratado de 4 de junho de 1878, cedida em administração á Inglaterra, e que reveste em

A applicabilidade da lei penal estrangeira a estes territorios depende naturalmente da menor ou maior delegação de poderes soberanos feita por um estado ao outro.

parte a fórma de um *penhor* dado á Inglaterra pela Turquia, como garantia do cumprimento da promessa da introdução de reformas favoraveis aos subditos christãos.

Pelo tratado de 21 de abril de 1879, concluido entre a Austria e a Turquia, hoje sem vigór, o sultão ficava com a soberania puramente nominal sobre as provincias da Bosnia e Herzegovina, e á Austria era attribuido, por tempo indeterminado e sob a condição formal de manter nas provincias occupadas a ordem e tranquillidade, o exercicio effectivo de todos os direitos mages-taticos.

No tratado de 12 de maio de 1894, entre a Inglaterra e o Estado independente do Congo, concediam-se estes dois estados, reciprocamente, certos territorios a titulo de *arrendamento*, com a transferencia juridica da soberania com todas as suas consequencias durante um certo periodo, á excepção da alienação da mesma soberania. Por um processo semelhante, mas unilateral, cedeu a China á Allemanha o territorio de Kiao-Tcheu (1898) á Russia Port-Arthur (cuja situação internaciona se modificou com o tratado da paz que poz termo á guerra russo-japonesa), á Inglaterra diversos portos e designadamente Wei-Hai-Wei e á França a bahia de Kuang-Chu-Wan.

Exemplos de territorios protegidos são-nos fornecidos pelo Benadir, submettido, antes do tratado de 12 de agosto de 1892, á soberania do sultão de Zanzibar, e a Republica de San Marino, sob a protecção do rei de Italia. É necessario, todavia, não confundir a protecção pura e simples com o protectorado, em que se dá uma effectiva substituição dos poderes soberanos.

Tambem podem ser considerados fragmentos de Estados os denominados *settlements* europeus na China, territorios organisados que constituem uma nova especie de autonomias municipaes, não politicas, de character federativo. Neste caso, o *settlement* italiano de Tientsin.

Vid. Cavaglieri, *Contributo alla definizione di alcune figure del diritto pubblico contemporaneo*, apud *Rivista di diritto internazionale*, t. 1, 1906, pag. 289 e segg.; Catellani, *I settlements europei e privilegi degli stranieri nell'estremo oriente*, t. 1, 1902, pag. 3 e 891 e segg.

h) *Espaço aereo*. A conquista da atmosphera pela navegação aérea levou á concepção de um dominio aereo, como indispensavel complemento do dominio terrestre para a defesa dos interesses do estado, e á criação de um *direito aereo* que defina a condição juridica dos aerostatos e regule as relações que o novo systema de communicações póde originar. Assim surgiu para o direito penal internacional um novo problema — o da competência para os crimes commettidos no espaço aereo.

Considerando só parte integrante do territorio do estado o espaço aereo correspondente á sua superficie até uma altura que não seja muito consideravel, como 200 ou 300 metros, Manduca (1) é de parecer que só os crimes commettidos a essa altura ficam submettidos á lei e jurisdicção dos tribunaes do estado territorial, caindo sob a acção da lei e jurisdicção do estado a que pertencem o aeronauta e o aerostato, como nos crimes praticados no alto mar, os commettidos no mesmo aerostato, que fluctue em liberdade a altura consideravel (*ad una altezza seria*), acima de 600 ou 700 metros. Se, porém, o crime fôr commettido na barca de um balão captivo, devendo este equiparar-se ao navio ancorado, a jurisdicção pertence ao estado de cujo territorio o aerostato se elevou. Por seu lado, Masucci (2) equipara o espaço aereo ao mar livre, submettendo os crimes commettidos num aros-

(1) *La responsabilità penale dei reati commessi nello spazio aereo e la giurisdizione istruttoria*, apud *Il Foro penal*, vol. 1, 1891, pag. 153 e segg. Tambem nesta materia se costuma fixar o limite da atmosphera territorial pelo alcance maximo de um tiro de canhão.

(2) *Il codice penale italiano*, vol. II, pag. 177.

tato á jurisdicção do territorio de que se elevou.

Tende, porém, a predominar a doutrina de que, analogamente ao systema seguido para os navios mercantes, o crime fique submettido á lei e jurisdicção do territorio subjacente, quando neste territorio venham causar perturbação ou produzir os seus effeitos, qualquer que seja a altura a que o crime seja praticado.

15. — Determinação do territorio em que o crime é commettido.

Nem sempre a infracção se effectua integralmente no mesmo territorio. Muitas vezes, á realisação de cada um dos actos puniveis de execução ou de consummação, que a infracção integra na plenitude da sua estrutura, correspondem no espaço dois ou mais territorios de soberanias differentes. E póde ainda o facto criminoso ser o resultado da acção conjuncta de diversos agentes, primarios ou secundarios, realisada em territorios differentes.

Succede que, pela complexidade e duração da infracção, nem sempre é facil determinar o ponto e o momento em que se realisou. Antes de attingir a phase final da consummação, a actividade do delinquente passa por diversas phases: na primeira, o delinquente pensa, concebe e resolve o crime; na segunda, a sua actividade começa a exteriorisar-se pela pratica de actos preparatorios da execução do crime; a execução completa-se em seguida pela perpetração e, finalmente, fecha o *iter criminis* a phase da consummação, isto é, o mal realisado, a effectiva e completa violação juridica.

Assim, é evidente que o crime póde ser preparado em um lugar e executado noutro; póde a execução ter

logar parte em um país e parte em outro; podem, finalmente, os efeitos seguir-se em logar diverso do da execução. Quando se poderá, pois, dizer que tal crime foi praticado em tal territorio? Quando se poderá considerar realizado o phenomeno da infração?

Se os actos constitutivos da primeira phase não podem cair sob a acção da lei penal, o mesmo poderemos dizer, em face da nossa lei, dos actos preparatorios, que, embora conduzam ao crime, não constituem ainda começo d'elle (1).

Com o inicio da phase executoria varia a attitudo da lei penal, porisso que os intuitos criminosos do agente começam a revelar-se inequivocos e claros.

Mas se as infracções devem reputar-se praticadas no logar ou no país, em que se verificaram os seus elementos constitutivos, que são os actos de execução, e as condições ou factos da consummação, casos podem surgir em que se torne difficil a determinação da competencia penal, como se todos os actos de execução forem praticados num territorio e a consummação do crime noutro, ou se cada um d'aquelles fôr realizado em territorio differente e a consummação em um d'elles ou em outro, ou se a actividade do delinquente não chegar á phase de consummação do crime, tendo os actos de execução sido praticados em diversos territorios. Se o agente disparar a arma de territorio português para territorio hespanhol, e se a victima, caindo em Hespanha ou, lá ferida, fôr morrer em França, em qual dos territorios se deve considerar commettido o crime? Que concluir no caso em que um individuo residente em Londres mande publicar em Paris um

(1) Por vezes, os actos preparatorios são, por si mesmos, considerados crimes; mas, em taes casos, não são punidos, como se infere do artigo 14.º do codigo penal, na qualidade de actos preparatorios. Vid. artt. 142.º, 144.º, 164.º, 165.º, 172.º, 180.º 210.º, 248.º, 253.º

escripto diffamatorio contra um terceiro individuo residente em Bruxellas?

a) Uns defendem a *pluralidade de competencias territoriaes*, considerando competentes a lei e os tribunaes do logar do delicto, isto é, aquelle em que foi commettido qualquer acto de execução ou em que o crime se consummou. Diverge-se, porém, sobre a extensão d'essa competencia: ao passo que uns limitam esta aos actos territoriaes, aos actos de execução puniveis commettidos no territorio de cada lei, outros consideram-a extensiva á plenitude do crime, pertencendo de preferencia á soberania em poder da qual o criminoso se encontra (1). Nesta doutrina, tem de admitir-se a possibilidade de o criminoso ser submettido a julgamento em differentes países e de ter de soffrer mais de uma vez a pena, se no estado que reitera o julgamento não se fizer desconto da pena já soffrida (2).

Não ha, porém, no systema da pluralidade de competencias territoriaes razão que justifique dar-se importancia sómente á execução e á consummação.

No crime com associação de agentes, tanto vale a execução como a preparação, como a simples participação moral, quanto ao character criminoso dos factos (3). Nem o

(1) Fiore, *Traité de droit pénal international*, cit., 1, pag. 27 e segg.; Manzini, *Trattato di diritto penale italiano* cit., t. 1, pag. 273 e segg.

(2) Vid. Codigo penal, art. 53.º § 3.º

(3) Se a lei considera auctores do crime os que o executaram ou tomaram parte directa na sua execução (art. 20.º n.º 1.º), reputa auctores ou cúmplices os que concorreram directamente para facilitar ou preparar a execução (artt. 20.º n.º 5.º e 22.º

caracter criminoso dos actos de execução é inherente a estes actos, áparte o caso de constituírem delictos especiaes, mas resulta do fim ultimo do agente, do destino criminoso com que o agente opéra, do mesmo modo que a respeito dos actos preparatorios ou de influencia moral; e a consummação, se se não confunde com a execução, nem mesmo é facto do agente, mas tão sómente uma consequencia dos seus actos com o concurso de outras circumstancias. De modo que não se pôde dizer que o crime se commette no lugar em que se consumma: *commetter* e *consummar* traduzem ideias differentes e, se consideramos competente o territorio da execução, tambem devemos ter por competente o territorio da preparação e da instigação por qualquer fórma. D'ahi um sem numero de pretensões para o julgamento de um mesmo crime e a origem de conflictos internacionaes, que mais facilmente surgiriam, ainda, quando considerassemos a competencia de cada país extensiva á plenitude de cada infracção, sujeitando-lhe até os actos posteriores praticados no territorio de outro estado.

b) Outros, adversarios da doutrina da pluralidade de competencias territoriaes para a punição dos crimes, pelos conflictos legislativos que provoca, pelas consequencias onerosas que acarreta para o accusado e pelos resultados aleatorios que adviriam do facto de se vincularem os estados ás investigações sobre o crime e sobre o criminoso, feitas por

n.º 2.º), e igualmente auctores ou cúmplices os comparticipantes moraes (artt. 20.º n.º 2.º, 3.º e 4.º e 22.º n.º 1.º).

aquelle dos estados que primeiro agisse, ensinam que, nos casos em que tal seja possível, deva dar-se *preferencia a uma competencia*, que, pelo menos na hypothese em que o crime seja indivisível, seria a do lugar em que se tenham realizado os effeitos do crime (1).

Mas este criterio não fornece solução admissível, porisso que, confundindo a actividade crimínosa com os seus effeitos, leva á absurda consequencia da possibilidade de modificação da competencia e, consequentemente, da pena, por um facto estranho ao agente criminoso, por um procedimento arbitrario de um terceiro.

c) Outros, ainda, reconhecendo a inadmissibilidade do criterio exclusivo da unidade ou da pluralidade de competencias, propõem um duplo criterio, segundo a actividade crimínosa pôde ou não ser decomposta em uma série de actos que constituam, cada um de per si, um crime distincto, entendendo que, no primeiro caso, cada um dos actos de execução ou de consummação do crime deveria ser submettido á jurisdicção penal do territorio em que foi realizado, e que, no segundo, se deveria adoptar o criterio do lugar em que foi attingido o fim a que se dirigia a actividade do delinquente. Só no caso de esta se não poder exercer, é que o delinquente deveria ser sujeito á lei e tribunaes do territorio em que fossem commettidos os actos de execução. Estabelece-se, pois, na hypothese de indivisibilidade do facto a competencia principal de

(1) Brocher, *Cours de droit international privé*, t. III, 1885, pag. 268 e segg.

uma das leis violadas pelo agente criminoso e subsidiaria das outras, isto é, a organização de uma hierarchia entre as diversas soberanias violadas (1).

É esta, para nós, a doutrina preferível. A determinação da competencia territorial da lei penal deve basear-se no character divisivel ou indivisivel da infracção, admittindo-se, na hypothese do crime ser divisivel (2), a pluralidade de leis competentes, e sustentando-se, ao contrario, a unidade de competencia para as infracções indivisiveis, isto é, que não são susceptiveis de scindir-se em series de actos em si puniveis. O criterio do logar do delicto deve ceder perante o criterio do logar em que foi alcançado o fim da actividade delictuosa.

Não foi esta, porém, a doutrina abraçada pelo legislador português. O confronto entre o n.º 1.º do

(1) Bernard, *Des conflits de souverainetés en matière pénale*, 1901, pag. 23 e segg.

(2) São divisiveis as infracções *continuas* e as *de habito* ou *collectivas*:

1) *Continuas* são as que, depois de commettidas, podem ainda por factos identicos prolongar-se por tempo mais ou menos longo, ou indefinidamente: v. g., o uso illegal de trajo, uniforme ou condecoração (Codigo penal, art. 235.º), porte de armas prohibidas sem licença ou auctorisação legal (art. 253.º § 1.º), carcere privado (art. 330.º), etc. As infracções continuas oppõem-se ás *instantaneas*, em que a unidade criminal se completa e termina num momento susceptivel de ser determinado precisamente, por muito que se prolongue a preparação ou a execução: por exemplo, o homicidio (art. 349.º), ferimentos (art. 359.º), incendio (art. 463.º), etc.

2) *Collectivas* ou *de habito* são as infracções que resultam de actos immoraes que, sendo isoladamente impuniveis, se tornam puniveis pela reiteração. Distinguem-se na lei pelo emprego do adverbio *habitualmente* ou de expressão equivalente: artt. 198.º, 260.º, 406.º, etc. Vid. G. Vidal, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, cit., pag. 128 e segg.

artigo 53.º do codigo penal e a lei francesa, sua fonte, parece mostrar que se teve em vista consagrar a doutrina que determina a competencia da lei penal em harmonia com o criterio do logar do delicto. E, com o Sr. Dr. Pedro Martins (1), póde assentar-se: deve reputar-se commettido em territorio português o crime, de que todos ou alguns dos elementos puniveis que o constituem foram nelle praticados. A competencia da nossa lei restringe-se aos actos commettidos em o nosso territorio ou amplia-se aos commettidos em territorio estrangeiro, conforme o crime fôr divisivel ou indivisivel.

Appliquemos os principios fixados a algumas hypotheses, no caso de infracções indivisiveis, as mais frequentes:

1) *O crime, começado no estrangeiro, prosegue em territorio português.* — A lei portuguesa deve applicar-se a todo o processo de execução do crime, como se todo se tivesse realisado no nosso territorio. Assim, no caso em que um lento processo de envenenamento (2) se tenha realisado no estrangeiro, dando-se a morte em Portugal, ou em que, falsificado um documento no estrangeiro (3), d'elle se venha a fazer uso em Portugal, não ha duvida de que a acção punivel é unica para a lei portuguesa. O mesmo deve dizer-se na hypothese em que o criminoso, estando no estrangeiro, dirija contra o país a sua actividade delictuosa, como no caso de um tiro de espingarda que, disparado de territorio hespanhol,

(1) Sr. Dr. Pedro Martins, *Da competencia penal internacional*, cit., pag. 125; Henriques da Silva, *Questões praticas de direito internacional*, apud *Estudos Juridicos*, 1903, pag. 159 e segg.

(2) Vid. Codigo penal, art. 353.º e § unico.

(3) Vid. Codigo penal, artt. 215.º e segg.

mata um individuo que se encontra em territorio portuguez; no caso de um hespanhol ter conseguido burlar em Portugal um portuguez, por meio de manobras fraudulentas realizadas no estrangeiro; no caso em que do estrangeiro se mandem para Portugal falsas noticias, cartas ameaçadoras ou publicações injuriosas ou diffamatorias.

Analogo é o caso de quem, adquirida no estrangeiro mercadoria sujeita a imposto aduaneiro, a faça entrar por contrabando (1) em Portugal.

2) *O crime, começado em territorio portuguez, prosegue no estrangeiro.* — Se uma parte do delicto se realisou em Portugal (v. g., um artigo calumnioso contra um estrangeiro, escripto em Portugal e tornado publico no estrangeiro), e se esta parte representou lesão do direito objectivo interno, a lei nacional tem competencia para reprimir a infracção, em toda a sua plenitude, onde quer que essa infracção seja consummada; porque, se as fronteiras delimitam a esphera de imperio de cada legislação, não podem tornar inexistente em face de cada uma d'estas o que se verificou, dividir o indivisivel, limitar á tentativa a consummação, fraccionar a violação da norma legal e a respectiva sanção penal (2).

(1) Vid. Código penal, artt. 279.º e 281.º

(2) O delicto é inscindivel em si mesmo; e só na hypothese do crime habitual ou permanente a competencia da nossa lei é limitada aos actos praticados em territorio portuguez. Neste caso, porém, os tribunaes não podem tomar em consideração os factos commettidos no estrangeiro, ainda mesmo que elles sejam circunstancias aggravantes do crime. Vid. Bernard, *Des conflits de souverainetés en matière penale* cit., pag. 33.

Na hypothese, porém, de ser o facto começado no territorio nacional penalmente punivel em Portugal, mas não no estrangeiro, divergem os escriptores, defendendo uns a punibilidade por simples tentativa e sustentando outros a impunidade, áparte o caso de constituirem os actos praticados no nosso país delictos em si mesmos (1).

3) *A acção delictuosa principal realisou-se no estrangeiro, mas no territorio portuguez verificou-se participação nella.* — No crime apparecem ás vezes varios agentes a que corresponde diversa acção: uns influem na resolução, coagindo (auctores) (2) ou suggestionando (auctores ou cúmplices) (3); outros tomam parte na preparação (auctores ou cúmplices) (4); outros executam ou tomam parte directa na execução (auctores) (5); outros, ainda, que, sem intervenção no desenvolvimento da acção, procuram assegurar aos reus a impunidade ou o proveito illicito do crime ou tomam para si uma parte d'esse proveito (encobridores) (6). Se qualquer d'estas fórmulas de participação se realisar em Portugal e a offensa se completar em país estrangeiro, a que tribunal competirá conhecer d'aquellas?

(1) Vid. Perroni-Ferranti, *Tentativo e complicità in rapporto al diritto penale internazionale*, apud *Rivista penale* cit., t. III, 1901, pag. 256.

(2) Vid. Código penal, art. 20.º n.º 2.º

(3) Vid. Código penal, artt. 20.º n.º 3.º e 4.º e 22.º n.º 1.º

(4) Vid. Código penal, artt. 20.º n.º 5.º e 22.º n.º 2.º

(5) Vid. Código penal, art. 20.º n.º 1.º

(6) Vid. Código penal, art. 23.º

A lei portuguesa é competente para punir o crime e os seus agentes logo que um auctor material pratique um acto de execução em territorio português; e é incompetente, por virtude do principio da territorialidade, para punir o crime quando no territorio português apenas se tenha exercido a actividade de auctores Moraes, de cúmplices e a dos auctores materiaes se não tenha manifestado em actos de execução. Exceptua-se o caso de os actos praticados pelos auctores ou cúmplices serem de si delictuosos.

Quanto aos encobridores — também agentes do crime, segundo o nosso código, a sua acção criminal é muito differente das dos auctores e cúmplices. Nem na preparação, nem na execução do crime, em que estes collaboram, interveem os encobridores; e, embora um certo vinculo de connexidade ligue a sua acção ao crime, certo é que os seus actos são muito distinctos d'elle. Assim, parece que a lei do logar do encobrimento não pôde applicar-se, por virtude do principio da territorialidade, aos agentes de um crime commettido noutro territorio, assim como a lei do logar do crime não é applicavel ao encobridor estrangeiro (1).

16. — Cumulação de jurisdicções.

Reservando-se cada estado a repressão dos crimes que, no seu territorio, integralmente ou em parte são commettidos, pôde succeder que o agente, a que é

(1) Vid. Sr. Dr. Pedro Martins, *Da competencia penal internacional* cit., pag. 128 e segg.

applicavel a lei portuguesa, por força do n.º 1.º do artigo 53.º do código penal, tenha já incorrido, pelo mesmo facto criminoso, na applicação de uma lei estrangeira, por elle violada conjunctamente á nossa.

Poderá um crime commettido em Portugal e julgado no estrangeiro ser novamente julgado em o nosso país? E, no caso affirmativo, deverá ter-se em consideração a pena já soffrida?

Na impossibilidade de applicar á hypothese as disposições do n.º 3.º e do § 3.º do artigo 53.º, porisso que se referem a um crime praticado no estrangeiro, parece que a conclusão a formular, em harmonia com os principios do direito publico interno e do direito internacional, deverá ser a de que o julgamento em país estrangeiro não impede a instauração de novo julgamento em Portugal, não se devendo tomar em consideração a pena imposta pela sentença estrangeira.

§ 2.º

Competencia extraterritorial da lei penal

17. — O principio da extraterritorialidade.

Subsidiaria e excepcionalmente, como garantia da defesa nacional e affirmação da solidariedade internacional, tem-se reconhecido a necessidade de ampliar a competencia de um estado ás infracções commettidas fóra do territorio do estado, em determinadas hypotheses, se o infractor vier residir no territorio d'esse estado, onde a sua presença constitue um perigo e causa de alarme (1).

(1) Vid., sobre a evolução historica e justificação do principio da extraterritorialidade: Fusinato, *Des délits commis à l'étranger*

Limitar as leis geraes ao territorio é proclamar a these irracional de que as leis são feitas para o territorio e não para os individuos. Certamente que não se poderia admitir; de uma maneira absoluta, que a lei penal acompanhe o nacional, onde quer que elle se encontre, e que cada estado, representando no mesmo grau a cultura moral, exerça o direito de repressão fóra das suas fronteiras, sem restricção alguma (1). Mas o principio da defesa social, que justifica a repressão penal no interior do territorio, justifica-a igualmente para certos actos criminosos praticados fóra do territorio.

E, com a facilidade de communicações entre os povos modernos; com as restricções postas nos respectivos tratados ao dever internacional da extradição dos criminosos, por virtude de não extinctas desconfianças tradicionaes a respeito da justiça dos povos estrangeiros, restricções aggravadas pela recusa de extradição dos nacionaes (para os quaes, excepto na Inglaterra e nos Estados Unidos da America do Norte, se conserva a regalia da inviolabilidade do asylo), os mais perigosos delinquentes teriam muitas vezes assegurada a impunidade, se a legislação circumscrevesse em absoluto, nos limites do estado, o imperio da lei penal.

Assim, ou sob a fórmula de excepção ou a titulo de principio, penetrou em todas as legislações a extra-

notamment d'après le nouveau code pénal italien, apud Journal du droit international privé, 1892, pag. 57 e segg.

(1) O *systema pessoal*, opposto ao da territorialidade, pelo qual seria applicada a lei penal de um estado a qualquer nacional d'este, em qualquer parte que o crime fosse commetido, não é admittido em legislação alguma contemporanea, por offensivo, segundo as ideias dominantes, da soberania territorial. Mas é, porventura, o mais harmonico com as affirmações da sociologia criminal. Vid. Fedozzi, *Delle possibili conseguenze del positivismo penale nelle sistema di diritto penale internazionale*, apud *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, t. xxii, pag. 240 e segg.

territorialidade da lei penal (1). Consagra-a o nosso codigo penal nos n.ºs 3.º, 4.º e 5.º e nos §§ 2.º e 3.º do artigo 53.º

18. — Base das legislações relativamente às infracções exterritoriaes.

Para a organização do seu systema, quanto á applicação exterritorial da lei penal, as legislações tomaram para ponto de partida a divisão dos crimes em duas categorias (2):

a) *Crimes que offendem a vida economica e politica do estado.* — A maior parte das legislações concorda em não distinguir entre nacional e estrangeiro, para o effeito da repressão d'esses crimes, divergindo, todavia quanto ás condições a que está subordinada a competencia exterritorial da lei penal.

A lei penal portuguesa, ao contrario da quasi generalidade das legislações, que estendem, sob as mesmas condições, a sua acção punidora a todos os crimes que directamente ataquem o estado, restringiu-a aos delictos contra a segurança interior e exterior e contra

(1) A Inglaterra e os Estados Unidos da America do Norte, que tão zelosamente guardam o principio da territorialidade da lei penal, tem reconhecido algumas ampliações a esse principio. No primeiro d'aquelles países, a exterritorialidade da lei penal só se estende aos ingleses e aos crimes de alta traição, offensas a governador das colonias, violação da lei do recrutamento, homicidio, e, talvez, bigamia. Vid. Fiore, *Traité de droit international cit.*, t. 1, pag. 257 e segg.

(2) Vid. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français cit.*, t. 1, pag. 224 e segg.

o credito do estado (art. 53.º n.º 3.º) (1). Não significa isto, porém, que a acção da nossa lei e dos nossos tribunales não possam ser submettidos outros crimes contra o estado portuguezs commettidos por portuguezs em país estrangeiro; mas que o legislador nacional só aquelles tomou em consideração para os subordinar a regimen especial. E esse regimen particular consiste em que, nos crimes que ficam indicados, basta, para se exercer a auctoridade extrritorial da nossa lei, que o facto por esta seja incriminado; e, se o criminoso não fôr encontrado em Portugal, pôde forçar-se a comparecer perante as nossas justças por meio da extradição, e até julgar-se á revelia pelo processo de ausentes (2).

A lei portuguesa tem ainda auctoridade extrritorial sobre os crimes referidos, quando commettidos por estrangeiros em país estrangeiro, se comparecerem no nosso territorio ou se o governo portuguezs poder obter a sua extradição. Aquelle comparecimento pôde ser espontaneo ou determinado por força maior, e implicar uma demora de certa permanencia ou sómente precaria: as condições que dão actividade á força da lei portuguesa verificam-se com a simples presença do criminoso no

(1) Era já a doutrina do codigo penal de 1852, art. 27.º n.º 1.º e 2.º. Vid. tambem Lei de 1 de julho de 1867, art. 1.º n.º 3.º, e Nov. Ref. Jud., art. 862.º e § unico.

(2) Vid. sobre este processo o decreto dictatorial de 18 de fevereiro de 1847, confirmado até ao artigo 11.º pelo decreto de 30 de julho de 1847 (art. 2.º) e pela carta de lei de 18 de agosto de 1848. Ferreira Augusto, *Anotações á legislação penal*, 1905, t. 1, pagg. 1-19.

territorio do estado (1). E nenhum preceito legal auctorisa a suspensão, a interrupção ou a extinctão da acção criminal, quando o accusado, depois de encontrado no territorio portuguezs, novamente volte para o estrangeiro, antes da sentença definitiva sobre o crime por elle commettido no estrangeiro. O que não são é sujeitos ao processo de ausentes (art. 53.º n.º 4.º) (2). E que o pro-

(1) Bertola, *Della presenza nel regno di chi ha commesso un delitto all'estero*, apud *Supplemento alla Rivista Penale*, t. vi, 1897, pag. 425 e segg.

(2) Porque o n.º 4.º do art. 53.º não existia na lei de 1 de julho de 1867, reproduzindo, textualmente, o n.º 3.º do art. 27.º do codigo de 1852, que ella veio reformar, surge a duvida sobre se este numero devia ser inserido no codigo actual.

A opinião negativa tem sido defendida com os seguintes argumentos:

1) A lei de 1867 refundiu esta parte do codigo de 1852 e não contém a mais ligeira referencia que nos auctorisae a suppor que houvesse o pensamento de deixar em vigor qualquer disposição d'aquelle artigo 27.º;

2) O § 5.º da mesma lei, determinando a competencia do juizo para os casos do n.º 3.º, pelo logar em que o reu fôr achado, ou, se esta competencia não fôr possivel por o reu estar fóra do territorio portuguezs, pelo seu ultimo domicilio antes de ausentar-se do reino, e dando, na falta d'estes elementos, a competencia aos juizes dos districtos criminaes de Lisboa, nada diz relativamente aos estrangeiros que forem reus dos mesmos crimes;

3) Aparecendo na lei a enumeração do n.º 2.º do artigo 27.º com mais desenvolvimento e com o additamento das palavras « não tendo os criminosos sido julgados no país onde delinquiram », se houvesse o proposito de conservar a doutrina do n.º 3.º do mesmo artigo 27.º, não deixaria o legislador de incluir este numero na reforma, não só para lhe fazer igual additamento, mas para que o mesmo numero se completasse com o texto do numero anterior;

4) Deve suppôr-se que o auctor da proposta d'aquelle lei de 1 de julho de 1867 (Barjona de Freitas) teve presente o projecto do codigo penal de 1861, de Levy Maria Jordão, que o governo de então tencionava apresentar em breve ao parlamento, anteci-

cesso de ausentes instaurado contra o estrangeiro seria, muitas vezes, inutil, por inexequível quanto a custas, reparação de danos e resti-

pando-se com algumas reformas parciaes mais urgentes; e que aquelle projecto, em relação a infracções extraterritoriaes, se mantinha rigorosamente dentro do principio da personalidade, não submettendo á lei portugueza senão os portuguezes;

5) Mandando o § 3.º da lei de 1 de julho de 1867 processar de novo o criminoso ou delinquente condemnado em país estrangeiro, quando se tenha subtraído ao cumprimento da pena ou de parte d'ella, refere-se visivelmente só a portuguezes.

Em contrario, argumenta-se:

1) A lei de 1 de julho de 1867 parece reflectir uma triplice influencia: a do codigo de 1852, do qual conserva a distincção entre crimes contra o estado portuguez e outros crimes commettidos por portuguezes fóra do nosso territorio; do projecto de 1861, do qual acceitou a doutrina da jurisdicção nacional para todos os crimes ou delictos ex-territoriaes commettidos por portuguezes, embora contra um estrangeiro, e d'onde tirou a provisão do § 3.º; e da lei franceza de 27 de junho de 1866, que veio substituir os artigos 5.º, 6.º e 7.º do codigo de instrucção criminal, e cuja publicação precedeu de alguns meses a proposta de Barjona de Freitas (28 de fevereiro de 1867), e da qual parece que o auctor da proposta aproveitou a doutrina do § 2.º do artigo 53.º Tambem ahi se encontra a competencia da lei e dos tribunaes francezes em relação aos estrangeiros, como no n.º 4.º do artigo 53.º, competencia que entre nós já era reconhecida no artigo 862.º § unico da Nov. Ref. Judiciaria.

2) Se o auctor da proposta de 1867 tivesse o intuito de quebrar a tradição, relativamente a uma parte tão importante do artigo 27.º do codigo de 1852, é natural que, no relatorio, procurasse justificar a alteração, assim como, se quizesse pôr inteiramente de lado aquelle artigo, declaral-o ia substituido, em vez de se limitar a revogar a legislação em contrario. E' que o pensamento do auctor da proposta era apenas, como se declara no relatorio da proposta, preencher uma lacuna da legislação patria, ampliar e accrescentar as disposições do artigo 27.º do codigo « no que toca á punição dos crimes praticados por portuguezes em país estrangeiro contra as leis d'esse país ». Como o estado portuguez não concede a extradição dos seus nacionaes, era necessario punir em Portugal os portuguezes, que em país estrangeiro commettessem qualquer crime ou delicto contra estrangeiros ou contra as leis d'outra nação, o que não estava previsto em

tuições, e, consequentemente incompativel com a dignidade da justiça.

b) *Crimes que não offendem directamente a segurança e a economia do estado.* — Tambem relativamente a estes crimes divergem as legislações quanto aos principios reguladores da competencia extraterritorial. A sua extensão é diversa, tanto sob o ponto de vista dos agentes a que é applicavel ou da indole e numero das infracções, como sob o aspecto das condições a que está subordinada (1).

Segundo o codigo penal portuguez, a nossa lei tem auctoridade extraterritorial a respeito de todos os crimes d'esta segunda categoria, commettidos por portuguezes em país estrangeiro, contra portuguezes ou contra estrangeiro. Mas a effectividade da lei portugueza depende de ser o facto qualificado de crime tambem pela legislação do país onde foi praticado e de ser o criminoso encontrado em Portugal; ficando assim, a instauração do processo dependente da queixa do offendido ou de participação official da auctoridade do lugar do delicto, se a este só fôr applicavel pena correccional (art. 53.º, n.º 5.º e § 2.º) (2).

o n.º 4.º do artigo 27.º do codigo, que, além disso, considerava o crime sempre particular.

3) O argumento baseado no § 5.º da lei de 1 de julho de 1867 pouco vale, porque os termos geraes d'essa disposição tanto comprehendem os reus estrangeiros.

Vid. *Diario de Lisboa*, 1867, pag. 595, 2154 e 2189; Secco, *Codigo penal portuguez annotado*, pag. 17; Sr. Dr. Chaves e Castro, *Organisação e competencia dos tribunaes portuguezes*, cit., pag. 650.

(1) Cogliolo, *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale*, cit., parte II, t. I, pag. 18 e segg.

(2) A Novissima Reforma Judiciaria (art. 863.º) e o codigo penal de 1852 (art. 27.º n.º 3.º), seguindo o codigo de instrucção

19. — A regra « non bis in idem » como limite da auctoridade extraterritorial.

O português que delinuiu em país estrangeiro em caso algum fica sujeito ás justças nacionaes, se, julgado no país em que commetteu o delicto, foi absolvido, ou se foi condemnado e cumpriu toda a pena imposta (art. 53.º n.ºs 3.º e 5.º alinea c) e § 3.º) (1).

É preciso que o julgamento seja definitivo; a simples instauração do processo não impede a sua reiteração em Portugal. Será applicavel esta disposição aos estrangeiros pelos crimes a que se refere o n.º 4.º do artigo 53.º, ou estarão elles em situação menos favoravel que os nacionaes, podendo ser julgados em Portugal, ainda que o tenham sido no estrangeiro?

criminal francês, tomaram para base da definição da esphera e das condições de exercicio da competencia extraterritorial a qualidade de nacional do delinquente e da victima, e estabeleceram que a lei portuguesa só era applicavel quando o crime fosse commettido por portuguezs contra portuguezs.

Pelo que respeita ás condições de que depende a effectividade da competencia da lei portuguesa, tambem é divergente a doutrina da Novissima Reforma Judiciaria, do codigo penal de 1852, da lei de 1. de julho de 1867 e codigo penal em vigor.

Aquella estabelecia apenas duas condições:

a) não ter sido o delinquente julgado no país em que commetteu o delicto;

b) querellar o proprio offendido (art. 863.º).

O codigo penal de 1852 parecia restringir a primeira ao caso de o delinquente não ter sido punido; mantinha a segunda e acrescentava est'outra: ser o delinquente achado no reino (art. 27.º n.º 3.º).

(1) Doutrina identica consignava a lei de 1 de julho de 1867, no artigo 1.º n.º 3.º. Segundo o codigo penal de 1852, o portuguezs, fosse ou não julgado no estrangeiro, era sempre julgado em Portugal, (art. 27.º n.º 2.º).

Não é natural, decerto, que as justças do país em que foi commettido o crime attentatorio da segurança e da economia do estado portuguezs se preocupem com o facto. Mas é possivel que a lei penal d'esse país proteja, por um sentimento de solidariedade, a segurança e o bom nome dos outros estados, e que a jurisdicção territorial se tenha exercido.

Em França, onde a redacção dos textos legaes é analoga á dos nossos, predomina a opinião de que o julgamento do estrangeiro no territorio nacional está dependente da condição de não ter sido julgado no estrangeiro (1). E cremos ser esta a doutrina a seguir em face da nossa lei. Do contrario resultaria a anomalia e o absurdo de, sob certo ponto de vista, ser a competencia da nossa lei mais ampla em relação a estrangeiros do que a nacionaes (2). O § 3.º do artigo 53.º é que não manda processar de novo em Portugal o estrangeiro condemnado no lugar de crime, caso elle se tenha subtrahido ao cumprimento da pena. É que diversa é a situação em que se encontram os estrangeiros e os nacionaes.

Se aquelles se subtrahirem ao cumprimento da pena, o estado que os tiver condemnado não deixará de pedir extradição; e, se estiverem em Portugal, o nosso governo póde extradital-os, como póde expulsal-os. Em relação aos nacionaes, não resta outro meio senão instaurar-lhes processo em Portugal, se elles aqui vierem refugiar-se antes de cumprir a pena imposta. Além de que não é de estranhar o mais escrupuloso

(1) Vid. Bossy, *La loi pénale dans ses rapports avec le territoire*, 1888, pag. 166 e segg.; Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français* cit., t. 1, pag. 240 e segg.

(2) A omissão em o n.º 4.º da condição consignada em o n.º 3.º do artigo 53.º é, porventura, devida ao esquecimento da commissão em harmonisar a disposição do n.º 3.º do artigo 27.º do codigo penal de 1852 com o principio da não reiteração de julgamento, consagrado na lei de 1 de julho de 1867.

rigor da nossa lei para evitar a impunidade dos delinquentes nacionaes (1).

20. — Crimes commettidos fóra de todo o territorio.

São os delictos commettidos no alto mar, os crimes de trafico de escravos (2), de pirataria (3), de damno nos cabos submarinos (4). Taes crimes são reprimidos pelo estado, em cujo poder se encontra o criminoso. Em rigor, se o crime é commettido em um territorio determinado, deveria o criminoso ser julgado no territorio do estado em que é commettida a infracção; mas,

(1) Henriques da Silva, *Questões praticas de direito penal internacional* cit., pag. 82 e segg.

(2) Por iniciativa dos governos inglês e belga, reuniu em 16 de novembro de 1889, em Bruxellas, uma conferencia internacional para a suppressão do trafico dos negros. Em 2 de julho de 1890 assignava-se uma convenção criando a *União para a repressão do trafico*, com uma comissão internacional em Zanzibar e um officio central em Bruxellas. Vid. Carta regia de 24 de março de 1892. Tambem: Sr. Dr. Chaves e Castro, *Organisação e competencia dos tribunaes de justiça portuguezes*, cit., pag. 691 e 696.

(3) A pirataria, a principio, geral, localisou-se mais tarde e quasi desapareceu de todo na actualidade, em que se limita á costa do Riff e aos mares da China. Sobre o tratamento penal nos crimes de pirataria, Senly, *La Piraterie*, 1902, pag. 53 e segg. Vid. Código penal, art. 162.º

Da pirataria — crime commettido por individuos que, sem commissão de qualquer estado soberano, cursam os mares com navios armados, atacando e saqueando navios — differe o corso — empreza organizada por particulares, sob a auctoridade de uma potencia belligerante, e que, por meio de navios armados, tem por fim causar damno ao commercio inimigo. Estes navios, chamados corsarios, são considerados como força naval do estado que os commissionou. Mas o direito de exercer o corso está hoje limitado ás nações que não se fizeram representar no Congresso de Paris de 1856, em que foi decretada a sua abolição.

Vid. Cauchy, *Droit maritime international*, t. II, pag. 385 e segg.

(4) Vid. Lei de 21 de abril de 1886.

por conveniencias internacionaes, vigora, para aquelles crimes, como tambem para o de damnificação das linhas ferreas internacionaes, o principio de que *quem póde pune o criminoso*.

§ 3.º

A extradição

21. — Fundamento e natureza juridica da extradição.

Desde que a jurisdicção penal do estado em que um criminoso se refugia deve considerar-se simplesmente suppletoria em face da jurisdicção do estado em cujo territorio o crime foi commettido, sendo maior e mais immediato o interesse repressivo d'este, é natural que o primeiro não só ceda o lugar á justiça do segundo, mas que coopere no sentido de tornar mais facil e efficaz a sua acção. Isto se obtém mediante a entrega do delinquente refugiado, entrega que póde ser espontaneamente offerecida, ou concedida sob prévia reclamação. As regras que se referem a esta materia constituem o instituto da extradição (1).

Representa elle a manifestação mais caracteristica da solidariedade internacional no dominio do direito

(1) Vid. Garraud (*Traité théorique et pratique du droit pénal français* cit., t. I, pag. 259) define a extradição o acto pelo qual um estado entrega um individuo, pronunciado ou julgado por uma infracção commettida fóra do seu territorio, a um outro estado que o reclama, porque é competente para o julgar e punir.

Inexacta a noção de Garraud. Deduz-se d'ella, com effeito, que a extradição só póde dar-se por crimes commettidos fóra do territorio do estado reclamado. Ora, na hypothese do n.º 3.º do artigo 53.º do código penal, em que se trata de crimes commettidos por portuguezes em país estrangeiro, póde Portugal pedir a extradição, quando o país onde o delinquente praticou o crime o não quizer punir, comtanto que haja com esse país celebrado o respectivo tratado. E, do mesmo modo, quando os crimes a que se refere o citado n.º 3.º hajam sido praticados por um

penal. Corresponde á necessidade internacional de segurança e de defesa social: se o estado, em cujo territorio se refugia o criminoso de direito commum, não pôde punil-o, deve, para uma prevenção e repressão efficazes, entregal-o ao estado que tem o direito de perseguil-o criminalmente. D'outro modo, os territorios dos differentes estados tornar-se-iam logares de refugio para os delinquentes, e a recusa de extradição constituiria não só um acto de hostilidade para o estado que reclama o delinquente, mas tambem uma offensa ao principio de justiça.

E, nos estados modernos (1), o fundamento da extradição liga-se ao criterio da soberania (2), porisso que

estrangeiro, que é o caso do n.º 4.º, refugiado fóra do país de que é cidadão. Por outro lado, ao contrario do que insinua Garraud, nem sempre é necessario que haja pronuncia ou condemnação do individuo de que se pede a extradição, bastando os mandados de captura contra o reu.

(1) A pratica da extradição remonta á alta antiguidade. Egger lá noticia de um tratado de extradição celebrado, no tempo de Moysés entre Rhamsés 2.º e o príncipe de Cheta.

Entre os romanos, a extradição era pedida pela suprema auctoridade do estado: perante os estados dependentes representava uma manifestação de supremacia, perante os outros traduzia a satisfação pela offensa feita ao estado ou ao cidadão.

Tambem na idade media se comprehendeu a necessidade da celebração de pactos internacionaes que impedissem aos criminosos a sua subtração á pena, pela fuga para territorio estrangeiro. Tal a convenção de 836, entre Sicardo, príncipe de Benevento, e os magistrados de Napoles; ou a de 840, entre Veneza e o imperador Lothario; ou a de 1220, entre a mesma republica e Frederico II.

As ideias erroneas ácerca da independencia dos estados, ideias nascidas do respeito exaggerado da magestade divina e da realza, fizeram, porém, com que, na pratica, a extradição tivesse escassa e caprichosa applicação até ao meado do seculo XVIII. Nesta epoca, as relações de extradição tornam-se mais seguras e regulares; a propria palavra — extradição — começa a ser empregada sómente no segundo quartel do seculo XIX. Vid. Paul Bernard, *Traité de l'extradition*, 1883, pag. 11 e segg.

(2) Vid. Sr. Dr. Marnoco e Sousa, *Direito politico — Poderes do estado*, 1910, pag. 42 e segg.

tanto a offerta como o consentimento á entrega do criminoso, longe de implicarem renuncia ao poder soberano, constituem exercicio d'este, inspirado no principio da territorialidade da lei penal e da preferencia de jurisdicção do logar em que o delicto foi commetido.

22. — Condições do exercicio da extradição.

A extradição, que pôde ser *activa* ou *passiva*, segundo o estado entrega ou recebe o delinquente, está dependente da realisação de determinadas condições:

a) Para que a extradição possa ser offerecida ou concedida, é necessario que exista um tratado de extradição (1).

(1) Estes tratados regulam a maneira de reclamar a entrega dos criminosos, os crimes que a podem fundamentar, e, ás vezes, outras providencias relativas ao processo criminal e á assistencia reciproca dos estados para a descoberta e punição das infracções.

Os tratados de extradição que temos são:

Argentina — de 14 de março de 1888, approved por carta de lei de 5 de julho de 1888;

Belgica — de 8 de março de 1875, e convenção additional de 16 de dezembro de 1881;

Brazil — de 12 de janeiro de 1855 e de 10 de junho de 1872, ratificado em 28 de março de 1873;

Chile — Lei de 30 de setembro de 1897;

China — Tratado de commercio de 1 de dezembro de 1887, artigo XLV;

Columbia — de 9 de abril de 1857; ratificado pela carta regia de 28 de agosto de 1862;

Congo — de 27 de abril de 1888, ratificado em 15 de janeiro de 1889;

França — de 13 de julho de 1854 ratificado em 22 de agosto seguinte e declaração additional de 30 de dezembro de 1872, ratificada em 26 de março de 1874;

Gran-Bretanha — de 17 de outubro de 1892;

Hespanha — de 25 de junho de 1867; artigos additionaes de

Embora Lucchini (1) sustente o contrario, com base na existencia de certas normas consuetudinarias internacionaes, certo é que tal opinião mal se harmonisa com o nosso direito interno. De facto, se o instituto da extradição, tornado predominantemente jurisdiccional (2), dá origem a direitos individuaes, se a tutela d'estes implica em todo o caso a actividade jurisdiccional, resulta clara a necessidade de normas certas e geraes, que possam ser applicadas pelo juiz. Se o governo podesse offerecer ou conceder a extradição sem a base de um tratado, viria a faltar á jurisdicção uma

7 de fevereiro de 1873, e acordo por troca de notas de 11 de maio de 1884;

Italia — de 18 de março de 1878, ratificado em 6 de julho de 1878 e declaração interpretativa do artigo 15.º de 6 de fevereiro de 1885;

Luxemburgo — de 1 de novembro de 1879, ratificado em 24 de julho de 1880, e protocollo explicativo de 1 de novembro de 1897;

Paizes Baixos — de 19 de maio de 1894, carta regia de 23 de julho de 1896;

Russia — de 10 de maio de 1887, ratificado em 15 de julho de 1887;

Suecia e Noruega — de 17 de dezembro de 1863, ratificado em 16 de junho de 1864;

Suissa — de 30 de outubro de 1873, ratificado em 23 de setembro de 1874;

Uruguay — de 26 de setembro de 1878 (*Livro Branco* de 1879, vol. II, pag. 94).

Estados-Unidos da America — de 7 de maio de 1908, approved pela lei de 18 de setembro do mesmo anno.

Vid. Sr. Dr. Chaves e Castro, *Organisação e competencia dos tribunaes de justiça portuguezes* cit., pag. 608 e segg.; Sr. Dr. Francisco Maria da Veiga, *O ministerio publico na primeira instancia* cit., pag. 406 e 407.

(1) *Elementi di procedura penale* cit., pag. 99.

(2) Vid. sobre os systemas seguidos pelos varios estados em materia de extradição (systemas inglêz, francês e belga): Anzilotti, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, 1905, pag. 31 e segg.; Prins, *Science pénale et droit positif* cit., pag. 67^{re} segg.

parte das normas necessarias para decidir, e ao individuo seriam negadas algumas das garantias que normalmente lhe são concedidas.

De resto, os tratados de extradição são estipulados e publicados precisamente para assegurar uma efficaz e uniforme tutela do direito positivo, criando normas complementares do direito interno.

Terão, porém, os tribunaes portuguezes competencia para conhecer de um caso de extradição e apreciar a sua legalidade?

O argumento em geral invocado, na defesa da opinião negativa, do principio da divisão dos poderes, não nos parece concludente. Se existe um tratado, elle é, evidentemente, uma lei para as partes contractantes, podendo ser allegado pelos interessados e sendo licito aos reus invocar a illegalidade da extradição, quando ella se verifique, deduzindo a excepção de incompetencia do juiz a quem foram entregues e que os vae julgar. Ora, ao poder judicial incumbe interpretar e applicar as leis, vigiar se ella é ou não cumprida e apreciar aquella excepção, etc.

E será admissivel a extradição para um delicto não previsto no tratado respectivo?

A enumeração dos delictos inserta em um tratado é taxativa; o tratado, devidamente publicado, torna-se norma juridica interna e o magistrado, como o governo, é obrigado a respeitar os limites d'esta. Na denominação geral dos delictos deve, porém, entender-se comprehendida a tentativa, do mesmo modo que a cumplicidade (1).

(1) Expressamente foi assim declarado nas mais recentes convenções. Vid. tratado entre a Italia e o Mexico de 22 de maio de 1899, art. 2.º

b) A reclamação deve ser feita de governo a governo, em vista de sentença condemnatoria, despacho de pronuncia ou mandado de captura. Para este effeito deve o ministerio publico remetter ao procurador da republica os mandados de captura, expondo no officio de remessa todas as informações que tiver obtido ácerca da residencia do criminoso, nome de que usa, signaes, etc. Havendo urgencia na captura, assim o deve informar ao procurador da republica, porque, em tal caso, póde o governo reclamar pelo telegrapho a captura provisoria do culpado.

Sendo preciso o comparecimento pessoal em juizo de qualquer testemunha residente em outro país, o delegado deve communicar-o ao procurador da republica, enviando-lhe documento com que prove aquella necessidade, com certidão da decisão do jury no caso do artigo 1139.º da Nov. Ref. Jud., a fim de o governo fazer a requisição na hypothese de para isso haver tratado. Da mesma fórma se póde proceder quando fôr precisa a acareação com algum preso existente em outra nação. Isto não tem logar se o processo fôr por crime politico. Os documentos existentes em outra nação tambem podem ser pedidos.

Se fôr sufficiente a inquirição da testemunha no país em que ella residir, passa-se rogatoria, que o delegado deve remetter ao procurador da republica para, pela via diplomatica, ser cumprida.

Esta rogatoria deve ser acompanhada de uma traducção franceza, sendo para país em que a nossa lingua seja pouco conhecida.

23. — Restricções ao exercicio da extradição.

Não obstante o character convencional, bilateral dos tratados, ha regras geraes referidas em todos esses documentos.

a) Com excepção da Inglaterra e dos Estados Unidos da America do Norte, todos os outros estados repellem a ideia da extradição dos seus nacionaes.

Em nome da injustiça e da inutilidade de tal doutrina, assim a impugna Garraud (1): Em materia crime, diz, o juiz natural do accusado é, antes de qualquer outro, o juiz do logar da infracção. É aqui que se fez sentir o mal do delicto, que necessita de ser reprimido; é aqui que se reunirão mais facilmente os elementos de instrucção, tendentes á descoberta da verdade. Porque, pois, recusar ao estado, sobre cujo territorio foi infringida a lei penal, a extradição do malfetor? É que nós desconfiámos da justiça estrangeira.

Mas, não havendo hoje razão para a desconfiança das nações, umas a respeito das outras, por serem analogas as instituições criminaes dos diversos estados (2), a escola

(1) *Traité théorique et pratique du droit pénal français* cit., t. 1, pag. 297 e segg.

(2) Segundo o artigo 6.º das resoluções do Instituto de direito internacional, na sessão de Oxford, de 1880, a extradição do cidadão deveria admittir-se entre os estados cujas legislações penaes repousem em bases analogas e tenham mutua confiança nas suas instituições judicarias. E, examinada a questão no sexto Congresso Penitenciario, reunido em Bruxellas, em agosto de 1899, votou-se que o congresso, prestando homenagem ao principio da

criminal positiva serve-se d'este argumento para concluir que a extradição deve ser feita sempre do país onde o crime foi commettido para o da nacionalidade do criminoso.

Com effeito, se toda a nação tem uma delinquencia especifica, porisso que o crime é o resultado de factores anthropologicos, physicos e sociaes, natural é que tenha tambem um systema penal proprio, considerado o mais adequado á neutralisação das energias criminosas latentes ou manifestadas em cada delinquente, segundo a sua categoria. A melhor fórma da sancção penal será a que mais perfeitamente se adapte ás condições dos concidadãos do legislador, que devia orientar-se, ao estabelecê-la, tanto pela consideração do ambiente physico e social, como pela dos caracteres psycho-physiologicos preponderantes na população.

Esses principios conduzem á personalidade do direito penal. O que parece mais logico é que o juiz da patria do accusado seja o competente para proceder ao seu julgamento, em que, entretanto, deverão entrar como elementos de prova as informações que se julgarem necessarias e forem requisitadas para o logar do delicto (1).

jurisdição territorial e fazendo votos para o triumpho proximo do referido principio, se pronunciava por um systema transaccional, consistindo em recommendar a extradição dos nacionaes entre os países cuja legislação criminal repouse sobre bases analogas e que tenham confiança nas suas instituições judiciais respectivas.

(1) Fedozzi (*Delle possibili conseguenze del positivismo penale italiano*, apud *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1897, t. xxii, fasc. ii) entende que a extradição só deveria attingir os delinquentes natos e habituaes e não os occasionaes, porque para estes bastaria o afastamento do meio em que delinquiram.

Entre nós, como dissémos, a extradição é limitada aos estrangeiros, que devem encontrar-se, naturalmente, no território do estado, qualquer que seja a causa por que alli se encontrem.

Para obviar a que um individuo, de quem se quizesse obter a extradição, se naturalisasse cidadão do estado em que se encontrasse refugiado, furtando-se, d'este modo, á perseguição penal do seu país, previram alguns tratados a hypothese de algum criminoso se servir d'esse malicioso expediente, para se assegurar a impunidade: assim no tratado entre Portugal e a Inglaterra. Por vezes, dá-se, porém, effeito retroactivo á naturalisação, considerando-a valida, como é estabelecido no codigo allemão (art. 4.º) e na lei belga de 17 de março de 1874 (art. 10.º).

b) Outra excepção ao principio da extradição é a que se refere aos delictos politicos.

Gerada em o movimento philosophico do seculo xviii e tendo a sua primeira sancção positiva no tratado de 22 de novembro de 1834, entre a França e a Belgica (1), esta excepção basea-se em que taes delictos só teem importancia social e politica relativamente ás condições actuaes dos estados, contra os quaes são commettidos. O individuo que em um país é punido como culpado de um crime politico, poderá ser n'outro, considerado como um martyr da liberdade; as auctoridades que o perseguem em nome do direito serão, porventura, consideradas em outro estado como

(1) Teichmann, *Les délits politiques, le régicide et l'extradition*, 1880, pag. 3 e segg.

inimigas do direito e da justiça. E, ainda quando as opiniões não sejam assim diametralmente oppostas, haverá sempre o perigo de que os juizes se deixem influenciar nos processos politicos pela politica, pela ambição, por temor do governo ou de um partido poderoso.

Não ha nesses delictos um perigo universal; na sua apreciação imperam as paixões, e os delinquentes de hoje serão os heroes de amanhã. E não offerece garantias de imparcialidade o estado interessado na punição.

Não podendo deduzir-se da materia objectiva do delicto, mas sómente da psychologia do delinquente, o conceito de delicto politico apresenta-se-nos abstractamente indefinível, sendo necessario analysar o problema *in concreto*, com criterios inferidos da pessoa do accusado (examinar se nelle existe, na realidade, a paixão politica, ou se ella é só um pretexto occultando a avidez de lucro, o desejo de vingança pessoal, a malvadez brutal, o habito da delinquencia, a degenerescencia, a propria loucura, etc.), e com criterios deduzidos do ambiente politico do estado em que o criminoso se refugia e das tradições nelle dominantes, do espirito do estado em que o delicto foi commettido e das peculiares circumstancias do delicto.

De um modo geral, podemos dizer que, sob o ponto de vista juridico-objectivo, do numero dos delictos politicos devem ser excluidos os que, commettidos no estrangeiro contra um estado estrangeiro, não se ligam directamente ao exercicio das liberdades civicas e politicas, ou não constituem factos de resistencia individual ou collectiva contra normas juridicas

ou contra actos ou factos de governo ou de administração, incompatíveis com o regimen juridico e politico do estado de refugio ou referentes exclusivamente á organização politica do estado estrangeiro (1). Só quando o delicto de que se trata resista ao confronto com os factos indicados se poderá passar ao exame ulterior baseado nos criterios referidos.

Relativamente aos crimes connexos a crimes politicos, isto é, os perpetrados para procurar os meios de commetter delictos politicos, ou para facilitar ou consummar a execução ou para assegurar a impunidade, faz-se, geralmente, distincção entre os crimes praticados por occasião de revolução ou guerra civil e os commettidos em condições normaes, considerando-se a excepção da extradição extensiva só ao primeiro caso (2).

c) Quando ás excepções previstas nos tratados de extradição, deve ainda fazer-se referencia aos delictos culposos e ás contra-venções. A extradição é, em regra, limitada aos crimes dolosos (3). Os crimes geral-

(1) É a formula de Manzini. Vid. *Trattato di diritto penale italiano* cit., t. I, pag. 310.

(2) Assim resolveu o Instituto de direito internacional, na sessão de Genebra de 1892, modificando as resoluções de Oxford de 1880. Tambem esta distincção foi acolhida pela maioria dos membros da comissão italiana nomeada por Mancini em 1883 para organizar um projecto de lei sobre extradição.

(3) Ainda com respeito a estes estabelecem alguns tratados um minimo da pena restrictiva da liberdade pessoal: v. g., dois annos nos tratados hispano-italiano de 3 de junho de 1868-13 de janeiro de 1869 e italo-germanico de 31 de outubro-27 de novembro de 1871. Na convenção de extradição entre Portugal e a Belgica estabelece-se que aquella só terá logar nos crimes punidos com pena correccional, se esta fôr, pelo menos, de um anno de prisão, estando o reu já condemnado, e, havendo apenas pronuncia,

mente previstos nos tratados são: homicídio voluntario, envenenamento, aborto provocado, exposição e abandono de crianças, estupro e attentado contra o pudor, incendio voluntario, damno, furto e roubo, concussão, corrupção, peculato, bancarrota fraudulenta, moeda falsa, etc. (1). E deve dizer-se que, em todo o caso, a extradição não pode ser concedida se, pela lei do país reclamante, já decorreu o tempo necessario para a prescripção ou existe outra causa extintiva da acção penal ou da condemnação, o que é expressamente previsto em alguns tratados.

24. — Reextradição.

Verifica-se a hypothese da reextradição quando o individuo, de quem se obtem a extradição do estado de refugio, é reclamado ao estado onde segue o processo por terceira potencia, em virtude do delicto anterior ao que determina a extradição.

Segundo a pratica internacional, pôde o estado reclamante fazer o seu pedido ao estado em cujo poder se encontra o accusado, desde que a isso adhira o estado de que já obteve a extradição (2).

Esta adhesão não se torna, porém, necessaria quando pelo decurso de um mês depois da sua libertação definitiva, o extraditado teve a faculdade de abandonar o

se a pena applicavel fôr pelo menos de dois annos de prisão. Devemos ainda lembrar que em alguns tratados (v. g. tratado entre Portugal e França) se declara que só é admittida a extradição dos accusados ou condemnados por crime a que no país reclamante corresponda pena de morte, quando este se comprometta a commutar-lhes esta pena.

(1) Vid. Lisboa, *L'extradition*, 1901, pag. 4 e segg.

(2) Leboucq, *De la réextradition*, apud *Journal de droit international privé*, 1905, pag. 23 e segg.

territorio submettido á jurisdicção do país ao qual foi entregue. E, em todo o caso, o estado reclamado tem o direito de examinar se a reextradição é admissivel em face das proprias leis internas e da convenção com o estado ultimo reclamante.

§ 4.º

A expulsão

25. — O direito de expulsão e a soberania do estado.

Um dos principaes deveres do estado é o de garantir a segurança das pessoas e da propriedade e de tutelar a ordem publica. Ao direito, reconhecido aos estrangeiros por todas as legislações, de permanecerem no territorio do estado surge um limite: o direito por parte dos estados de os expulsarem do seu territorio, sempre que o exija a segurança dos cidadãos. Trata-se de uma manifestação do direito de soberania do estado (1).

Certo que, entre outros, Coke, Sapey e Santi Romano (2), considerando o territorio nacional como asylo sagrado e inviolavel para o estrangeiro, combatem o instituto da expulsão, como inconciliavel com o estado actual da evolução social, e que Lusena (3)

(1) Assim o consideram Monzani, *Diritto di espellere gli stranieri*, 1899, pag. 16; Ranelletti, *La polizia di sicurezza*, apud *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, t. iv, 1904, pag. 998 e segg.; Chantre, *Du séjour et de l'expulsion des étrangers*, 1891, pag. 71 e segg.

(2) *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, apud *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* cit., vol. 1, 1900, pag. 173.

(3) *Diritto di espulsione degli stranieri*, 1891, pag. 36 e segg.

simplesmente o admitte como excepção, mediante tratados especiaes; mas se este vem a negar o exercicio da soberania no territorio de um estado, só porque se trata de um estrangeiro, e a criar uma situação privilegiada para elle, esquecendo-se que, se os tratados podem limitar o exercicio do direito de expulsão, não podem criar o direito, áquelles podemos responder que a sua doutrina apresenta uma lamentavel lacuna, emquanto falta uma razão precípua e juridica sobre que se funde a illegitimidade do poder de expulsão.

E, em tal doutrina, os estados tornar-se-iam lugar de refugio dos delinquentes, ainda communs, sem que podessem usar contra estes de qualquer medida preventiva. Dever-se-ia esperar que commettessem algum delicto, o que equivaleria muitas vezes a assegurar a impunidade, porque, graças aos actuaes meios de comunicação, os estrangeiros passariam facilmente para outro estado, onde, pelo pretendido direito de asylo, não poderiam ser capturados.

26. — Applicaçào do direito de expulsão.

O direito de expulsão consiste na faculdade que tem o estado (1) de afastar do seu territorio os estrangeiros perigosos, não podendo estes voltar senão com permissão especial do governo do mesmo estado. Tal attribuição era concedida ao poder executivo pelo § 15.º do artigo 75.º da carta constitucional, segundo o qual incumbe áquelle poder prover a tudo o que fôr concernente á segurança interna e externa do estado, na forma da constituição.

(1) Em alguns estados a expulsão é confiada á discreção do poder executivo (Allemanha, Hespanha, Russia, Suecia, Noruega, Grecia, Portugal); em outros é regulada por lei (Belgica, Austria-Hungria, França, Dinamarca, Suissa, Italia).

Note-se, porém, que, não só como simples medida ou providencia preventiva de caracter administrativo, caso em que affecta especialmente os estrangeiros (1), a expulsão apparece nas nossas leis; tambem pôde ser decretada em sentença condemnatoria, affectando tanto estrangeiros como nacionaes (2).

Quaes os estrangeiros que, perigosos para a ordem publica, podem ser expulsos?

a) *Estrangeiros sem domicilio. Vadios.* —

Serão competentemente julgados e declarados vadios, nos termos do artigo 256.º do codigo

(1) Santi Romano (loc. cit.) defende, todavia, a expulsão dos cidadãos. E deve dizer-se que a lei franceza de 14 de março de 1872 permittiu a expulsão de qualquer francês que tivesse participado em associações internacionaes illicitas. Por ella foi expulso o principe Jeronymo Bonaparte.

Entre nós, o decreto de 23 de março de 1899, que veio regular a execução dos artt. 256.º a 262.º do codigo penal, acerca de vadios e mendigos, determinou, no artigo 2.º, que « os governadores civis, conforme as circumstancias, proporão ao governo, pelo competente ministerio, que os reus sejam admittidos a prestar fiança, ou internados na escola agricola de Villa Fernando, ou recebidos nos trabalhos do estado, ou transportados para o ultramar, ou *expulsos do reino* ». E o decreto de 31 de janeiro de 1908 (revogado pelo decreto de 5 de fevereiro do mesmo anno) estabelecia, no artigo 1.º, que « os individuos pronunciados por alguns dos crimes comprehendidos no artigo 1.º do decreto de 21 de novembro de 1907 poderão, quando os interesses superiores do estado assim o aconselharem, e por virtude de deliberação do governo, tomada em conselho de ministros, *ser expulsos do reino*... ».

(2) Codigo penal, artigo 57.º, penas 7.ª e 8.ª. Nos termos do artigo 62.º e § unico do codigo penal, a expulsão por tempo indeterminado entende-se ser por vinte annos, podendo, comtudo, applicar-se até trinta annos; a expulsão por tempo determinado varia entre tres e doze annos. Os effeitos da condemnação na pena de expulsão veem expressos no artigo 22.º n.º 3.º do codigo civil, segundo o qual perde a qualidade de cidadão portuguez o expulso por sentença, emquanto durarem os effeitos d'esta.

A pena de expulsão é applicada aos estrangeiros em varios casos: codigo penal, artt. 130.º e § 1.º, 156.º § unico, etc.

penal, aquelles que não teem domicilio certo em que habitem, nem meios de subsistencia, nem exercitam habitualmente alguma profissão ou officio, ou outro mistér em que ganhem a sua vida, não provando necessidade de força maior que os justifiquem de se acharem nestas circumstancias. O vadio estrangeiro será posto á disposição do governo, para o fazer sahir do territorio portuguez, se recusar o trabalho que lhe fôr determinado (art. 259.º).

Quando o consul, a quem fôr entregue o estrangeiro, não queira encarregar-se d'elle, poderá o vadio ser posto no país da sua naturalidade, salvas as disposições especiaes dos tratados e convenções internacionaes (1).

b) Estrangeiros com domicilio. 1) *Mendigos.* — Todo o individuo capaz de ganhar a sua vida pelo trabalho, que fôr convencido de mendigar habitualmente, será considerado e punido com vadio (codigo penal, art. 260.º). Aos mendigos estrangeiros são applicaveis, quanto á sua expulsão, as disposições legaes referidas ácerca dos vadios.

2) *Com meios de existencia.* — Os estrangeiros com meios de existencia podem ser constrangidos pelo governo a sair do reino, quando compromettam a tranquillidade e a segurança publica. Tal o que succede com os estrangeiros que façam propaganda de convicções contrarias á organização social ou politica existente no estado ou diffundam e excitam nos outros ideias e sentimentos im-

(1) Decreto de 23 de março de 1899, art. 7.º

moraes; com criminosos habituaes estrangeiros varias vezes condemnados; etc. (1).

SECÇÃO II

Quanto ás pessoas

27. — Caracteres das immunidades de direito penal.

O codigo penal estabelece, como vimos, a applicabilidade da lei penal a todas as infracções commettidas em territorio ou dominios portuguezes, qualquer que seja a nacionalidade do infractor. É uma consequencia da disposição do artigo 52.º que attribue responsabilidade criminal a todos os agentes de factos puniveis, em que não concorrer alguma circumstancia dirimente d'essa responsabilidade, nos termos dos artigos 41.º e seguintes, *salvas as excepções expressas nas leis*.

No estado moderno, estas excepções perderam o character de privilegio pessoal ou de classe, assumindo o de prerogativas, concedidas não em razão da pessoa ou da classe, mas para assegurar o exercicio livre e effizaz de determinadas funções publicas.

Essas prerogativas podem ser de direito publico interno, quando concedidas a membros do estado nacional, ou de direito publico internacional, quando

(1) Vid. Caruso, *Il diritto di espulsione*, 1906, pag. 22 e segg.; Martini, *L'expulsion des étrangers*, 1909, pag. 5 e segg. Além da expulsão individual nos casos referidos, póde verificar-se a expulsão collectiva, no caso de guerra, (assim a China e o Japão durante a guerra entre os dois estados, em 1894), por represalia e retorsão, etc. Ligada á expulsão está a prohibição de immigração de certa classe de estrangeiros. Os Estados Unidos prohibiram, pela lei de 3 de março de 1891, a immigração, entre outras, das pessoas condemnadas por delictos infamantes.

atribuídas a chefes de estado estrangeiros ou cidadãos de outras nações.

Pela immuniade penal consideram-se os individuos criminalmente susceptiveis de imputação, mas impuni-veis, e, portanto, legalmente irresponsaveis.

28. — Prerogativas de direito interno.

As pessoas a cujas infracções, commettidas em terri-torio portuguez, a lei penal portuguesa não se applica, são :

a) *O chefe do estado.* — Sob o ponto de vista exclusivamente juridico, quem é revestido da qualidade de orgão do poder publico su-premo deveria estar submettido, como qual-quer outro individuo, á vontade do estado traduzida na lei; sobretudo em um regimen constitucional, em que era expressamente exi-gido ao chefe do estado o juramento de fidelidade á constituição (1), e explicitamente reconhecida a egualdade de todos perante a lei (2).

Razões politicas aconselham, porém, a attri-buição ao chefe do estado de immuniades e prerogativas adequadas ao poder que elle concentra e representa. Assim, a lei portu-guesa constituiu o rei em um estado de irres-ponsabilidade (3), concretisado na ausencia

(1) Carta constitucional, art. 76.º

(2) Carta constitucional, art. 145.º §§ 12.º a 16.º

(3) Carta constitucional, art. 72.º Consagrado pelo direito romano do Imperio (*princeps legibus solutus*), foi tal principio admittido egualmente pelo direito constitucional inglés (*the king can do no wrong*). Em França, o presidente da republica só é penalmente responsavel no caso de alta traição (lei constitucional de 25 de fevereiro de 1878, art. 6.º).

de personalidade de direito penal. Essa falta de personalidade não significa incapacidade de delinquir; em quasi todos os actos do rei concorriam duas vontades activas e capazes de delinquir: a do rei, com irresponsabilidade constitucional, e a dos ministros penalmente responsaveis (1).

b) *A regencia e o regente.* — Dentro do estado, a sua funcção era analoga á do rei (2).

c) *Os pares do reino e deputados da nação.* — A Carta constitucional consagrava a inviola-bilidade dos membros das duas camaras pelas opiniões que proferissem no exercicio das suas funcções (3).

O principio da irresponsabilidade legal dos representantes da nação, que garante a livre manifestação de pensamento e de voto, e que se radica no direito constitucional inglés, foi proclamado em França por proposta de Mirabeau na Assembleia Constituinte, pen-e-trando, pouco a pouco, na legislação politica dos países de regimen parlamentar.

A liberdade, todavia, de que gosavam, entre nós, os representantes da nação tinham as restricções impostas pelo regimento interno da camara dos deputados (4), que declarava que os deputados não podiam discutir a pessoa do rei e os seus actos e opiniões, offender as nações estrangeiras, os soberanos, governos e repre-

(1) Carta constitucional, artt. 75.º, 103.º, 105.º Vid. tambem Nov. Ref. Judiciaria, artt. 1003.º, 1026.º n.º 1.º, 1122.º;Codigo de processo civil, artt. 239.º n.º 1.º, 315.º § 3.º, 295.º § unico, 56.º § 5.º

(2) Carta constitucional, art. 99.º

(3) Carta constitucional, art. 25.º

(4) Regimento de 25 de fevereiro de 1896, art. 160.º

sentantes d'estas na côrte portuguesa, desacatar as instituições constitucionaes e, finalmente, empregar expressões offensivas do decoro, credito e prestigio dos membros da camara ou ministros.

É preciso não confundir esta inviolabilidade pessoal dos membros das duas camaras com certas imunidades do dominio do processo criminal. Assim, se, durante o periodo da legislatura, um membro do corpo legislativo fosse indiciado em algum processo, o juiz não poderia contra elle passar mandado de custodia (1); tinha fóro especial nas causas crimes (2); não podia ser citado para comparecer como testemunha, sem licença da respectiva camara (3); não podia ser preso por auctoridade alguma, salvo por ordem da respectiva camara, ou em flagrante delicto, a que correspondesse a pena mais elevada da escala penal (4). Tambem não podia ser jurado durante o exercicio das suas funções (5).

29. — Prerogativas de direito publico internacional.

Gosam de imunidade penal segundo os principios do direito internacional:

a) *Os chefes de estado estrangeiros.* — A sua irresponsabilidade pelas infracções com-

(1) Nov. Ref. Judiciaria, art. 1003.º

(2) Nov. Ref. Judiciaria, art. 1026.º n.º 1.º

(3) Nov. Ref. Judiciaria, art. 1125.º Vid. tambem Codigo de processo civil, artt. 267.º e 183.º exc. 1.ª, 240.º n.º 1.º, 315.º § 3.º, 296.º, 56.º § 5.º

(4) Lei de 24 de julho de 1855.

(5) Lei de 21 de julho de 1855, art. 2.º n.º 2.º

mettidas fóra do territorio do seu estado baseia-se tanto na inviolabilidade que é inherente á sua pessoa soberana, como na independencia e soberania do estado que representam. Para que gosem de tal privilegio é preciso, porém, que não viagem incognitos, isto é, communiquem a sua visita ao governo do estado estrangeiro e ao mesmo tempo sejam na realidade soberanos reinantes e reconhecidos como taes (1). Na falta de qualquer d'estas condições, ficam sujeitos ás leis territoriaes.

b) *O Papa.* — Embora não seja chefe do estado, tal immumidade é concedida ao chefe da igreja catholica por virtude da qualidade especial que possui entre os estados catholicos, consagrada expressamente na lei das garantias de 13 de maio de 1871. Esta prerogativa deriva do facto de que, não sendo o papa soberano territorial (2), é considerado por motivos de politica religiosa como uma pessoa de direito internacional.

(1) Vid. sobre as immunidades dos chefes do estado em país estrangeiro, Sr. Dr. Villela, *Lições de Direito internacional* cit., pag. 53 e segg. Em 1873 o rei dos Países Baixos, encontrando-se incognito em Clarens, na Suissa, foi condemnado á pena de multa por contravenção de policia. Renunciou ao incognito e a multa foi levantada.

Vid. tambem codigo penal, artt. 159.º e 160.º

(2) A lei das garantias (*Legge sulle prerogative del Sommo Pontifice e della Santa Sede, e le relazioni del Stato colla Chiesa*) não reconheceu ao Papa direito algum de soberania territorial, mas accitou o principio da sua soberania espiritual como chefe supremo da Igreja, e procurou condicionar o exercicio independente d'esse poder soberano especial, concedendo-lhe das prerogativas dispensadas aos soberanos aquellas que aos seus auctores pareceram sufficientes para tal effeito. Vid. artt. 1.º, 2.º, 3.º, 7.º e 11.º.

Aquella individualidade não se estende, porém, além da pessoa do chefe da igreja; os executores das suas ordens, que violem os preceitos do nosso direito penal positivo, serão imputaveis e puniveis segundo este, não podendo invocar as circumstancias de impunidade previstas no art. 44.º n.ºs 3.º e 4.º do código penal (1).

A inviolabilidade reconhecida á pessoa que representa a instituição papal não tem o caracter de privilegio, mas de prerogativa, e abrange tambem os palacios e logares de habitual ou transitoria residencia do summo pontífice.

c) *Os agentes diplomaticos.* — A immuni-
dade dos representantes dos estados estrangeiros é geralmente reconhecida. Mas, se, quanto ao chefe do estado, a funcção politica é causa legal de exclusão da personalidade do direito penal, nos agentes diplomaticos é causa sómente de modificação d'essa personalidade, emquanto a inviolabilidade se restringe aos actos realisa-
dos no desenvolvimento da funcção politica.

Entre os escriptores reina, porém, o mais completo desaccordo. Emquanto uns defendem tal immuni-
dade, baseando-se no facto de que o agente diplomatico é o representante official de um estado soberano e independente e na necessidade de assegurar-lhe inteira liberdade no exercicio das suas funcções; outros, consideram tal principio injustificavel, visto que a protecção e segurança concedidas ao agente diplomatico tem o fim exclusivo de

(1) Vid. Scaduto, *Guarentigie pontificie e relazioni fra Stato e Chiesa*, 1899, pag. 3 e segg.

o garantir contra quaesquer violencias ou ultrages e não assegurar-lhe a impunidade pelos crimes commettidos.

Qualquer que seja a solução a dar ao problema, certo é que, praticamente, os agentes diplomaticos gosam do privilegio da immuni-
dade perante a lei penal do estado, junto do qual estão acreditados (1). E tal immuni-
dade é geral e absoluta; geral, emquanto abrange todas as infracções, seja qual fôr a sua gravi-
dade e natureza; absoluta no sentido de que não podem os agentes diplomaticos renunciar-a, sendo a renuncia apenas permittida aos esta-
dos acreditantes, já que é por interesse seu que aos representantes se concedem as immu-
nidades diplomaticas.

A immuni-
dade de jurisdicção criminal não envolve, porém, a impunidade dos agentes diplomaticos. Ella significa simplesmente que a sua responsabilidade só póde tornar-se effec-
tiva perante as auctoridades do seu país e que a punição merecida e as reparações a exigir se tornam uma questão de character internacional. O governo local reclama pelas
vias diplomaticas o castigo e as reparações convenientes e o estado acreditante não póde recusar-se a proceder devidamente contra o
agente delinquente, sem se tornar seu cum-
plice.

É motivo de divergencia a determinação do momento em que para os agentes diplomaticos começa e finda o goso da irresponsabilidade penal, entendendo uns que tal momento coin-

(1) O código penal (art. 151.º), comminando penas contra estrangeiros residentes em Portugal, que attentem contra a segurança exterior do estado, resalva os ministros diplomaticos, aos quaes declara applicavel o direito das gentes.

cide com aquelle em que o agente penetrou no territorio do estado onde vae exercer as funcções e finda naquella em que o abandona; e sustentando outros que esse momento só começa quando o agente diplomatico apresenta as suas credenciaes, para findar quando deixe de exercer as suas funcções officiosas. Se aquella opinião é mais harmonica com a praxe seguida entre os estados, esta é, sem duvida, mais defensavel perante os principios de direito internacional, porisso que, em rigor, a qualidade diplomatica do enviado estrangeiro só começa no momento em que é acceite pelo estado junto do qual vae exercer as suas funcções.

A immuniidade é concedida a todas as pessoas revestidas de *character representativo* qualquer que seja a sua denominação: embaixadores, nuncios, encarregados de negocios, secretarios de embaixadas, ministros plenipotenciarios, comtanto que a missão diplomatica tenha character official.

Não é extensiva aos individuos do sequito do agente diplomatico, a não ser que tenham alguma missão do governo que elle representa; nem se applica aos consules que, áparte a hypothese em que, com as suas funcções consulares, exerçam tambem funcções diplomaticas, são simples agentes commerciaes e administrativos do estado e não representantes da sua soberania. Quanto ás pessoas de familia do agente diplomatico, os usos internacionais estendem a ellas aquelle privilegio. Esta pratica foi expressamente traduzida no codigo penal austriaco (1).

(1) Como estão isentos de ser julgados pelos tribunaes criminaes locais, os agentes diplomaticos estão igualmente isentos de

d) *Os membros de certas commissões e tribunaes internacionais.* — Gosam tambem da inviolabilidade e da exterritorialidade os membros de algumas commissões internacionais permanentes, como a commissão europeia do Danubio e outras que representam auctoridades revestidas de mandatos officiaes. E aos membros estrangeiros dos tribunaes arbitraes, constituidos segundo a convenção de Haya, de 29 de julho de 1899, são extensivas as immuniidades que as leis do reino e os usos diplomaticos concedem aos representantes das potencias acreditadas em Portugal.

ser intimados a comparecer como testemunhas perante esses tribunaes. O maximo que poderá pedir-se-lhes será que enviem o seu depoimento por escripto ou que se prestem a depôr na casa da legação. Se elles se recusam, nenhum meio ha para os obrigar, e a recusa tornar-se-ha até obrigatoria quando os respectivos governos os não auctorisem a depôr. Vid. Olivi, *Dell'immunità dell'agente diplomatico nelle materie penali*, 1884, pag. 5 e segg.

TITULO II

A INFRACÇÃO PENAL

CAPITULO I

Noções geraes

30. — A infracção como phenomeno social.

Como phenomeno social, a lei penal varia segundo as epochas e os paises: em cada periodo, a maioria que representa o estado considera um certo numero de principios geraes ou de regras de conducta como necessarios á existencia d'esse mesmo estado, e determina na legislação-penal as acções ou omissões impostas aos cidadãos sob a ameaça de uma pena.

No estado theocratico é o crime de heresia e de sacrilegio que occupa o primeiro lugar; nos povos commerciantes a fraude; nos governos militares a indisciplina; nas monarchias absolutas o crime de lesa-magestade; nas antigas communas francesas a violação do contracto, facto puramente civil nas modernas legislações, era considerada como infracção grave, reprimida criminalmente; e, na democracia industrial dos nossos dias, a legislação operaria veio comminar sanções penaes contra certas infracções ás leis reguladoras das relações entre o capital e o trabalho (1).

Poderemos, pois, affirmar que não existem *delictos naturales*, isto é, acções que, em toda a parte e sempre, tenham sido consideradas criminosas?

Importa definir sociologicamente o delicto, devendo começar por notar-se que o methodo experimental e de observação empregado na sociologia para o estudo dos phenomenos sociaes, conduziu a definições inteiramente

(1) Vid. Angiolini, *Dei delitti colposi*, 1901, pag. ix e segg.

diferentes, baseadas na observação dos costumes e das necessidades collectivas dos grupos humanos, em determinadas épocas e sociedades.

E, assim como na sociologia se produziu uma evolução doutrinal, em que o determinismo e a explicação scientifica dos factos sociaes se fixou primeiro nas condições mais superficiaes e mais apparentes (*as ideias*, segundo Comte), depois nas condições menos exteriores (*os sentimentos*, segundo Spencer) e finalmente nas condições verdadeiramente fundamentaes da vida individual e collectiva (*as necessidades*, segundo Marx), assim, na determinação da noção do delicto, começou-se pelas condições mais superficiaes (*a prohibição legal*, que é uma operação intellectual, uma manifestação de ideias), depois procuraram-se as determinantes d'esta prohibição (*os sentimentos*), para finalmente se attender ás condições de existencia.

a) *Prohibição legal*. — D'entre os sociólogos que seguem este criterio na definição do delicto preferimos Tarde. Este escriptor, que na sociologia tem uma situação singular pelas suas leis de imitação-repetição — leis que na ordem social representam o mesmo que as de vibração-ondulação no mundo physico e a hereditariedade no mundo organico (1) —

(1) A doutrina de Tarde procede da theoria da unidade organica do mundo historico, entrevista por Vico, desenvolvida por Hegel, e transformada por Carlyle. Como este ultimo (*Les héros*, trad. par Jean Izoulet, 1900, pag. xi e segg.), Tarde considera o facto historico como resultado da acção de um *genio* sobre o ambiente social; o heroe de Carlyle objectiva-se e generalisa-se na *invenção* de Tarde. Esta concepção idealista da geração dos factos sociaes combina-se com o factor da imitação. Para explicar a razão dos varios desenvolvimentos de cada invenção, Tarde vê-se, porém, obrigado a contrapor á theoria monista da evolução o conceito da heterogeneidade e autonomia dos elementos iniciais e, por consequencia, a considerar o aspecto social dos factos

acceita a ideia da existencia de delictos naturaes, isto é, de actos que os impulsos organicos da natureza humana fizeram praticar em toda a parte e sempre e que, pela sua opposição ás condições fundamentaes da vida social, foram reprovados em todos os logares e em todos os tempos. E accrescenta: *a ideia de crime implica essencialmente, naturalmente, a de violação de um direito ou de um dever* (1).

É o conceito formulado tambem, por Proal (2) e Vaccaro (3) e consignado no artigo 1.º do codigo penal de Neufchâtel: « o delicto é a violação dos deveres impostos pela lei no interesse da ordem social », que traduz a doutrina classica de que o delicto não é uma acção mas uma infracção (4).

Mas de tal definição podemos dizer que, partindo da ideia de estabelecer o conteúdo do delicto fóra e acima das leis penaes positivas, não sae do criterio espiritualista tradicional. E, porque o direito e o dever, longe de representarem conceitos fixos e invariaveis, accusam a maior variabilidade segundo os tempos e os logares, tal definição não permite que sobre ella se edifique a sciencia criminologica.

O parricidio, que é um dever para certos povos selvagens; o adulterio da mulher sob o tecto conjugal, ordenado pelo marido em

humanos independentemente do aspecto biologico. Vid. Tarde, *Les lois de l'imitation*, 1900, pag. 1 e segg. e *La logique sociale*, 1898, pag. 151 e segg.; Pistolesi, *L'imitazione*, 1909, pag. 13 e segg.

(1) Tarde, *La philosophie pénale* cit., pag. 413 e segg.

(2) *Le crime et la peine* cit., pag. 499 e segg.

(3) *Genesi e funzioni delle leggi penali*, 1889, pag. 154 e segg.; *Saggi critici di sociologia e di criminalità*, 1903, pag. 183 e segg.

(4) Seguem tambem esta doutrina Carnevale, Marucci, Puglia.

casos de impotencia, como succedia em Sparta; o infanticidio, que constituia um direito para os gregos da antiguidade; e tantos outros actos, em que a repugnancia individual cedia o logar ao cumprimento de um dever social, religioso ou filial, não poderiam ser considerados criminosos segundo a noção referida.

b) *Violação dos sentimentos moraes.* — Perante a necessidade de encontrar um criterio que permittisse separar, nitida e scientificamente, o malfeitor, desprezado e temido no meio em que vive, do simples infractor de uma disposição penal, de pura criação positiva, que não é considerado como perverso pelos seus semelhantes, Garofalo tentou determinar os elementos característicos do *delicto natural*, para o distinguir do *delicto legal*. Assim, estudando a evolução do senso moral, guiado por Darwin e Spencer, chega a esta formula do delicto natural: — *a offensa feita em qualquer occasião e em qualquer logar a um determinado sentimento medio de piedade e probidade.*

Os delictos naturaes constituiriam objecto directo do codigo criminal, e os seus auctores, privados dos sentimentos communs a todos os homens com quem vivem, deveriam ser tidos como anti-sociaes, incompatíveis com o estado de sociedade. Os delictos legaes, representando offensas ás instituições necessarias do estado, e cuja repressão, por vezes severa, é de interesse publico, seriam objecto de um outro codigo, o codigo dos revoltados. A punição d'estes revoltados seria recebida pelo publico como necessaria; mas nem por isso seriam tidos por malfeitores, por seres anti-

sociaes, porque não violaram os sentimentos essenciaes da humanidade (1).

Diremos, porém, que a difficuldade em obter a noção do delicto natural, grave quando se tente a analyse das acções humanas, avulta quando se pretenda fazer a analyse dos sentimentos. E ou as acções humanas são o indice dos sentimentos ou não o são: no primeiro caso, o delicto natural devia encontrar-se tanto nas acções como nos sentimentos, sendo preferivel recorrer ás acções, mais facilmente determinaveis; no segundo, como determinar o delicto natural em sentimentos, que não se manifestam nas acções humanas?

A historia do direito e o estudo da psychologia dos povos não auctorizam a concluir pela uniformidade e permanencia dos sentimentos referidos por Garofalo. Limitemo-nos, pelo que respeita ao sentimento de piedade, a lembrar o uso, seguido em Sparta, Athenas e Roma, de abandonar as crianças disformes; e, relativamente ao sentimento da probidade, a citar o direito rural das primitivas aldeias germanicas, em que o verdadeiro roubo consistia, antes do que na appropriação, dentro do grupo, de cousa d'outrem, no uso e consumo da cousa fóra da communidade. E, ainda em nossos dias, para alguns communistas discipulos de Babeuf, o roubo não é senão uma restituição parcial.

Accrescentaremos ainda que a definição de Garofalo não comprehende todos os possiveis e principaes delictos no sentido sociologico,

(1) Garofalo, *Criminologia* cit., pag. 1 e segg. Cfr. Vidal, *Cours de droit criminel et science pénitentiaire* cit., pags. 75 e 76. Analogas á definição de Garofalo são as de Debierre, Newmann, Faraldo, Severi.

pois que exclue as violações de sentimentos tão naturaes e tão profundamente radicados no coração humano como a piedade e a probidade: taes são, por exemplo, o sentimento do pudôr, do patriotismo e da religião (1). Os antigos principios de moralidade e de justiça soffrem tantas restricções, que o decalogo ficava reduzido a estes dois preceitos: não matar (piedade) e não furtar (probidade). Além de que os sentimentos de piedade e probidade, que, ainda em um povo civilisado, teem gradações infinitas, desde a atrophia até ao desenvolvimento mais vigoroso, segundo as varias classes sociaes e os varios individuos, não são, por sua vez, senão os effeitos hereditarios e modificaveis das condições sociaes de existencia, consoante as varias phases da evolução humana.

Criticando a definição de delicto natural dada por Garofalo, que só attendia aos typos sociaes superiores (civilisados), Durkheim entende que o delicto natural abrange *toda o acto que offende os estados fortes e definidos da consciencia collectiva*.

Não se pôde fazer uma lista dos sentimentos cuja violação constitua o acto criminoso, accentua Durkheim; esses sentimentos só se distinguem dos outros por serem communs á grande media dos membros de uma mesma sociedade, e variam, segundo as epochas e os países, de natureza e intensidade: hoje, são os sentimentos altruistas que apresentam mais

(1) Do quadro de Garofalo ficam excluidas as acções que ameaçam o estado; as que atacam o poder social sem fim politico; as que perturbam a tranquillidade publica; as que offendem os direitos politicos dos cidadãos, o pudôr publico (v. g. adultério), o respeito do culto; etc.

nitidamente este caracter; mas tempo houve, proximo de nós, em que os sentimentos religiosos, domesticos e outros sentimentos tradicionais tinham precisamente os mesmos effeitos. O que importa fixar bem é que não se deve dizer que um acto offende a consciencia commum por ser criminoso; mas que elle é criminoso porque offende a consciencia commum (1).

Mas a definição de crime apresentada por Durkheim tem o defeito grave de não precisar os estados fortes e definidos, cuja violação constitue o crime. E, se a consciencia collectiva está em constante variação, sob os esforços de uma minoria intellectual revoltada contra as crenças communs, o mesmo acto constituirá ou não crime, segundo o estado da consciencia collectiva da mesma sociedade em tempos differentes.

De resto Durkheim que considera o delicto um factor da saude publica e parte integrante de toda a sociedade sã (2), confunde na mesma

(1) Durkheim, *De la division du travail social*, 1902, pag. 35 e segg.; *Les règles de la méthode sociologique*, 1904, pag. 56 e segg.

(2) Ante esta conclusão paradoxal produziu-se a divisão dos criminalistas em dois grandes grupos: o dos que consideram o delicto como phenomeno sociologico normal e o d'aquelles que o reputam phenomeno sociologico anormal. Vid. Ferri, *Delinquenti ed onesti*, apud *La Scuola positiva* cit., t. 1, n.º 6.

Lombroso (*La funzione sociale del delitto*, 1899) e Sighele (*La delinquenza settaria*, 1897) consideram tambem a criminalidade como phenomeno functional. Parte Lombroso do principio darwiniano, segundo o qual só sobrevive o que presta alguma utilidade ao genero humano; e o delicto presta-a porque, sendo o delinquente neophilo por natureza, se converte em um agente do progresso. Para Sighele não é só o delicto politico que contribue para tal effeito, mas tambem o crime vulgar, emquanto faz surgir e renovar questões que, sem elle, se desconhecariam ou abandonariam.

noção os delictos naturaes, immoraes por si mesmos, e os delictos e contravenções de pura criação positiva, que o são apenas em virtude da prohibição legal.

c) *Offensa ás condições de existencia.* — Ferri, estabelecendo como principio que o criterio da gravidade social do delicto não consiste sómente no prejuizo material, objectivo, mas tambem, e sobretudo, no poder offensivo do agente, apresenta, com Berenini e Colajanni, a seguinte definição de delictos naturaes: *são acções puniveis (delictos) as determinadas por motivos individuaes e anti-sociaes, que perturbem as condições de existencia e offendam a moralidade media de um povo em um momento dado.*

Para que haja delicto natural são necessarias tres condições: 1) ataque ás condições de existencia, individual ou social; 2) offensa á moralidade media de um determinado grupo social; 3) motivos anti-sociaes ou immoraes. Se faltar qualquer d'estas condições, não haverá delicto ou, antes, haverá delicto *legal* mas não delicto natural: assim, o homicidio voluntario não é um crime quando inspirado no motivo social e juridico da legitima defesa.

Além d'isso, sob o ponto de vista dos motivos a que obedece o agente e das condições de existencia individual ou social que elle offende, Ferri estabelece na criminalidade uma distincção fundamental entre a criminalidade atavica ou anti-humana ou bio-social e a criminalidade evolutiva ou anti-social. A primeira comprehende todos os actos inspirados em motivos egoistas e anti-humanos, que violam as condições essenciaes da existencia dos

individuos (homicidios, attentados violentos ou fraudulentos contra a propriedade, attentados contra o pudor); a segunda abrange actos perigosos para a ordem social estabelecida, mas inspirados em motivos altruistas e humanitarios, que não violam direitos individuaes e apenas compromettem o regular funcionamento das instituições vigentes (delictos politicos, contravencionaes). A defesa social deve ser igualmente dirigida contra as diversas manifestações d'esta criminalidade, mas por meios differentes, tendo em vista a individualidade do delinquente (1).

Cremos que nas condições de existencia social devemos procurar o criterio positivo da criminalidade natural.

Nem se argumente que, com tal conceito do delicto, se deixa larga parte ao calculo e á reflexão na direcção da evolução social, porisso que muitas prohibições legaes respeitam a factos que não se prendem ás condições de existencia individual ou social, v. g. o uso na alimentação de carne de certos animaes (2). É que, como nota Ferri, o criterio da defesa das condições de existencia concede ao ins-

(1) Ferri, *Sociologia criminale* cit., pag. 127 e segg.; Berenini, *Offese e difese*, 1886, t. 1, pag. 39 e segg.; Colajanni, *Sociologia criminale* cit., t. 1, pag. 64 e segg. A definição indicada é igualmente accete por Alimena (*Limiti e modificatori dell'imputabilità* cit., t. 1, pag. 262 e seg.); Hamon (*Determinismo e responsabilità*, trad. Bel-Adam, 1900, pag. 67 e segg.) só parcialmente a segue, visto que considera sómente as condições de existencia individual.

(2) Na Biblia estabelece-se a pena de morte para quem trabalha ao sabbado (Exodo, 31), quem mata um animal sagrado, quem se alimenta de sangue de animaes (Levitico, cap. vii), etc. De dois papyros judiciarios do Egypto vê-se que a morte de um animal sagrado era punida como o homicidio.

tincto social uma grande parte na punição de certos factos, que, se podem parecer inoffensivos em uma phase avançada da evolução social, quando já representam simples sobrevivências, correspondem, pelo contrario, a evidentes necessidades sociaes nas phases primitivas e em condições difficeis de subsistencia (ilhas) ou de hygiene (climas torridos).

Uma unica reserva entendemos dever fazer, com o sociologo italiano, á consideração do delicto natural como violação das condições naturaes de existencia individual e social, determinada por motivos anti-sociaes e lesiva dos sentimentos moraes communs, e é a de que muitas acções certamente anti-sociaes e immorales não entram, só por este facto, no dominio dos delictos legaes ou seja das acções puniveis. É o problema da distincção entre delicto civil e penal, de que adiante nos occuparemos.

31. — A infracção como phenomeno juridico e a sanção penal.

Sob o aspecto juridico, a infracção é a *violação do principio consagrado pela sanção penal*. Um artigo do codigo penal que cria uma infracção implica sempre a preexistencia de um principio geral, que se procura fazer respeitar, e só a sanção penal imprime ao desconhecimento d'este principio geral o character d'uma infracção.

E, ao contrario dos outros ramos de direito, que teem sanções restitutivas, determinando, de uma parte, os direitos e obrigações, e, da outra, as diversas sanções que lhes correspondem, o direito penal só decreta sanções, nada dizendo sobre as obrigações a que ellas se referem; não ordena o respeito pela vida alheia,

mas fulmina de morte o assassino; não declara, como o direito civil, primeiro o dever e a seguir a pena. Claro é que, se a acção é punida, é por contraria a uma regra obrigatoria, mas esta regra não é expressamente formulada: d'aqui a denominação de *direito sancionador*, dada ao direito penal (1).

32. — Continuação: factos illicitos, civis e penaes.

A infracção, como phenomeno juridico, pertence á categoria dos factos illicitos.

Como distinguir, porém, os factos illicitos constitutivos de delicto dos outros factos illicitos previstos pelo

(1) A caracteristica de todo o direito positivo, o *preceito* e a *sancção*, derivando necessariamente da manifestação da vontade juridicamente superior, é propria tanto do direito penal como do direito civil. Mas, porque a lei civil regula tanto as relações entre os individuos e o estado como a dos particulares entre si (Codigo civil, art. 3.º), e a lei penal se limita á relação entre os cidadãos e o estado, e porque o fim immediato das duas leis é diverso, surge uma diversidade essencial nos preceitos e nas sancções.

a) Nas leis penaes, que obrigam o poder executivo a agir, em regra, de officio, e constangem o poder judicial a applicar as penas no modo e na medida previstos pela lei (Codigo penal, artt. 84.º e 85.º), os factos illicitos são determinados especificamente e taxativamente, excepto em alguns casos especiaes (v. g., leis de policia); nas leis civis bem poucos são os factos illicitos especificados na lei, sendo o maior numero previsto genericamente, em categorias indeterminadas.

b) No direito penal, a cada delicto corresponde uma pena, certa não só na qualidade mas tambem na quantidade; no direito civil, ao contrario, ha sancções, como a *indemnização de perdas e damnos* (Codigo civil, artt. 705.º e 706.º), que se adaptam, por assim dizer automaticamente, á lesão e são indeterminaveis em abstracto. E sancções existem que podem ser livremente convencionadas pelos particulares, dentro dos limites da permissão legal, como, por exemplo, as *penas convencionaes* (Codigo civil, artt. 673.º-677.º).

Cfr. Ferrara, *Teoria del negozio illecito nel codice civile italiano*, 1902, pag. 3 e segg.

direito privado? Sob que condições transpõe um facto os limites da sanção civil para cair sob a jurisdição do direito penal?

A escola criminal positiva combate, baseada no principio da defesa social, a antiga e formalista distincção entre direito civil e direito penal (1): como unico é o conceito do facto illicito, unico deve ser tambem o das suas consequências. Tanto a coacção civil como a penal tem por fim a reintegração da relação ideal normal entre a vontade do lesante e a do lesado (estado ou individuo por elle protegido); mas só a coacção penal assume este fim immediatamente e por meio mais energico: além de conter o elemento da pena, tem um fim mais proximo e determinado. A coacção civil só actúa mediatamente.

De resto, a distincção nunca foi bem nitida (basta observar que acções previstas pelo codigo penal passaram para o codigo civil e que ainda hoje não ha criterio para separar com rigor a fraude civil da fraude penal) (2), nem pôde, na verdade, justificar-se, porque, para garantia das condições de existencia e desenvolvimento da sociedade, se tomam providencias diversas, mais ou menos graves, segundo os individuos que commetteram o delicto, segundo as circumstancias. Para um mesmo delicto, pôde, segundo o agente, bastar a reparação do damno ou ser necessaria a sua segregação do meio social: é questão de quantidade, não de qualidade.

Na impossibilidade de encontrar um criterio juridico seguro para a differenciação dos factos illicitos civis e penas (3), os escriptores ligaram-se a criterios

(1) Ferri, *Sociologia criminale* cit., pag. 678 e segg.; Brusa, *Dell'illecito civile e dell'illecito penale*, 1907, pag. 10 e segg.

(2) Vid. Longhi, *Di una teorica positiva della frode punibile*, apud *Scuola positiva* cit., t. IV, 1894, pag. 1028 e segg.

(3) Numerosos criterios juridicos tem sido defendidos: o da reparabilidade do damno e da inexistencia de damno social

de natureza politica. E, assim admite-se que, quando as sanções civis bastam para a reparação do mal causado pela violação do direito (1), ou, sendo irreparavel o damno, é exigida ao individuo uma extraordinaria diligencia em prover aos proprios negocios, (como succede em materia commercial) ou quando a punição deva produzir maior mal do que a impunidade (v. g., o furto pelo conjugue em prejuizo do outro, ou pelo ascendente em prejuizo do descendente) (2), a legislação penal não tem de intervir; essa violação da lei fica na dependencia exclusiva da legislação civil.

(Florian, Garraud); o da consideração do facto illicito penal como uma mais-valia do correspondente facto illicito civil (Merkel); o que vê o facto illicito civil no caso de violação de um direito subjectivo, e o facto illicito penal quando se lesa o direito objectivo (Stoppato); o que faz consistir o delicto penal na ameaça á auctoridade e ao poder publico do estado (Venezian); o que pretende incriminar todo o facto illicito que tenha caracter doloso (Brunetti); etc.

Vid. Stoppato, *L'evento punibile*, 1898, pag. 186 e segg.; Brunetti, *Il delitto civile*, 1906, pag. 267 e segg.; Venezian, *Damno e risarcimento fuori dei contratti*, pag. 90 e segg.

(1) O direito civil é na maior parte das suas sanções, direito reparatorio e á reparação do damno proveniente da injustiça se destinam as acções de reivindicação, de manutenção e restituição de posse, de rescisão de contractos por incapacidade dos contraentes, por causa de erro, coacção, etc., e contractos em prejuizo de terceiro, a acção de inofficiosidade, a de perdas e danos. Mas, além de varias instituições destinadas a prevenir directa e mais ou menos determinadamente as lesões, e que ás partes interessadas, investidas de capacidade legal, é facultativo aproveitar, como são as garantias da fiança, penhor, hypotheca e consignação de rendimentos, a separação de bens entre os conjugues, etc., outras providencias se encontram na legislação civil moderna, que são como sanções de um procedimento irregular e alarmante, e que offerecem caracter accentuadamente preventivo da lesão, taes como a interdição por prodigalidade, a simples separação judicial dos bens como defesa contra a má administração do marido, o meio comminatorio facultado ao possuidor para evitar a turbação ou o esbulho, o arresto para segurança da divida, etc.

(2) Codigo penal, art. 431.º n.ºs 1.º e 2.º

Mas a politica criminal pôde levar a incriminar um facto doloso ou culposo lesivo de direitos privados quando as sancções civis são havidas por insufficientes pela gravidade do mal causado, pela frequencia com que certas especies illicitas se manifestam, pelos sentimentos anti-sociaes, perversos e perigosos que o acto revela no agente, pela emoção publica determinada por esse acto e pela impossibilidade de se prever a sua execução ou de os cidadãos assegurarem antecipadamente a sua defeza. E o mesmo facto pôde dar logar a sancções penaes ou civis segundo os meios adoptados na sua execução se reputam ou não nocivos, além do individuo, tambem á collectividade.

Em conclusão: a incriminação verifica-se sempre que o legislador entende que, além do interesse privado, ha um interesse social a tutelar, quer este consista simplesmente na oportunidade de assegurar a ordem juridica com sancções adequadas, que o direito privado não poderia por si só fornecer, quer na conveniencia de reagir o mais energicamente possivel contra os factos lesivos de particulares, cujas consequencias se repercutem nocivamente no todo social.

De resto, certos delictos punidos pela lei penal escapam ao dominio da lei civil porque não violam um direito individual: taes são a maior parte dos crimes puramente politicos, a vadiagem, a mendicidade, um grande numero de contravenções de policia ou de infracções de criação positiva da lei, porte de armas prohibidas, etc. (1).

33. — Infracção penal e transgressão disciplinar.

Necessario se torna distinguir entre infracção penal ou delicto em sentido generico e transgressão dis-

(1) Vid. Sr. Dr. Guilherme Moreira, *Instituições do direito civil português*, 1908, t. I, pag. 585 e segg.

ciplinar, que representa a infracção de deveres especiaes e profissionaes, commettidas por certas pessoas pertencentes a corporações officiaes, como magistrados, advogados, notarios, no exercicio das suas funcções (1).

Diversamente do direito penal, que tem por função a tutela e a reintegração da ordem juridica geral mediante a reacção penal, o poder disciplinar destina-se a manter, reintegrar e melhorar, com meios correctivos, as condições de uma relação particular de auctoridade.

Assim, as transgressões disciplinares, que tambem podem offender a lei penal, tem de caracteristico:

a) *Incriminação*. — No direito penal os delictos são taxativamente indicados e definidos; na orbita do poder disciplinar, pelo contrario, a falta de todo o dever de servico, de submissão, de decôro pessoal, de moralidade social, que se julgue nociva, directa ou indirectamente, á boa ordem da administração, pôde ser elevada a infracção disciplinar, quer ella seja prevista ou não em normas juridicas ou em actos administrativos, já que aquellas e estes

(1) Enquanto o poder penal se basea no estado de sujeição geral, o poder disciplinar provém de uma relação permanente ou transitoria, hierarchica ou não, de subordinação particular, o que exclue do ambito da disciplina as medidas de ordem tomadas pelos presidentes dos collegios legislativos, administrativos e judiciais, a respeito das pessoas que assistem ás sessões não na qualidade de membros do collegio ou no exercicio de uma função publica, mas como publico ou partes. Não existindo, em tal caso, a relação de sujeição particular, as referidas providencias tem o caracter de medidas de policia. Código de processo civil, art. 60.º; Nov. Ref. Judiciaria, artt. 21.º n.º 2.º, 47.º n.º 1.º, 85.º n.ºs 18.º e 19.º, 483.º, 1089.º, 1253.º § unico; Código administrativo de 1896, art. 334.º; Código de justiça militar, art. 408.º § 1.º; Código de justiça da armada, art. 369.º § 1.º.

se limitam, na maioria dos casos, a indicar genericamente as infracções á disciplina (1).

b) Sanção. — Independentemente da pena pronunciada pela lei penal, as infracções de que nos occupamos dão logar a *penas disciplinares*, com um character muito especial, como a advertencia, a reprehensão, a suspensão, a expulsão, etc. (2).

As penas verdadeiras e proprias são taxativamente fixadas pela lei penal; pelo contrario, as punições disciplinares nem sempre são previstas por normas juridicas; antes, em regra, todas as auctoridades teem a liberdade de estabelecer-as, nos limites das funcções que lhe competem e dos principios geraes do direito.

c) Jurisdição disciplinar. — As transgressões disciplinares importam a sujeição á jurisdição disciplinar (3), ou corporativa (4), que

(1) O artigo 411.º n.º 3.º do codigo administrativo de 1896, que estabelece uma regra geral de competencia disciplinar, declara que são competentes para a imposição de penas « o governo, os magistrados administrativos e os corpos administrativos, com relação ás penas disciplinares de suspensão ou demissão, em que por ausencia illegal de funcções ou outros abusos incorrerem os funcionarios de sua nomeação ». Ha todavia, casos de competencia especial, que fazem excepção áquella regra geral: artt. 250.º n.º 11.º, 275.º, 291.º, 300.º, 304.º, 305.º § 9.º.

(2) Codigo administrativo de 1896, artt. 396.º-415.º; Codigo penal, artt. 284.º-327.º; Codigo de proc. civ., art. 148.º n.º 1.º.

(3) Nem a todos os superiores é dado o mesmo poder disciplinar. É nos respectivos regulamentos dos serviços publicos que se estabelece a gradação das competencias, sendo, todavia, principio geral que as providencias disciplinares tomadas por um funcionario podem ser revogadas ou modificadas pelo superior competente.

(4) Impõem penas disciplinares: o conselho disciplinar da magistratura judicial (decreto n.º 4 de 15 de setembro de 1892,

é distincta e independente da jurisdição repressiva. E, emquanto o poder penal não pôde ser exercido senão pelo estado, o poder de disciplina pôde sê-lo não só pela auctoridade publica, mas ainda, por vezes, por particulares que legitimamente a representem: assim, ao capitão de um navio mercante a lei concede um especial poder disciplinar, distincto do poder de policia que lhe compete, porque elle representa, sobre o seu navio, o poder publico que sujeita a particular inspecção e vigilancia o transporte dos passageiros e a gente de mar (1).

d) Acção disciplinar. — A acção disciplinar é inteiramente independente da acção criminal, não podendo nunca invocar-se de uma jurisdição para outra o caso julgado ou uma sentença de rehabilitação. E devemos dizer que, contrariamente á infracção penal que, uma vez constatada, traz consigo necessariamente a condemnação, a falta disciplinar só attribue á auctoridade a faculdade de punir o infractor, quando o exija a boa ordem interna e segundo os meritos do subordinado, a oportunidade do exemplo, etc.

art. 1.º); o supremo conselho da magistratura do ministerio publico (decreto de 24 de outubro de 1901, artt. 126.º e segg.); o conselho disciplinar dos officiaes de justiça (decreto de 29 de novembro de 1901, art. 89.º); o conselho superior da disciplina do exercito (regulamento disciplinar do exercito de 12 de dezembro de 1896, artt. 60.º e segg.); os conselhos das procuradorias regias (decreto de 24 de outubro de 1901, art. 73.º); etc.

(1) Codigo commercial, art. 496.º; Codigo penal e disciplinar da marinha mercante, artt. 47.º, n.º 5.º, 52.º 53.º, 67.º.

34. — Factos juridicos penaes diversos do delicto.

O facto juridico que determina a origem das relações de direito penal é o delicto. Esse tanto pôde influir na criação das relações penaes, o que succede na generalidade dos casos, como na extincção (1) ou modificação (2) das mesmas relações. Além do delicto (facto illicito), outros factos ha, porém, que determinam a criação, a modificação ou a extincção das relações de direito penal.

Neste caso estão:

a) factos devidos a *causas meramente quaes naturaes*, ás quaes a lei assigna consequências juridicas: a morte, que extingue toda a relação de direito penal (3); o decurso do tempo, como na prescrição do procedimento criminal e da pena (4), na reincidencia e successão de crimes (5).

b) factos *realizados pelo individuo*, que podem exercer directamente ou indirectamente influencia sobre as relações penaes: actos illicitos que tem efficacia processual, v. g. a revelia (6); actos illicitos que influem na relação executiva, como a inobservancia da pena, a

(1) Código penal, artt. 404.º § 2.º e 372.º.

(2) Código penal, art. 35.º; Lei de 6 de julho de 1893 (liberdade condicional) artt. 1.º e 2.º.

(3) Código penal, art. 125.º n.º 1.º; Nov. Ref. Judiciaria, art. 1183.º.

(4) Código penal, art. 125.º n.º 2.º e §§ 2.º e 6.º.

(5) Código penal, artt. 35.º e 37.º, 100.º e 101.º.

(6) No processo penal commum exige-se sempre a presença do reu no julgamento (Nov. Ref. Judiciaria, artt. 937.º, 1144.º, 1153.º, 1163.º, 1169.º, 1176.º, 1181.º, 1182.º, 1251.º § 3.º e outros).

evasão, quando constituam delicto (1); factos juridicos processuaes penaes, em que a manifestação da vontade do individuo visa a criação, a modificação ou a extincção de uma determinada relação processual ou de um dado direito subjectivo processual, e que podem ser bilateraes, como no caso de fiança criminal (2), de perdão da parte (3), ou unilateraes, o que é mais frequente, como nas hypotheses de explicação, em juizo, de diffamação ou injuria (4), de retratação de testemunho falso antes de terminada a discussão da causa (5); factos juridicos extra-processuaes, em que a declaração da vontade do individuo não é feita no processo penal, mas influe neste, e que tambem podem ser unilateraes, como na

Só nos crimes em que couber querella e a pronuncia obrigar a prisão, é que a accusação e julgamento dos indiciados, que, por circumstancias excepcionaes, não poderão ser presos dentro de seis meses, proseguirão na sua ausencia, mas em termos igualmente especiaes. (Decreto de 18 de fevereiro de 1847, artt. 1.º a 11.º e 21.º).

Tambem, em materia de fallencia, quando o arguido, devidamente citado, não compareça e, marcado novo dia para julgamento, não se apresente igualmente, e não prove impedimento pela forma prescripta na lei geral (Nov. Ref. Judiciaria, art. 1181.º), será contra elle passado mandado de captura; e, não podendo ser capturado, será julgado á revelia (Cod. de proc. com., art. 331.º § 2.º).

Dias Ferreira, *Novissima Reforma Judiciaria annotada* cit., pag. 341 e segg.; Sr. Dr. Barbosa de Magalhães, *Código de fallencias annotado*, 1901, pag. 343.

(1) Código penal, artt. 70.º, 191.º 68.º.

(2) Nov. Ref. Judiciaria, artt. 929.º-937.º; Lei de 15 de abril de 1886.

(3) Código penal, art. 125.º n.º 4.º e § 11.º Vid. artt. 399.º, 402.º § unico, 431.º, 438.º e Nov. Ref. Judiciaria, art. 861.º.

(4) Código penal, art. 418.º.

(5) Código penal, art. 239.º.

hypothese de desistencia efficaz de um facto illicito (1), de retractação de testemunho falso antes de concluido o processo preparatorio (2), ou bilateraes, v. g. na hypothese de casamento antes da condemnação do criminoso com a mulher offendida (3); factos juridicos que influem na relação de execução, como o pagamento da multa para fazer cessar a pena restrictiva substituida áquella (4).

c) *factos realizados pela auctoridade publica:* actos de jurisdicção civil, como no caso de ser o marido convencido do crime de adulterio, que determinou a sentença de separação de pessoas e bens, em que não póde querellar pelo adulterio da mulher (5); actos de jurisdicção commercial, como a sentença declaratoria de fallencia, quanto ao crime de quebra (6); actos de jurisdicção penal, que podem conter, dada a natureza do direito penal objectivo, manifestações de vontade do juiz, ao qual a lei deixa, por vezes, certo arbitrio (7); actos administrativos, de que offerece numerosissimos exemplos o processo criminal, como a suspensão de execução da pena por loucura superveniente (8), a applicação da pena subsi-

(1) Código penal, artt. 175.º, 176.º, 330.º § 3.º.

(2) Código penal, art. 239.º.

(3) Código penal, art. 400.º § unico.

(4) Código penal, artt. 67.º e 122.º § 3.º.

(5) Código civil, artt. 1204.º e segg.; Código penal, art. 404.º § 2.º.

(6) Código de processo commercial, artt. 185.º e segg.; Código penal, art. 447.º.

(7) Código penal, art. 94.º; Decreto n.º 1 de 15 de setembro de 1892, art. 22.º.

(8) Código penal, art. 114.º § unico.

diaria no caso de insolvabilidade (1), e, em geral, todos os actos respeitantes á execução das sentenças penaes; outr'ora actos do poder moderador, como a concessão de perdão e amnistia aos reus condemnados por sentença (2).

(1) Código penal, art. 122.º § 3.º.

(2) Carta constitucional, art. 74.º, §§ 7.º e 8.º; Código penal, art. 126.º, n.º 2.º, §§ 2.º e 4.º.

CAPITULO II

Distincção das infracções

SECÇÃO I

Segundo a gravidade

35. — Classificação tripartida das infracções penaes.

A classificação mais geral e mais importante das infracções penaes, baseada pela maior parte das legislações na gravidade relativa dos factos criminosos, é a classificação tripartida de umas leis e bipartida de outras.

Segundo aquella, base da regulamentação adoptada pela legislação criminal francesa, da organização judiciaria repressiva e do processo penal (1), e que traduzia

(1) Entrevista no código de organização judiciaria e de processo de 3 brumaire anno iv, foi estabelecida, em termos precisos, no código de instrucção criminal de 1808 (art. 8.º) e reproduzida no código penal de 1810, que, no seu art. 1.º, assim declara: « L'infraction que les lois punissent des peines de police est une contravention. L'infraction que les lois punissent des peines correctionnelles est un delit. L'infraction que les lois punissent d'une peine afflictive ou infamante est un crime ».

Á classificação tripartida do código francês corresponde na legislação do mesmo país a classificação das penas, das jurisdições e das formas de processo.

A correspondência das penas resulta da noção de crime, de delicto e de contravenção, consignada no artigo 1.º do código. Conhecida a pena applicavel a uma infracção, conhecida fica a natureza e a classe a que pertence.

Quanto á jurisdição, ha em França tres ordens de tribunaes: para os crimes (*cour d'assises*), tribunaes departamentaes, com-

o plano symetrico concebido pelos legisladores da Revolução e proseguido pelo genio centralizador de Bonaparte, as infracções dividem-se em crimes, delictos e contravenções.

Diversos argumentos tem sido dirigidos contra esta classificação, puramente empirica e formal.

Tem-se censurado que nella a gravidade da infracção seja determinada pela pena (*distinctio delictorum ex poena*), e não pela sua natureza intrinseca, que é o criterio adoptavel, tanto mais que a pena é o resultado

postos de tres magistrados, um dos quaes é o presidente, que dirige os debates, e doze jurados, que decidem sobre a innocencia e culpabilidade dos reus; para os delictos correccionaes, tribunaes correccionaes, que funcçionam permanentemente em cada *arrondissement*, compostos de tres magistrados do tribunal civil de 1.^a instancia; para as contravenções, tribunaes de simples policia, que funcçionam permanentemente em cada cantão, constituídos pelo juiz de paz, com appellação em certos casos para o tribunal correccional respectivo.

A mesma divisão correspondem tres formas de processo, que é tanto mais longo e minucioso quanto mais grave é a infracção: o julgamento dos crimes é precedido de instrucção preliminar em dois graus — a primeira pelo juiz de instrucção (membro do tribunal correccional) e a segunda por uma secção especial do tribunal de appellação; o julgamento dos delictos é precedido de instrucção preliminar (facultativa) em um grau, salvo recurso para aquella secção; o julgamento das contravenções não é precedido, em regra, de instrucção preliminar, sendo o agente citado directamente para o tribunal que o deve julgar.

G. Vidal, *Cours de droit criminel* cit., pag. 92 e segg.

A classificação tripartida foi tambem adoptada, entre outros, pelos codigos: sardo de 1859, belga de 1867, hungaro de 1878, de alguns cantões suissos e pelos projectos de codigo penal da Austria, de 1881, e da Russia, de 1882.

Entre nós, tambem a adoptaram os projectos de codigo penal de José Manuel da Veiga (1837) e de Levy Maria Jordão (1861), e foi sancionada legislativamente no codigo penal e disciplinar da marinha mercante portuguesa, aprovado por carta de lei de 4 de julho de 1864, que, no artigo 7.^o, classifica as infracções de disciplina em crimes, delictos e faltas ou contravenções, classificação que influe nas penas e na competencia e processo

material da condemnação posterior ao delicto, cuja gravidade deve, porisso, depender da natureza e gravidade d'este (*distinctio poenarum ex delicto*).

Tem-se notado mais o seu character arbitrario, pois que a classificação tripartida não corresponde a nenhuma differença essencial entre as classes de infracções penaes; e, quando o legislador tivesse adoptado para si, como criterio de classificação, a gravidade relativa dos factos puniveis, a classificação referida teria o vicio de illogica, visto que nesse caso se deveriam introduzir n'ella tantos ramos quantos os crimes com designação especial na lei. Com effeito, não ha dois crimes de nome differente que tenham a mesma gravidade.

Nem o character e intuitos praticos da classificação, que forneceria ao juiz um signal exterior, simples e rapido para reconhecer a importancia que a lei attribuiu a cada facto punivel, consegue fazer mantel-a. De facto, ella não corresponde á divisão das penas, pois que esta divisão tem perdido a sua significação; o regimen repressivo, longe de se especialisar, tem-se tornado cada vez mais uniforme e a prisão principal ou subsidiaria é applicada de uma maneira, por assim dizer, geral a todas as categorias de infracções.

E não corresponde tambem á divisão das jurisdicções, pois que o systema da *correccionalisação* e da *contravencionalisação* e das circumstancias attenuantes transforma constantemente crimes em delictos e delictos em contravenções (1), sem que os tribunaes possam declinar a sua competencia.

Prins nem sequer reconhece a classificação franceza o merito de corresponder á tradição historica. O direito grego e o direito romano distinguem os delictos

(1) A pratica da correccionalisação produz-se, sobretudo, quanto ao crime de furto e é a respeito d'este que os effeitos estatisticos mais se fazem sentir. Cruppi, *La Cour d'assises*, 1898, pag. 5 e segg., e *Revue des Deux Mondes*, 1.^o novembre 1895.

publicos e os delictos privados, segundo a gravidade do acto commettido: foi este systema que passou para o antigo direito francês, em que as infracções eram divididas em delictos de *grande criminoso*, reprimidos com penas afflictivas e infamantes e julgados segundo o processo inquisitorial e sob a accusação do ministerio publico, e delictos de *pequeno criminoso*, julgados summariamente na audiencia, com accusação do offendido, e punidos com penas leves (1).

36. — Classificação bipartida.

A classificação tripartida oppõe-se a bipartida, de fendida por um grande numero de criminalistas e adoptada por muitas legislações estrangeiras, que distingue duas categorias de factos puniveis: crimes ou delictos e contravenções (2).

(1) Prins, *Science pénale et droit positif* cit., pag. 84. Facto identico se dava no antigo direito allemão (*Ungerichte* — crimes maiores, e *Frevel* — crimes menores) e se verifica no moderno direito inglês (*indictable offences*, infracções cuja apreciação cabe á jurisdicção superior, e *not indictable offences* que o juiz examina summariamente). Cfr. Bastide, *Les institutions de l'Angleterre sous Edouard VII*, 1910, pag. 68 e segg.

Segundo Tarde (*Études de psychologie sociale* cit., pag. 309 e segg.), não são estas as conclusões que a historia auctorisa. No Oriente, na antiguidade classica, na idade média e no antigo direito francês havia mais ou menos realisada a classificação tripartida das infracções penaes.

(2) Aceita, entre outros, pelos codigos do cantão de Vaud (1844), dos Países Baixos (1881), de Neuchâtel (1891), da Suecia (1864), da Dinamarca (1866), da Turquia, de Malta (1854), do Montenegro, italiano (1899), Mexico (1871), de Venezuela (1873), do Perú (1862), da Argentina (1865), do Brazil (1890), da Colombia (1890), da Noruega (1902), e pelos projectos do codigo federal suizo de Stooos e do codigo penal bulgaro, de 2 de fevereiro de 1896.

Entre nós, foi adoptada pelo codigo penal de 1852 (artt. 1.º e 3.º).

Trata-se de um movimento de simplificação, ligado á tendencia actualmente dominante que impelle o legislador a servir-se cada vez mais dos dados da experiencia e a adaptar mais perfeitamente os codigos ás realidades da vida social.

De uma maneira geral, e pondo de parte algumas ligeiras diferenças de criterio das diversas legislações, agrupam-se sob a denominação de:

a) *Crimes* ou *delictos* — todas as infracções inspiradas por má intenção, que directamente lesam direitos individuaes ou collectivos, que offendem o direito social e cujo character nocivo e perigoso é reconhecido em todos os países civilisados;

b) *Contravenções* — os factos que, em si innocentes e frequentemente praticados sem intenção má, são prohibidos e punidos sómente a titulo preventivo, para evitar futuros danos individuaes ou collectivos, e interessando, principalmente, ao direito de policia e á regulamentação local.

37. — Crime e contravenção: aspecto doutrinal.

Como a escola francesa, que não via diferença ontologica entre o delicto e a contravenção, visto esta não ser senão um pequeno delicto, a maior parte dos criminalistas da escola criminal positiva repelle aquella distincção.

Nos delictos, como nas contravenções, escreve Longhi (1), ha actos anti-sociaes, prohibidos pela lei, e,

(1) *Del concetto giuridico di contravvenzione in contrapposizione a quello di delitto*, apud *La Scuola Positiva* cit., t. VIII, pag. 385 e segg.

porisso, anti-juridicos, diversos na moralidade e no grau, mas não na essencia. Tambem os delictos podem ser consummados ou tentados, e assim como ha delictos não naturaes ou de indole contravencional, assim ha contra-venções delictuosas. E a violação de uma norma legislativa é sempre lesão de um direito, porque representa sempre uma offensa ao interesse publico e ao interesse privado, quer se pretenda evitar um damno, quer um perigo de damno.

Cremos, todavia de repellir taes asserções. Certo que as contravencções, do mesmo modo que os crimes e delictos, são factos anti-sociaes ou, ao menos, anti-juridicos, que a lei pune, e por isso é que pertencem ao quadro das infracções penaes.

Condição commum é a prohibição legal e a sanção penal. Nos crimes ou delictos, como nas contravencções, ha a desobediencia ao preceito legal; mas as relações naturaes do facto incriminado, considerado em si mesmo e abstrahindo de factos consequentes, com a ordem social ou com a ordem puramente legal, é que não são as mesmas: emquanto o facto incriminado como crime ou delicto constitue, por si, a violação de certas condições da vida social ou da ordem legal, o facto incriminado a titulo de contravencção (1) em si mesmo não affecta de nenhum modo qualquer d'estas condições.

Pune-se não como lesão actual, mas como uma impossibilidade de lesão ou damno futuro, como lesão ou damno potencial.

(1) Neste caso, as infracções de certos preceitos administrativos, como o dos n.ºs 6.º e 7.º do artigo 52.º do codigo administrativo de 1896 (divagação pelas ruas de animaes nocivos; collocação, nas janellas, telhados e varandas, de objectos, que ponham em risco a segurança dos cidadãos); do artigo 248.º do codigo penal (venda de substancias venenosas ou abortivas, sem legitima auctorisação); do artigo 282.º do mesmo codigo (associação de mais de vinte pessoas sem preceder auctorisação do governo).

Nem se diga que a diferença entre delicto e contravencção desaparece na hypothese do delicto imperfeito, em que tambem se não verifica a lesão do direito visado pelo delinqnente. Ainda que consideremos o delicto imperfeito como uma lesão potencial (o que está longe de traduzir a verdade, porque a má intenção do agente torna provavel a producção do resultado na tentativa, se circumstancias accidentaes não suspenderem a execução, e a execução completa torna-a certa no delicto frustrado sem a intervenção das mesmas circumstancias), fica sempre uma diferença importante: o delicto imperfeito é uma lesão potencial determinada, quanto ao direito offendido e quanto ao sujeito d'esse direito; na contravencção todos aquelles elementos são, frequentemente, indeterminados.

Nos crimes ou delictos contra as pessoas ou contra a propriedade ha um queixoso; a indeterminação do facto contravencional afasta a ideia de parte queixosa, sendo, por isso, corrente que, nos processos por contravencção, não cabe a accusação particular (1).

A contravencção representa um perigo, ás vezes unicamente para o proprio agente d'ella; não *certo*, como no delicto consummado ou frustrado; não *provavel*, como na tentativa; mas *presumido* pelo legislador, que se substitue á providencia dos cidadãos, e, visto como a presumpção é indestructivel (*juris et de jure*), a contravencção é punivel em si, independentemente das consequencias.

A producção da lesão, longe de ser da essencia da contravencção, transforma-a em crime ou delicto, se o direito assim violado é directamente protegido pela lei penal. Se a intenção do agente foi dirigida a esta violação, teremos o crime ou delicto intencional, figurando a contravencção como acto preparatorio ou de

(1) Sr. Dr. Chaves e Castro, *Organisação e competencia dos tribunales de justiça portuguezes* cit., pag. 213, 601-603, 740, 888.

execução; se o agente procedeu sem a intenção do delicto, teremos, não obstante, delicto culposos, tanto mais que a possibilidade e o dever de previsão derivam do preceito preventivo que prohibia o facto a titulo de contravenção (1).

38. — Crime ou delicto no código penal português.

Póde dizer-se que, essencialmente, o conceito indicado de crime e contravenção é o do nosso código penal.

Crime ou delicto é, diz o artigo 1.º, o facto voluntario, declarado punivel pela lei penal.

a) *Facto*, isto é, tanto acção como omissão (2). Mais frequentemente, o mal do crime

(1) A differenciação entre delictos e contravenções é feita nos mais recentes estudos de sociologia criminal. Como criterios adoptados para tal differenciação devemos indicar:

a) criterio do *perigo*, que attende á lesão juridica effectivada, e ao perigo para a tranquillidade publica e para o direito alheio (Fioretti, Lanza);

b) criterio em harmonia com o qual a contravenção constitue uma *mera desobediencia* á norma juridica (Binding);

c) criterio que attende, para a distincção, ao grau de immoralidade, menor na contravenção do que no delicto (Ferri, Von Bar);

d) criterio do maior ou menor prejuizo causado (Viazzi);

e) criterio que distingue entre condições permanentes e fundametaes da existencia da sociedade e condições secundarias e complementares (Impallomeni);

f) criterio que tem em consideração a lesão dos bens juridicos, considerados ou não na sua entidade propria (Carnevale).

Franchi, *Delitti e contravenzioni secondo le più recente statistiche e nel loro carattere giuridico*, apud *Scuola positiva* cit., 1902, pag. 588 e segg.; Henriques da Silva, *Contravention et délit*, 1897, pag. 1 e segg.; Garbasso, *Nozioni generali sulle contravenzioni*, 1889, pag. 17 e segg.; Zerboglio, *Teoria e pratica delle contravenzioni*, 1899, pag. 3 e segg.

(2) Código penal, art. 5.º.

se causa por acções, isto é, por actos positivos, pois que a lei penal é, no maior numero de casos, prohibitiva; mas tambem algumas vezes elle se realiza por omissões, visto que em algumas hypotheses a lei penal é preceptiva.

Escusado será dizer que o facto punivel deve traduzir-se por actos externos, pois que, além de que o poder publico não tem o direito de punir os phenomenos internos, não póde realmente puni-los: *cogitationis poenam nemo patitur*.

b) *Voluntario*, isto é, praticado com a necessaria intelligencia e liberdade (1). O agente deve ser causa efficiente, livre e responsavel do facto e não simplesmente sua causa physica: a força, diz o Sr. Dr. Pereira do Valle (2), que actúa sem conhecimento do bem ou do mal moral a que se dirige, que não é livre, mas obedece de um modo irresistivel a outra força que lhe imprime o impulso, não póde considerar-se como causa efficiente, intelligente e consciente da acção e, por conseguinte, como força responsavel. Imputar um facto a alguém, ou, o que importa a mesma cousa, lançal-o á sua conta, é affirmar não só que esse alguém é causa esclarecida e intelligente, mas tambem causa primaria e efficiente d'esse facto; é affirmar que o agente possui a razão moral ou o conhecimento da justiça ou injustiça do acto que pratica, e que tem o poder de o praticar

(1) Código penal, artt. 26.º, 29.º, 41.º-46.º e 52.º.

(2) *Anotações ao livro primeiro do código penal* cit., pag. 6 e 7. Vid. Levy Maria Jordão, *Commentario ao código penal português*, 1853, t. 1, pag. 6; Silva Ferrão, *Theoria do direito penal*, 1856, t. 1, art. 1.º.

ou deixar de o praticar. É na reunião d'estas duas condições que se realisa a *voluntariedade* (1).

A voluntariedade implica, portanto, um nexo causal consciente e livre entre a actividade psychica do agente e o facto punido pela lei.

A volição pôde, porém, ser mais ou menos extensa, mais ou menos comprehensiva, conforme o concurso da intelligencia e da vontade fôr mais ou menos completo. Assim, o facto punivel pôde revelar-se á consciencia do agente como delicto, isto é, como punido pela lei e como violação de direitos; e, vice-versa, o agente, ao praticar o facto que, aliás, *quer*, não se propôr violar a lei nem direitos, que, entretanto, sem sua consciencia nem vontade, são realmente feridos.

Tanto no primeiro, como no segundo caso, o facto material, que causa o prejuizo foi, sem duvida, *querido* pelo agente; mas, emquanto, na segunda hypothese, as consequencias illegaes e immoraes d'esse facto, por imprevisas, não entraram na esphera da sua consciencia,

(1) A fórmula da *voluntariedade* foi tambem seguida pelos codigos: hespanhol (art. 1.º), do Uruguay (art. 1.º), chileno (art. 1.º), de Costa Rica (art. 1.º), de Nicaragua (art. 1.º), italiano, de 1890 (art. 45.º), hungaro (§ 75.º), russo (s. 2), indiano (sec. xxxix), e muitos codigos suissos.

Mas nem todos os codigos penaes, que seguiram o systema de determinação das condições de imputabilidade e dos elementos constitutivos do delicto e da contravenção, adoptaram aquella fórmula, empregando uns (como o codigo da Republica de S. Marino, art. 16.º) a fórmula do *livre arbitrio*, juntando outros (v. g. codigo dos Griseos, §§ 19.º e 23.º) a esta fórmula o elemento do *dólo*, e estabelecendo outros (como o codigo austriaco, § 1.º; o de Berne, § 27.º; o de Glaris, § 26.º; a lei federal suissa, § 11.º) como condição da imputabilidade criminosa o *dólo mau*. Alimena, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità* cit., t. 1, pag. 408 e segg.

e, consequentemente, da sua vontade, na primeira hypothese foram *queridas*, pois que o agente teve consciencia actual da immoralidade do facto e do seu resultado, e para elle dirigiui a sua actividade.

Em resumo: num caso, o agente procedeu *intencionalmente*; no outro, não. Em ambos, porém, a voluntariedade interveio, se bem que sob forma essencialmente differente. A primeira forma tem a designação de *intenção criminosa* ou *dólo* e a segunda a de *culpa*.

Aquella, com razão, torna o agente responsavel do crime, porque revela claramente a posse plena de intelligencia e vontade; esta imputa-se, não porque haja suspeita de *dólo* (1), mas porque, segundo a theoria classica mais defendida, o agente devia prever as consequencias do facto realisado. Se as não previu, foi por imprudencia, falta de attenção, negligencia ou impericia, de que é responsavel, visto que tem a razão previdente do futuro e, por isso, tem o dever de calcular e prevêr. Se não teve vontade de violar a lei, teve, como diria Filangieri (2), a vontade de se expôr ao risco de a violar.

O facto culposo, entra, por isso, na esphera de acção da vontade, e assim o considera o nosso codigo penal (3).

Note-se, porém, que se é absolutamente exacto que sem voluntariedade não ha crime, não se pôde affirmar que a existencia da voluntariedade seja sempre sufficiente para imprimir ao facto character legalmente criminoso.

(1) Campili, *Condizioni e limiti di punibilità della colpa*, 1903, pag. 35 e segg.

(2) *Scienza della legislazione*, t. III, pag. 88.

(3) Artigo 43.º § unico.

Além das duas especies geraes de circumstancias dirimentes de responsabilidade criminal (falta de imputabilidade e justificação do facto) (1), o codigo penal claramente estabeleceu outras origens de isenção de responsabilidade criminal, visto que não a attribue a pessoas que a lei exceptue, embora possuam a intelligencia e a liberdade necessarias (2), considerando, em certos casos, a existencia da voluntariedade insufficiente, de per si, para constituir o crime (3).

E, ainda fóra de taes casos, seria falso estabelecer, no rigoroso ponto de vista legal, o principio de que a existencia do vinculo causal entre o facto objectivo e material e a voluntariedade do agente, revelada sob a fórmula de culpa, torna sempre o facto criminoso.

A razão é que, sendo *sempre* punível nas contravenções (4), a culpa só o é excepcionalmente no crime.

(1) Codigo penal, artt. 41.º-46.º.

(2) Além das pessoas por nós referidas, que gosam de immuniidade penal segundo o direito publico interno e internacional, não teem responsabilidade criminal, embora tenham praticado voluntariamente o facto, o conjuge, ascendentes, descendentes e os collateraes ou affins do criminoso até ao terceiro grau por direito civil, que alterem ou desfaçam os vestigios do crime com o proposito de impedir ou prejudicar a formação do corpo de delicto; que occultarem ou inutilisarem as provas, os instrumentos ou objectos do crime, com o intuito de concorrer para a impunidade do criminoso, e que lhe derem coito ou lhe facilitem a fuga, com o proposito de o subtrahir á acção da justiça (Codigo penal, art. 23.º § unico, e n.ºs 1.º, 2.º e 5.º).

Vid. tambem art. 197.º § 2.º, cuja doutrina deve considerar-se revogada, visto que o § unico do artigo 74.º da Nova Reforma Penal expressamente declara que « ficam de nenhum effeito os artt. 197.º, 403.º a 484.º do Codigo penal ».

(3) Codigo penal, artt. 11.º n.º 3.º, 175.º, 176.º § unico, 213.º e 239.º.

(4) Codigo penal, art. 4.º.

Assim se conclue da definição que de culpa dá o artigo 2.º do codigo penal, em que se declara que a punição da negligencia, *nos casos especiaes determinados na lei*, funda-se na omissão voluntaria de um dever; da collocação respectiva dos artigos 2.º e 4.º, o primeiro dos quaes integra a noção contida na fórmula geral do artigo 1.º e o segundo define expressamente um elemento, implicitamente contido em a noção geral de contravenção; de que, em materia penal, é, alem de regra indiscutível de exegese, preceito legal a não admisão do emprego da analogia ou indução por paridade ou maioria de razão para qualificar qualquer facto como crime, devendo sempre verificar-se os elementos essencialmente constitutivos que a lei expressamente declarar (1).

Insurge-se contra esta doutrina o Sr. Dr. Pereira do Valle (2), affirmando que são, em geral, puniveis todas as infracções da lei penal praticadas por negligencia, e argumentando com as disposições do § unico do artigo 43.º e do n.º 7.º do artigo 44.º do codigo penal, e com o seguinte trecho do relatorio que precedeu a Nova Reforma Penal: « o codigo penal define crime no artigo 1.º o acto voluntario punido pela lei, e faz justamente consistir a voluntariedade, ou na intenção criminosa ou, aliás, na simples negligencia ou culpa, como se vê do confronto d'aquelle artigo, com o subsequente e outros do mesmo codigo ».

Não contestamos que a culpa possa ser e seja realmente elemento do crime; o que se

(1) Codigo penal, art. 18.º.

(2) *Anotações ao livro primeiro do codigo penal cit.*, pag. 13 e segg. Vid. *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, t. xix, pag. 432 e segg.

discute é se o é geralmente ou só nos casos especiaes declarados na lei. E o artigo 2.º restringe, manifestamente, a punição da culpa aos casos determinados na lei: a natureza criminosa da culpa só, pois, nesses casos existe.

Objecta-se, porém, que a ausencia da culpa, sendo um dos elementos constitutivos de justificação do facto, exime da responsabilidade criminal e, por isso, *a contrario*, a sua existencia não exime; isto é, o agente é responsável e cãe sob a alçada da lei penal, tanto mais quanto a negligencia ou culpa se considera sempre como acto ou omissão dependente da vontade.

Não ha duvida sobre o principio de que a ausencia de culpa ou de intenção criminosa torna o agente do facto irresponsavel, tanto em relação ao crime como á contravenção; mas d'aquí a afirmar que a existencia da culpa attribue sempre responsabilidade criminosa vaê uma grande distancia, que o artigo 2.º do codigo penal não permite percorrer.

Nem se diga que, sendo assim, a funcção da culpa na esphera juridico-penal assume um character insignifiantissimo, porisso que, embora restricta na esphera rigorosamente criminal (1), agita-se e desinvolve-se largamente no campo das contravenções.

E não póde contestar-se que a expressão — responsabilidade criminal — é empregada pelo artigo 41.º em um sentido amplo, abrangendo tambem os agentes das contravenções.

(1) Entre os casos especiaes em que a lei pune a negligencia criminosa, podem citar-se os dos artigos 193.º, 216.º § unico, 218.º § unico, 311.º § unico, 326.º declaração 1.ª, 369.º do codigo penal.

c) *Declarado punivel pela lei penal*, isto é, nenhum facto, por mais repugnante que elle seja ao bom senso moral, póde ser considerado como crime ou delicto, sem haver uma lei que o qualifique como tal; nenhuma condemnação póde ser pronunciada, nenhuma pena póde ser infligida, se não assenta num texto de lei.

39. — Contravenção no codigo penal português.

A noção legal de contravenção encontra-se no artigo 3.º do codigo penal: « considera-se contravenção o facto voluntario punivel, que unicamente consiste na violação ou na falta de observancia das disposições preventivas das leis e regulamentos independentemente de toda a intenção malefica ».

Como o crime, a contravenção é constituida por um facto externo, positivo ou negativo, isto é, acção ou omissão; e, analogamente ao que succede com aquelle, é preciso, para haver contravenção, que um diploma legal assim qualifique os factos.

Mas, ao passo que o crime só póde ser declarado punido pela lei, geral ou especial (1), a contravenção póde sel-o tanto pelas leis como pelos regulamentos (2).

A voluntariedade já, porém, não é, pela mesma forma e no mesmo grau, elemento das duas categorias de factos criminosos. Assim, emquanto no crime, afóra os casos especiaes, em que a negligencia é punida, é sempre precisa a intenção criminosa, nas contravenções a voluntariedade é independente de toda a intenção malefica, mas é sempre punida a negligencia, seu elemento essencial (3).

(1) Codigo penal, artt. 1.º e 15.º.

(2) Codigo penal, artt. 3.º e 484.º-486.º.

(3) É o que resulta da approximação dos artigos 28.º, 52.º e 44.º n.º 7.º do Codigo penal. Com effeito, o artigo 28.º affirmar

Mas não é nisto que reside a diferença essencial e característica entre crime e contravenção: aquelle pôde ser meramente culposos (1). Ella está em que o crime é uma violação ou falta de observancia das disposições *repressivas* e a contravenção das disposições *preventivas*, — aquellas as que punem um facto intrinsicamente immoral ou a simples intenção de fazer mal, sufficientemente revelada; estas as que punem um facto, que não é intrinsicamente immoral, mas que pôde ser causa occasional de damno.

Qual, porém, o meio pratico de distinguir dos crimes as contravenções?

Se o facto é punido em um regulamento, não ha duvida que a sua natureza é contravencional, visto que os crimes só por lei podem ser punidos; mas, se fôr incriminado por uma lei especial ou pelo codigo penal, como distinguir?

Dizemos — pelo codigo penal, porque tambem nelle são, indubitavelmente, reguladas contravenções. Se é certo que o codigo não destinou nenhuma divisão especial ás contravenções (2), é incontestavel que foi intuito do legislador dar a diversos factos previstos no codigo o caracter de simples contravenções.

que « a responsabilidade criminal recae unica e exclusivamente nos agentes dos crimes e das contravenções »; ora, o artigo 52.º impõe responsabilidade criminal a todos os agentes de factos puniveis, em quem não concorrer alguma circumstancia dirimente, e uma d'essas circumstancias é a falta de culpa (art. 44.º n.º 7.º). Logo, se o agente procede sem culpa, não tem responsabilidade criminal (art. 52.º), quer se trate de crimes, quer de contravenções (art. 28.º).

(1) Codigo penal, art. 2.º.

(2) As legislações positivas seguem, em materia de contravenções, tres systemas:

a) umas consagram ás contravenções um codigo especial: assim o direito inglês, um grande numero de codigos cantonaes suíços (Grisões, Argovia, Lucerna, etc.), a legislação húngara, etc.;

Na verdade, não só o livro segundo é, em grande parte, copia do codigo de 1852, e neste havia, seguramente, contravenções, porque o artigo 1.º do decreto de 10 de dezembro de 1852, confiava ao ministerio publico a accusação dos crimes e contravenções, de que tratava o codigo penal, mas tambem o auctor da Nova Reforma Penal de 1884 introduziu a doutrina da punição da embriaguês publica, chamando-lhe, declaradamente, contravenção (1).

Como exemplos de hypotheses reguladas no codigo penal que, segundo os principios que exposémos, são contravenções e não crimes, embora as inscrições dos livros, titulos e capitulos, em que se encontram, se refiram a crimes, podemos citar: a apresentação, em logar publico, em manifesto estado de embriaguês (2);

b) outras, confundindo as contravenções com as demais infracções, distinguem-as pela pena: neste caso, os codigos francês, belga, allemão, de Neuchâtel, Friburgo, Genebra, etc.;

c) outras procuram precisar o caracter especial das contravenções em opposição aos delictos, quer reservando-lhes um logar especial (v. g. o codigo hespanhol), quer dando a sua noção (v. g. codigos italiano, hollandês, de Valais, etc.).

O codigo português apenas no livro II, titulo VII, epigraphado — *Das contravenções de policia* — se limita a dar observancia ás leis e regulamentos administrativos e de policia e a pôr um limite ás penas por estes decretadas (art. 484.º-486.º).

(1) Codigo penal, art. 185.º, § 3.º. Cfr. Codigo penal de 1852, art. 185.º.

(2) Codigo penal, art. 185.º, § 3.º.

O facto da embriaguês encontra-se previsto em varios diplomas legislativos:

a) Regulamento geral para o serviço de pilotagem nos diversos portos do reino, approved por decreto de 30 de setembro de 1859, art. 74.º;

b) Codigo penal e disciplinar da marinha mercante portuguesa, que distingue a embriaguês sem desordem da embriaguês com desordem e da embriaguês habitual, a primeira das quaes é qualificada entre as faltas ou contravenções (art. 17.º, n.º 4.º);

c) Codigo de justiça militar de 1896, nos artigos 12.º, n.º 8.º (circumstancia attenuante), 112.º e 113.º (crimes contra o dever militar), etc.;

o enterramento de qualquer individuo, com preterição das disposições das leis e regulamentos, referentes ao tempo, lugar e mais formalidades prescriptas sobre inhumações (1); a exposição á venda, venda e subministração de substancias venenosas ou abortivas, sem legitima auctorisação e sem as formalidades exigidas pelas respectivas leis e regulamentos (2); a fabricação, importação, venda, etc., de armas prohibidas (explosivos, armas brancas e de fogo) (3); o exercicio da caça, nos meses em que ella é prohibida pelas posturas municipaes ou pelos regulamentos administrativos, ou por modo prohibido pelas mesmas posturas e regulamentos (4); o exercicio da pesca, nos meses defesos ou por modo prohibido (5).

Ha, por conseguinte, contravenções disseminadas por alguns artigos do codigo; e, sendo assim, repetimos, como distinguil-as dos crimes, quando punidos por lei especial ou pelo codigo penal?

O critério está em verificar se a disposição penal é preventiva ou repressiva, e, por isso, se o acto é intrin-

d) Regulamento disciplinar do exercito, approved por decreto de 12 de dezembro de 1896, no artigo 3.º n.º 18.º (deveres militares);

e) Codigo de justiça da armada de 1899, nos artigos 15.º n.º 9.º (circumstancia attenuante) e 126.º (crimes contra o dever militar);

f) Regulamento disciplinar do corpo da guarda fiscal approved por decreto de 18 de março de 1886, no art. 1.º n.º 19.º;

g) Codigo civil, artt. 353.º, 354.º e 2377.º;

h) Codigo penal, segundo o qual a embriaguês constitue :

1) attenuante geral : art. 39.º circ. 21.ª;

2) attenuante especial : art. 50.º e n.ºs 1.º e 2.º;

3) aggravante : art. 34.º n.º 1.º;

4) dirimente : art. 43.º n.º 3.º;

5) contravenção : art. 185.º § 3.º.

(1) Codigo penal, art. 246.º.

(2) Codigo penal, art. 248.º.

(3) Codigo penal, art. 253.º e §§ 1.º, 2.º e 3.º.

(4) Codigo penal, art. 254.º.

(5) Codigo penal, art. 255.º.

secamente immoral ou não. Ora, como a definição d'este ponto é diversa segundo as theorias e escolas, será a solução diversa para a mesma hypothese pratica, segundo o magistrado se inspirar nos conceitos das escolas metaphysicas ou das theorias positivas. Assim, o legislador, que no artigo 18.º pretendeu coarctar todo o arbitrio judicial em materia de incriminação, trahiui nesta parte os seus propositos, adoptando um systema que dá larga margem ao arbitrio judicial (1).

40. — Continuação : regras privativas das contravenções.

Em virtude da natureza particular das contravenções, o legislador português estabeleceu para ellas algumas regras privativas :

a) Nas contravenções é, como dissémos, *sempre punida a negligencia*, ao passo que nos crimes só o é nos casos especiaes determinados na lei (2). A razão d'esta especialidade encontra-se na respectiva natureza do crime e da contravenção.

b) Nas contravenções *nao é punivel a tentativa, nem os actos preparatorios, como não se pune a contravenção frustrada* (3).

Certo que o codigo não declara expressamente que a tentativa de contravenção não é punivel, mas os principios levam a esta conclusão. Segundo o artigo 3.º, a contravenção consiste *unicamente* na violação ou falta de observancia das disposições preventivas : é,

(1) Vid. *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, t. xv, pag. 337, 353 e 369; t. xix, pag. 293; t. xxiv pag. 456.

(2) Codigo penal, artt. 4.º e 2.º.

(3) Codigo penal, artt. 10.º-12.º.

portanto, preciso, para que se dê a contravenção, que exista a violação material de uma disposição preventiva, que se dê, precisamente, a consummação do facto, o que exclue da definição de contravenção o crime imperfeito. Confrontando a disposição do artigo 1.º com a definição do artigo 3.º, vê-se claramente que a noção de crime se adapta, quer á ideia de crime consummado, quer á de crime imperfeito, ao passo que a definição do artigo 3.º se não pôde adaptar á ideia de crime imperfeito, visto que exige a infracção material.

Por outro lado, na tentativa pune-se não o facto, porque ainda não está completo, mas a intenção criminosa. Ora esta não é elemento essencial da contravenção, nem, para este effeito, elemento de apreciação. Desde que a intenção malefica se verifica, o facto deixa de ser contravenção para assumir a natureza de delicto.

Os actos preparatorios, definidos no artigo 14.º, não são puniveis, a não ser que os factos que entram na sua constituição sejam classificados como crimes ou como contravenções, porque, em tal caso, punem-se não como actos preparatorios, mas como factos criminosos.

Tambem não é punivel a contravenção frustrada: embora, neste caso, haja um passo mais no caminho da transgressão, em relação á tentativa, certo é que a violação material não existe ainda. A essencia da contravenção é o resultado final, a violação effectiva, e não uma espectativa de violação.

c) Nas contravenções não é punivel a *cumplicidade, nem o encobrimento, nem a auctoria*

moral. Expressamente o declara o codigo penal (1), quanto ás duas primeiras fórmulas de cooperação criminosa, disposição, aliás, perfeitamente dispensavel, porque, segundo a mesma ordem de ideias, que nos levaram a concluir que nem a tentativa nem a frustração eram puniveis nas contravenções, nós chegavamos á conclusão de que só a auctoria é punivel. E a disposição legal é até inconveniente. Sujeita ella a responsabilidade os auctores das contravenções; ora, ha auctores materiaes e moraes, como se vê no artigo 20.º, que accentúa esta dupla fórmula de cooperação. E todos os auctores são puniveis nas contravenções?

Se o artigo 3.º diz que a contravenção consiste *unicamente* na violação das disposições preventivas, é licito concluir que auctor d'uma contravenção, para o effeito da punição, é só aquelle que commette o facto material da violação. Applicar, portanto, ás contravenções o preceito do artigo 20.º, *in integrum*, seria destruir o que o artigo 3.º estabelece. Demais, do artigo 25.º não se pôde deduzir que todos os auctores das contravenções sejam puniveis; depreheende-se que só são puniveis os auctores, dando-se a esta palavra o sentido que o artigo 3.º auctorisa. Portanto, nas

(1) O artigo 25.º diz que «nas contravenções não é punivel nem a cumplicidade, nem o encobrimento», e os artigos 22.º e 23.º declaram quaes os individuos que devem ser considerados cumplices e encobridores. Na vigencia do codigo de 1852, sustentava a *Revista de Legislação e Jurisprudencia* que nas contravenções não era punivel a cumplicidade, baseando-se simplesmente no artigo 3.º do mesmo codigo. O artigo 25.º do codigo actual ampliou-a ao encobrimento.

Codigo penal, artt. 22.º, 23.º, 103.º e 106.º

contravenções, só é punível á auctoria material (1).

d) A responsabilidade criminal por contravenção *não pôde ser aggravada nem attenuada*, excepto no caso de reincidencia (2). A razão da disposição legal está, porventura, no principio de que na contravenção se pune o facto, independentemente de toda a intenção malefica. Mas a doutrina do artigo 33.º deve restringir-se á hypothese de aggravação ou attenuação por effeito de circumstancias aggravantes ou attenuantes. Se a pena comminada á contravenção variar entre maximo e minimo, o juiz não pôde deixar de attender a alguns elementos que a acompanhem para calcular a medida da pena, dentro d'aquelles limites, visto que, estabelencendo os dois termos, o legislador quiz por esse facto que não se

(1) Como excepção á disposição generica do artigo 25.º sobre cumplicidade nas contravenções, devemos citar o caso do § 3.º do artigo 282.º Este artigo manda dissolver as associações de mais de vinte pessoas, que se reunirem sem auctorisação do governo, e punir os que as dirigirem e administrarem com a pena de prisão de um a seis meses, e os outros membros com prisão até um mês. Não ha duvida que, neste caso, ha simplesmente, uma contravenção, porque a reunião sem auctorisação prévia não é um facto intrinsecamente immoral. Ora, o § 3.º do mesmo artigo, punindo como cúmplices os que consentirem que a reunião tenha lugar em sua casa, abre uma excepção ao artigo 25.º

(2) Código penal, artt. 33.º e 36.º

Esta doutrina é nova, não só em relação ao código de 1852, em cujo vigor se sustentava que a penalidade nas contravenções podia ser aggravada ou attenuada, segundo as circumstancias, mas tambem em relação aos códigos penaes estrangeiros, que, na sua maioria, mandam attender sempre ás circumstancias aggravantes e attenuantes. Assim dispõem, entre outros, os códigos francêses (artt. 462.º e 463.º) e sardo (art. 688.º); assim dispunha, entre nós, o projecto do código penal, de 1861 (art. 506.º)

applicasse sempre e em todos os casos o mesmo quantitativo de pena.

Mas, de que elementos se deve servir o julgador para aggravar ou attenuar a pena, não podendo recorrer ás circumstancias?

Segundo o código penal (1), duas são as bases de aggravação ou attenuação da pena: as circumstancias aggravantes e attenuantes e a gravidade do facto, independentemente d'estas circumstancias. Ora, como apreciar esta gravidade do facto na contravenção? Pelo damno, não pôde ser: havendo damno, não ha lesão em perspectiva, lesão potencial e, por consequencia, contravenção. Cremos que o juiz deve recorrer á intenção do agente, entendida não só como simples proposito de transgredir a lei, mas tambem como desejo de conseguir, por meio da transgressão, um fim immoral.

É certo que a intenção não é elemento essencialmente constitutivo da contravenção, pois que esta existe independentemente d'aquella; mas isto não significa que haja repugnancia e incompatibilidade entre a intenção e a contravenção e aquella não seja importante para apreciação e graduação da culpabilidade do contraventor, quando a lei, como succede na hypothese prevista pelo § 3.º do artigo 185.º do código penal, commine á contravenção pena variavel. E não se descobre principio ou razão que prohiba ao juiz recorrer a tal elemento (2).

e) Nas contravenções, o procedimento judicial prescreve, em regra, dentro de um

(1) Código penal, artt. 87.º, 88.º, 91.º e segg.

(2) Sr. Dr. Pereira do Valle, *Anotações ao livro primeiro do código penal português* cit., pag. 99.

anno, e as penas prescrevem passado um anno (1).

A natureza peculiar da contravenção e a sua inferior gravidade explicam e justificam a disposição do código.

SECÇÃO II

Segundo a sua natureza intrínseca

§ 1.º

Crimes publicos e particulares

41. — Valor theorico e alcance pratico da distincção.

Embora toda a infracção penal constitua uma offensa á ordem publica geral ou local, não tendo, de outro modo, o legislador o direito de incriminar o facto, consideram-se em geral crimes publicos os que são dirigidos contra o interesse geral do estado e em que a lesão d'este interesse prevalece sobre a offensa ao interesse individual (v. g., conjuração contra a segurança do estado) (2), e crimes particulares aquelles em que predomina a lesão do interesse individual (por ex., o crime de furto) (3).

Fundada na tradição historica e assumindo no antigo direito especial importancia (4), a distincção dos crimes

(1) Código penal, artt. 125.º, §§ 2.º e 6.º e 486.º

(2) Código penal, artt. 141.º e segg.

(3) Código penal, artt. 421.º e segg.

(4) Na Grecia, a lei penal distinguia entre delictos publicos, que lesavam os interesses geraes e davam lugar á acção publica e á applicação de uma pena, e delictos privados, que constituam uma lesão individual, determinando uma acção privada e implicando o pagamento de multa em proveito do offendido.

Analoga distincção se nota no direito romano. Desde a legislação das XII Taboas até ao direito imperial, oppõe-se á noção

em publicos e particulares, cujo valor decaíra em virtude da affirmacção do predomínio do interesse publico em todos os crimes e da concepção moderna da funcção do estado, como protector do interesse individual, porisso mesmo que elle representa o conjuncto dos interesse da collectividade, readquiriu, em grande parte,

de delicto publico, offensa directa ao direito do estado, que envolvia a applicação de uma pena — crimes de incidencia collectiva, a que vieram juntar-se muitos outros, como o homicidio, o furto de colheitas em terra arada, pelo qual o criminoso era morto e sacrificado a Ceres — a de delicto privado (*furtum, injuria, damnum injuria datum*), que dava ao lesado o direito de exigir a reparação do damno causado. Maynz, *Esquisse historique du droit pénal romain*, apud *Nouvelle revue historique*, 1882, pag. 1 e segg.

No primitivo direito português observa-se igualmente a referida distincção. Se, em regra, os delictos eram considerados como offensas particulares, sendo frequente nos foraes e considerada como uma garantia da liberdade dos burgueses a phrase « *não responda sem haver parte queixosa — sine raucura, sine raucuroso* » (Herculano, *Historia de Portugal* cit., t. iv, pag. 194 e segg.), certo é que alguns crimes revestem já a natureza de publicos (o adulterio, o homicidio).

A comprehensão cada vez mais nitida de que o crime, embora commetido contra particulares, offendia, não só estes, mas também a sociedade; a inefficacia da accusação dos offendidos para obter a punição dos grandes criminosos e a necessidade de não deixar impunes os seus crimes; o interesse que o fisco tinha na sua repressão por causa das *multas e calumnias*, determinaram a adopção da perseguição *ex-officio* contra os crimes mais graves, quando fossem manifestos ou flagrantes. Mas a instrucção criminal *ex-officio* não era, a principio, admittida senão a titulo de excepção. Foi só mais tarde que o systema inquisitorial penetrou na justiça secular; ao velho principio de que, sem legitimo accusador, nada se podia fazer contra o accusado, succedeu est'outro: *evidentia patratu sceleris non indiget clamore accusatoris*.

E nas Ordenações lançou raises a ideia da perseguição dos delictos *ex-officio*, na falta de accusador, processo que é conhecido, nas nossas antigas leis, pelo nome de *inquirições* ou *devassas*, e que se applicava a quasi todos os crimes: aos crimes publicos, á excepção d'alguns a respeito dos quaes permanecia o

a sua antiga importancia. A sciencia penal contemporanea veio propugnar a redução da acção publica em proveito da acção privada, quer por via de Spencer (1), que fez fixar a attenção no aspecto economico do problema penal, quer por obra de Garofalo (2) e Tarde (3), que insistiram sobre o dever de reparação ás victimas do delicto. Procura-se tornar a repressão menos ideal, admitindo-se que reparar o mal causado, indemnizando o lesado, é tão essencial como restabelecer a ordem pela prisão do criminoso. De facto, a coerção pela reparação pecuniaria poderia bem substituir qualquer outro meio repressivo em varias categorias de crimes.

Sem duvida que os criminosos epilepticos, histericos, imbecis, e os delinquentes natos devem ser elimi-

princípio de que só accusando o offendido se podia proceder á punição, e aos *crimes particulares*.

Os nossos reformadores do periodo liberal, inspirados nas doutrinas dominantes na organização do código de instrução criminal francês, que concentrava a acção penal nas mãos do ministerio publico, deixando-se ás partes lesadas pelo crime, a não ser em casos especiaes, apenas o exercicio da acção civil para a reparação do damno, transigiram, todavia, em parte, com as tradições jurídicas do país. Pelo decreto n.º 24 de 16 de maio de 1832, que organisou a magistratura do ministerio publico, elevando-a á altura de uma instituição, a accusação dos crimes publicos passou a ser exercida por elle, em livre concorrência com os offendidos e com qualquer pessoa do povo que não fosse expressamente prohibida por lei; mas era aos agentes do ministerio publico que incumbia seguir na audiencia geral todos os termos da accusação.

A mesma doutrina, menos quanto á accusação particular dos crimes publicos (restricta aos crimes de suborno, peita, peculato, e concussão, commettidos por juizes, jurados, officiaes de justiça ou quaesquer outros empregados publicos e aos crimes offensivos do direito eleitoral), foi mantida pelo decreto de 13 de janeiro de 1837 e pela Novissima Reforma Judiciaria (artt. 855.º 857.º e 865.º).

(1) *Justice*, trad. par Castellet, 1903, pag. 17 e segg.

(2) *A reparação ás victimas do delicto*, trad. de J. Benevides, 1899, pag. 31 e segg.; *Criminologia* cit., pag. 467 e segg.

(3) *Philosophie pénale* cit., pag. 507 e segg.

nados de modo mais ou menos absoluto e irrevogavel segundo os casos.

Seguem-se outras classes de criminosos, susceptiveis talvez de adaptação, mas em differente meio, em condições inteiramente novas de existencia: delinquentes por habito adquirido, para quem o delicto é uma profissão.

Véem, depois, os auctores dos attentados contra as pessoas, que foram movidos por prejuizos locais, de classe, de casta, de seita, de religião, cuja eliminação do seu meio especial tambem é necessaria.

E surgem, por ultimo, os criminosos impulsivos, de temperamento colerico, ou alcoolico, cujo afastamento é indispensavel. A cada uma d'estas classes corresponde, portanto, um meio eliminativo especial: a morte ou a prisão perpetua, o manicomio, a deportação, a colonia agricola, o desterro, a casa de educação ou de saúde.

Além d'estas numerosas especies de crimes, outros factos criminosos existem que podem, em dadas circumstancias, ser tambem commettidos por pessoas normaes: são revoltas, desobediencias, actos que são punidos como violação da lei, sem que, em si mesmo considerados, sejam incompativeis com a moral commun. Neste caso, os delictos exclusivamente politicos, as violações das leis fiscaes, a resistencia aos agentes da auctoridade, o contrabando, o porte de armas não auctorizado, etc. E, visto que nestes casos se trata de individuos que se suppõe normaes, é evidente que o estado deverá reprimir os transgressores mais ou menos severamente, segundo se julgar maior ou menor a necessidade de os intimidar.

Neste campo, poderá conservar-se o actual systema da prisão prefixa na duração ou da multa prefixa no valor.

Mas, com todas estas distincções, deixamos sem referencia um dos casos em que são inuteis os meios

eliminativos e insufficiente a repressão nas fórmulas mitigadas das actuaes penas correccionaes. Tal o que succede com os auctores de alguns delictos contra as pessoas, contra a propriedade, contra a tranquillidade publica, quando não seja possivel classificar-os nem nos delinquentes instinctivos, nem nos habituaes, nem nos determinados pelos outros motivos a que alludimos.

Mal se poderia defender, em taes casos, o afastamento do criminoso, desde que a sua falta de idoneidade para a vida social não está sufficientemente demonstrada. A reparação economica a favor do offendido, diminuindo as vantagens possiveis da profissão do delinquente, poderia bastar para semelhantes crimes.

A profissão dos ladrões, dos receptadores, dos fallidos fraudulentos é estimulada pela convicção de que com alguma habilidade poderão conservar o producto do delicto e fruir-os depois da expiação da pena. É facil de ver que poderoso freio seria a convicção opposta.

A coacção pessoal á reparação offereceria um succedaneo efficacissimo quanto ás penas leves e tantas vezes illusorias dos nossos codigos (1).

A distincção um pouco theorica dos delictos em publicos e privados assume, pois, de novo, incontestavel valor pratico.

42. — A distincção dos crimes em publicos e particulares na legislação portuguesa.

O crime, além da responsabilidade criminal a que sujeita o seu auctor (2), póde involver tambem

(1) Vid., sobre a fórmula de tornar inevitavel esta obrigação de reparação, de modo a constituir um verdadeiro succedaneo da pena: Garofalo, *A reparação ás victimas do delicto* cit., pag. 55 e segg.

(2) Codigo penal, artt. 27.º e 28.º

responsabilidade civil quando offenda os direitos de outrem (1). D'aqui duas acções para tornar effectivas estas responsabilidades: a acção penal, que visa á punição do delinquente, e a acção civil de perdas e danos (2), que tem por fim a reparação do damno privado resultante do crime.

A determinação da pessoa que póde intentar a acção penal está intimamente ligada á distincção dos crimes em publicos e particulares (3).

A Novissima Reforma Judiciaria fazia explicitamente esta distincção, enunciando taxativamente, embora com caracter provisorio, isto é, até á publicação do codigo

(1) Codigo civil, artt. 2361.º e 2364.º

(2) Tambem denominada *acção de reparação civil* (Nov. Ref. Judiciaria, art. 855.º; Codigo civil, artt. 2366.º, 2374.º, 2375.º e 2377.º), *acção de indemnisação de perdas e danos* (Codigo civil, art. 2384.º e segg., 706.º), ou, simplesmente, *acção civil* (Nov. Ref. Judiciaria, art. 861.º).

Devemos notar que a expressão *perdas e danos* é pouco rigorosa, porque, ou a palavra damno se emprega em um sentido generico, abrangendo todo o prejuizo, quer derive de perda effectiva, quer de lucro cessante (como succede no art. 75.º n.º 3.º do codigo penal), e então a expressão perda é desnecessaria; ou se emprega como tendo a mesma significação que entre os juriconsultos francezes (em que a locução *dommages-intérêts* designa, na primeira expressão, a diminuição que se soffreu no patrimonio effectivo, e, na segunda, os lucros ou interesses cessantes, isto é, os proventos que o lesado devia auferir e não auferiu por culpa do lesante), e nesse caso faz-se uso de duas palavras quasi synonymas, não designando nenhuma d'ellas de per si os lucros ou interesses cessantes. No emtanto, em face da disposição do art. 706.º do codigo civil, não póde duvidar-se que a locução perdas e danos abrange tanto os danos emergentes como os lucros cessantes.

(3) Outros effeitos tem, ainda, esta distincção:

a) Nos crimes particulares não póde querellar-se contra pessoas incertas (Nov. Ref. Judiciaria, artt. 871.º a 873.º; Lei de 4 de maio de 1896, art. 3.º). O contrario succede nos crimes publicos.

b) O perdão da parte não influe sobre a acção penal relativa aos crimes publicos (Nov. Ref. Judiciaria, art. 861.º), mas extin-

penal, os crimes particulares, e considerando publicos todos os outros (1).

O codigo penal de 1852, embora não fizesse, explicitamente, a distincção entre crimes publicos e particulares, dispunha, todavia, a respeito de alguns crimes, que só podiam ser perseguidos mediante *queixa, requerimento, accusação ou querella do offendido* (2).

E, num decreto da mesma data do codigo (3), declarava-se ficar competindo ao ministerio publico a accusação de todos os crimes e contravenções, de que trata o codigo penal, com a unica excepção dos casos em que o mesmo codigo torna essa accusação, ou a continuação d'ella, dependente da queixa ou do

que-a quanto aos crimes particulares (Codigo penal, art. 125.º, § 11.º), áparte a hypothese do art. 399.º.

c) O praso para a prescripção é mais curto para os crimes particulares (Codigo penal, art. 125.º, § 3.º).

d) Ao contrario do que succede quando o crime fôr publico, a acção civil póde, no caso de crime particular, ser intentada livremente (Codigo civil, art. 2373.º).

(1) Nov. Ref. Judiciaria, art. 854, § unico. Fazendo esta distincção, tinha-se em vista, como fim principal, dar ao ministerio publico a accusação officiosa de todos os crimes publicos, houvesse ou não parte querelosa (artt. 855.º, 836.º 865.º e 870.º), e excluiu-o da querella e accusação dos crimes particulares (art.º 866.º), exceptuando, comtudo, os crimes particulares de estupro e adulterio voluntarios e de rapto por seducção, contra os quaes podia querellar e accusar, se os offendidos ou os seus parentes tambem querellassem e accusassem, ou ao menos, se queixassem (art. 866.º § 2.º).

(2) Fazia-se depender a punição dos crimes: a) de requerimento, nos artt. 254.º § 3.º, 416.º e 430.º §§ 2.º e 3.º; b) de querella, nos artt. 27.º n.º 4.º, 401.º § 3.º e 404.º § 1.º; c) de queixa, no art. 339.º; d) de accusação da parte offendida ou de seus representantes, nos artt. 266.º § unico, 359.º, 363.º, 402.º § unico, 404.º § 3.º, 417.º, 430.º § 1.º e 484.º § 2.º

Vid. sobre as difficuldades que este preceitos suscitavam na pratica, *Revista de Legislação e de Jurisprudencia* cit., t. xxiii, pag. 418.

(3) Decr. de 10 de dezembro de 1852, art. 1.º

consentimento das pessoas offendidas, ou de seus paes ou tutores. Com a publicação da Nova Reforma Penal, que manteve a terminologia do codigo de 1852 (1), continuou a distincção entre crimes publicos e particulares, devendo aquelles ser perseguidos e accusados officiosamente pelo ministerio publico, ao passo que estes não o podiam ser. Mas nem sempre assim succede.

a) *Crimes publicos.* — O ministerio publico persegue officiosamente todos os crimes publicos, mas a respeito d'elles póde tambem verificar-se a accusação do offendido, quando o haja, e até a respeito de alguns a accusação por qualquer pessoa do povo.

Assim, segundo as pessoas que em taes crimes podem accusar, dão elles logar a uma triplice divisão:

1) Crimes publicos, que só podem ser accusados pelo ministerio publico, como são aquelles em que não ha parte particularmente offendida (2);

2) Crimes publicos, que podem ser accusados pelo ministerio publico, pelo proprio offendido e por qualquer pessoa do povo (3);

(1) Em varios artigos da Nova Reforma Penal empregam-se as palavras *queixa, queixando-se* e « parece, diz o Dr. Dias da Silva (*Processos especiaes, civis e commerciaes; processo criminal*, 1903, pag. 778), que no sentido de *querella* ou *accusação*, e tanto que substituiu no art. 399.º do codigo penal de 1852 a palavra *queixa*, sobre cuja significação havia duvidas, pela palavra *denuncia* ». O decreto de 15 de setembro de 1892 veio, porém, declarar, no artigo 21.º § unico, que em todos os casos em que o codigo penal exige queixa, denuncia ou participação do offendido ou de certas pessoas para haver accusação publica, basta que essas pessoas deem conhecimento do facto em juizo e não é necessario que accussem.

(2) Neste caso, os crimes de rebellião (Codigo penal, art. 170.º e segg.), de sedição (art. 179.º), de juramento falso (art. 243.º § unico), etc.

(3) Assim, os crimes de suborno, peita, peculato e concussão, commettidos por juizes, jurados, officiaes de justiça ou quaes-

3) Crimes publicos, que podem ser accusados pelo ministerio publico e tambem pelo offendido, quando o haja (1).

b) *Crimes particulares*. — Nos crimes particulares torna-se necessario considerar dois grupos (2):

1) Crimes que só podem ser perseguidos pelo offendido ou seus representantes (3), e

quer outros empregados publicos (Nov. Ref. Judiciaria, art. 865.º § 1.º); os crimes offensivos do direito eleitoral, que tambem podem ser perseguidos por qualquer eleitor inscripto no recenseamento (Decreto de 5 de abril de 1911, art. 138.º).

(1) Neste caso, todos os crimes que não pertençam aos dois primeiros grupos. No caso de crime de morte, pôde elle ser perseguido pelos parentes do offendido, nos termos do artigo 865.º § 2.º da Novissima Reforma Judiciaria.

Os crimes publicos podem ser participados em juizo, como escreve o Sr. Dr. L. d'Assis Teixeira (*Manual do processo penal*, 1905, pag. 13), por toda a pessoa que os presenciou ou d'elles tiver noticia (Nov. Ref. Judiciaria, art. 891.º); e devem ser comunicados pelos administradores de concelho e commissarios de policia, que levantarão os respectivos autos de investigação (Cod. adm. de 1896, art. 278.º n.º 26.º; Dec. de 21 de dezembro de 1876, art. 35.º n.º 2.º; Officio circular de 19 de fevereiro de 1858), e por toda a auctoridade que, no exercicio de suas funcções, os descobrir (Nov. Ref. Judiciaria, art. 895.º).

A mulher casada pôde participar em juizo um crime publico, sem auctorisação do marido, porisso que nem é licito ampliar a disposição excepcional do artigo 867.º da Nov. Ref. Judiciaria, nem é applicavel á hypothese o preceito do artigo 1192.º do codigo civil, visto que, não sendo parte no processo, não está ella em juizo. Vid. *Revista dos Tribunaes*, t. v, pag. 317, e t. xii, pag. 87; Lei da familia de 25 de dezembro de 1910, art. 44.º

(2) Vid. Decreto de 10 de dezembro de 1852, art. 1.º; Decreto de 15 de setembro de 1892, art. 21.º § unico. O codigo civil (artt. 612.º e 639.º) tornou tambem particulares os crimes de usurpação ou contrafacção da propriedade litteraria, dramatica, artistica e de invento. E' tambem particular o crime de imitação de marcas de fabrica ou de commercio (Cod. de Proc. Commercial, artt. 87.º e 4.º). Vid. Sr. Dr. Lobo d'Avila Lima, *Da concorrência desleal*, 1910, pag. 259 e segg.

(3) Offendido: Codigo penal, artt. 254.º § unico, 416.º e 481.º

que o ministerio publico não accusa, limitando-se a sua intervenção a uma mera assistencia, e em que a lei penal exige para a sua punição ou para que possa haver procedimento criminal contra elles:

α) *accusação*: art. 266.º § unico (jogo, habitos viciosos, violação da obediencia devida a paes ou tutores); art. 417.º (diffamação ou injuria contra pessoa já fallecida); art. 481.º § unico (damnos em propriedade alheia, móvel, immovel ou semovente); art. 359.º (offensa corporal voluntaria); (1).

β) *querella*: art. 401.º § 3.º (adulterio); art. 404.º § 1.º (adulterio do homem casado, que tiver manceba teúda e manteúda na casa conjugal) (2).

γ) *requerimento*: art. 254.º § unico (caça em terras muradas ou valladas, sem consentimento do possuidor); art. 416.º (diffamação ou injuria contra um particular ou empregado publico (3) individualmente diffamado ou injuriado).

2) Crimes que podem ser perseguidos pela parte offendida ou seus representantes, e tambem pelo ministerio publico, mas precedendo consentimento d'aquelles (4), em que o codigo

§ unico; paes ou tutores: art. 266.º § unico; marido: art. 401.º § 3.º; mulher: art. 404.º § 1.º; ascendente, descendente, conjuge, irmão ou herdeiro da pessoa fallecida: art. 417.º

(1) Decreto de 15 de fevereiro de 1911, art. 7.º

(2) Vid. decreto de 3 de dezembro de 1910 (divorcio), em que se declara que o direito de *queixa* e *accusação* do conjuge offendido prescreve pelo lapso de seis meses.

(3) Os crimes de injuria e diffamação commettidos contra empregados publicos podem ser publicos ou particulares, segundo podem ou não ser incluídos nas incriminações dos artigos 181.º e 182.º do codigo penal.

Revista de Legislação e de Jurisprudencia, t. xxxvi, pag. 10.

(4) Integram estes crimes na categoria de crimes publicos, Dias Ferreira, (*Novissima Reforma Judiciaria anotada cit.*, pag. 226)

exige, como condição para haver procedimento criminal ou punição:

α) *denúncia*: art. 399.º (attentado ao pudor, violação ou rapto).

β) *participação*: art. 430.º e §§ 1.º e 2.º (furto de objecto cujo valor não exceda 500 réis; entrada em terreno alheio para colher fructos e comel-os no mesmo lugar, ou para rebuscar ou respigar, não estando ainda recolhidos os fructos); art. 431.º § 2.º (furto praticado pelo criminoso contra seus ascendentes, irmãos, cunhados, sogros ou genros, padastros, madrastras ou enteados, tutores ou mestres); art. 438.º (roubo, nas condições do § 2.º do artigo 431.º); art. 452.º (extorsão de valores, coacção para escrever, assignar, entregar, destruir ou por qualquer modo inutilisar escripto ou titulo); art. 453.º (abuso de confiança, nas condições do § 2.º do artigo 441.º) (1); art. 472.º § 1.º (damno de valor não excedente a 500 réis); art. 473.º (arrombamento de porta, janella, tecto ou parede; destruição de parede, fosso, valla ou cercado); art. 477.º (destruição de seara, vinha, horta, plantação, viveiro ou sementeira, pertencente a outrem).

γ) *queixa ou participação*: art. 53.º n.º 5.º § 2.º (crime commettido por português em país estrangeiro (2)).

e Sr. Dr. Veiga (*O Ministerio Publico na primeira instancia* cit., pag. 140); na de crimes *quasi publicos* o Sr. Dr. Assis Teixeira (*Manual do processo penal* cit., pag. 12 e segg.); na de crimes *particulares* o Dr. Dias da Silva (*Processos especiaes* cit., pag. 778 e 779) e a *Revista de Legislação e de Jurisprudencia* (t. xxvi, pag. 293; t. xxx, pag. 129; t. xxxii, pag. 67).

(1) *Revista dos Tribunaes*, t. xii, pag. 217.

(2) A Novissima Reforma Judiciaria só admittia a participação dos crimes publicos (art. 896.º), porque os particulares, segundo ella, só podiam ser perseguidos quando o proprio offendido os

§ 2.º

Crimes politicos

43. — Conceito do crime politico.

Entre os crimes publicos alguns ha de que a consciencia popular e a consciencia juridica fazem um grupo á parte, em virtude dos caracteres que os separam das outras infracções: são os crimes politicos.

Nada mais variavel e mais convencional do que a noção de crime politico — ataque ao ideal politico de uma maioria, que defende a estabilidade da ordem politica existente contra os esforços oppostos de uma minoria —, porisso que o ideal politico é essencialmente variavel no tempo e no espaço. No ponto de vista absoluto, o crime politico é, simplesmente, uma concepção da ordem politica differente da concepção da maioria e um acto tendente a effectivar aquella concepção.

Durante muito tempo os crimes politicos foram considerados mais graves e perigosos do que os crimes de direito commum, sendo punidos, sob o nome de *crimina majestatis* (crimes de lesa-magestade), com penas de gravidade excepcional, pronunciadas por tribunaes especiaes e extensivas aos descendentes dos accusados.

Foi a revolução francesa de 1830 que determinou a separação nitida entre os crimes politicos e os crimes de direito commum, estabelecendo para os primeiros uma escala penal menos grave do que a applicavel a estes, deferindo ao jury o julgamento dos crimes correc-

accusasse, e por isso era uma inutilidade a participação. Hoje, porém, tem de modificar-se esta doutrina, pois os crimes particulares do segundo grupo podem ser accusados pelo ministerio publico, ainda que a parte não accuse, e por isso se admittie a participação a respeito d'elles.

cionaes politicos, e firmando o principio, hoje dominante nas relações internacionaes dos estados civilisados, da não-extradicação e do direito de asylo em materia politica.

E, de facto, a criminalidade politica não pôde ser assimilada á do malfetor de direito commum: tendo diversa immoralidade, aquella é, ao contrario da criminalidade commum, puramente relativa, independente do tempo, do lugar, das circumstancias, das instituições do país, inspirada muitas vezes em sentimentos nobres, em intuitos desinteressados, como a dedicação aos principios, o amor do país; é, muitas vezes, transitoria: o auctor de um crime politico, que é antes um vencido que um criminoso, pôde tornar-se, pelo triumpho de uma revolução favoravel ás suas ideias, o vencedor do dia seguinte, chamado á direcção regular do estado e á administração publica do seu país.

Bem ao contrario do que succedia outr'ora, em que o criminoso politico era tratado como um inimigo da sociedade, elle é hoje considerado como amigo do bem publico, desejoso de melhorar as instituições politicas do seu país, de apressar a marcha progressiva da humanidade, e que só é perseguido criminalmente por empregar, para a effectivação das suas aspirações, meios irregulares, illegaes e violentos (1).

A reacção penal exercida contra o delinquente politico não é, pois, como a respeito dos criminosos de direito commum, uma obra de defesa social contra uma offensa ás condições essenciaes da existencia humana, mas antes uma obra de defesa de casta, de partido politico, contra o ataque a uma organização e a um regimen politico historicamente transitorio (2).

(1) Vid., entretanto, Marucci, *La nuova filosofia del diritto criminale* cit., pag. 267.

(2) O crime politico é uma consequencia necessaria do despotismo. Lombroso et Laschi (*Le crime politique et les révolutions*, 1892) não vêem nos criminosos politicos senão *mattoïdes*,

Devemos dizer, porem, que uma reacção se produziu em nossos dias contra a extensão da noção de delicto politico aos crimes impropriamente denominados *sociaes*, isto é, dirigidos não contra o systema politico de um estado determinado ou contra uma dada forma de governo, mas contra as bases de toda a organização social. Neste caso as conspirações anarchistas ou nihilistas.

Com esta singular doutrina, vem, porém, a incluir-se entre os malfetores Christo e quantos depois d'elle luctaram contra organizações sociaes geraes, como foram a escravidão, o feudalismo, a inquisição do pensamento, etc. E é ella estranhamente incoherente, visto que não se estende aos socialistas que, com maior probabili-

e, não tendo uma palavra de reprovação para os despotas, insurgem-se contra as victimas cheias de abnegação, que Benedikt (*Atti del Congresso di antropologia criminale*, 1887, pag. 141), justamente incluiu na classe do *homo nobilis*.

E, com equal irreflexão, Garofalo (*L'anomalie du criminel*, apud *Revue philosophique*, mars, 1897), considera os delictos politicos da Romania, da Hollanda e da Russia determinados por prejuizos! Sem estes prejuizos, em que phase social se debateria ainda hoje a humanidade?

Vid. De Felice, *Principii di sociologia criminale*, 1902, pag. 85 e segg.; Lombroso, *Le crime, causes et remèdes*, 1907, pag. 269 e segg.; Venturi, *Le pazze dell'uomo sociale*, 1901, pag. 189 e segg.

Marro (*I caratteri dei delinquenti* cit., pag. 269 e segg.), estudando as relações entre o crime e a paixão politica, reduz a tres classes os delinquentes e os normaes, segundo: 1) manifestam um vivo interesse pelas questões politicas e seguem as suas vicissitudes com solicitude e paixão (5 % delinquentes; 25 % normaes); 2) lêem jornaes, sem se preoccuparem ou interessarem pelas questões politicas (12 % delinquentes; 46 % normaes); 3) não cuidam de politica nem de interesses geraes nacionaes (72 % delinquentes; 28 % normaes).

E conclue que a cultura politica levada a um justo grau se converte em um obstaculo á delinquencia, ou antes, constitue uma condição, que não acompanha o estado que Spencer denomina de natureza inferior, em que a delinquencia tem as suas mais fortes raizes.

dade de exito, investem contra as bases mêmas da actual sociedade (1).

44. — Determinação dos crimes politicos.

Os crimes politicos distinguem-se em duas grandes categorias: crimes puramente politicos e crimes politicos relativos (connexos e complexos).

a) *Crimes puramente politicos.* — Caracterizando-se, juridicamente, pela violação da ordem politica do estado, o crime puramente politico pôde ser considerado sob um duplo aspecto, segundo respeita á ordem politica externa ou interna:

1) No exterior, a ordem politica comprehende a independencia da nação, a integridade do territorio, as relações do estado com os outros estados (2);

2) No interior, abrange a fôrma do governo, o funcionamento dos poderes politicos e o livre exercicio dos direitos dos cidadãos, isto

(1) O Instituto de direito internacional, na sua sessão de Geneve de 1892, declarou que estes delictos sociaes não deviam ser considerados politicos, relativamente á applicação das regras da extradição (art. 4.º). Na conferencia internacional anti-anarchista de Roma, de 24 de novembro de 1899, cujos resultados foram conservados secretos, parece ter-se decidido que todos os estados entreguem ao estado de origem, em qualquer caso, o delinquente anarchista. Assim, o tribunal federal suíço entregou á Italia, em 31 de março de 1901, o refugiado Jaffei, accusado de cumplicidade no regicidio de Monza, e depois absolvido.

Vid. Lombroso, *Gli anarchici* cit., pag. 15 e segg.; Sernicoli, *L'anarchia e gli anarchici* cit., pag. 36 e segg.; Mena, *Del anarchismo y su repression*, 1906, pag. 91 e segg.

Para o caracter politico das doutrinas anarchistas: Eltzbacher, *L'anarchisme*, trad. par Karmin, 1902, pag. 5 e segg.

(2) Código penal, artt. 141.º a 162.º.

é, tudo o que se liga aos poderes politicos estabelecidos pela constituição (1). Assim, as infracções politicas contra a ordem interna comprehendem, por um lado, qualquer ataque á existencia e funcionamento dos poderes politicos, e, por outro, abrangem os actos que, perturbando ou impedindo a intervenção da nação na formação d'estes poderes, representam uma offensa aos direitos politicos dos cidadãos.

É necessario, todavia, distinguir a *administração* do país, que não tem caracter politico, do *governo politico* do país, com os seus diversos elementos. Como nota Prins (2), não se deve integrar na categoria dos crimes politicos os ataques dirigidos contra um acto das auctoridades administrativas ou contra um acto do poder judicial (3); para revestir o aspecto de crime politico, deve aquella offensa visar um elemento da organização politica do país: o governo, a *existencia* do poder judicial, um acto emanado dos poderes politicos.

E, porque dirigidos contra a ordem politica, devem ser considerados crimes politicos as fraudes e empregos de meios de coacção nas eleições politicas (4).

b) *Crimes politicos relativos.* — São assim designados os crimes que, sob o aspecto objectivo, lesam um individuo ou o estado consi-

(1) Decreto de 28 de dezembro de 1910, artt. 1.º-4.º. Vid. tambem carta constitucional, artt. 10.º-12.º; 86.º-100.º; 13.º-70.º; 71.º-77.º; 101.º-106.º; Código penal, artt. 163.º-176.º.

(2) *Science pénale et droit positif* cit., pag. 92.

(3) Assim, não constituem crimes politicos os previstos nos artt. 179.º (sedição), 183.º a 185.º (actos de violencia contra as auctoridades publicas), 186.º (resistencia), etc., do código penal.

(4) Decreto eleitoral de 5 de abril de 1911, artt. 116.º a 120.º, etc.

derado como pessoa privada, mas que, sob o aspecto subjectivo, tem a politica por motivo, por fim ou por occasião. Revestem, pois, taes crimes o duplo character de crimes de direito commum e de crimes politicos.

Nos crimes politicos relativos ou concorrentes é necessario distinguir:

1) os crimes *complexos* ou *mixtos*, que se verificam quando o facto delictuoso, unico sob o ponto de vista material, lesa simultaneamente a ordem politica e um interesse privado. Typo d'este crime é o assassinato do chefe do estado com fim politico — para o qual o codigo penal commina a pena de direito commum mais elevada (1).

(1) Codigo penal, art. 163.º e § 1.º; Decreto de 28 de dezembro de 1910, art. 1.º

Régis (*Les regicides*, 1890, pag. 3 e segg.) divide os regicidas em verdadeiros regicidas (Ravaillac, Damiens, Carlota Corday, Louvel, Aubertin, etc.), para os quaes o attentado foi a consequencia directa e forçada de um estado de espirito particular; e em falsos regicidas (Mariotti, Perrin, etc.), entre os quaes o attentado, mais apparente do que real, foi simplesmente effeito do acaso, sem connexão immediata com o fundo das ideias, delirantes ou não.

Laschi classifica-os em regicidas loucos, regicidas mattoides e regicidas por paixão. Sighele, *Idee e problemi d'un positivista*, 1908, pag. 199 e segg.

Quanto á extradição dos regicidas, divergem os escriptores:

1) uns considerando o regicidio crime politico, em razão da intenção e do fim do seu auctor, concluem que elle não póde dar logar á extradição;

2) outros sustentam, pelo contrario, que este crime não pode ter character politico, porque o soberano é um homem cuja vida deve ser protegida como a dos outros homens, e porque o motivo que determina o assassino — amor, vingança, paixão politica, etc., não póde alterar a natureza e a gravidade do crime, devendo, pois, a extradição do regicida ser concedida, como a do assassino vulgar (assim, nas convenções de 10-23 de maio de 1902 entre a Italia e o Montenegro e de 9 de junho de 1904 entre a Italia e a Republica Argentina);

2) os crimes *connexos*, no caso que muitos factos delictuosos se ligam por um laço mais mais ou menos estreito, violando direitos individuaes com um fim politico. N'este caso, a destruição de immoveis para, em um movimento insurreccional, se construirem barricadas; o saque de um banco para a constituição do fundo de um *comité* insurreccional (1); a subtracção de armas para o mesmo movimento; etc.

De resto, a simples concorrência de tempo é insufficiente para dar a estes crimes o character politico relativo: torna-se sempre necessario que os seus auctores, commettendo-os, obedeçam a intuits politicos. Em taes crimes, as infracções de direito commum são simplesmente seus elementos constitutivos, por elles absorvidos.

3) outros, considerando o regicidio, em principio, um assassinato, attribuem-lhe character politico em casos excepcionaes, como, por exemplo, na hypothese em que um povo vencido se revolte e em que o chefe do estado conquistador seja morto, á frente das suas tropas, em combate contra os insurrectos.

Legislativamente, a questão está hoje expressamente resolvida em quasi todos os tratados, pela inserção da *clausula de attentado*, pela primeira vez introduzida na convenção de 22 de março de 1856, celebrada entre a França e a Belgica: « Ne sera pas réputé délit politique ni fait connexe à un semblable délit, l'attentat contre la personne du chef d'un gouvernement étranger ou contre celle des membres de sa famille, lorsque cet attentat constitue le fait soit de meurtre, soit d'assassinat, soit d'empoisonnement ».

Beauchet, *Traité de l'extradition*, 1899, pag. 201 e segg.

(1) Vid. *I grandi ed eroici furti in Russia*, apud *Scuola positiva* cit., 1906, pag. 378.

45. — A liberdade de imprensa e garantias do seu exercicio.

A opinião publica e a imprensa constituem, como escreve um sociologo genial (1), « il coro nel dramma sociale ». Verdadeiro poder a juntar aos poderes normalmente constituídos no organismo do estado, a imprensa desempenha na vida social a função de diffundir, em toda a extensão do publico, os impulsos espirituaes que do centro derivam, e recolher as reacções da periphèria para conduzi-las ao centro do movimento espiritual.

A liberdade que a imprensa conquistou gradualmente, em luctas seculares, é verdadeiramente essencial á natureza de um estado livre: quem procura restringi-la ou opprimil-a, escrevia Blackstone, impede ou retarda a liberdade (2).

E, porque a imprensa é o órgão por excellencia da censura publica (3), necessario é disciplinal-a juridica-

(1) Schäffle, *Struttura e vita del corpo sociale*, 1881, t. 1, pag. 379.

(2) A opinião publica é, na Inglaterra, a lei que orienta e reprime a imprensa, e, na Hollanda, não obstante vigorar alli uma lei imperfeitissima, rarissimos são os delictos de imprensa. Na America, a offensa por via de jornaes é desprezada: o jornal, se quer viver, deve ser verdadeiro.

Acerca do character da imprensa hodierna (essencialmente capitalistico, segundo Lassalle): Tarde, *Le public et la foule*, 1898, pag. 3 e segg.

(3) Sobre a influencia da imprensa na producção do crime: Aubry, *La contagion du meurtre*, 1896, pag. 85 e segg. É fóra de duvida que o acto de violencia, qualquer que seja, é muitas

mente, de modo a permitir-lhe o exercicio da sua função, sem, todavia, lhe attribuir odiosos privilegios.

Na legislação dos estados modernos, os crimes de imprensa constituem um grupo especial de infracções, distinctas das infracções de direito commum (1), affirmando-se, em geral, nas constituições, o principio da liberdade de manifestação do pensamento, e procurando-se, preterido qualquer regimen preventivo, reprimir tão sómente os delictos commettidos no exercicio do direito que ellas consagram (2). A liberdade de imprensa detem-se, pois, onde começa o delicto de imprensa, e a garantia da liberdade de imprensa é a definição d'aquelle delicto.

vezes suggerido pelas narrações pathethicas de actos semelhantes lidos nos jornaes. O exemplo é contagioso: a ideia apodera-se do espirito fraco ou abatido e torna-se uma especie de *fatum*, contra o qual toda a lucta é impossivel. E se a acção nefasta da imprensa não pôde exercer-se senão sobre espiritos predispostos, não criando o delirio criminoso, certo é que lhe serve de alimento, fortalecendo-o e imprimindo-lhe uma acção determinada. Sighele, *L'intelligenza della folla*, 1903; *I delitti della folla*, 1901; *La coppia criminale*, 1909, pag. 18 e segg.

(1) Vid. Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, 1884; Fracassetti, *La stampa periodica nell'odierna legislazione italiana*, 1891; Sr. Bento Carqueja, *A liberdade de imprensa*, 1895.

(2) No art. 145.º § 3.º da Carta constitucional declarava-se que todos podiam communicar os seus pensamentos por palavras e escriptos e publicar-os pela imprensa, sem dependencia de censura, comtanto que houvessem de responder pelos abusos que commettessem no exercicio d'este direito, nos casos e pela forma que a lei determinasse. E o codigo civil, definindo direitos originarios os que resultam da propria natureza do homem e que a lei civil reconhece e protege como fonte e origem de todos os outros, inclue entre elles o de liberdade (art. 359.º n.º 2.º), que consiste no livre exercicio das faculdades phisicas e intellectuaes e comprehende o pensamento, a expressão e a acção (art. 361.º). O pensamento do homem é inviolavel (art. 362.º), e o direito de expressão é livre como o pensamento, mas o que d'elle abusar, em prejuizo da sociedade ou de outrem, será responsavel na conformidade das leis (363.º).

A lei de imprensa vigente entre nós (1) encerra um conjunto de medidas que criam ao delinquent de imprensa uma situação especial.

Podemos assim resumil-as:

a) abolição de caução e censura, assim como da obrigação de auctorisação prévia (2);

b) prohibição de, por parte da auctoridade, apprehender ou por outra forma embaraçar a livre circulação dos impressos, que satisficam ás condições legais (3);

c) attribuição da competencia para o julgamento dos crimes de liberdade de imprensa e contravenções ao jury (4);

d) obrigação de provar a verdade dos factos imputados, seja qual fôr a qualidade da pessoa diffamada, e respeite ou não essa offensa ao exercicio das suas funcções. Se a injuria fôr dirigida contra pessoas particulares, ou contra qualquer das pessoas indicadas no art. 181.^o do codigo penal ou outras que exerçam funcções publicas, mas sem referencia ao exercicio d'estas, o accusado só será obrigado a explicar os fundamentos da injuria quando o offendido o requerer (5).

(1) Decreto de liberdade de imprensa de 28 de outubro de 1910.

(2) Decreto citado art. 1.^o; Carta constitucional, art. 145.^o § 5.^o.

(3) Decreto cit., artt. 2.^o § unico, 5.^o e 11.^o § unico.

(4) Decreto cit., art. 28.^o

(5) Decreto cit., art. 17.^o e §§ 1.^o e 2.^o. No § 3.^o estabelece-se, excepcionalmente, que não é admissivel prova de diffamação nem da injuria quando dirigidos contra o Presidente do Governo Provisorio ou da Republica, os soberanos e chefes de nações estrangeiras e qualquer ministro diplomatico de nação estrangeira.

e) fixação de praso diverso para a prescripção do procedimento judicial criminal e das penas applicadas por crimes de abuso de liberdade de imprensa do estabelecido para os crimes de direito commum (1).

46. — Elementos do crime de imprensa.

Quaes são os elementos constitutivos do crime de imprensa?

a) é necessario que o facto seja incriminado pela lei penal (codigo penal ou lei especial): o crime de imprensa não é senão um crime ordinario, que se differencia dos outros sobretudo pela sua materialidade, isto é, pelo seu modo de execução. Este elemento é fundamental; só assim se pôde evitar a criação arbitrarria de delictos de opinião, não tendo outra razão de ser senão o capricho da auctoridade.

Os excessos de linguagem, a critica dos actos do governo, a discussão dos actos dos funcionarios, etc., são tolerados emquanto não se commette um delicto previsto pela lei: calumnia, injuria, diffamação, etc.

b) é necessario que o facto incriminado constitua um abuso do direito de manifestar livremente o pensamento, e que, por consequencia, envolva offensa de um direito social ou individual. Não se entende a liberdade de imprensa no sentido estreito de liberdade de opinião: a noção de delicto de imprensa

(1) Decreto cit., art. 20.^o.

estende-se a toda a expressão de uma opinião, de um pensamento ou de um sentimento.

c) é necessario que o abuso da liberdade de imprensa tenha sido commettido por meio de um instrumento ou de um processo de impressao. Trata-se de qualquer meio que permita reproduzir, por tiragens successivas, exemplares de um typo unico: lithographia, photographia, autographia, etc. (1).

d) é necessario que haja publicidade: o que se quer attingir é, não o pensamento, mas a diffusão das ideias que impliquem offensa mediante a venda, distribuição, affixação, etc., de qualquer forma de publicação graphica. A publicidade deve ser effectiva e não sómente possível; um escripto, embora impresso, mas conservado secreto, não poderia constituir crime de imprensa.

e) a publicidade deve ser querida pelo pelo auctor do escripto ou da obra. O pensamento, como tal, está ao abrigo da acção da justiça; o escripto publicado sem conhecimento do auctor ou contra a sua vontade não implica para este responsabilidade alguma.

47. — Determinação dos crimes de imprensa.

Os actos incriminados pela lei penal e que, commettidos por meio da imprensa, constituem crimes de imprensa, são:

(1) Decreto cit., art. 1.º § unico.

a) o crime commettido pelo ministro ecclesiastico que, no exercicio do seu ministerio, injuriar alguma auctoridade publica, ou atacar algum dos seus actos, ou a forma do governo, ou as leis do estado, ou negar ou puser em duvida os direitos d'este acerca de materias ecclesiasticas, ou provocar a qualquer crime (1);

b) a offensa contra uma pessoa real estrangeira, residente em Portugal, ou contra a pessoa de qualquer diplomata estrangeiro ou de sua familia; ou a violação do seu domicilio ou dos direitos de que goza, segundo o direito publico das nações; ou a offensa á salvaguarda de qualquer cousa ou pessoa ou á segurança dos refens, ou de qualquer parlamentar, ou d'aquelle que gosar do salvo-conducto (2);

c) a offensa a qualquer soberano ou chefe de nação estrangeira (3);

d) a offensa a um ministro, membro das camaras legislativas, ou deputações das mesmas camaras, magistrado judicial, administrativo ou do ministerio publico, professor ou examinador publico, jurado ou commandante da força publica no exercicio ou por causa das funcções do offendido (4);

(1) Decreto cit., art. 10.º; Decreto de 15 de fevereiro de 1911; Lei da separação da Igreja do Estado, de 20 de abril de 1911, artt. 48.º e 50.º-52.º; Código penal, art. 137.º.

(2) Decreto cit., art. 10.º § unico e 11.º; Código penal, art. 159.º.

(3) Decreto cit., art. 10.º § unico e 11.º; Código penal, art. 160.º.

(4) Decreto cit., art. 10.º § unico; Código penal, art. 181.º.

e) a offensa contra algum agente da auctoridade ou força publica, perito ou testemunha, no exercicio das suas funcções (1);

f) os crimes contra a honra — diffamação, calumnia ou injuria (2);

g) a provocação publica ao crime (3);

h) o ultrage á moral publica (4).

i) a injuria, diffamação ou ameaça contra o Presidente do Governo Provisorio ou da Republica, no exercicio das suas funcções ou fóra d'elle (5).

Note-se, todavia, que crimes existem que, podendo ter a imprensa por occasião ou por modo de expressão, não constituem crimes de imprensa, porisso que não envolvem a manifestação de um pensamento, de sorte que as justiças ordinarias, apreciando-os, não affectam a liberdade de pensamento. Neste caso, por exemplo, os delictos ordinarios de uso de nome falso (6), de falso titulo ou de falsa qualidade (7); as infracções materiaes a leis que teem de algum modo o caracter de policia, como o annuncio de loterias prohibidas (8);

(1) Decreto cit., art. 10.º § unico; Código penal, art. 182.º

(2) Decreto cit., art. 10.º § unico; Cod. penal, artt. 407.º-412.º, 414.º-419.º.

(3) Decreto cit., artt. 10.º e 11.º; Código penal, art. 483.º.

(4) Decreto cit., artt. 10.º e 11.º; Cod. Penal, art. 420.º; Vid. Charles de Boeck, *La lutte contre la pornographie*, 1910, pag. 1 e segg.

(5) Decreto cit., art. 10.º.

(6) Código penal, art. 233.º

(7) Código penal, artt. 236.º e 237.º.

(8) Código penal, art. 271.º.

certas infracções mais especialmente relativas á policia de imprensa, como a contrafacção litteraria (1).

§ 4.º

Crimes militares

48. — Categorias de crimes militares; penas, especialidades.

Ao contrario dos crimes de direito commum, previstos e punidos pelo código penal ordinario e commettidos por individuos da classe civil, os crimes militares são previstos e punidos pelos códigos de justiça militares (2), ou, ainda, previstos pelo código penal ordinario, quando commettidos por militares em activo serviço.

Aquelles códigos preveem tres categorias de crimes militares (*latu sensu*):

a) *Crimes essencialmente militares*. — Só podem ser commettidos por militares, consistindo na violação de algum dever exclusivamente militar ou na offensa directa á segurança ou disciplina do exercito: traição; espionagem, revelação de segredos de estado e alliciação; insubordinação, colligação, revolta e sedição militar; cobardia, deserção, etc. (3).

b) *Crimes militares* — infracções de direito commum, que, em razão da qualidade militar

(1) Código civil, artt. 637.º-640.º.

(2) Código de justiça militar de 13 de maio de 1896; Código de justiça da armada de 1 de setembro de 1889.

(3) Cod. just. mil., artt. 1.º n.º 1.º e § unico, 52.º a 169.º; Cod. just. arm., artt. 1.º n.º e § unico, 56.º a 175.º.

dos delinquentes ou do logar ou circumstancias em que são commettidas, tomam o caracter de crimes militares: falsidade, furto, abuso de confiança, burla, etc. (1).

c) *Crimes de direito commum*, commettidos por militares ou outras pessoas pertencentes ao exercito (2).

O caracter violento da profissão reflecte-se na severidade do tratamento penal para os criminosos militares. Os crimes militares são punidos pelos codigos militares:

a) ou com penas especiaes, criadas para os militares (3);

(1) Cod. just. mil., artt. 1.º n.º 2.º, 170.º-190.º; Cod. just. arm., artt. 1.º n.º 2.º, 176.º-204.º.

(2) Cod. just. mil., art. 4.º; Cod. just. arm., art.º 6.º.

(3) As penas, que pelos crimes comprehendidos nos codigos de justiça do exercito e da armada podem ser applicadas, são, para o exercito de terra:

a) principaes: morte (Cod. just. mil., artt. 13.º-1.ª e 16.º; 52.º-57.º, 63.º, 65.º n.º 1.º, 69.º, etc.); prisão maior cellular (Cod. cit., artt. 13.º-2.ª, 17.º e 18.º); reclusão (Cod. cit., artt. 13.º-3.ª e 19.º-4.ª); presidio militar (Cod. cit., artt. 13.º-4.ª e 20.º; 58.º-60.º, 62.º, 65.º n.ºs 2.º e 3.º, 66.º e 67.º); deportação militar (Cod. cit., artt. 13.º-5.ª e 21.º); prisão militar (Cod. cit., artt. 13.º-6.ª e 22.º; 61.º); incorporação em deposito disciplinar (Cod. cit., artt. 13.º-7.ª e 23.º; 6.º).

b) como accessorias podem ser applicadas pelos tribunaes militares: degredo (Cod. cit., art. 14.º-1.ª); exautoração militar (Cod. cit., artt. 14.º-2.ª e 24.º); demissão (Cod. cit., artt. 14.º-3.ª, 25.º e 26.º); deportação militar (Cod. cit., art. 14.º-4.ª).

Para o exercito de mar:

a) principaes: morte (Cod. just. arm., artt. 18.º n.º 1.º e 23.º); prisão maior cellular (Cod. cit., artt. 18.º n.º 2.º e 25.º); reclusão (Cod. cit., artt. 18.º n.º 3.º e 25.º); presidio naval (Cod. cit., artt. 18.º n.º 4.º e 26.º); demissão (Cod. cit., artt. 18.º n.º 5.º e 27.º); deportação militar (Cod. cit., art. 18.º n.º 6.º e 28.º); prisão militar (Cod. cit., artt. 18.º n.º 7.º e 29.º); privação de

b) ou com penas communs, mas aggravadas, para a sua applicação, na sua qualidade ou na sua quantidade;

c) ou com penas pronunciadas nas condições normaes do codigo penal ordinario.

Notaremos, entre outras especialidades do direito penal militar:

1) o caracter taxativo da enumeração das circumstancias attenuantes (1);

2) a indicação de algumas circumstancias aggravantes estranhas ao direito commum (2);

3) a punibilidade da tentativa, em todos os casos, qualquer que seja a pena que corresponda por lei ao crime consummado (3);

4) a não consideração do medo como causa justificativa do facto (4);

5) a qualificação de reincidente para aquelle que, tendo sido condemnado por algum dos crimes previstos nas leis militares, commetta,

commandar (Cod. cit., artt. 19.º n.º 8.º e 30.º); prisão correctio-
nal (Cod. cit., art. 18.º n.º 9.º).

b) as penas accessorias que resultam ou podem ser applicadas conjuntamente com as antecedentes são: degredo (Cod. cit., art. 19.º n.º 18); exautoração (Cod. cit., artt. 19.º n.º 2.º e 31.º); demissão (Cod. cit., art. 19.º n.º 3.º); deportação militar (Cod. cit., art. 19.º n.º 4.º); privação de commandar (Cod. cit., art. 19.º n.º 5.º); perda de tempo de serviço (Cod. cit., art. 19.º n.º 5.º); baixa de posto (Cod. cit., artt. 19.º n.º 7.º e 33.º).

(1) Cod. just. mil., art. 12.º; Cod. just. arm., art. 15.º; Cod. pen., art. 39.º.

(2) Cod. just. mil., art. 11.º; Cod. just. arm., art. 13.º Cod. pen., art. 34.º.

(3) Cod. just. mil., art. 8.º; Cod. just. arm., art. 7.º; Cod. pen., artt. 11.º a 13.º.

(4) Cod. just. mil., art. 10.º; Cod. just. arm., art. 11.º; Cod. pen., art. 44.º n.º 2.º.

dentro de tres annos depois de cumprida a sentença, outro crime previsto na mesma lei (1);

6) a inapplicabilidade da extradição aos delictos essencialmente militares, especialmente á deserção, tratados, sob este aspecto, como os crimes politicos; já porque aquelles crimes supõem nos seus auctores uma perversidade menor do que nos crimes de direito commum, já porque taes delinquentes não constituem perigo para o estado de refugio, sendo até, muitas vezes, um recurso para o recrutamento de certos corpos de exercito (a legião estrangeira, em França). Mas este regimen não se estende aos crimes de direito commum commettidos por militares (2).

(1) Cod. just. mil., art. 32.º; Cod. pen., art. 35.º.

(2) Reconhecendo a necessidade de regular a prisão preventiva no exercito pelas disposições que vigoram para os crimes communs, segundo a lei de 14 de junho de 1884; e tendo em attenção que, segundo a equivalencia de penas estabelecidas no art. 41.º n.º 5.º do Codigo de Justiça Militar, a pena de presidio militar por menos de tres annos corresponde a pena correccional, o decreto de 5 de dezembro de 1910 veio estabelecer:

1) a prisão preventiva em prisão fechada será levada em conta na applicação das penas de prisão militar por menos de tres annos, e será considerada como attenuante nas restantes penas;

2) quando tenha sido imposta a pena de presidio militar, o desconto correspondente só se fará n'esta pena, e depois é que é applicada a alternativa, nos precisos termos do art. 45.º do Codigo de Justiça Militar;

3) a pena de encorporação em deposito disciplinar é reduzida a metade quando applicada como pena principal, e reduzida a um terço quando applicada em alternativa.

SECÇÃO III

Segundo o modo de execução material

49. — Crimes permanentes e instantaneos.

Importante, tanto no direito substantivo como no direito processual, especialmente em materia de direito transitorio, de idade, de legitima defesa, de cumplicidade, de amnistia, de prescripção, de competencia, a distincção entre crimes permanentes e instantaneos baseia-se em que estes são consummados por um acto instantaneo, cuja duração não é apreciavel, ao passo que aquelles, também denominados continuos ou successivos, são constituídos por actos susceptíveis de se prolongarem durante um maior ou menor periodo de tempo (1).

A determinação do character de permanencia ou de instantaneidade de um crime só pôde, porém, fazer-se em face da lei.

Assim, podemos estabelecer, em geral, tres categorias de crimes:

a) *Crimes necessariamente permanentes*, em que a actividade anti-juridica se protrahe por um espaço de tempo mais ou menos longo,

(1) Desprezando o aspecto exterior da permanencia para attender aos seus caracteres intrinsecos, Campus (*Studio sul reato permanente*, 1902, pag. 25) define o crime permanente: « a violação dos direitos que, pela sua especial natureza, não são susceptíveis de ser destruidos ou diminuidos, mas sómente contrariados no seu exercicio, ou gozo ou realisação, produzindo-se necessariamente por um tempo mais ou menos longo, sob a fórma de um acto continuo ».

Vid. Escobedo, *Concetto e definizione del reato permanente*, apud *Giustizia penale*, 1900, pag. 1526 e segg.

v. g. o carcere privado (1), violencias contra a liberdade (2), differenciando-os dos outros crimes da mesma especie (3). A maior ou menor duração da permanencia influe então sobre a imputabilidade e sobre a responsabilidade do delinquente.

b) *Crimes potencialmente permanentes*, em que o facto previsto pela lei pôde consummar-se no momento em que concorrem os elementos constitutivos da hypothese typica do crime, mas pôde tambem protrahir-se com uma ininterrupta actividade positiva ou negativa, que em cada momento reproduz a mesma hypothese. Esta categoria abrange grande numero de crimes, consistindo especialmente na violação dos deveres para com a administração publica, quer sejam previstos pelo codigo penal, quer por leis especiaes, v. g. reuniões e associações illicitas (4); opposição ao exercicio de funcções publicas (5); usurpação de funcções publicas, titulos, honras (6); ou na violação de outras obrigações de subordinação geral ou especial ou de direitos individuaes protegidos penalmente no interesse publico (7).

A permanencia eventual, em relação a estes delictos, não tem, em regra, influencia especifica sobre a imputabilidade.

c) *Crimes instantaneos*, em que, no momento mesmo da concretisação dos elementos constitutivos do delicto, se produz um effeito positivo e directo, material ou moral, que sobrevive á cessação da actividade criminosa: assim; no caso de homicidio (1), lesões pessoais (2), diffamação e injuria (3), estupro (4), furto (5), damno (6), etc.

A importancia da distincção não só se apresenta relativamente á fixação do ponto de partida da prescripção do procedimento judicial criminal e da pena, mas em outros casos: quando um crime permanente, começado no estrangeiro, continua em Portugal, é considerado como commettido no nosso país; o crime permanente começado sob o dominio de uma legislação e continuado sob o de uma legislação nova, considera-se commettido no imperio d'esta ultima legislação; etc.

50. — Crimes simples e habituaes.

Denominam-se crimes simples os constituídos por um só acto, instantaneo ou continuo, como aquelles de que acabamos de fallar.

Os crimes habituaes (collectivos, de habito) exigem como elemento essencial a execução habitual ou profis-

(1) Código penal, artt. 330.º a 335.º.

(2) Código penal, art. 328.º.

(3) Vid. Código penal, art. 329.º.

(4) Código penal, art. 282.º.

(5) Código penal, art. 186.º.

(6) Código penal, artt. 236.º e 237.º.

(7) Código penal, art. 395.º. O adulterio é um crime instantaneo para a mulher (Cod. penal, art. 401.º), continuo para o marido (Cod. penal, art. 404.º).

(1) Código penal, artt. 349.º e segg.

(2) Código penal, artt. 359.º e segg.

(3) Código penal, artt. 417.º-419.º.

(4) Código penal, art. 392.º.

(5) Código penal, artt. 421.º e segg. O furto é considerado geralmente como instantaneo e consummado pela subtracção, a despeito da persistencia da posse dos objectos subtrahidos pelo auctor do furto. Póde, todavia, ser permanente, v. g., no caso de subtracção de gaz de iluminação ou de energia electrica. Vid. o nosso trabalho *Do furto*, 1906, pag. 171 e segg.

(6) Código penal, art. 472.º e segg.

sional de factos que, considerados individualmente, não constituem crimes: não se exige, como nos crimes permanentes, um estado de facto unitario e ininterrupto, mas a pratica de factos referidos a uma actividade, continua ou descontinua, mas habitual.

Não é um facto criminoso que se protrahe, mas factos penalmente licitos que se tornam criminosos depois de uma serie de repetições. Assim, no caso de lenocinio (1), de acolhimento de malfeitores (2), de mendicidade habitual (3), etc.

O interesse da distincção revela-se, sobretudo, em materia de competencia e de prescripção penal.

51. — Crimes de acção e de inacção.

Segundo o modo por que o auctor produziu o resultado incriminado, as infracções dividem-se em:

a) delictos de acção, que consistem em um acto material e positivo que viola uma prohibição da lei e contraria a ordem de se abster da pratica d'este acto. Nestes delictos, os mais numerosos e os mais graves (homicídios, furtos, abusos de confiança, attentados contra os costumes, mendicidade, vadiagem, etc.), a lei impõe aos cidadãos um dever exigível de se absterem de certos actos que offendem direitos individuaes ou collectivos, e a infracção consiste em sahir d'esta inacção respeitosa dos direitos de outrem, no movimento, na *acção* que produz o resultado contrario á lei.

(1) Código penal, art. 460.º

(2) Código penal, art. 198.º

(3) Código penal, art. 260.º

b) delictos de inacção ou de omissão, que consistem em uma abstenção do agente, na omissão da pratica de um acto positivo, que a lei manda praticar. Em taes delictos, menos numerosos e sobretudo menos importantes, a lei impõe ao cidadão uma obrigação legal de praticar certos actos necessarios ou uteis ao interesse geral, ao qual os cidadãos devem, em circumstancias excepcionaes, sacrificar o seu direito habitual de permanecerem indifferentes e inactivos; a infracção consiste n'esta indiferença e nesta abstenção excepcionalmente prohibidas, no não cumprimento do facto ordenado pela lei.

Em certos casos, é um texto formal que impõe o acto que se não pratica, como na hypothese de não apresentação á auctoridade administrativa de recém-nascido exposto ou de menor de sete annos abandonado em logar ermo (1); em outros casos não ha texto formal de lei penal, mas aquelle que não actua tinha o dever legal de actuar, como no caso em que os paes, não por miseria mas intencionalmente, se absteem de cumprir a obrigação juridica que lhes é imposta pelo artigo 140.º do código civil, deixando morrer de fome o filho. A inacção querida equivale ao delicto de acção, ao homicidio.

Fóra d'estas circumstancias, a inacção mais funesta e mais immoral não constitue crime.

Mas o delicto positivo de commissão, que se realisa normalmente por uma acção, não poderá realisar-se, em certas circumstancias e

(1) Código penal, art. 346.º; Vid. tambem artt. 138.º n.º 1.º, 139.º n.º 2.º, 188.º, 250.º, 274.º, 291.º n.º 5.º, 292.º n.º 3.º, 304.º, 305.º e 313.º

em determinadas condições, por uma inacção, uma abstenção, uma omissão? (1).

O delicto de commissão por omissão não implica, deve notar-se, uma ordem de agir, desconhecida pela omissão; produz-se, como o delicto de commissão positivo, pela violação de um dever legal de abstenção — o dever de não attentar contra a vida de outrem. Simplesmente, esta violação querida e intencional realisa-se por uma abstenção, pela negligencia em afastar causas estranhas, impedindo-as de produzir o seu effeito destruidor da vida. Tal o que succede no caso em que, prestes uma pessoa a afogar-se, a testemunha do accidente intencionalmente se abstenha de a soccorrer.

Suppondo, porém, existente e provada a intenção criminosa de produzir a morte — prova quasi sempre difficil de fazer — uma objecção haveria a formular contra a existencia do delicto de homicidio ou de ferimentos voluntarios por omissão. É que a lei penal não pune o simples pensamento, por mais criminoso que elle seja; este pensamento deve manifestar-se exteriormente por um acto material que seja a causa directa do resultado querido pelo agente.

Na hypothese citada não só não existe este acto material do agente determinando o mal do delicto, pois que ha simples inacção da sua parte, mas esta inacção não é a causa

(1) O problema tem sido estudado sobretudo na Allemanha a proposito do homicidio por omissão. Póde tambem apresentar-se para as violencias, lesões corporaes ou ferimentos voluntarios, como no debatido processo Mounier, em 1901 (Poitiers). Maurice Gand, *Du délit de commission par omission*, 1900, pag. 7 e segg.

unica, nem mesmo directa, da morte da victima.

E para que uma simples abstenção ou omissão implique responsabilidade criminal é necessario que o agente seja legalmente obrigado a agir, quer por uma obrigação imposta pela lei, quer por uma obrigação voluntariamente acceita por elle; no caso contrario, a omissão, no ponto de vista da lei positiva, entra no direito geral; não podendo ser legalmente exigiveis os deveres moraes de assistencia, de beneficencia e de caridade.

Demais, ainda no caso de obrigação legal de proceder, a abstenção póde difficilmente ser assimilada, sob o aspecto da intenção criminosa, á execução por actos positivos, pois que, contrariamente a estes, ella não é causa directa da morte e sómente consiste em deixar actuar outras causas estranhas.

52. — Crimes complexos.

Ao lado das hypotheses mais frequentes, em que a unidade de delicto é correlativa á unidade da acção criminosa, devemos considerar os casos em que póde verificar-se o crime complexo: *unidade de crime mas pluralidade de actos* (v. g. no caso em que o agente criminoso, no mesmo momento e na mesma acção, cause varios ferimentos á mesma pessoa) (1) e *unidade de acto material mas pluralidade de direitos violados* (como na hypothese em que, com um tiro de espingarda, o agente mata uma pessoa e fere uma outra (2), ou no caso de adulterio de duas pessoas casadas) (3).

(1) Codice penal, artt. 359.º e segg.

(2) Codice penal, artt. 349.º e 359.º.

(3) Codice penal, artt. 401-404.º.

O mesmo succede nos casos em que, a despeito da pluralidade de actos materiaes distinctos e mesmo da diversidade de textos da lei penal incriminando estes diversos actos, o seu conjuncto fórma, no pensamento do agente, um todo indivisivel: assim, quando um d'estes actos é commettido com o intuito de praticar um outro de que aquelle não é senão a preparação ou o meio e no qual elle se absorve (por exemplo, no caso de abuso de confiança commettido por meio de falsificação (1), ou no de abertura de carta por qualquer empregado do serviço publico dos correios e de subtracção de valores nella contidos (2).

A complexidade do crime, nestas differentes hypotheses, não obstante a pluralidade de actos materiaes e a diversidade de incriminações legaes, repousa sobre a ideia de que um crime não se compõe só de actos materiaes, de elementos physicos, mas tambem de um elemento moral, da intenção do auctor, e de que nestes diversos casos ha unidade de determinação.

Se o agente tem em vista um unico fim, constituindo um crime determinado, e, para attingir este fim, emprega como meio um acto que constitue um outro crime, só ha uma infracção punivel. Mas é necessario distinguir, para caracterisar a infracção que deve ser punida e determinar o texto applicavel:

a) ou a infracção commettida como meio é menos grave do que a commettida como fim: neste caso, a primeira torna-se accessoria da segunda, confunde-se com ella, determinando simplesmente a aggravação da pena, como succede para as circumstancias aggravantes do furto, que, consideradas isoladamente,

(1) Codigo penal, artt. 453.º e segg. e 215.º e segg.

(2) Codigo penal, artt. 295.º e 421.º e segg. Vid. tambem art. 461.º.

podem constituir infracções menores que o furto (1);

b) ou as duas infracções são de igual gravidade, e em tal caso, devendo prevalecer o fim a que se dirige o agente sobre o meio que deve conduzi-lo áquelle fim, é a infracção praticada como meio absorvida pela commettida como fim, salva a aggravação da pena (2);

c) ou a infracção commettida como meio é mais grave do que a praticada como fim, e então (como pôde verificar-se no caso de falsificação para se praticar um abuso de confiança) é a segunda absorvida pela primeira e torna-se a infracção commettida como fim accessorio e explicação da praticada como meio. Uma só pena é applicavel, e é determinada pelo mais grave dos attentados comprehendidos neste acto unico.

53. — Crimes connexos.

Denominam-se assim os crimes vinculados entre si por um laço bastante estreito para os fazer depender um dos outros ou para explicar uns pelos outros (3), como no caso de homicidio commettido na pessoa da

(1) Codigo penal, artt. 426.º n.º 6.º e 7.º, 427.º e 34.º circ. 4.ª.

(2) Codigo penal, art. 34.º circ. 4.ª.

(3) O art. 227.º do codigo francês de instrucção criminal define assim o crime connexo: « Les délits sont connexes soit lorsqu'ils ont été commis en même temps par plusieurs personnes réunies, soit lorsqu'ils ont été commis par différents temps et en différents lieux, mais par suite d'un concert formé à l'avance entre elles, soit lorsque les coupables ont commis les uns pour se procurer les moyens de commettre les autres, pour en faciliter, pour en consommer l'exécution, ou pour en assurer l'impunité ».

testemunha de um furto para assegurar a impunidade d'este crime, ou no caso em que uma associação de ladrões, tendo organizado a execução de roubos, se separa para os commetter isoladamente.

A connexidade influe na competencia e no processo, determinando certas excepções ás regras geraes (1), e modifica por vezes a penalidade, importando a elevação da pena (2).

54. — Crimes continuados.

Verificam-se os crimes continuados ou repetidos quando ha unidade de determinação e de direito violado mas pluralidade de acções distinctas pelo tempo, como no caso em que uma esposa adultera tem relações successivas com o seu cúmplice, em que um moedeiro

(1) Com o intuito de facilitar a applicação das leis penaes no caso de haver accumulção de crimes (Vid. Código penal, artt. 38.º e 102.º), prescrevem as leis de processo penal que se reunam em um só processo as acções penaes relativas aos crimes accumulados, ainda quando se tenham instaurado processos differentes, como de ordinario succede, ou seja diversa a competencia e a natureza do processo para o julgamento d'elles. Esta doutrina, estabelecida já na Nov. Ref. Judiciaria (artt. 1033.º e 1173.º) e no decreto de 18 de fevereiro de 1847 (artt. 3.º § 3.º e 4.º § unico), encontra-se sancionada no decreto n.º 2 de 29 de março de 1890 (art. 3.º §§ 6.º e 7.º), onde não só se determina a ordem da appensação dos processos, mas se dispõe expressamente que, embora os processos sejam de natureza diversa, não obsta isso á appensação, seguindo-se para todos a forma de processo correspondente ao crime a que fôr applicavel a pena mais grave.

Cfr. Código just. militar, artt. 295.º, 297.º, 389.º e 392.º § unico; Código just. armada, artt. 278.º, 281.º, 350.º § unico; Código proc. com., art. 329.º.

Havendo muitos co-reus, para todos se deve formar um só libello quando o processo seja de querella (Nov. Ref. Judiciaria, art. 1101.º), ou uma só queixa ou um só requerimento, quando o processo fôr correccional. Vid. Lei de 4 de maio de 1896, art. 5.º.

(2) Código penal, art. 34.º circ. 4.ª.

falso fabrica com os mesmos instrumentos muitas moedas falsas, etc.

A unidade de resolução e de fim do agente e a unidade da lei violada levam a considerar estes diversos actos criminosos como phases diversas da execução do mesmo crime, que se continua até á cessação d'estes actos. E, porque não ha tantos crimes distinctos como acções praticadas mas um só crime, cuja execução se protelou por um certo periodo de tempo, só ha logar para a applicação de uma pena, e não póde o prazo para a prescripção do crime começar a correr antes da cessação da execução (1).

SECÇÃO IV

Segundo o resultado da execução

55. — Crimes materiaes e formaes.

Os crimes distinguem-se em materiaes ou formaes segundo a sua noção, para ser physicamente integrada, exige ou não a effectivação do mal immediato e directo, a realisação do mal desejado pelo agente.

O interesse da distincção entre crimes materiaes (homicidio, ferimentos, estupro (2), etc.) e crimes formaes (fabricação de moeda falsa sem emissão nem circulação d'esta moeda falsificada (3), envenenamento (4), incendio sem destruição de objectos (5), etc.) surge, sobretudo, em materia de tentativa, para separar esta do crime consummado.

(1) Cogliolo, *Tratatto di diritto penale* cit., 1, parte 1, pag. 608 e segg.

(2) Código penal, artt. 349.º e segg., e 359.º e segg., e 392.º.

(3) Código penal, art. 206.º § 2.º

(4) Código penal, art. 353.º

(5) Código penal, art. 467.º

Nos crimes materiaes, a infracção só se consumma pela effectivação do damno; existirá a tentativa quando a execução do crime começou ou terminou sem que o resultado desejado tenha sido attingido.

Nos crimes formaes, existindo o crime sem o damno material, apresenta-se difficil e delicada a distincção entre a tentativa e o crime consummado. D'ella trataremos a propósito da theoria da tentativa.

SECÇÃO V

Segundo a epoca da sua verificação

56. — Crimes flagrantes e não flagrantes.

Denomina-se flagrante o crime que se vê commetter e cuja prova é, por consequencia, facil. Os crimes não flagrantes são os commettidos em um momento mais ou menos distante d'aquelle que se considera e cujas provas são, pois, menos certas.

A flagrancia do delicto não tem influencia na penali-dade; todavia, em determinados casos, a lei só tem em vista, para pronunciar a pena, os actos flagrantes. Assim, quando o vadio *fôr achado* disfarçado de qual-quer modo ou *fôr achado* detentor de objectos cujo valor exceda a dez mil réis e não justificar a causa da detenção (1), caso em que a pena é aggravada; ou quando alguém *fôr achado* jogando jogo de fortuna ou azar (2); ou, no caso de crime de furto, que será qualificado *trazendo o criminoso no momento do crime armas apparentes ou occultas* (3); etc.

(1) Código penal, art. 258.º

(2) Código penal, art. 265.º

(3) Código penal, art. 426.º n.º 1.º

A Novissima Reforma Judiciaria determina o que é necessario entender por flagrante delicto ou delicto reputado flagrante (1); e a distincção entre delicto fla-grante e não flagrante tem especial importancia no processo (2).

(1) « Art. 1020.º Flagrante delicto é aquelle que se está com-mettendo ou se acabou de commetter sem intervallo algum. Re-puta-se tambem flagrante delicto o caso, em que o delinquente, acabando de perpetrar o crime, foge do logar d'elle, e é logo con-tínua e successivamente seguido pela justiça ou por qualquer do povo ».

(2) Nov. Ref. Judiciaria, artt. 1019.º-1023.º

CAPITULO III

Elementos constitutivos da infracção

57. — Enumeração dos elementos da infracção.

Definida como entidade juridica, a infracção é a violação de um principio sancionado pela lei penal. Transportando-a da esphera da terminologia juridica para o dominio da realidade da vida, vemos que, para que seja punivel, exige ella a reunião dos elementos seguintes :

- a) um sujeito ou auctor da infracção ;
- b) um objecto ou a victima da infracção ;
- c) actos externos que reunam as condições materiaes de incriminação requeridas pelo legislador para a existencia da infracção ;
- d) um laço moral que permitta não só referir os actos materiaes ao auctor da infracção (imputabilidade), mas ainda consideral-o como sujeito d'esta infracção (responsabilidade).

Analysaremos, successivamente, cada um d'estes elementos.

SECÇÃO I

Sujeito da infracção

58. — O individuo como sujeito da infracção penal.

A personalidade juridica, no sentido do direito penal e relativamente ao reu possivel, é a capacidade de querer e da actuar juridicamente, isto é, de produzir factos juridicos e de ter com a pessoa juridica do estado relações reguladas pelo direito (1).

A personalidade de direito penal reside exclusivamente na pessoa humana, isto é, no ser que reuna vontade e intelligencia. A criminalidade não pôde existir entre os animaes, pelo menos no ponto de vista da lei penal e social (2).

(1) A pessoa de direito penal torna-se imputavel quando a sua capacidade de querer e de actuar juridicamente se concretisa em uma manifestação de vontade, pela qual é violada uma determinada prescripção legal. A imputabilidade distingue-se, pois, da capacidade, como a energia effectiva se distingue da energia virtual. Manzini, *Dell'imputabilità*, 1903, pag. 3 e segg.

(2) No antigo direito romano, residuo de conceitos primitivos, existia a acção por damnos produzidos por animaes contra a propria indole, que equivalia á acção por *noxa* produzidos pelo *filius familias* ou pelo escravo. O direito canonico ordenava que, nos crimes de bestialidade, fossem mortos conjunctamente o animal e o culpado « *non propter conscientiam peccati, sed quia (animalia) refricant memoriam facti* ». Mas todo o conceito de imputabilidade e de punibilidade era excluido. Semelhantemente, os anathemas que a egreja pronunciava contra os animaes tinham antes o character de maldições e de exorcismos, segundo os exemplos biblicos, que de excommunhões. Por vezes, recorria-se a este meio para afastar calamidades; outras vezes, para exorcismar almas de homens ou de demonios que se julgava terem-se refugiado em certos animaes.

Não se pôde, todavia, negar que na idade media e até ao seculo xv, as justicas locais julgavam, deturpando o sentido dos

Mas, para que o homem possa ser séde de personalidade juridica, para que possa querer juridicamente, é antes de tudo necessario que elle tenha a primeira condição da vontade e da actividade: a vida.

É por isso que o codigo penal declara no artigo 125.º n.º 1.º (1) que a morte do criminoso extingue todo o procedimento criminal e toda a pena, tanto a relação de imputação como a de punição.

Não obstante parecer de uma evidencia axiomatica, este principio representa uma conquista da nossa civilisação. Ao senso juridico romano, tão lucido e pratico, não repugnava imputar e condemnar os mortos pelo crime de alta traição, concussão e peculato. E, em geral, se o condemnado morria, a condemnação executava-se sobre o patrimonio, negando-se ainda, por vezes, a sepultura (2).

A perseguição dos defunctos encontrou novo alimento nas normas do direito ecclesiastico, que comminava até penas só exequíveis depois da morte, como a denegação de sepultura ecclesiastica aos suicidas. Se o condemnado morria antes da expiação da pena, a execução supplementar fazia-se na pessoa dos herdeiros, obrigados a penitencia, que geralmente consistia em uma obra pia (3).

Emquanto durou o conceito da expiação e da exemplaridade da pena, foi mantida a perseguição e condemnação dos mortos; foi o regimen politico-juridico

preceitos e das tradições ecclesiasticas, poder imputar e condemnar os animaes. Mas taes interpretações representam aberrações esporadicas, não constituindo nem um principio de direito nem um costume largamente diffundido.

Manzini, *Trattato di diritto penale italiano* cit., t. 1, pag. 373 e segg.; Del Giudice, *I processi e le pene degli animali*, 1899, pag. 5 e segg.

(1) Vid. Nov. Ref. Judiciaria, art. 1183.º

(2) Ferrini, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano* cit., pag. 162 e segg.

(3) Schiappoli, *Diritto penale canonico* cit., pag. 760 e segg.

dos estados sahidos da revolução francesa que finalmente levou á definitiva aquisição d'aquelle principio.

59. — As pessoas collectivas.

A personalidade de direito penal reside, portanto, na pessoa physica do homem, capaz de vontade juridica. Mas, além do homem-individuo, tanto o direito privado como o direito publico reconhecem personalidade juridica a determinadas collectividades de homens (1) e o proprio direito penal exige continuamente nas suas relações a intervenção da pessoa collectiva do estado.

As pessoas collectivas podem obrigar-se civilmente; deverá reconhecer-se personalidade juridica no campo do direito penal? (2).

(1) Código civil, artt. 32.º e segg.; Código administrativo de 1896, art. 416.º Vid. os nossos trabalhos *Pessoas sociaes administrativas*, 1903, pag. 187 e segg.; *Limite de applicação do conceito de personalidade collectiva*, 1908, pag. 39 e segg.

(2) A noção romana do dolo implicava a incapacidade das pessoas collectivas para delinquir e a não susceptibilidade da sua punição; julgava-se contrario ao direito e á equidade, á personalidade da pena como á essencia da pessoa collectiva, admittir que esta podesse ser agente responsavel de uma infracção.

Diversamente no direito germanico. Quer se trate do direito escandinavo ou franco, anglo-saxão ou allemão, sempre a unidade é não o individuo mas a collectividade (familia, classe, ghilda, etc.), cujos membros formam um todo organico, indivisivel, indissolovel. A expressão mais nitida da garantia mutua e da responsabilidade collectiva encontra-se na lei inglesa denominada « lei de *Frankpledge* », que é a fórmula legal da caução mutua.

O direito canonico admittia largamente a imputabilidade e responsabilidade penal das pessoas collectivas (capitulos, conventos, congregações, etc.), como em geral todo o direito medieval. Admittem-as os post-glosadores e reconhece-as o direito estatuario, não obstante a tendencia dos juristas para limitar o alcance das disposições correlativas.

No seculo xvii, a ordenança criminal de 1670 reconhece que as cidades, burgos e corporações e outros seres moraes podem com-

Considerada sob o ponto de vista anthropologico, a pessoa collectiva, mais do que uma ficção, é alguma cousa de inconcebivel; mas, vista sob o aspecto sociologico, apresenta, pelo contrario, uma innegavel realidade, limitadamente ao interesse ou aos interesses para que foi constituida. Mal poderia afirmar-se o caracter ficticio de uma reunião de forças individuaes para a realização de um fim que por outro meio não podesse ser attingido.

Por outro lado, a vontade manifestada por estas uniões, se não é a somma das vontades individuaes não é tambem uma vontade supposta, mas real: é, segundo os casos, ou a resultante de vontades por vezes divergentes nas modalidades mas necessariamente dirigidas ao mesmo fim (vontade da maioria), ou é uma vontade delegada com certos limites e condições que a constremem a dirigir-se ao fim commum, para que conserve o caracter de vontade da associação.

É a lei que, attribuindo-lhe personalidade, vem dar valor juridico a esta realidade sociologica; e desde então, existindo uma vontade dirigida a um fim juridicamente protegido, é natural que a pessoa collectiva se deva considerar titular dos direitos e dos deveres subjectivos correlativos áquelle fim.

E, porque o fim para que são constituídas e reconhecidas as pessoas collectivas não póde deixar de ser

metter crimes. E esta concepção encontra-se traduzida na lei vendimiario anno vi sobre a responsabilidade das communas, como no projecto de código penal saxonio de 1810 (artt. 140.º, 506.º-518.º) e no antigo código penal russo (§§ 530.º e 985.º).

Actualmente, estabelece a imputabilidade individual no caso dos chamados delictos corporativos o código penal brasileiro, de 11 de outubro de 1890 (art. 25.º), e admite-a de uma maneira geral o *Penal code of the State of New York*, de 1898 (§ 423.º).

Ruffini, *La classificazione delle persone giuridiche in S. dei Fieschi*, apud *Studi in onore di F. Schupfer*, 1898, pag. 313 e segg.; Leicht, *Ricerche sulla responsabilità del comune in caso di danno*, 1904, pag. 14 e segg.

licito, isto é, conforme á ordem jurídica, uma acção voluntária dirigida a fim diverso e contrario ao direito penal não pôde conceber-se como acção da pessoa collectiva: tratar-se-ha de uma acção eventualmente associada, mas sempre de actividade individualmente imputavel, como nas associações de malfetores ou na participação criminosa.

Certo que, dirigindo-se a vontade collectiva para o fim estatutario, pôde succeder que ella se desvie para actos illicitos: em tal caso, os factos illicitos realísados no desenvolvimento da actividade dirigida ao fim licito importam a applicação das sancções do direito privado ou do direito administrativo (1).

Mas as relações de direito penal, que presuppõem sempre uma investigação psychologica, não permitem ver na pessoa collectiva um ser revestido de personalidade jurídica, porque nella, se se deve reconhecer uma vontade dirigida a determinados fins, não pôde encontrar-se aquella complexa potencialidade volitiva e inhibitoria e aquella consciencia unitaria que a imputabilidade e a responsabilidade penal constantemente presuppõem.

Estas considerações colhem não só para os delictos que exigem uma acção estríctamente individual ou uma vontade dolosa, mas também para as contravenções de policia, em que egualmente se attende á voluntariedade do facto.

De resto, ás penas pecuniarias ficaria quasi exclusivamente limitado o tratamento penal.

No nosso direito positivo, o problema está resolvido no sentido por nós propugnado: as regras ácerca da imputabilidade e responsabilidade (a responsabilidade criminal recáe unica e *individualmente* nos agentes de crimes ou de contravenções) (2), da pena, do concurso

(1) Vid. *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, 1906, pag. 161 e segg.

(2) Código penal, art. 28.º

de delinquentes e da associação de malfetores (1) não deixam margem a duvidas. Assim:

a) o procedimento criminal não poderá ser dirigido contra a pessoa collectiva na pessoa do seu representante legal, devendo haver tantos processos distinctos quantos os administradores ou associados pessoalmente respondeis;

b) uma pena distincta deve ser pronunciada contra cada um d'estes administradores ou associados declarados culpados.

60. — O meio social; as multidões.

Não obstante o que fica dito, devemos notar que hoje, em presença do movimento favoravel ao desenvolvimento das associações e dos agrupamentos organicos (syndicatos, uniões profissionais, *trade-unions*, etc.), alguns escriptores reclamam o estabelecimento de penas corporativas, considerando como racional reconhecer a capacidade de delinquir e a responsabilidade penal ás corporações a que se attribue, com a propriedade, a realidade da vida organica e uma capacidade jurídica, expressão da vida real (2).

(1) Código penal, art. 263.º

(2) Estes grupos poderiam, diz-se, ser attingidos por penas diversas, além das penas pecuniarias: a pena de morte, que seria a dissolução do agrupamento; a expulsão, que consistiria na prohibição feita á associação de existir no territorio nacional; penas privativas de direitos, v. g. do direito de receber a titulo gratuito; etc.

Sobre o reconhecimento da personalidade de direito penal ás pessoas collectivas: Mestre, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, 1899, pag. 251 e segg.; Longhi, *La*

Mas vae-se ainda mais longe. Fundando-se nas recentes estatísticas criminaes, que accusam a influencia poderosa do meio ambiente como factor da criminalidade e attestam que ha meios maleficos como os ha beneficos, alguns criminalistas entendem que a responsabilidade criminal deve estender-se até á sociedade, que não cuidou como devia da protecção e educação de todos os seus membros, tornando-se d'esta fórma cúmplice dos crimes que, porventura, elles possam praticar (1).

E, finalmente, rejeitando-se por completo a ideia de que só o individuo póde ser sujeito de uma infracção penal, affirma-se a concepção opposta da *multidão criminosa*. Da theoria da individualisação da pena volta-se á theoria da culpabilidade collectiva.

Esta theoria, vulgarisada sobretudo pelos trabalhos de Sighele (2) e Le Bon (3), admite, contrariamente á doutrina de Spencer, que a multidão constitue um ser differente dos individuos que a compõem e que n'ella a personalidade dos individuos desaparece para dar logar a uma alma collectiva.

As recentes investigações sobre a psychologia das multidões distinguem:

a) *Multidões homogeneas e organicas*, compostas de individuos semelhantes, com origem, tendencias e interesses communs e cujos instinctos são honestos. O typo elementar d'estes agrupamentos é a *família*.

persona giuridica come soggetto di responsabilità penale, 1906, pag. 3 e segg.

(1) Vid. Tavares de Medeiros, *Le crime comme phénomène sociale*, apud *Annales de l'Institut international de sociologie*, 1906, pag. 449 e segg.

(2) *La foule criminelle*, 1901, pag. 81 e segg.

(3) *Psychologie des foules*, 1899, pag. 142 e segg.

b) *Multidões heterogeneas e inorganicas*, compostas de elementos diversissimos, reunidos ao acaso, e em que as predisposições instinctivas levam de preferencia ao mal. O typo mais caracteristico da multidão heterogenea é a *multidão anonyma das ruas*. Nestes aggregados, o conjunto é inferior ao individuo; o contagio do exemplo é poderosissimo. São seus signaes caracteristicos a mobilidade e a rapidez das explosões e a violencia dos impulsos.

O numero dá mais coragem para a pratica do mal assim como para a pratica do bem; os individuos suggestionam-se uns aos outros com tanta maior facilidade quanto mais numerosos são; assim, pouco basta para tornar uma multidão criminosa. Nestas multidões, quando sobreexcitadas, as qualidades de humanidade neutralisam-se e apagam-se, os defeitos accusam-se e os maus instinctos sobem á superficie (1).

Embora não possamos considerar a multidão como susceptivel de penalidade, os actos delictuosos por ella praticados trazem consigo certas consequencias juridicas. Esta noção da multidão criminosa determina a modificação de certos principios geraes estabelecidos a proposito da comparticipação nos crimes, fazendo recahir toda a severidade sobre o cabeça de motim (2).

(1) Entre as variedades importantes das multidões criminosas deve notar-se, ao lado das hordas de piratas do seculo xiv, dos bandos de malfetores do seculo xv e dos *chauffeurs*, no seculo xvm, a *Camorra* e *Mafia* dos nossos dias. Vid. Alongi, *La mafia*, pag. 111 e segg.

Tambem: Straticò, *La psicologia collectiva*, 1905, pag. 81 e segg.; Sabatini, *Principii di criminologia collectiva*, 1905, pag. 9 e segg.

(2) Codigo penal, artt. 177.º 179.º § 4.º, 199.º.

SECÇÃO II

Objecto da infracção

61. — Sujeito passivo e objecto da infracção.

Porque o delicto constitue em todos os casos uma violação da ordem juridica penalmente assegurada, pôde dizer-se que sujeito passivo do delicto é sempre a sociedade politicamente organizada, isto é, o estado.

Mas ha infracções que, além de lesarem o interesse geral, objecto do preceito penal, offendem direitos ou interesses dos particulares, que immediata ou mediatamente supportam o effeito da actividade criminosa. A pessoa ou cousa sobre que este effeito recae immediatamente é objecto do delicto; quem o supporta e quem soffre a lesão juridica é *sujeito passivo* do delicto.

Communmente, porém, são equiparadas as duas expressões.

62. — Determinação do objecto da infracção.

Consistindo a infracção penal em uma acção ou omissão, que causa perturbação no meio social, segundo as condições determinadas pela lei, desnecessario seria explicar o que pôde constituir objecto da infracção (1). Enumeraremos, entretanto:

a) 1) *a pessoa physica*: quer *antes do nascimento*, no seu periodo da vida fetal, em que a

(1) Von Ihering (*Der Zweck im Recht*, t. 1, 1893, pag. 496 e segg.), procurando traçar uma divisão methodica dos differentes objectos da infracção, considera o individuo, o estado e a sociedade, tomados cada um, successivamente, sob o ponto de vista physico, economico e ideal.

lei procura protegê-la contra o aborto (1); quer *no momento do nascimento*, protegendo-a contra o infanticídio (2); quer *durante a vida*, em que a lei a protege no seu corpo (punindo o homicídio, o crime de ferimentos) (3), no seu pudor (reprimindo os attentados contra o pudor, o estupro voluntario, a violação) (4), na sua liberdade (punindo as violências contra a liberdade, o carcere privado) (5), nos seus bens (punindo o furto, o roubo) (6), na sua honra e consideração (reprimindo a diffamação, a injuria, a calúnia) (7); quer *depois da morte*, protegendo-a contra os ultrages ao seu cadaver (proibição da violação de tumulos ou sepulturas) (8), ou á sua memoria (punição da diffamação ou injuria contra pessoa já fallecida) (9);

2) *as pessoas moraes*, protegidas como os individuos nos seus bens, na sua honra e consideração;

3) *o estado*, protegido contra os attentados que podem comprometter a organização politica e o funcionamento regular dos poderes publicos (crimes contra a segurança do estado, etc.) (10), ou as receitas publicas (contrabandos, descaminhos, alcances de empregados publicos, etc.) (11);

(1) Código penal, art. 358.º

(2) Código penal, art. 356.º

(3) Código penal, artt. 349.º e 359.º

(4) Código penal, artt. 391.º a 400.º

(5) Código penal, artt. 328.º a 335.º

(6) Código penal, artt. 421.º a 444.º

(7) Código penal, artt. 407.º a 419.º

(8) Código penal, art. 247.º

(9) Código penal, art. 417.º

(10) Código penal, artt. 141.º e segg.

(11) Código penal, artt. 279.º a 281.º

4) a *sociedade*, protegida contra aquelles que, sem causar damno directo, ameaçam a segurança publica (vadiagem, mendicidade (1), grande numero de contravenções, etc.).

b) *os animaes*. São protegidos pela lei, que pune todos aquelles que os espancam e maltratam, assim como pune os danos produzidos em qualquer animal pertencente a terceiro (2). A protecção da lei não é estabelecida no interesse do animal, ao qual o legislador não reconhece direitos (3): tem por fim evitar os escandalos e a indignação produzidos pelos maus tratos, impedir o contagio d'estes actos de brutalidade e manter a doçura de costumes. Assim a lei não pune com severidade os maus tratos senão quando se trate de animaes domesticos e quando estes maus tratos são publicos; a victima da infracção é mais a sociedade do que o animal.

c) *as cousas*. Igualmente são objecto de infracção as cousas inanimadas, protegidas pela lei contra as destruições e damnificações (4).

(1) Código penal, artt. 256.º a 262.º.

(2) Código penal, artt. 478.º a 480.º.

(3) No sentido da protecção do animal considerado como ser sensível: Salt, *Les droits de l'animal*, 1900.

(4) Código penal, artt. 472.º a 478.º e 481.º.

SECÇÃO III

Materialidade da infracção

63. — Manifestação exterior do delicto.

Não basta a existencia de um sujeito e de um objecto da infracção; é preciso, além d'isso, que haja a materialidade da infracção, a manifestação externa do delicto.

O simples pensamento criminoso não é punível: é necessario que elle se exteriorise em factos e que esses factos reunam as condições de incriminação exigidas pela lei penal.

O projecto e mesmo a resolução do crime só por si são impuníveis; o pensamento deve reflectir-se no mundo externo por qualquer forma, e revela-se em geral por actos e movimentos musculares.

O acto exterior póde assumir as formas mais variadas: actos violentos, fraudes, palavras, escriptos, emblemas, imagens, convenções, etc.

Para os delictos de acção, a determinação da materialidade não offerece difficuldade; ella consiste nos actos exteriores incriminados pela lei. No caso de delictos de inacção, a materialidade do facto é menos determinavel: se se trata da violação de um dever juridico exigivel (v. g. a morte lenta de uma criança pela falta de cuidados dos paes), a materialidade é constituida por todas as circumstancias exteriores que produziram a morte; se se trata de delictos de inacção que consistam em não fazer o que a lei penal prescreve, é menos visivel a materialidade do facto, mas nem por isso deixa de ser possivel a prova material da infracção: é a falta, o resultado produzido pela inacção. O jurado

que, devidamente intimado, não comparece na audiência, falta; a verificação d'este facto constitue a prova material da omissão (1).

64. — Phases do delicto.

Como o facto criminoso é, de ordinario, um facto complexo, que se decompõe em muitos elementos a que correspondem no tempo momentos diversos, resulta que a maior parte das vezes a actividade do delinquente, antes de attingir o fim desejado, tem de percorrer o que, na phrase feliz de Alciat, se denomina *iter criminis*.

Ora, desde que o homem começa de agir até que acaba, ha, na serie dos seus actos, momentos successivos que o approximam gradualmente do fim a attingir. Podemos dividir esses factos em tres series:

a) A primeira passa-se no mysterio da actividade psychologica do homem; o pensamento desponta no espirito, esboça-se em desejo, este fixa-se em projecto e o projecto completa-se em resolução: são os actos interiores, os differentes momentos da actividade psychologica, que escapam a toda a punição, pois que a vontade criminoso é ainda desconhecida do poder social.

b) A segunda phase comprehende todos os actos da actividade externa do agente, que podemos dividir em tres grupos:

1) as manifestações do projecto criminoso por ameaças, confidencias, associações, convite a cúmplices, etc.;

(1) Código penal, artt. 188.º e 189.º.

2) a preparação dos meios e remoção dos obstaculos para que a execução se torne possível: são os actos preparatorios;

3) pratica dos actos que constituem a infracção incriminada pela lei: é a execução, que póde ser una ou multipla, mediata ou immediata, completa ou incompleta.

c) A terceira phase abrange os factos ou elementos da acção criminosa, que não pertencem propriamente á vontade do agente, mas são o resultado d'ella, são as condições de consummação, de realisação do mal, dependentes de um conjunto de circumstancias estranhas a essa vontade. Assim não basta, para que o crime surta o resultado que o auctor quer, o simples disparar de uma arma contra alguém: para que este seja attingido, é necessario firmesa na pontaria, que a victima esteja a distancia que possa ser attingida, etc.

Ora, n'esta progressão de actos, quaes são os que devem ser punidos? Qual o ponto em que começam a apparecer elementos de punibilidade?

Na impossibilidade de reflectir nas suas fórmulas as variantes infinitas da realisação de um pensamento criminoso, o direito criminal reduz-as todas ás quatro phases referidas, que são os quatro graus da materialidade: *manifestação, preparação, execução e consummação*.

D'ellas vamos occupar-nos.

65. — Elementos de punibilidade: a escola classica e a escola positiva.

Mas, antes de analysarmos o systema do nosso código sobre a materialidade e de precisarmos as condições

da materialidade punível, importa apresentar, com Prins (1), uma observação geral: e é que o legislador não deve sómente intervir no caso de haver um prejuizo; elle tem o direito de punir, independentemente de qualquer lesão individual, desde que o perigo inherente á acção culpavel demonstre a necessidade de uma defesa social.

A escola classica dava uma importancia essencial ás consequencias materiaes da infracção e, por vezes, parecia hesitar em punir quando não podia demonstrar-se a realidade do damno. Para justificar a repressão não basta que o agente tenha tido intenção de commetter o delicto, que a tenha manifestado publicamente, quer por declarações, quer por actos materiaes tendentes á realisação d'este acto. É preciso que o delicto tenha sido realmente começado, executado em parte, pois que só elle constitue a violação punível do direito (2).

A escola positivista italiana affirma, ao contrario, que a verdadeira medida da penalidade é a intensidade do perigo social effectivo, a natureza da vontade criminosa, bem mais do que a extensão do prejuizo causado. É que, com effeito, o delicto não é senão um signal exterior, a manifestação material e social, a medida do temperamento criminoso, da nocividade, da temibilidade do delinquente.

A criminalidade dos individuos escapa á reacção penal quando permanece no estado latente, quando não é estabelecida por um signal certo. Mas, quando se affirma pelo meio official e legal do delicto, deve ella determinar a applicação de sancção penal, segundo a categoria a que pertence o delinquente, sem attenção ao resultado que o agente se propunha attingir. A medida da pena não deve ser a violação do direito pelo delicto, mas a temibilidade do delinquente.

(1) *Science pénale et droit positif* cit., pag. 128 e segg.

(2) Vid. Pessina, *Elementi di diritto penale*, 1882, t. I, pag. 236 e segg.

Desde que a persistencia da vontade criminosa mostrou sufficientemente, ainda que por meios improprios para a realisação do delicto, quaes são os instinctos e as tendencias do delinquente, o perigo para a ordem social está affirmado (1).

E a propria lei penal positiva inspira-se n'estas tendencias quando pune não sómente a infracção consummada, mas, nas condições fixadas pelo codigo, a tentativa de infracção e até, excepcionalmente, actos que não representam senão a preparação de um delicto.

§ 1.º

Manifestação da resolução oriminosa

66. — Declarações e ameaças.

Dissémos que os actos do primeiro grupo não podem ser punidos pela justiça social, porque, passando-se no recesso da consciencia, escapam á apreciação humana.

O mesmo deve dizer-se ainda quando a resolução seja constatada por meio de confissões, communicações a outrem, verbalmente ou por escripto, etc.

Não póde tal resolução ser punível em relação ao crime que annuncia. A lei social regula sómente relações entre os homens e estas relações só podem ser perturbadas por actos. O conhecimento de uma resolução criminal séria é, sem duvida, uma causa de inquietação social; mas é á policia que compete proceder para prevenir a sua realisação e não á justiça para reprimir a sua concepção (2).

(1) Ferri, *Sociologia criminale* cit., pag. 703 e segg.; Garofalo, *Criminologia* cit., pag. 368 e segg.

(2) O codigo penal russo (§ 111.º) pune o simples proposito criminoso, nos casos particularmente previstos na parte especial;

Ha, todavia, quem veja excepções a esta regra nas disposições penaes que incriminam as ameaças que se encontram na generalidade dos codigos.

Mas a lei, diz com razão Garraud (1), pune as ameaças, não porque veja nellas uma prova material e sufficiente, fornecida pelo culpado, de uma resolução criminal séria, mas porque a ameaça é um acto material de natureza a causar, por si proprio, uma perturbação social.

Uma cousa é, por exemplo, a ameaça de matar e outra a resolução de commetter este crime. Estas duas cousas não se acham ligadas necessariamente e uma não é revelação da outra: assim como se pode tomar uma firme resolução sem ameaça alguma, podem fazer-se as mais terriveis ameaças sem intenção alguma de as realisar.

A ameaça não é, pois, indício seguro de uma resolução séria e inabalavel e antes é muitas vezes um simples desabafo; mas pôde ser, por si mesma e sem referencia ao delicto que annuncia, um acto de natureza a perturbar o sentimento de segurança que a ordem estabelecida deve garantir, e a tal titulo pôde ser punivel.

O nosso codigo, além de considerar a ameaça como uma circumstancia aggravante quando precede o crime (2), pune-a como um crime especial em varios casos: injuria por ameaças contra as auctoridades publicas (3),

o projecto do codigo penal suiso (art. 35.º) permite exigir ao pretensu delinquente a promessa de não commetter o delicto ameaçado e a caução de *pace tuenda*, á qual, no caso de não cumprimento, se substituiria a prisão. Vid. Alimena, *Il progetto di codice penale svizzero*, apud *Rivista penale* cit., 1896, pag. 10 e segg.

(1) *Traité théorique et pratique du droit pénal français* cit., t. I, pag. 370.

(2) Codigo penal, art. 34.º circ. 5.ª.

(3) Codigo penal, art. 181.º § 1.º.

offensa consistente em ameaça com armas contra as auctoridades publicas (1), emprego de ameaças para obter esmola (2), uso de ameaças para constranger outrem a jogar ou para lhe manter o jogo (3), ameaça contra alguma pessoa com tiro de arma de fogo ou emprego de arma de arremesso (4), ameaça, por escripto assignado ou anonymo ou verbalmente, de um mal que constitua crime (5), ameaça por qualquer meio para constranger outrem a fazer ou deixar de fazer alguma cousa a que a lei não é obrigado (6), ameaça verbal ou escripta para extorquir valores ou coagir a escrever, assignar, entregar, destruir e falsificar ou por qualquer modo inutilisar escripto ou titulo que constitua ou prove obrigação ou quitação (7), ameaça para o mesmo fim quando não tiver produzido o resultado (8).

67. — Conjurações e associação de malfeteiros.

Tambem relativamente á conjuração e associação de malfeteiros pensa Garraud que ellas não constituem excepção á regra referida, porisso que a conjuração não é uma simples resolução, mas uma resolução de obrar, concertada e deliberada entre muitas pessoas, facto externo que o poder social pôde e deve punir.

(1) Codigo penal, art. 183.º § 1.º.

(2) Codigo penal, art. 261.º.

(3) Codigo penal, art. 268.º.

(4) Codigo penal, art. 363.º.

(5) Codigo penal, art. 379.º.

(6) Codigo penal, art. 379.º § unico.

(7) Codigo penal, art. 452.º Vid. Malvezy, *Essai sur le crime d'extorsion de titres ou de signatures et sur le délit de chantage*, 1896, pag. 90 e segg.

(8) Codigo penal, art. 452.º § 1.º.

Todos estes factos, escreve, são punidos como delictos especiaes e não como tentativas dos delictos que os culpados teem ou podem ter intenção de commetter. Não é, pois, a vontade, a resolução de commetter o crime o que a lei pune.

Póde, porém, duvidar-se se estes ultimos actos — as associações e combinações entre os associados e conjurados e convite a cúmplices — devam considerar-se simplesmente como a revelação da intenção criminosa, ou antes como um meio de preparação propriamente dita, como o primeiro passo no *iter criminis*.

Aquelle que communica o seu projecto criminoso a outros e planeia com elles os meios para chegar á realisação do delicto revela não só o proposito firme de ir até ao fim, porque nem o receio de ser denunciado o detem, mas procura mediante a associação e a alliciação dispôr os meios para melhor conseguir os resultados que se propõe. E, assim, actos d'esta ordem podem e devem considerar-se como preparatorios.

O nosso código penal pune as conjurações e associação de malfetores, ainda quando não sejam seguidas de algum acto preparatorio de execução, em diversas hypotheses: conjuração contra a segurança exterior do estado (1), conjuração contra a vida do Presidente do Governo Provisorio ou da Republica (2), conjuração para o crime de rebelião (3), conjuração para sedição (4), associação formada por malfetores para commetter crimes, ainda que a sua organização e existencia se manifeste só por convenção (5), ajuste entre quaes-

(1) Código penal, art. 144.º § unico.

(2) Decreto de 28 de dezembro de 1910, art. 1.º.

(3) Código penal, art. 172.º.

(4) Código penal, art. 179.º § 5.º.

(5) Código penal, art. 263.º.

quer empregados publicos ou corporações investidas de auctoridade publica para impedirem a execução de alguma lei ou ordem do poder executivo (1).

§ 2.º

Actos preparatorios

68. — Noção de actos preparatorios.

Actos preparatorios são aquelles pelos quaes o agente realisa as condições materiaes exigidas para que a execução da infracção se torne possivel. Constituem a primeira manifestação externa para a pratica da infracção.

Não representam execução do delicto projectado, mas relacionam-se com elle na intenção do agente e tendem assim indirectamente para a sua execução. Tal é, por exemplo, relativamente ao envenenamento, o facto de se adquirir veneno; a respeito do homicidio, a compra de uma arma; relativamente ao crime de damno, a fabricação de um explosivo; etc.

69. — Punibilidade dos actos preparatorios.

Divergem as opiniões, pronunciando-se a maioria dos escriptores da escola classica pela impunidade, visto que enquanto o delinquente não passa á execução não póde saber-se se elle desistirá ou não do projecto criminoso. Todavia admite-se que, excepcionalmente, possam ser punidos os actos preparatorios dos crimes

(1) Código penal, art. 300.º.

mais graves, quando se prove que entre taes actos e os crimes ha relação de meio para fim e quando os actos preparatorios constituam, por si, delicto ou contravenção (v. g. o furto de uma arma para matar, que é punido como furto; o fabrico de polvora, em contravenção das leis, com o fim de matar, etc.) (1).

A moderna escola criminal italiana defende, em relação á incriminação e correlativa punição dos actos preparatorios, doutrina opposta á da escola classica.

O elemento facto, essencial para os juristas classicos á constituição da tentativa, escreve Garofalo (2), não falta nos actos preparatorios, que são o primeiro passo no *iter criminis*. E tanto isto é assim, que um dos mais notaveis auctores da theoria que os allemães denominam *objectiva* (a qual corresponde á classica italiana) é logicamente conduzido a affirmar que só motivos de oportunidade aconselham a não punir os actos preparatorios, a não ser que estes apresentem palpavelmente a essencia de factos de intenção criminosa (Geyer). E um dos auctores francezes que mais de perto seguem a doutrina classica manifesta-se inclinado á mesma ideia, pois que admite que actos taes se podem punir como preparação do crime e não como delictos *sui generis*, quando o attentado a que se referem é muito grave e perigoso (Ortolan).

Emfim, o proprio Carrara admite a possibilidade de adquirirem os actos preparatorios character de tentativa,

(1) Comtudo, dentro d'esta escola e sobre este assumpto, destacam-se duas correntes bem nitidas: uma subjectivista, outra objectivista. A primeira, inspirada no direito romano, dá toda a importancia ao elemento intencional, abstrahindo da natureza material dos factos. A corrente objectivista sustenta que a base de toda a punição deve ser um facto externo, em que a intenção se traduza por forma que haja começo de execução; a intenção só é punivel quando está em parte realisada, pois que *cogitatio nis poenam nemo patitur*.

(2) *Criminologia* cit., pag. 337 e segg.

dado que elles percam a qualidade de equivoccos, por virtude de um acto successivo que lhes frize o intuito.

Com respeito á allegação de que os actos preparatorios teem um character equivoco, Garofalo observa que nem sempre assim succede. O acto vae dirigido no caminho proprio, que, todavia, se bifurca a uma certa altura; qual será d'ahi por deante a pista do agente? Eis o que se não sabe.

Mas se ha algum caso em que não exista duvida, em que a direcção ulterior possa seguramente prever-se, porque rasão não ha de o acto preparatorio ser considerado como tentativa pelos proprios juristas classicos?

Imaginemos que dois ladrões de profissão são encontrados de noite á porta de uma casa deshabitada e contendo valores, munidos ambos de utensilios de arrombamento. Quem de bom senso duvidará da intenção d'elles? E porque não poderá então dizer-se juridicamente o que todos affirmam, isto é, que uma tentativa de furto se deu?

Um homem, depois de ameaçar de morte um outro, vae postar-se de arma carregada por detraz de uma arvore no caminho que este deverá seguir momentos depois. Prevenido, o ameaçado consegue desarmal-o. Não é neste caso sufficientemente manifesta a intenção?

Como negar, pois, a existencia de um principio de execução, só porque esta foi ainda immediata, se os actos, postos em relação com os agentes, revelam de um modo não equivoco, a intenção criminosa?

Sem duvida, ninguem poderia sustentar que de um modo geral sejam puniveis os actos simplesmente preparatorios; podem, porém, estabelecer-se alguns casos em que o sejam, sem recorrer, como Ortolan, ao criterio empirico da excepcional gravidade do crime provavel, ou como Carrara, á necessidade de um acto successivo e determinante.

E taes são todos os actos preparatorios praticados pelos delinquentes habituaes dentro da sua especiali-

dade criminal e todos os que manifestam de um modo inequívoco a própria intenção.

Assim, imaginemos um moedeiro falso, já condenado, preparando os seus utensílios, comprando os que lhe faltam, dispondo tudo para a cunhagem; imaginemos um violador que convida uma rapariguinha a entrar em sua casa, que a senta nos joelhos, que a acaricia; figuremos que um ladrão evadido de um carcere se encontra armado á porta de uma casa de gente rica. Circumstancias independentes da vontade do agente impediram a realisação dos respectivos crimes; contudo, a intenção d'estes actos preparatorios é por demais manifesta. Porque os não consideraremos, pois, verdadeiras tentativas criminosas?

Poderá dizer-se que tudo isto são hypotheses, embora muito provaveis, e que uma hypothese não deve ser bastante para punir; mas o perigo, que serve para justificar a punibilidade, é igualmente hypothetico.

Nos calculos da sciencia penal, como ainda por vezes nas mathematicas, o que se procura é uma approximação tal que torne insignificantes as partes desprezadas. Quando uma hypothese se funda sobre uma approximação d'estas, vale tanto como a propria realidade. Não se destroe um principio dizendo que elle se funda sobre uma hypothese; importaria provar que tal hypothese não é séria, isto é, que põe de parte probabilidades contrarias bastante grandes para deverem contrariar-se.

Acceitamos o principio da punibilidade dos actos preparatorios quando não sejam equívocos. Em tal hypothese, pode dizer-se que elles são já actos de execução propriamente dita.

Fóra d'este caso, não devem elles ser punidos: a lei, como dissémos, não pune a resolução, mas os actos; e os actos preparatorios nem são por si causa directa,

immediata, do damno do delicto, nem põem em perigo o direito de outrem.

Os actos preparatorios não são, pois, puniveis como tentativa do delicto que o agente poderia ter em vista.

Todavia, considerados em si mesmos e sem relação com a infracção que provavelmente teem por fim facilitar, os actos preparatorios são muitas vezes incriminados pela lei penal.

Com effeito, verifica-se que muitos d'estes actos, ou por sua natureza ou pela condição das pessoas que os praticam, são geralmente considerados como factos tendentes a preparar, facilitar ou occasionar certos delictos, cujo character eventualmente perigoso é sufficientemente caracterizado para ser objecto d'uma previsão especial. A lei incrimina então estes factos não como tentativa, mas como delictos *sui generis*.

70. — Systema do codigo penal português.

O codigo penal português, definindo actos preparatorios os actos externos conducentes a facilitar ou preparar a execução do crime, que não constituem ainda começo de execução, declara que taes actos não são puniveis, excepto quando os factos que entram na sua constituição são classificados como crimes pela lei, ou como contravenções por lei ou regulamento (1).

Em muitos casos o codigo penal pune os actos preparatorios: no caso de concerto de português com qualquer potencia estrangeira para declarar guerra a Portugal... procurando *preparar os meios* por quaesquer factos, embora a guerra ou as hostilidades se não sigam (2); de conjuração de português com outras pessoas contra a segurança exterior do estado, se a con-

(1) Codigo penal, artt. 14.º e 12.º.

(2) Codigo penal, art. 124.º.

juração fôr seguida de algum acto preparatorio de execução (1); de resolução de attentado contra o Presidente do Governo Provisorio ou da Republica (2) praticando-se algum acto para preparar a execução e de conjuração para o mesmo fim (3); de conjuração para rebelião (4); de assuada (5); de fuga de presos (6); de moeda falsa (7); de porte de armas prohibidas (8); de requisição da força publica para impedir a execução de alguma lei (9); de fabricação de gazuas e outros artificios, de falsificação ou alteração de chaves (10); etc.

O movimento legislativo moderno tende cada vez mais a prevêr e a punir como delictos particulares os actos pelos quaes se pôde attentar contra os direitos dos outros, sem que, todavia, elles sejam directamente offensivos d'esses direitos.

Deve notar-se ainda que os actos preparatorios são incriminados em virtude da relação com o proprio crime a que visam, quando são praticados por co-auctores ou cúmplices (11): assumem então a criminalidade e qualificação do facto principal e são punidos do mesmo modo que este ou de um modo semelhante.

(1) Código penal, art. 144.º e § unico.

(2) Decreto de 28 de dezembro de 1910, art. 1.º.

(3) Código penal, art. 165.º.

(4) Código penal, art. 172.º.

(5) Código penal, art. 180.º.

(6) Código penal, art. 194.º § 2.º.

(7) Código penal, art. 210.º §§ 1.º e 2.º.

(8) Código penal, art. 253.º.

(9) Código penal, art. 297.º.

(10) Código penal, art. 444.º.

(11) Código penal, artt. 20.º n.º 5.º e 22.º n.º 2.º.

Vid. Sr. Dr. Pereira do Valle, *Anotações ao livro primeiro do código penal português* cit, pag. 30 e segg.

§ 3.º

Actos de execução

71. — Distincção entre actos preparatorios e actos executivos.

Actos de execução são aquelles cuja serie ou conjuncto constituiria a infracção incriminada pela lei, se o resultado que o agente se propõe se tivesse dado.

Quando o resultado se dá, o delicto diz-se *consummado* ou *perfeito*; quando falta o resultado, o crime diz-se *tentado* ou *imperfeito*.

A noção do crime consummado é facil e não apresenta nos escriptores diferenças apreciaveis. É consummado aquelle crime em que o proposito delictuoso encontra a sua plena e completa realisação.

Pelo contrario, a noção do crime tentado é mais difficil, e, comquanto o *iter criminis* nos forneça uma regular representação do phenomeno, a pratica e a doutrina fluctuam entre as diversas theorias e não chegaram ainda a assentar em um principio universalmente reconhecido.

Todavia, como todos concordam mais ou menos na punição do delicto imperfeito, forçoso é distinguir os actos de execução dos actos preparatorios, o que aliás nem sempre é facil, pois o fim da preparação confunde-se com o começo da execução e os limites que separam estes dois graus da materialidade são vagos e indistinctos.

Assim, se homens determinados a commetter um roubo se munem de escadas, e, cahindo a noite, um d'elles se colloca em observação para espionar as entradas e sahidas das pessoas da casa, e, ajuntando-se-lhe os companheiros, concertam o plano e começam a

escalada: estes actos serão preparatorios, ou actos de execução do crime de roubo?

As leis penaes não apresentam fórmula alguma geral que resolva esta e outras difficuldades semelhantes; ha pois uma questão de facto a derimir em cada caso, conforme a definição do delicto, por um lado, e, por outro, as circumstancias de cada facto.

Criterion varios de distincção teem, porém, sido propostos:

a) *Criterio da univocidade ou da equivocidade.* — A maioria dos escriptores accêita este criterio, considerando como executivos os actos que por si mesmos indicam o delicto que o agente pretende commetter, e como preparatorios os actos anteriores que podem ter uma interpretação diversa ou servirem mesmo para um fim lícito.

Mas este criterio não é accêitavel porque, posto assim o problema de saber se um acto é preparatorio ou executivo, reduzir-se-ia a uma questão de certeza, isto é, a averiguar se ha uma prova sufficiente da intenção que o agente tinha de commetter o delicto, e então pouco importaria que a prova de tal proposito fosse fornecida só pelo acto ou pelo acto auxiliado por provas extrinsecas.

Além d'isso, não parece que a univocidade seja a característica dos actos de execução, pois ha muitos actos cujo caracter executivo ninguem contesta, e que todavia não demonstram só por si a vontade criminosa. Apoiar uma escada a uma janella, abrir uma porta com chave falsa, pôde ter diversos significados, segundo as circumstancias; tanto pôde ser para um furto, como para um rapto, como para um colloquio clandestino não delictuoso;

e todavia ninguem contesta que taes actos, quando conste de qualquer modo a intenção de furtar, a de raptar uma mulher ou simplesmente a de violar o domicilio, constituem tentativas de furto, de rapto ou de violação de domicilio; mas isto porque a acção, que por si mesma pôde ser de equivocada interpretação, recebe a sua determinação delictuosa de provas extranhas á mesma acção, como da qualidade do agente, da sua confissão, das revelações das testemunhas, etc. Segundo o criterio da univocidade, taes actos deviam ser preparatorios (1).

b) *Criterio do sujeito activo e passivo do crime.* — Para outros escriptores, são actos executivos aquelles que constituem a lesão de um direito pertencente ao individuo contra o qual se dirige a intenção criminosa. E como, por um lado, a lesão do direito sómente se dá quando o agente invade a esphera da actividade jurídica da pessoa em cujo damno se pretende commetter o delicto, e, por outro, os actos executivos se distinguem em actos consummativos e em actos executivos anteriores, que podem chamar-se actos executivos em sentido restricto, são actos consummativos aquelles que recaem sobre o sujeito passivo da consummação, isto é, a pessoa ou cousa sobre a qual deve desenvolver-se a definitiva violação do direito, e executivos aquelles que recaem sobre o sujeito passivo do attentado. E, pelo contrario, são actos preparatorios

(1) Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français* cit., t. 1, pag. 372 e segg.; Civoli, *Manuale di diritto penale*, 1900, pag. 421 e segg.

os que sómente recaem sobre o sujeito activo, primario ou secundario, do crime que se prepara.

A acção d'aquelle que gira em torno da casa de outrem para observar a altura das janellas ou outro modo possivel de ahi se introduzir para furtar, recae unicamente sobre o sujeito activo, primario, do crime projectado, isto é, sobre a propria pessoa que pretende consumir o delicto; a acção de quem se mune de uma escada ou de uma gazua, com o proposito de dellas se servir para praticar um furto, recae sobre o que será o sujeito activo secundario do furto, quando este venha a commetter-se.

Tambem este criterio se nos afigura inaceitavel.

Segundo elle, o acto de misturar veneno a bolos e expedil-os pelo correio em pacote dirigido á pessoa destinada a comel-os não seria tentativa de envenenamento, se a insidia fosse descoberta e sequestrado o pacote na estação de partida ou de chegada, pois que em tal caso nenhuma invasão se operou na esphera do direito da pessoa designada para o envenenamento, isto é, nem sobre o sujeito passivo da consummação nem sobre o sujeito passivo do attentado.

E todavia ninguem hesitará em ver neste acto a existencia juridica da tentativa de um crime de envenenamento. Seria absurdo ver simplesmente um acto preparatorio em uma acção, que seria bastante para causar o envenenamento, e não um acto de execução.

Isto mostra a falsidade d'este criterio e que é noutra parte que se ha de procurar a característica do facto de execução.

No exemplo referido, o character do acto de execução está no impulso dado pelo criminoso á causalidade que ha de produzir o resultado procurado. O veneno, emquanto se adquire e se prepara para se misturar a uma substancia alimentar, é uma causalidade criminosa inerte, porque nada se fez para que elle, segundo o proposito do criminoso, fosse ingerido nas visceras da victima. Mas, desde que o toxico se misturou ás viandas ou bebidas para serem comidas ou ingeridas, está em condições de exercer a sua acção mortifera, e, portanto, está dado á causalidade criminosa o impulso para o seu fim (1).

c) A insubsistencia dos criterios referidos levou ao seguinte, que nos parece preferivel. Se a causalidade criminosa está inerte, ha simples preparação; se é posta em movimento para se conseguir o fim delictuoso, temos actos de execução; e dá-se este movimento sempre que a referida causalidade é posta em condições, segundo a intenção do agente, de produzir o effeito desejado.

Este criterio corresponde á noção theorica e legal da tentativa, pois tentar um delicto e, portanto, proceder a actos de execução do mesmo, é fazer alguma cousa que tenda e sirva para realisar um projecto delictuoso. Emquanto o agente predispõe os meios necessários para realisal-o, está no campo da mera preparação, porque com a simples predisposição nada fez para conseguir o resultado, nem ha mostrado, com o facto, decidida vontade

(1) Carrara, *Reminiscenza di cattedra e fóro*, 1883, pag. 334 e segg.

de o conseguir. A execução do seu propósito sómente chega quando a causalidade criminosa contida naquelles meios se dá impulso para attingir o fim.

Nem se diga que, para haver delicto, ainda que imperfecto, é sempre necessaria uma lesão de direito e que esta só existe quando se opere sobre o sujeito passivo do attentado ou da consummação. Esta ultima asserção não é exacta.

Além da lesão do direito objectivo, que consiste na propria execução de actos contra a prohibição da lei, a lesão do direito subjectivo propria da tentativa está no perigo em que é posto o direito offendido, pois este perigo é por si mesmo uma diminuição do direito que todos teem de gosar tranquillamente dos seus bens; e ambas estas especies de lesões podem dar-se, ainda quando não se tenha operado na esphera da actividade juridica de terceiros, só porque o direito de outrem é, de facto, offendido, ainda que sem resultado (1).

73. — O delicto imperfecto; suas modalidades.

A execução frustrada de uma resolução criminosa constitue a *tentativa* ou *delicto imperfecto*, expressão preferivel sobretudo nos países cujas leis penaes, como a nossa, distinguem entre a tentativa e o delicto frustrado, empregando assim as expressões tentativa e delicto tentado num sentido mais restricto.

Note-se todavia que, rigorosamente fallando, não ha delicto imperfecto, pois, sempre que um facto se quali-

(1) Vid. Impallomeni, *Il codice penale italiano illustrato* cit., t. 1, n.º 137.

fica como crime, concorrem nelle os dois requisitos essenciaes a todo o crime: uma acção imputavel e a violação da lei penal. A tentativa de delicto, por isso que é delicto, ha de satisfazer, como qualquer outro delicto a estes dois requisitos.

A tentativa de delicto é delicto imperfecto no sentido de não se ter verificado a lesão do direito subjectivo constitutiva do delicto que se queria commetter, e haver sómente uma aggressão ao direito de outrem não seguida de effeito, sem embargo de que a lei penal foi violada por se ter agido contra as suas normas.

O delicto imperfecto é, pois, a execução frustrada de uma resolução criminosa. O delinquente pôde não ter conseguido o effeito criminoso que se propunha com a propria acção ou omissão: em tal caso, o delicto não é consummado, mas é tentado, por que se praticou um esforço para commetter-o e não se verificou a lesão juridica a que o facto era dirigido.

Todavia este deve ser incriminado, pois que não se verificou uma simples manifestação da intenção criminosa, mas uma acção pela qual se operou contra a prohibição da lei penal, que por isso foi violada; não se commetteu a lesão juridica constitutiva do delicto, que o agente pretendia, mas pôs-se em perigo o direito contra o qual se dirigiu a acção, havendo assim uma consequente diminuição da segurança social. E é precisamente n'esta perturbação que está a lesão juridica subjectiva, característica do delicto imperfecto, e o fundamento da sua punição.

Mas o delicto imperfecto deverá ser punido da mesma forma que o perfeito?

Para melhor se poder resolver o problema convém fazer a distincção da escola italiana, perfilhada pelo nosso codigo, entre crime tentado ou simplesmente tentativa e delicto frustrado.

Segundo esta distincção, o delicto é tentado quando é imperfecto tanto objectivamente, por se não ter dado a lesão jurídica que estava na intenção do agente, como subjectivamente, por não se haverem praticado todos os actos de execução necessários para produzir a referida lesão; o delicto é frustado quando é imperfecto objectivamente, mas subjectivamente perfeito por se terem praticado todos os actos executivos necessários, sem que todavia se tenha realisado a lesão que se queria, isto é, sem que o delicto seja consummado (1).

(1) Alguns codigos, como o ottomano, o montenegrino, o sueco, não apresentam noção alguma de tentativa nem regras geraes sobre a sua punição, providenciando, todavia, a seu respeito na parte especial relativamente a alguns crimes.

Para outros codigos, como o allemão, o hollandês, o dinamarquês, o hungaro, o grego, o brasileiro, o japonês, a tentativa é caracterizada por um principio de execução interrompido por circumstancias independentes da vontade do agente; não se distingue a tentativa do crime frustado; alguns actos, embora na intenção do agente sejam considerados como principio de execução de um crime incompleto, são considerados pela lei como crimes perfeitos e menores; a tentativa é sempre punida com uma pena menor do que a do crime consummado, mas ao passo que uns d'estes codigos prevêem e punem sempre a tentativa, quer de crimes, quer de delictos, outros prevêem sómente a de crimes, e, quanto a delictos, só a punem nos casos expressamente declarados na parte especial; a tentativa de contravenção nunca é punivel, e alguns codigos assim o declaram expressamente.

Outros codigos, como o italiano, o belga, o hespanhol, distinguem entre a tentativa acabada, ou entre o crime tentado ou simplesmente tentativa, e o crime frustado.

No systema d'estes codigos, a que podemos chamar italiano, encontram-se, além dos elementos existentes no systema dos codigos anteriores, a que podemos chamar allemão, mais os seguintes: a tentativa subdivide-se em duas modalidades caracterizadas pela relativa aproximação da realisação do crime; a primeira consiste em um simples começo de execução, a segunda em uma execução completa; a primeira é uma execução parcial, a segunda é uma execução em que o agente esgota todos os meios ao seu dispôr, mas sem resultado; na primeira a intenção criminosa

73. — Continuação: a tentativa simples.

A generalidade dos escriptores e das legislações admite a punição da simples tentativa (1), embora seja notavel a divergencia quanto aos fundamentos e quanto á forma de punir.

pôs-se em movimento mas deteve-se depois, na segunda o crime consummou-se subjectivamente mas não objectivamente.

Dada a differença entre estes dois phenomenos, é natural que a pena comminada para o crime frustado deva ser maior que a estabelecida para a tentativa.

Finalmente, ha outros codigos, que não só não distinguem entre a tentativa e o crime frustado, mas que egualam, sob o ponto de vista da punição, todas as formas de tentativa ao crime consummado.

É o systema do codigo penal francês, que no artigo 2.º dispõe: « Toute tentative de crime qui aura été manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur, est considérée comme le crime même ». Depois, pelo artigo 3.º, as tentativas de delicto são punidas nos casos especialmente previstos pela lei, e quasi sempre como os delictos consummados; mas algumas vezes com penas menores, como no caso de tentativa de corrupção de empregados publicos (art 179.º).

Este é tambem o systema seguido pelo código austriaco, que, no § 8.º, declara que para constituir um crime não é necessario que o maleficio seja realmente consummado, bastando que seja tentado, comtanto que o agente emprehenda uma acção conducente á effectiva execução e que esta seja interrompida sómente por impotencia, por obstaculos supervenientes ou por acaso. E, enumerando entre os circumstancias attenuantes a de o acto haver permanecido nos limites do attentado, manda gradual-a conforme o attentado ficar mais ou menos distante da consummação do crime.

(1) No direito romano mais antigo a tentativa não era, em regra, reprimida penalmente; não se punia a simples intenção, nem o delicto imaginario, nem o commettido com meios inidoneos. É só no direito justinianeu que surge, embora de modo

É corrente a opinião de que deve ser punida, porque os actos de execução que a constituem são inequívocos, revelando claramente a intenção de commetter o delicto.

Razão pouco accetável.

A lei pune a tentativa, não pela intenção que o agente revela de offender um direito, mas por ser acção perigosa para o direito, por constituir um perigo effectivo para a sua integridade.

Exceptua-se todavia, geralmente, o caso de o proprio agente renunciar voluntariamente a continuar a execução, ou seja por motivos internos e pessoais, como o arrependimento, a piedade para com a victima (abandono da tentativa ou desistencia do fim), ou seja por causas externas moraes, com o receio de ser descoberto, denunciado ou preso, ou o reconhecimento de que a empresa foi mal preparada, aguardando-se a execução para melhor ensejo (desistencia dos meios).

Admittem alguns escriptores a isenção da responsabilidade no primeiro caso, mas não no segundo, porque

fragmentario e incoherente, o conceito da punibilidade da tentativa (*conamen, conari, temptare*), especialmente a respeito dos delictos de nova criação. A tentativa era, em regra, comminada com sanção menos severa do que o crime consummado.

Entre os povos germanicos, dado o seu conceito do delicto, natural era que fosse desconhecido o instituto da tentativa; e no direito canonico reconhece-se desde o seculo iv que os peccados de pensamento não são juridicamente puniveis. Dominava o principio da impunibilidade da *nuda cogitatio*: *quando tantum cogitat, nec agit, nec perficit, dico infallibiter, quod non punitur*. Ao contrario, o antigo direito inglês affirma a maxima *voluntas reputabitur pro facto* e pune a intenção do crime, mesmo sem acto exterior.

Os escriptores italianos da idade media inauguram a distincção entre a tentativa e a consummação e inspiram a antiga jurisprudencia, que subdivide a tentativa em remota, proxima e muito proxima. Mas debalde se procuraria nos escriptores uma doutrina da tentativa no sentido moderno.

Vid. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano* cit., t. II, pag. 350 e segg.

o agente que desiste por qualquer dos motivos referidos nenhuma confiança inspira, nenhuma garantia offerece contra qualquer recidiva da tentativa no futuro. A pusillaniedade e o medo, que determinaram a desistencia actual, nem sempre serão sufficientes para vencer qualquer tentação futura despertada em melhor oportunidade.

No entanto, a doutrina dominante nos codigos é a da impunidade, baseada, não em razões juridicas, mas de conveniencia e oportunidade: considera-se que, em tal caso, a impunidade é de boa politica, não só porque favorece a desistencia voluntaria e provoca o arrependimento, mas tambem porque o procedimento judicial, quando o criminoso é tão pouco conhecido, acha-se envolto em difficuldades de prova e exposto a riscos de erro.

Assim, pois, o começo de execução sómente é tentativa punivel quando o auctor foi impedido de attingir o fim por circumstancias independentes da sua vontade, como se, no momento de disparar a arma ou dar a punhalada, a victima, mais forte ou mais agil do que elle, ou um terceiro lhe segurou o braço e o impediu de disparar ou de vibrar o golpe.

Quanto á fórma da punição, os escriptores da escola classica, na sua maioria, sustentam que a pena deve ser inferior á do crime consummado, porque seria injusto applicar a pena do crime consummado a um simples principio de execução, que reduz ao minimo o perigo corrido e deixa a dúvida de que nos actos successivos da execução poderia dar-se o arrependimento.

Garofalo, sustentando uma doutrina original, diz que a tentativa em uns casos deve ser punida como crime consummado e em outros não deve ter pena alguma, conforme a probabilidade do crime fôr tão grande que não possa racionalmente duvidar-se de que elle teria sido realisado, se uma força externa não interrompesse a execução, ou houver uma grande probabilidade em con-

trario, isto é, a de desistência voluntária antes do ultimo acto necessario á consummação. No primeiro caso — perigo identico ao do crime consummado e por isso igual pena; no segundo — perigo duvidoso e por isso nenhum direito social de repressão.

E, para avaliar o perigo que o agente da tentativa pôde offerêr, Garofalo recorre aos precedentes do criminoso, como se é um criminoso habitual susceptivel de respeito de si mesmo, sem receio da opinião publica e das penas; ou ainda um delinquente feroz privado de altruismo e estimulado ao crime por uma paixão brutal e invencivel, ou se se trata d'um individuo em quem o senso moral soffreu um imprevisto desfalecimento por effeito de uma influencia externa, nova e difficil de reproduzir-se (1).

Para podermos apreciar a doutrina de Garofalo com a da escola classica, precisamos de considerar o problema sob o ponto de vista do fundamento e fim da punição.

O fim geral da pena é a defesa social, que comprehendendo a intimidação.

Quando fallamos em intimidação, referimo-nos mais á intimidação geral do que á particular, mais á que tem por fim evitar a imitação do que á que visa a prevenir a reincidencia.

Para assegurar a intimidação cumpre assegurar ás penas um minimo de duração, que não possa ser transposto pelo julgador. O que se não deve é estabelecer o limite maximo da pena, por isso que, tendo esta por fim a defesa da sociedade, não podemos anticipadamente determinar qual o quantitativo sufficiente para tornar inoffensivo aquelle que se mostrar dominado por instinctos anti-sociaes.

(1) *Criminologia* cit., pag. 352 e segg. Vid. Marucci, *La nuova filosofia del diritto criminale* cit., pag. 225 e segg.

D'esta maneira, partindo do fim assignado á pena pela escola italiana — a defesa social —, devemos concluir que a pena se deve proporcionar ás necessidades da intimidação geral, da regeneração do criminoso.

O meio de combinar estes dois principios é estabelecer, ao lado da duração legal da pena, uma duração suplementar. Deve, pois, fixar-se na sentença o limite minimo de duração da pena e admitir-se supplementarmente a prolongação da detenção, se ao cabo d'esse limite minimo o criminoso não estiver regenerado, para que se possa produzir a intimidação geral e conseguir a regeneração do criminoso.

A apreciação da doutrina de Garofalo depende, pois, da seguinte averiguação: o perigo é o mesmo quando a predisposição se revela por tentativa ou por crime consummado?

O perigo deriva da predisposição criminosa que admite gradações differentes, desde a delinquencia, que se manifesta por uma simples iniciativa, até á consummação.

Um individuo pôde ser perverso para desejar o maior mal ao seu semelhante e não ter audacia ou força de vontade bastantes para arrostar com os obstaculos, habilitade ou aptidão sufficientes para calcular bem e não errar na execução (presteza, firmeza de mão, sangue frio, etc.), e persistencia para perseverar na resolução tomada.

Ora, sendo assim, de fôrma alguma se poderá punir do mesmo modo aquelle em quem a vocação para o crime se manifesta só no primeiro grau, e aquelle que reúne todas as condições e requisitos.

O crime consummado depende de uma delinquencia consummada, de um temperamento criminal completo.

E a tentativa conterá os mesmos elementos e será indicio de uma força criminal identica?

De nenhum modo. O que revelou perversidade de desejos, pôde não ter audacia, perseverança e aptidão suficientes para concluir o projecto delictuoso.

O grau de delinquência é por isso mesmo muito menor que no crime consummado.

Nesta ordem de ideias somos levados a rejeitar, em nome dos principios da escola italiana, a these de Garofalo sobre a punição da tentativa com pena igual á do crime consummado.

Note-se, todavia, que, segundo a doutrina que deixamos expendida, pode acontecer que o agente de uma tentativa soffra pena igual ou superior á do auctor do crime consummado, visto que admittimos a prolongação supplementar da pena alem da duração legal, afim de assegurar a regeneração do criminoso.

Os precedentes do individuo, se é aos judiciaes que Garofalo se refere, devem numa boa organização penal estabelecer uma presumpção favoravel ao delinquente, que deve suppôr-se ter sido regenerado na prisão; e se é aos extrajudiciaes, não bastam elles para revelar um temperamento criminal completo.

As considerações expostas, se nos conduzem a rejeitar a punição da tentativa de modo igual á do crime consummado, levam-nos tambem a rejeitar a sua impunidade completa em certos casos. Se a tentativa não revela uma delinquência completa (isto é, com todos os graus mencionados), revela comtudo aptidão para a iniciativa criminosa.

Não pôde merecer-nos a mesma confiança aquelle que uma vez se manifesta por uma tentativa criminosa e aquelle que nunca desmentiu os seus bons propósitos.

75. — Continuação: o delicto frustrado.

Em relação ao crime frustrado, a escola classica objectiva sustenta que a pena do crime frustrado deve ser inferior á do crime consummado.

É certo que o agente fez tudo para consummar o delicto, mas o mal do crime não se chegou a produzir; a victima não existe.

A pena deve ser superior á da tentativa suspensa, porque o agente foi mais longe: os actos que praticou a mais devem ser levados em conta; mas deve ser inferior á do crime consummado, porque o resultado final não se chegou a produzir.

A estas considerações accrescenta Ortolan que o sentimento publico e o sentimento individual do criminoso vêem confirmar a mesma doutrina.

De dois homicidas, um dos quaes matou a victima e o outro não chegou a realisar o seu projecto, o primeiro experimenta remorsos mais vivos do que o segundo, e o sentimento publico é muito mais severo para o individuo que chegou a manchar com sangue as mãos homicidas, do que para aquelle cujo golpe falhou.

Diferente d'esta é a doutrina da corrente subjectivista e da escola anthropologica.

Effectivamente, os argumentos apresentados nada provam contra o principio da equiparação do crime frustrado ao consummado, desde que o crime frustrado representa a execução completa.

O remorso do delinquente não é senão o reconhecimento de que, sob a influencia dos motivos actualmente presentes á consciencia, o crime repugna ao sentimento moral do individuo.

O remorso olha ao passado, ao passo que as penas olham ao futuro.

O sentimento publico resulta da representação mais ou menos viva da dôr alheia; não admira, pois, que seja differente nos casos de mallogro e consummação.

Mas não é este o aspecto que interessa ao criminalista.

É sob o ponto de vista do perigo social que temos de resolver a questão. E o perigo é identico, quer com relação á reincidencia, quer com relação á imitação.

Se foi unicamente a obra do acaso que frustou a consummação do crime, praticando o agente da sua parte todos os actos que deviam conduzir ao resultado final, é claro que a mesma serie de actos, praticada no dia seguinte, pelo mesmo ou por outro individuo, poderá ter como effeito o mal do crime.

O acaso é uma força com que se não pôde contar ; e sendo o sentimento do perigo tão intenso num como noutro caso, a punição deve ser identica (1).

75. — O delicto impossivel.

O delicto pôde ser frustrado em virtude de uma impossibilidade material de execução ignorada do agente, como por exemplo, para o crime de bigamia, a ignorancia da morte do primeiro conjuge ; para o de aborto, a ausencia de gravidez ; para o de homicidio, a falta do projectil extrahido da arma sem conhecimento do agente, etc.

Nestes diversos casos, a ausencia do resultado é devida a uma circumstancia independente da vontade do agente, e parece que sob este ponto de vista ha delicto frustado ; poderá, porém, dizer-se ter havido execução pelo agente quando ella era materialmente impossivel ?

Nesta theoria do delicto impossivel são maiores ainda as divergencias das escolas.

(1) No Congresso da União Internacional de Direito Penal celebrado em Lisboa em abril de 1897 foi debatida a questão, sendo apresentados dois relatorios : um de Thiry (professor de direito criminal na Universidade de Liège), que conclue por punir a tentativa com a pena do delicto consummado, e outro de Roux (professor na Universidade de Dijon) que mantem a distincção gradual da infracção tentada, frustrada e consummada. Vid. *Bulletin de l'Union Internationale de Droit Pénal*, 1897, pag. 305 e segg.

A impossibilidade pôde ser *em razão do objecto* ou *em razão dos meios* e uma e outra pôde ser absoluta e relativa.

A impossibilidade concernente ao objecto é absoluta, quando o objecto não existe, ou não tem as qualidades essenciaes para a perpetração do delicto : por exemplo, procurar matar um cadaver, atirar a um tronco suppondo ser um homem ; é relativa, quando o objecto do delicto existe realmente e apresenta as qualidades sufficientes para a execução, mas não se encontra no logar onde o agente o suppunha, como se o assassino dispara sobre a carruagem em que suppunha ir a victima, quando aquella ia vasia.

A impossibilidade respeitante aos meios é absoluta, se os meios empregados são radicalmente inefficazes e impotentes para produzir o resultado, como se o homicida dispara um tiro de polvora secca, ou a uma distancia fóra do alcance normal da arma, ou subministra, para envenenar a sua victima, substancias inoffensivas ; é relativa, se os meios, efficazes em si mesmos e tendo o poder de produzir o resultado desejado, se tornaram impotentes em virtude da sua má utilização ou de circumstancias absolutamente fortuitas, como se o homicida disparou a arma carregada mas visou mal, se a victima evitou o golpe, etc.

Na propria escola classica são notaveis as divergencias a este respeito.

A corrente objectivista só vê delicto frustrado punivel quando a impossibilidade é relativa, quer a respeito do objecto, quer dos meios ; sendo absoluta a impossibilidade, não ha tentativa nem delicto frustrado, mas simples manifestação de um pensamento criminoso sem delicto.

A corrente subjectivista, segue, como é natural, orientação diversa. Para ella o facto não tem importancia senão como expressão da vontade do agente, e, quando aquelle é bastante caracteristico para revelar a

vontade precisa e irrevogavel de commetter um determinado delicto, nenhuma distincção ha a estabelecer entre os diversos casos de impossibilidade de execução ou de insufficiencia dos meios.

D'esta doutrina se approxima a moderna escola criminal positiva.

Assente como criterio da penalidade a temibilidade do delinquente, a questão da punibilidade da tentativa inidonea é de facil solução, diz Garofalo.

Se o crime revelou o delinquente, o exame deste revelará a categoria a que elle pertence. Na tentativa manifestou-se a vontade criminosa, fossem ou não idoneos os meios, e tanto basta, em regra, para a sua punibilidade.

Todavia é necessaria uma certa limitação indicada pelo principio da temibilidade.

Se a vontade, comquanto criminosa, não é perigosa, cessa a razão da pena. O delinquente não temível não deve ser punido. Por isso, se a inidoneidade do meio revela falta de temibilidade no agente, deve ella excluir da tentativa todo o character criminoso.

Importa, porisso, ver se o delinquente conhecia na realidade o meio que adoptou, ou se, julgando servir-se dum meio idoneo, empregou outro inidoneo. No primeiro caso o delinquente não é temível; no segundo caso ha perigo e, portanto, deve haver punição. Assim, um individuo vae comprar a uma pharmacia arsenico e recebe, sem o saber, um pó inoffensivo que subministró á victima: deve ser punido como envenenador, embora uma circumstancia tornasse impossivel o envenenamento. Não ha perigo na acção, mas ha perigo por ella revelado.

Pelo contrario, se um individuo tem a pretensão de envenenar outro, por exemplo, com assucar, é inteiramente inoffensivo, embora perverso. Em tal hypothese não ha crime, não porque o meio não era idoneo, mas porque a inidoneidade do meio manifestou a inidonei-

dade do agente. A vontade, embora mal intencionada, não é perigosa.

Depois de estabelecer algumas restricções quanto aos meios cuja efficacia só pôde ser conhecida pelas pessoas que teem certos conhecimentos technicos, e quanto á ignorancia das creanças, pois que o agente pôde com facilidade vir a adquirir essas habilitações, formula Garofalo as seguintes regras:

« Em vez de examinar-se a inhabilidade dos meios, examine-se a do agente. Importa pouco o perigo inherente ao acto; o que interessa é o significado d'esse acto quando visto, não isoladamente, mas em relação ao auctor. O meio inidoneo pôde, sem duvida, demonstrar em muitos casos a impotente vontade do agente; terá, portanto, importancia como argumento a discutir e não como condição, excluindo por si a punibilidade e subtrahindo ao acto o character criminoso (1).

Exposta a doutrina das differentes escolas ácerca da punição do crime impossivel, resta-nos apreciar a segundo o principio que estabelecemos: a pena deve proporcionar-se á defesa social e, por consequencia, ao grau de receio que o crime inspira.

Segundo este principio, parece em geral verdadeira a doutrina de Garofalo. É preciso que a vontade não seja só criminosa, mas tambem perigosa.

Devemos, porém, notar que a applicação das penas não tem aqui a mesma base que na tentativa e frustração de crimes possiveis. Nestes, a tentativa e a frustração conduzem ao crime consummado, e são punidas por causa da imitação e da reincidencia.

Mas nos crimes impossiveis não se dá o mesmo: não ha perigo em imitar um crime impossivel, ou em que o mesmo agente repita o que já fez. Portanto, a base da punição é diversa.

(1) *Criminologia* cit., pag. 339 e segg.

O que se deve prevenir nos crimes impossíveis é a applicação de meios proprios para a realisação do crime. Aquelle que usou d'uma substancia inoffensiva poderá em outro momento usar duma substancia venenosa; e é isto que se deve prevenir.

Em todo o caso, é necessario que o agente tenha conhecimento dos meios que emprega; é preciso que, apontando a um morto, o supponha vivo, e que, ministrando qualquer substancia inoffensiva, a supponha toxica. Se o agente emprega um meio que sabe ser inapto, e se é adulto, é um criminoso inoffensivo, porque é incapaz de realisar os seus intuitos.

Portanto, é preciso que o agente tenha a convicção de que emprega meios aptos, embora sejam inaptos, para evitar que se punam imbecis.

Todavia, pôde haver materia punivel mesmo quando o agente tem conhecimento dos meios que emprega. Não deve neste caso estabelecer-se em absoluto a impunidade do agente, porque pôde ter em vista, não consummar o crime, mas sómente ameaçar; e neste caso deve ser punido, não como auctor de tentativa, mas como auctor do crime de ameaça (por exemplo, um individuo que, para ameaçar outro, lhe aponta uma espingarda descarregada, sabendo que ella o está).

Fóra d'esta hypothese da ameaça, é claro que o agente que emprega meios reconhecidamente inaptos é um imbecil ou um louco. Mas por este facto não se pôde concluir que elle não seja perigoso.

No caso em que o agente tenta um crime impossivel, ou porque os meios são inaptos ou porque a impossibilidade resulta do objecto, devemos averiguar se está dominado por uma monomania invariavel quanto ao objecto e quanto aos meios; isto é, se a monomania consiste em empregar sempre os mesmos meios inaptos ou em se dirigir sempre aos mesmos objectos em que o crime é impossivel.

Assim, pôde alguém ter a monomania de envenenar com assucar ou de matar homens, ferindo arvores. É claro que nestes casos não ha perigo nem receio de que o agente pratique um crime.

Mas, se o agente tem a monomania de envenenar e emprega para isso diversos meios, pôde bem succeder que um dia empregue meios idoneos; ou se, tendo a monomania de matar homens, atira não só a arvores, mas a outros objectos, pôde tambem succeder que um dia atire a homens.

Portanto, não parece que se possa concluir com segurança que, no caso sujeito, a sociedade nada tenha a temer. Deve verificar-se até que ponto se torna perigosa a monomania, e, sendo perigosa, é preciso tomar contra ella as mesmas precauções que se empregam contra os loucos.

A doutrina de Garofalo não se pôde, portanto, admitir sem algumas restricções (1).

76. — A tentativa no codigo penal portuguez: elementos constitutivos.

As disposições do nosso codigo ácerca do delicto imperfecto inspiram-se na orientação da escola penal classica, podendo integrar-se no grupo de legislações que seguem o systema por nós denominado de italiano.

Declarando puniveis não só o crime consummado mas tambem o frustrado e a tentativa (2), o codigo exige para a punição d'esta ultima figura criminosa a verificação de quatro condições:

(1) Vid. Saleilles, *Essai sur la tentative et plus particulièrement sur la tentative irrealisable*, 1897, pag. 39 e segg.; Benevolo, *Il tentativo nella dottrina, nella legge e nella giurisprudenza*, 1887, pag. 51 e segg.

(2) Codigo penal, art. 8.º

a) *Intenção do agente.* — O elemento intencional e voluntario é na tentativa o elemento preponderante: a intenção precisa, o dolo determinado deve ser nitidamente estabelecido a respeito do agente, para que possa ser considerado culpado da tentativa de um crime.

Quiz o legislador consignar expressamente na lei que não havia tentativa punível sem intenção criminosa, e que, consequentemente, a negligencia, que o artigo 2.º declara punível nos casos especiaes determinados na lei, nunca era elemento de punibilidade quando o crime se não consummasse.

Não ha, pois, tentativa punível nos crimes não intencionaes ou culposos. Theoricamente, julgamos, porém, de repellir tal doutrina. Nos crimes dolosos a figura da tentativa integra-se quando o damno que devia fatalmente produzir-se, dada a intenção do agente, não se verifica por circumstancias independentes da sua vontade; nos crimes culposos teremos a tentativa quando o damno, que a imprudencia ou negligencia devia necessariamente determinar, não se produz por um accidente estranho á vontade do agente. O mal não se verificou, mas pela negligencia, pela imprudencia devia produzir-se; o individuo apresenta-se, pois, sob um certo aspecto, temivel, devendo á sua acção corresponder a reacção social (1).

(1) A possibilidade da tentativa nos delictos culposos é negada por classicos e positivistas. Vid. Castori, *Il tentativo*, apud *Trattato completo* cit., t. 1, parte 3.ª, pag. 360 e segg.; Sighele, *La teorica positiva della complicità*, 1894, pag. 157 e segg. Admittem-a, entre outros, Angiolini, *Dei delitti colposi*, 1901, pag. 255 e segg.; Gallet, *Notion de la tentative punissable*, pag. 95 e segg. Cfr. As nossas *Theses de direito*, 1906, pag. 23.

E, examinando a nossa lei penal, vemos que em certas contravenções se incarna claramente a figura do crime culposos tentado. Se não pôde afirmar-se que a imputabilidade em materia de contravenções se deva sempre ligar á ideia de culpa, visto que em muitas contravenções previstas pela nossa lei é evidente o dolo, é, todavia, necessario reconhecer-se que, em muitos casos, a punibilidade é estabelecida exclusivamente pelo eventual perigo que corre a sociedade por causa da negligencia alheia.

Relativamente a alguns crimes passionaes, aos delictos de impeto, uma antiga doutrina, inspirada em considerações psychologicas, excluia a punibilidade da tentativa, porisso que, exigindo ella premeditação e calculos delictuosos, não seria concebivel nos crimes de resolução instantanea.

Mas, além de que nem sempre a tentativa importa os elementos da premeditação e do calculo, as paixões, precipitando as determinações, não impedem necessariamente a possibilidade da tentativa; nem a difficuldade da prova para discutir a intenção dirigida á execução de um dado maleficio é motivo sufficiente para desarmar a lei e tornar incompleta a tutela juridica. A lei penal não pôde occupar-se de uma ou outra contingencia de facto: deve tão sómente determinar em que consiste o elemento intencional da tentativa, salvo ao juiz o dever de apreciar o complexo das circumstancias de facto para decidir, por exemplo, se o delinquente, que feriu em um impulso repentino, visava ao homicidio (1).

(1) Código penal, art. 350.º.

O artigo 11.º, referindo-se exclusivamente aos crimes, exclue a punibilidade da tentativa de contravenção (1). A contravenção é sempre definida nos elementos constitutivos da sua consummação e, faltando outras normas que estabeleçam uma sanção para quem a tenha simplesmente tentado, não poderá naturalmente ser punida senão quando seja consummada. Devemos, porém, notar que, não por motivos de incompatibilidade jurídica mas por um criterio de oportunidade politica, é excluída a punibilidade da tentativa nas contravenções: ha contravenções complexas que podem ser tentadas, e se a contravenção não exige tambem não exclue, como dissémos, o concurso do dolo.

b) Começo de execução. — Este requisito é uma consequencia do principio geral de que a simples intenção, o mero proposito, a vontade não manifestada em actos externos não constituem objecto de repressão penal. E, pois que a lei exige o começo da execução do delicto, fica excluído da noção da tentativa tudo o que não pertença directa e materialmente ao processo executivo do mesmo delicto: as manifestações symbolicas de uma vontade criminosa, o plano, a instigação, etc., não são punidos a titulo de tentativa de crime, em-

(1) Expressamente o declaram muitos codigos: o codigo penal russo de 1903 (art. 49.º n.º 3.º), o projecto federal suíço de 1903 (art. 227.º), o codigo de Neuchâtel de 1891 (art. 58.º), etc. Outros codigos não reprimem mesmo a tentativa de delicto, em opposição aos crimes, como o codigo penal norueguês de 1902 (§ 49.º); ou a punem só nos casos expressamente designados na lei, como o codigo penal allemão (§ 43.º).

bora possam ser reprimidos como crimes em si mesmos (1).

Para a noção da tentativa é ainda necessario que a execução seja incompleta. O facto de não ter realisado tudo o que era necessario para a consummação do delicto implica que o agente não desenvolveu inteiramente a propria acção, ficando alguma cousa por executar relativamente aos meios por elle escolhidos (v. g. disparar depois de ter feito pontaria, vibrar o golpe na victima depois de ter levantado o braço armado de punhal). Mas não é necessario que elle tenha esgotado todos os meios que tinha ou podia ter á sua disposição (por exemplo, disparar segundo tiro tendo falhado o primeiro), ou tenha procurado vencer os obstaculos encontrados pelo meio idoneo por elle adoptado (como tentar fazer penetrar o punhal através das malhas metallicas que o retiveram). Quando o delinquente se serviu completamente de um meio idoneo e por si mesmo sufficiente para produzir a consummação, não se verifica a tentativa de delicto, porque elle fez tudo o que era necessario para consummar o crime.

c) Suspensão da execução por circunstancias independentes da vontade do agente. —

(1) O nosso direito positivo não reprime senão a tentativa de crime, enquanto a tentativa de circunstancias aggravantes, que comportam conceitualmente a possibilidade da tentativa, não sendo prevista pela lei, não é punivel. Assim, no caso de delicto simples consummado com subsequente tentativa (execução incompleta) de circumstancia material aggravante, o auctor é punido sómente pelo delicto simples consummado e não por tentativa do mesmo delicto aggravado: o individuo que tenta o escalamento, sem o consummar, para transportar a cousa subtrahida, é punido só pelo furto simples consummado.

Conforma-se o nosso código com a doutrina geralmente seguida pelas legislações, mas criticada por alguns criminalistas.

Ha, pois, que distinguir entre a tentativa *impedida*, isto é, suspensão por circunstâncias independentes da vontade do agente (fortuitas ou causadas pela vontade de terceiros) e a tentativa *abandonada*, isto é, suspensão pela própria vontade do agente. No primeiro caso é punível e no segundo não.

Todavia, ambas estas regras soffrem excepções. As relativas á tentativa abandonada reduzem-se a dois grupos:

1) A tentativa abandonada, ainda que em si mesmo punível, pôde ser punida como crime distincto quando os actos de execução forem incriminados pela lei como crimes consummados. O abandono da tentativa não é neste caso causa justificativa d'estes crimes, como expressamente declara o artigo 13.º. Assim o individuo que, tendo resolvido matar o seu inimigo, depois de o ferir, movido pela piedade para com a victima, suspende a execução, nem por isso deixa de ser punido pelo crime de ferimentos voluntarios, conforme os casos (1); aquelle que, visada a victima, aterrado com a gravidade do crime, deixa de disparar a arma, responderá pelo porte de arma prohibida (2).

2) É tambem punível a tentativa abandonada nos casos especiaes em que a lei a qualifique como crime consummado. Assim, no caso de crimes contra a religião (3), contra a

(1) Código penal, artt. 360.º e 361.º.

(2) Código penal, art. 253.º § 1.º.

(3) Código penal, artt. 130.º n.º 2.º e 3.º e 131.º; Decreto de 15 de fevereiro de 1911, art. 4.º; Decreto de 20 de abril de 1911, artt. 11.º e segg.

segurança exterior do estado (1), attentado contra a vida do Presidente da Republica ou do Governo Provisorio (2), crimes de rebelião (3), crime de tirada e fugida de presos (4), falso nome (5), monopolio (6), attentado contra o pudor (7), crime de homicidio, de carcere privado ou o de violação (8).

A excepção á regra de que a tentativa impedida é punível relaciona-se com o quarto requisito exigido no artigo 11.º do código para que haja tentativa.

d) *Punição do crime consummado com pena maior.* — Este requisito, bem como o referido em o n.º 3.º, não são propriamente elementos constitutivos da tentativa, como parece dar a entender o artigo 11.º do código, mas condições necessarias para ella ser punível (9).

A condição de ser punido o crime consummado com pena maior filia-se no artigo 3.º do código penal francês, á parte a differença de que este código se refere aos delictos e abrange na palavra tentativa tambem a frustração, enquanto que o nosso abrange só a

(1) Código penal, artt. 142.º e 143.º.

(2) Código penal, artt. 163.º § 1.º; Decreto de 28 de dezembro de 1910.

(3) Código penal, artt. 170.º e 171.º n.º 1.º e 4.º.

(4) Código penal, art. 190.º.

(5) Código penal, artt. 233.º.

(6) Código penal, artt. 276.º § unico e 277.º n.º 1.º e 2.º.

(7) Código penal, art. 391.º.

(8) Código penal, artt. 433.º e 434.º § 2.º.

(9) Mais rigoroso era, sob este ponto de vista, o código de 1852, que, definindo a tentativa no artigo 6.º, indicava nos artigos 7.º e 8.º como condições necessarias para a sua punibilidade os requisitos que o artigo 11.º do código actual refere sob os n.º 3.º e 4.º.

tentativa simples. E, porque não admitiu os delictos como uma categoria distincta de infracções, teve de excluí-los de modo indirecto referindo-se ás penas maiores. D'onde a conclusão de que a tentativa de crimes ou delictos a que correspondam penas correccionaes e especiaes não é punível, em regra, embora a tentativa tenha sido impedida.

Esta distincção não é admitida por todos os codigos e parece-nos pouco defensavel, sobretudo desde que se exigiu como elemento moral constitutivo da tentativa a intenção do agente, excluindo-se assim os crimes ou delictos culposos, que nunca são puniveis com penas maiores (1), e desde que houve necessidade de estabelecer numerosas excepções a esta regra.

São, com effeito, muitos os casos excepçionaes em que, apesar de ser applicavel pena correccional ao crime consummado, a lei expressamente declara punível a tentativa d'esse crime. Taes os crimes contra a religião (2), passagem de português para uma nação inimiga (3), suborno para testemunho falso (4), introduccção em casa alheia, havendo violencia ou ameaça, ou com escalamento, arrombamento ou chaves falsas, (5), furto (6).

Em todos estes casos corresponde ao crime consummado uma pena correccional, como é

(1) Codigo penal, art. 110.º.

(2) Codigo penal, art. 130.º n.º 2.º e 3.º; Decreto de 15 de fevereiro de 1911; Decreto de 20 de abril de 1911.

(3) Codigo penal, art. 146.º § unico.

(4) Codigo penal, art. 240.º § 3.º com referencia ao art. 238.º §§ 3.º e 4.º.

(5) Codigo penal, art. 380.º § 2.º

(6) Codigo penal, art. 421.º § 1.º; Lei de 3 de abril de 1896, art. 3.º § unico.

facil verificar, e todavia a lei declara expressamente que a tentativa é punível ou pela forma especial referida nas citadas disposições, ou segundo as regras geraes.

77. — Continuação : sanccção.

É no artigo 105.º do codigo penal que se encontra formulada a regra geral sobre a punição da tentativa.

Como d'ella se vê, a tentativa é punida mais levemente não só do que o crime consummado, mas até que o crime frustrado, pois se lhe applica a mesma pena que a este, mas attenuada, como se nelle houvera circunstancias attenuantes.

Para se applicar esta regra é necessario determinar primeiro a pena applicavel ao crime, suppondo que elle fosse frustrado. Mas, como proceder se o artigo 104.º apenas determina a pena applicavel aos crimes frustrados quando aos consummados corresponderem determinadas penas maiores? E se corresponderem outras penas maiores ou penas correccionaes e especiaes? Será impossivel nestes ultimos casos a tentativa?

A resposta só pôde ser negativa, não só porque a lei declara punível a tentativa sempre que ao crime corresponda pena maior, mas tambem porque o codigo manda punir, segundo as regras geraes, a tentativa de muitos crimes reprimidos com penas correccionaes.

Por outro lado, a regra do artigo 105.º é reproducção textual do artigo 17.º da lei de 1 de julho de 1867, mas com maior latitude do que tinha neste artigo, pois ao passo que neste se referia exclusivamente ás penas de prisão cellula e degredo, no codigo é muito mais ampla, visto que o artigo 73.º da Nova Reforma Penal mandou observá-la na applicação das penas estabelecidas pela mesma reforma e pelo codigo penal.

É evidente, pois, a necessidade de supprir a deficiência do artigo 104.º do código penal relativamente á punição do crime frustrado.

Como deverá punir-se o crime frustrado quando ao consummado corresponderem as penas dos n.ºs 7.º, 8.º e 9.º do artigo 57.º do código penal, ou qualquer das penas correccionaes? (1).

Não podemos invocar a circumstancia attenuante, vaga, do n.º 23.º do artigo 39.º, porque a falta da consummação não é circumstancia, mas elemento constitutivo do delicto frustrado.

Tambem não pôde servir-nos a disposição do artigo 88.º, que manda attender á gravidade do crime, porque este artigo suppõe que ao crime se applica uma pena determinada, e para o delicto frustrado não ha, salvo casos excepcionaes, penas determinadas na parte especial: estas são comminadas para o crime consummado (2).

Parece-nos que o governo, limitando-se a reproduzir textualmente no artigo 104.º o artigo 72.º da Nova Reforma Penal de 1884, que tinha tido simplesmente por fim modificar o artigo 16.º da lei de 1 de julho de 1867 para o adaptar áquella reforma, visto ter substituido algumas das penas cellulares que nesta se encontravam e tambem as penas fixas em alternativa, omittiu indevidamente na nova publicação official do código penal a ultima parte do § unico do artigo 89.º do código penal de 1852, que não estava revogada, pois nem este artigo foi incluído na enumeração do artigo 43.º d'aquella reforma, que expressamente revogou varios artigos do código de 1852, nem tão pouco ha nella disposições contrarias á que se encontra na referida ultima parte.

Nella se declara que se a pena do crime frustrado fôr temporaria reduzir-se-ha nos termos fixados pela lei.

(1) Código penal, artt. 58.º e 64.º a 68.º.

(2) Código penal, art. 9.º.

Tem, pois, de observar-se ainda esta disposição. Mas a regra nella contida, além de ser vaga e pouco harmonica com a que se encontra no n.º 3.º do artigo 104.º, refere-se positivamente ás penas temporarias, surgindo assim a difficuldade da sua applicação a algumas das referidas penas que não tem o caracter de temporarias, como a pena fixa de suspensão dos direitos politicos (1), a expulsão do estado sem limitação de tempo (2), a reprehensão (3), a demissão (4) e a censura (5).

Entendemos, todavia, que a pena maior de expulsão do estado por tempo indeterminado deve ser substituida pela de expulsão por tempo determinado, o que é auctorizado pelas disposições dos artigos 81.º § 5.º e 89.º § unico, 1.ª parte, do código de 1852; e que a pena fixa de suspensão dos direitos politicos deve ser substituida pela de suspensão temporaria dos direitos politicos (6), em virtude do disposto nos artigos 81.º § 4.º e 89.º § unico do código de 1852 (7).

Determinada a pena correspondente ao crime frustrado, applica-se a regra do artigo 105.º, salvo havendo disposição especial em contrario, como são muitas das que já referimos (8).

Entre estas deve citar-se a lei de 3 de abril de 1896, art. 3.º § unico, sobre o furto, pois, quando ao furto corresponder prisão correccional, manda applicar á ten-

(1) Código penal, art. 57.º n.º 9.º.

(2) Código penal, art. 57.º n.º 7.º.

(3) Código penal, art. 58.º n.º 5.º.

(4) Código penal, art. 59.º n.º 1.º.

(5) Código penal, art. 59.º n.º 3.º.

(6) Código penal, art. 58.º n.º 3.º.

(7) Vid. *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, 1896, pag. 454.

(8) Mandam observar esta regra os artt. 146.º § unico 240.º § 3.º, 380.º § 2.º. Fixam a pena expressamente, sem sujeição a regra geral, os artt. 163.º § 2.º, 179.º comparado com o § 3.º, 183.º § 3.º confrontado com os §§ 1.º e 2.º, 355.º § 3.º.

tativa, não a pena do delicto frustrado attenuada, mas a que caberia ao crime consummado, também attenuada, como se nelle tivessem intervindo circumstancias attenuantes. Restabelece-se para este caso a doutrina do codigo anterior (1), talvez porque neste crime não é possível haver frustração, pois que o ultimo acto de execução — a apprehensão da cousa alheia — importa a consummação do delicto.

Deve notar-se que, nos outros casos de prisão correccional, é também a pena do crime consummado que temos de ligar-nos, dada a necessidade de applicar a segunda parte do § unico do artigo 89.º do codigo de 1852, que manda punir o delicto frustrado com a mesma pena do crime consummado, quando fôr temporaria mas attenuada, sem todavia diminuir o maximo, como faz o artigo 104.º n.º 3.º do codigo actual a respeito das penas de prisão maior celllular por dois a oito annos, prisão temporaria e degredo temporario.

Em todo o caso, o julgador não pôde esquecer que, em harmonia com o pensamento da lei, deve attenuar por duas vezes a pena como se no crime houvesse circumstancias attenuantes, e por isso reduzil-a mais no caso de tentativa do que no de crime frustrado. Isto, independentemente das circumstancias que de facto pôde haver e que em todos os casos teem de ser por elle attendidas, ou para reduzir a pena ou até para a substituir, conforme os casos.

Tratando-se de penas fixas, quer do regimen penitenciario quer de degredo em alternativa, é muito limitada a margem para a attenuação (em regra dois annos na prisão celllular e tres na pena fixa de degredo) (2) e, por isso, no concurso da tentativa com o de circumstancias attenuantes, deverão os juizes

(1) Codigo penal de 1852, art. 89.º.

(2) Codigo penal, artt. 91.º e 92.º; Lei de 1 de julho de 1867, art. 11.º.

recorrer com facilidade á sua substituição, nos termos do artigo 94.º do codigo penal (1).

78. — O crime frustrado no codigo penal português: elementos constitutivos.

O delicto frustrado supõe que o agente realisou todos os actos materiaes constitutivos do delicto: este é consummado sob o ponto de vista subjectivo. E supõe também que o resultado previsto pelo agente não se produziu por uma circumstancia independente da sua vontade: o delicto não se consummou quanto á victima, a execução frustou-se sob o ponto de vista objectivo. Tal o que succede, por exemplo, quando o agente, tendo disparado uma espingarda, não attinge a pessoa que visava.

Foi este o conceito traduzido no artigo 10.º do nosso codigo, que é reproducção textual do artigo 6.º da Nova Reforma Penal de 1884 e substituiu o artigo 11.º do codigo penal de 1852.

Comparando estes dois artigos, encontram-se, áparte ligeiras divergencias de redacção que não modificam substancialmente o sentido, duas alterações importantes que convém signalar, porque melhor nos conduzem á comprehensão do pensamento do legislador e ao alcance da disposição vigente.

a) A primeira reside nas palavras *com intenção*, que não se encontravam no codigo de 1852, e cujo alcance já foi por nós determinado a proposito da tentativa. Devemos, porém, dizer que se pôde defender-se que a negligencia não seja punivel na tentativa, porque, sendo esta uma execução incompleta,

(1) *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, 1897, pag. 453.

podia succeder que desde o ponto em que a execução foi suspensa até ao acto final a vontade recta do agente prevenisse os effeitos da negligencia anterior, outro tanto não pôde affirmar-se a respeito do crime frustrado, porque neste a negligencia foi até ao ultimo ponto, sem que a vontade bem intencionada intervisse, e agora já não tem occasião e ensejo para se manifestar. Se o mal do crime se não produziu, não foi por intervenção do agente, mas por acaso; portanto ha aqui um duplo perigo a prevenir: a reincidencia e a imitação. E tanto bastaria para justificar a punição do crime frustrado, ainda que culposos.

b) A segunda alteração está nas palavras finaes por circumstancias independentes da sua vontade, que tambem foram accrescentadas de novo.

Com que intuito?

Parece que o additamento era desnecessario, pois o contrario não se concebe. Se o agente fez com intenção tudo o que podia fazer para obter o resultado final, é manifesto que se o crime não se consummou não foi por falta de vontade d'elle, mas por circumstancias independentes da sua vontade.

Todavia, já o projecto de 1861 consignava a mesma restricção, dispondo no artigo 22.º que o crime ou delicto era frustrado quando, tendo o agente praticado todos os actos necessarios de execução e exigindo a lei para a consummação um determinado resultado, este não chegou a verificar-se por circumstancias independentes da sua vontade. Accrescentava ainda o mesmo projecto que a circumstancia

impeditiva da consummação se presumia sempre independente da vontade d'este, salva a prova em contrario.

O codigo actual não estabelece expressamente tal presumpção. Todavia, dos principios, como das palavras do relatorio,prehende-se que a doutrina é a mesma.

A base da presumpção subsiste: é a pratica de todos os actos de execução por parte do agente, a sua persistencia através dos actos successivos de execução. Se o agente praticou até ao fim todos os actos de execução, é legitimo presumir que quis consummar o crime. É, pois, a elle que pertence provar que foi por um impulso da sua vontade que o resultado final não se produziu.

No relatorio que precede a proposta da Nova Reforma Penal, explica Lopo Vaz a razão do additamento referido. Diz-se alli: « Convem igualmente estabelecer o preceito de que é indispensavel para o crime frustrado que o facto de se não ter produzido o resultado, considerado pela lei como elemento constitutivo do crime consummado, provenha de circumstancias independentes da vontade do agente, porque é mysterio acautelar a hypothese de parecerem materialmente executados todos os actos que deveriam produzir o crime, e todavia ter sido intencionalmente praticado o ultimo ou os ultimos actos de modo diverso do necessario para aquelle fim ».

Estas razões não justificam o additamento, pois que a hypothese que Lopo Vaz pretende afastar já estava excluida pelo facto de se declarar que havia crime frustrado quando o agente praticava com intenção todos os actos de execução. Se o ultimo ou ultimos

actos do agente foram praticados de modo diverso do necessario para se produzir o mal do crime, como se o agente, no momento de disparar a arma contra uma pessoa, propositadamente levantou o cano e desviou o tiro, é claro que não praticou todos os actos de execução, visto que o ultimo foi praticado por forma a fazel-a falhar. Poderá parecer que praticou todo os actos, mas, realmente, não os praticou, e consequentemente, não ha crime frustrado e nem mesmo tentado, porque a execução, embora começada, foi suspensa por vontade do proprio agente (1).

Mas a clausula, que aliás se encontra tambem noutros codigos, tem um alcance maior do que aquelle que lhe attribue Lopo Vaz.

Póde o agente ter praticado com intenção todos os actos de execução e, todavia, a consummação não se produzir em virtude da vontade do proprio agente.

Assim aquelle que, tendo arremessado alguem a um rio a fim de o afogar, arrependido do seu acto, se lança á agua e o salva; aquelle que presta soccorros e ministra utilmente os remedios da sciencia á pessoa que elle proprio feriu com intenção de a matar e a salva, não commettem o crime de homicidio frustrado, porque para haver crime frustrado é necessario que a consummação não se tenha dado por circumstancias independentes da vontade do agente, e nas hypotheses referidas a não consummação foi devida á vontade do proprio agente (2).

(1) Código penal, art. 11.º n.º 3.º

(2) Não póde admittir-se esta solução nos casos em que a consummação coincide com a execução completa, como succede no furto, em que o crime se consumma pela apprehensão frau-

Em taes casos falta uma das condições exigidas pela lei e não resta senão a punição do facto realiado, quando este, por si e independentemente do fim criminoso para que se praticou, constitua crime ou contravenção previstos por lei ou regulamento.

Sem embargo de, no artigo 12.º, se fazer referencia sómente ao caso de tentativa, não póde deixar de applicar-se a mesma doutrina na hypothese da existencia de delicto frustrado por ter sido a sua consummação evitada pelo proprio agente.

A condição de que, para haver crime frustrado, é necessario que o resultado esperado não se tenha produzido por uma circumstancia independente da vontade do agente, suscita difficuldades no caso em que a não consecução do resultado procurado fôr devida a impossibilidade material de execução ignorada pelo agente.

Qual a interpretação a dar ás palavras *que deveriam produzir*, do artigo 10.º?

Quererá o codigo significar que os actos de execução deveriam produzir, segundo a intenção do agente, o crime consummado? ou quererá dizer que a consummação deverá produzir-se segundo as leis naturaes?

Seguindo-se a primeira interpretação, terá de acceitar-se que o codigo penal reprime tambem o delicto impossivel; preferindo-se a segunda, exclue-se a hypothese da punição d'aquelle delicto.

Trata-se, pois, de saber se ha crime frustrado quando o agente pratica todos os actos de execução, embora a intenção de consummar o crime fosse irrealisavel segundo as leis naturaes.

dulenta do objecto furtado (art. 421.º), nem nos delictos formaes em que a lei faz consistir a consummação no proprio acto de execução, como no crime de envenenamento, que se considera consummado pela subministração das substancias que podem dar a morte, ainda que esta se não produza (art. 353.º § unico).

Da analyse do relatório (1) parece inferir-se que nosso legislador acceitou a distincção entre a impossibilidade absoluta e a relativa, tanto a respeito do objecto como dos meios, admittindo o delicto frustrado sómente quando a impossibilidade fôr relativa.

Esta distincção, admittida pela maior parte dos criminalistas e das legislações, é fortemente combatida pela escola criminal positiva, que, vendo nos factos de execução a revelação segura da vontade irrevogavel

(1) Nelle se declara: « A prefixação de quaesquer preceitos a este respeito na lei penal teria graves inconvenientes; é preferivel differir ao prudente arbitrio dos tribunaes a resolução dos diversos casos que forem submettidos ao seu exame.

Ninguem classificaria de crime frustrado de homicidio o tiro de arma de fogo com alcance de 50 metros disparado contra um homem á distancia de 400 metros, embora o agente estivesse convencido de que o tiro poderia vencer esta distancia. Nesta hypothese, o plano do crime está subjectivamente perfeito, embora objectivamente imperfeito. Parallelamente, o tiro de arma de fogo com alcance de 50 metros disparado contra um homem a distancia de 51 metros, ou á mesma distancia de 50 metros, mas com pontaria errada, seria por todos os tribunaes incriminado e punido como homicidio frustrado, sem embargo de se verificar igualmente a perfeição subjectiva e a imperfeição objectiva do plano do crime. Se um homem tentar assassinar um seu inimigo, que suppunha estar dormindo, e depois se verificasse que este tinha morrido de congestão cerebral seis horas antes da occasião da tentativa, nenhum juiz classificaria o acto da tentativa de homicidio. Correspondentemente, se uma quadrilha de salteadores tentar roubar o dinheiro em cofre de uma recebedoria e depois se provar que no dia anterior o dinheiro tinha sido transferido para outro local, os tribunaes incriminarão o acto como tentativa de roubo. Como estes, muitos exemplos ha em quê o bom senso está naturalmente indicando que uns devem ser punidos, e outros não, embora se possam agrupar todos em qualquer regra que fosse formulada sobre a homogeneidade absoluta ou relativa dos meios e sobre a possibilidade absoluta ou relativa do fim. Não está, pois, consignada sobre o assumpto disposição alguma na proposta de lei, mas ahi fica indicada a questão para a resolverdes na vossa sabedoria, como se vos afigurar mais conforme com os princípios da justiça ».

de commetter um delicto determinado, e por consequencia um perigo para a sociedade, conclue pela punibilidade, ainda mesmo quando a impossibilidade é absoluta.

Nem ha, na realidade, impossibilidade relativa, porque, tendo-se em consideração as circumstancias em que o delinquente operou, se elle não obteve o resultado que desejava quando pessoalmente praticou todos os actos necessarios á execução, é porque houve impossibilidade absoluta para que o resultado se produzisse, o que seria a negação completa de toda a noção do delicto frustrado punivel.

79. — Continuação : sanção.

Encontram-se no artigo 104.º do código penal as regras geraes sobre a punição do delicto frustrado e d'ellas se vê que o nosso legislador pune menos severamente este delicto do que o consummado.

Já vimos, a proposito da tentativa, que aquellas regras só comprehendem algumas das penas maiores. Neste logar só resta dizer que taes regras só se applicam na falta de disposições especiaes que punam de modo diverso o delicto frustrado, como no caso de attentado contra a vida do chefe do estado (1), de envenenamento (2), de fogo posto (3), etc.

(1) Código penal, art. 163.º § 1.º.

(2) Código penal, art. 353.º § unico.

(3) Código penal, art. 467.º.

Consummação da infracção

80. — Determinação do crime consummado.

Quando nada impede o auctor nos actos exteriores de execução da infracção, esta é consummada.

Todavia, é preciso não confundir a consummação da infracção com a obtenção do resultado que o auctor tinha em vista. Sob o ponto de vista do direito positivo, a consummação existe desde que se acham reunidos todos os elementos materiaes de incriminação exigidos pelo código para que o crime ou a contravenção sejam puniveis (1).

(1) A applicação d'este principio offerece por vezes difficuldades graves, como no crime de incendio.

Bastará pôr fogo ao objecto que o criminoso quer incendiar? O arrependimento, quer levar o agente a extinguir elle proprio o incendio que provocou, será tardio?

Confrontando os artigos 463.º, 464.º, 465.º e 467.º do nosso código penal, parece-nos que para se considerar consummado este crime não basta pôr o fogo, mas é necessario que elle se ateie e chegue a produzir *damno* ou *prejuizo serio*, como se deduz do confronto das palavras do artigo 463.º *destruir em todo ou em parte* com as palavras *atear-se e produzir damno* do artigo 467.º.

Desde que haja *damno serio*, ainda que o incendio venha a ser dominado, o crime é consummado, como julgou o Supremo Tribunal de Justiça por accordão de 26 de maio de 1899. E assim, ainda que extinto pelo proprio incendiario, tal acto não eliminaria a sua responsabilidade.

Tambem deve considerar-se consummado este crime quando o fogo posto não se ateie nem produza *damno* algum, se a tentativa do incendio é repetida ou se foi abjecto de concerto entre muitos criminosos, como se vê da ultima parte do artigo 467.º. Parece, pois, que nestes casos, ainda que o incendio não se ateie nem produza *damno* em virtude de ser dominado pelo proprio agente, o seu arrependimento não torna impune a tentativa.

Não é sempre necessario, pois, para que haja infracção consummada, que o auctor tenha attingido o seu fim. Em cada caso, importa recorrer ao texto da lei, e o artigo do código penal que define a infracção indicar-nos-ha com precisão o que o legislador quis incriminar.

a) Umaz vezes, para que a infracção seja consummada, é necessario que o resultado querido pelo auctor tenha sido obtido e um certo mal se tenha produzido. O parricidio, o infanticidio não são consummados senão quando ha morte de homem (1); o aborto não está consummado senão quando ha expulsão do feto (2); a burla quando ha entrega de dinheiro ou moveis ou quaesquer fundos ou titulos (3).

b) Outras vezes, para que a infracção se consumme, é preciso que um certo mal tenha sido produzido, mas não é necessario que o resultado querido pelo agente tenha sido attingido. Assim, aquelle que furta quer appropriar-se de cousa d'outrem; ora, o furto fica consummado pelo unico facto da subtracção fraudulenta, embora o ladrão não tenha podido tomal-a (4).

c) Outras, enfim, a infracção é consummada desde que a resolução se tomou, embora se tenha completamente mallogrado o fim (5): o crime de moeda falsa mesmo quando

(1) Código penal, artt. 355.º e 356.º.

(2) Código penal, art. 358.º.

(3) Código penal, art. 451.º.

(4) Código penal, art. 421.º.

(5) Código penal, artt. 144.º § unico, 165.º § unico, 172.º e 179.º § 5.º.

não se tenha passada moeda alguma (r); a falsificação embora o falsificador não tenha tirado nenhum partido d'ella (2).

Não ha, pois, uniformidade neste assumpto; e o legislador determina arbitrariamente o momento preciso em que a materialidade torna a infracção consummada. É mais uma prova de que o aspecto puramente formal não é sustentavel e de que o unico criterio do legislador é o perigo social.

SECÇÃO IV

Elementos moraes da infracção

81. — Condições da responsabilidade criminal.

É elemento essencial da infracção, segundo dissémos, a existencia de um laço moral que permita não só referir os actos materiaes ao auctor da infracção, mas tambem considerar este culpado. Isto é, para que o auctor de um facto incriminado pela lei possa e deva ser punido, é indispensavel que este lhe seja imputado e o mesmo auctor seja responsavel e culpado.

Além de auctor directo e pessoal, de causa material do facto, é preciso que seja sua causa moral, o que vale o mesmo que dizer que tenha comprehendido e

(1)Codigo penal, artt. 206.º § 2.º, 208.º n.º 1.º e § 1.º, 210.º §§ 1.º e 2.º.

(2)Codigo penal, artt. 216.º e 232.º § 1.º. Os delictos de inacção são susceptíveis de uma differenciação analoga: alguns são punidos, abstrahindo das consequencias que possam implicar (Codigo penal, artt. 138.º n.º 1.º, 139.º n.º 2.º, 188.º, 250.º, 274.º, 291.º n.º 5.º, 292.º n.º 3.º, 304.º, 305.º, 313.º, 346.º); outros não são punidos senão em razão d'um mal causado e que a lei indica (Codigo penal, artt. 157.º, 188.º e § 3.º, 193.º, 287.º, 304.º, 324.º).

querido o facto punivel, que na producção d'este haja intervenção directa ou indirecta da sua intelligencia e vontade.

De contrario, não pôde ser julgado penalmente responsavel; a realisação puramente material do damno social ou individual deve considerar-se resultado de caso fortuito ou força maior, e por consequente será uma desgraça enorme, lamentavel em si e suas consequencias, mas nunca um crime, por que o seu auctor, aparentemente causa, mas na realidade simples meio, haja de responder perante o poder social. O facto não tem essencia ou conteudo moral.

Esta doutrina, nos seus elementos geraes, encontra-se em todas as legislações. Para todas, a intelligencia e a vontade são condições absolutamente essenciaes para que o auctor d'um facto lesivo dos direitos individuaes ou sociaes seja delinquente e provoque a intervenção penal da sociedade.

E a mesma uniformidade se nota quando, penetrando mais fundo na essencia do acto voluntario, as legislações integram e completam o seu conceito. Orientadas fundamentalmente pelos principios da escola classica, todas vêem no acto voluntario um acto livre, producto do livre arbitrio individual, isto é, da faculdade de escolha entre os diversos motivos de conducta que no momento se apresentam ao espirito e de determinação pelo poder autonomo da propria vontade.

D'est'arte, a vontade na sua essencia é a liberdade e é sobre esta que em ultima analyse as legislações assentam a responsabilidade criminal que derivam da responsabilidade moral, consequencia immediata e fatal da liberdade.

Assim, o nosso codigo só impõe responsabilidade criminal aos individuos que tiverem a necessaria intelligencia e liberdade (1).

(1)Codigo penal, art. 26.º.

O elemento irreductivel que se encontra na origem de toda a infracção punivel é, pois, a vontade.

Mas duas questões importantes surgem, uma philosophica, juridica a outra.

A vontade do homem, sobre que assenta o direito repressivo, é livre ou determinada?

Quaes são as condições exigidas e as modalidades admittidas pelo direito positivo para que esta vontade humana, livre ou determinada, implique a responsabilidade criminal?

§ 1.º

Aspecto philosophico

82. — Livre arbitrio e responsabilidade moral.

Sobre o problema da existencia do livre arbitrio ou do determinismo das acções humanas encontram-se em opposição absoluta a escola positivista e a antiga escola classica espiritalista.

Ao contrario da theoria da liberdade de indiferença, á qual a prende, no emtanto, um estreito parentesco, a doutrina do livre arbitrio, defendida pela escola classica, não vae como aquella até á chimerica abstracção de negar a existencia e a influencia dos motivos sobre a vontade, que reconhece e affirma, como elementos integrantes da actividade d'esta; mas, como aquella, certamente falsa e absurda, mas porventura mais coherente e mais logica, defende que a escolha entre os motivos de conducta e o poder de determinação são apanagio da vontade que resolve autonomamente, em ultima instancia, seguir um motivo de preferencia a outro, sem sujeição a motivo mais forte.

Entre outras razões, invoca a theoria do livre arbitrio em defesa da existencia da liberdade moral o testemunho da consciencia, o sentimento do merito e

demerito, a crença universal e as consequencias, em seu entender absurdas e dissolventes, que, em relação á responsabilidade, ao direito, ao dever, á lei, á moralidade, derivam da negação do livre arbitrio.

Para esta doutrina, a liberdade moral é, como dissemos, o fundamento da responsabilidade criminal. O agente é punido porque quis livremente o delicto e devia abster-se d'elle, porque estava em seu poder não o querer. Consequentemente, se se verifica o facto contrario, se o agente não foi livre na sua determinação, se obedeceu ao impulso contra o qual não poudere reagir, se foi constrangido por uma força a que não poudere resistir, não ha crime ou delicto, nem contravenção (1). Não ha responsabilidade nem culpabilidade e, por isso, a sociedade não tem o direito de intervir penalmente. Póde, é certo, tomar a respeito de tal agente certas medidas de precaução, se elle fôr alienado ou perigoso, por causa dos impulsos morbidos que o arrastam a certos actos de violencia, de improbidade ou de immoralidade (2), mas essas medidas não podem considerar-se penas, porque incidem sobre um ser irresponsavel, doente, e tendem, não a punil-o, mas a collocar-o na impossibilidade de prejudicar e a cural-o.

Se a liberdade moral, sem estar inteiramente supprimida, foi simplesmente diminuida, se foi parcial, a responsabilidade será diminuida e attenuada na mesma proporção.

83. — Determinismo e responsabilidade criminal.

Para a escola positivista, o livre arbitrio não existe e a crença na nossa liberdade moral é uma illusão proveniente da ignorancia das diversas causas que nos de-

(1) Código penal, artt. 41.º a 46.º.

(2) Código penal, artt. 47.º a 49.º.

terminam e do *processus* mechanico do acto voluntario. Na realidade, nós obedecemos ao motivo mais forte; a vontade é uma resultante; ella não tem influencia alguma sobre a cohesão dos motivos, nem sobre a deliberação; pelo contrario depende d'elles. A vontade humana individual está inteiramente submettida ás influencias naturaes de ordem não só moral e psychologica, mas puramente physica, sem que possa subtrahir-se-lhes; esta demonstração, feita hoje pela physiologia e psycho-pathologia, é confirmada pela estatística, que mostra a submissão das vontades individuaes, tomadas em seu conjuncto, ás influencias do meio physico e social.

Todo o homem tem uma personalidade physica e psychica (temperamento e caracter) que é determinada d'uma maneira fundamental pela herança physio-psychica, se desenvolve e se modifica no meio e segundo as condições do meio em que se encontra.

D'estes principios infere logicamente a theoria determinista a negação da liberdade psychologica e, consequentemente, da responsabilidade moral (1).

A esta, como base da responsabilidade criminal, substitue, consentaneamente aos seus principios, a responsabilidade social, o que, no seu conceito mais geral, quer dizer, como escreve Ferri, que o homem é imputavel e responsavel só porque vive em sociedade.

Que o homem seja materialmente imputavel pelas acções só porque vive em sociedade, observa este escriptor, é cousa de si evidente; visto que a imputação d'um acto ao homem que o praticou só pode ser feita por um outro homem, como individuo ou como repre-

(1) Alguns accrescentam que, embora o determinismo das acções humanas fosse duvidoso, á sciencia e á legislação não era licito basear a responsabilidade penal sobre a liberdade moral que, além de energicamente negada e em si mesmo contestavel, conduz a abusos perigosos pelo fraccionamento das penas que a ideia da liberdade parcial e attenuada necessariamente implica.

sentante da sociedade. Um homem que não vive em sociedade, só, num logar deserto, nem mesmo tem a imputação material das proprias acções, pela razão peremptoria de que não ha outro homem que lh'as impute.

Mas ainda juridicamente a imputação deriva exclusivamente do facto de se viver em sociedade, pois que só na sociedade é concebivel e possivel o direito. É a convivencia do homem com os outros homens a unica fonte dos seus direitos e deveres; só pelo facto de não viver em sociedade elle não tem nem aquelles nem estes.

E não se diga que, ao menos em potencia, o homem, só porque é homem, tem sempre em si, na sua pessoa, direitos e deveres, porque dizer que uma cousa só tem uma existencia potencial ou ideal equivale a dizel-a não existente; aquillo que existe existe actualmente, effectivamente, e a possibilidade ideal da sua existencia não basta a dar-lhe existencia real. O homem absolutamente só não tem actual e realmente nem direitos nem deveres, pela razão de que o direito e o dever no seu sentido juridico e social, são uma relação de homem a homem (1).

Na responsabilidade social, entendida com a largueza que lhe dá a fórmula de Ferri, assenta a escola positiva italiana a responsabilidade criminal. Se o homem commette actos perigosos e nocivos á sociedade, esta tem o direito de se defender; e defende-se reagindo penalmente sobre o agente do acto nocivo, conforme o grau da sua temibilidade, seja ou não alienado, victima do seu temperamento criminal ou das influencias deleterias e perniciosas do meio social.

Outros escriptores, tambem partidarios do determinismo, acceitam o principio da responsabilidade social, mas temperam-no e restringem a esphera da sua appli-

(1) Ferri, *Sociologia Criminale* cit., pag. 468 e segg.

cação com o da capacidade de o agente do facto lesivo das condições de existencia social ou individual integrar no cerebro motivos differentes e até contrarios áquelles que o arrastaram á pratica do crime, pois que, em seu entender, a reacção penal da sociedade visa tambem a integrar na consciencia social e na do agente uma coacção psychologica, tendente a prevenir a imitação e a reincidencia.

84. — Continuação: a negação do livre arbitrio.

De facto, o conceito do livre arbitrio, consequencia das doutrinas philosophicas que admittem o dualismo, a antithese entre a materia e a força, entre o corpo e o espirito, caiu ante os ensinamentos da sciencia moderna, que demonstra que o homem não se subtrah ao severo determinismo das leis naturaes (1).

(1) Indicaremos, entretanto, os argumentos com que, ainda hoje, se procura defender a velha concepção do livre arbitrio:

a) a hodierna concepção determinista não é senão uma velha e inutil repetição de um conceito antiquissimo, como elle aprioristico, e simplesmente disfarçado em uma terminologia nova.

Mas desnecessario seria dizer que as doutrinas correspondentes do passado muito pouco teem de commum com os modernos criterios scientificos. Socrates, por exemplo, diz que não se pôde fazer o mal voluntariamente, mas por ignorancia ou erro, porque a unica causa determinante dos actos volitivos é o intellecto, que tem por objecto o bem: a acção ethica é o effeito logico do conhecimento. Platão segue a doutrina de Socrates, ensinando que, no dominio transcendente das ideias, o bem é a mais alta ideia directora. Para Aristoteles, a vontade é o *rationis appetitus*: as acções voluntarias são determinadas pelo intellecto pratico. E, desde S. Agostinho e S. Thomaz, que fazem entrar nas acções humanas a graça divina, até Leibnitz, que concebe o intellecto como substancia, como monada representativa de todo o universo, até Luthero, que afirma que o livre arbitrio humano constituiria o mais grave sacrilegio, usurpando a mais excelsa faculdade de Deus, até Calvino, que via na falta de liberdade humana uma consequencia do peccado original, apparece como

A inexistencia do livre arbitrio resulta directamente das seguintes considerações:

a) Prendamo-nos, em primeiro logar, á analyse do *processus* natural de todo o acto hu-

base commum das doutrinas a concepção dualista. E a concepção do mecanismo rigoroso das forças naturaes, livre de qualquer preocupação theologica, e a concepção da lei de causalidade applicada aos processos psychicos, fazem do actual determinismo uma doutrina inteiramente moderna, que poucos pontos de contacto tem com as ingenuas theorias do passado. Cfr. Biuso, *Del libero arbitrio*, 1900, pag. 5 e segg.

b) o proprio conceito do livre arbitrio é uma prova da sua existencia: a liberdade dos nossos actos é um facto de consciencia, que pôde ser constatado a cada momento, visto que temos necessariamente de reconhecer a faculdade de procedermos espontaneamente em um ou outro sentido.

Quanto á primeira observação, bastaria notar que numerosos são os conceitos erroneos, na sciencia e na vida, que, não tendo correspondente na realidade das cousas, todavia subsistem, não obstante a mais energica e luminosa demonstração da sua falsidade. E, a respeito da affirmação d'aquelles que explicam pela propria consciencia a liberdade dos seus actos, diremos que o erro secular do livre arbitrio se explica pela rapidez e plasticidade extraordinarias das denominadas *combinações de motivos*.

« Do mesmo modo, que, escreve Ferri, a respeito dos phenomenos exteriores, v. g. os meteoreologicos, de que ignoramos os precedentes immediatos, dizemos que elles são casuaes ou arbitrarios, tambem, quanto aos phenomenos internos, dizemos, pela mesma razão, que elles são livres ou arbitrarios. Tanto o asserto se revela verdadeiro que, quando á consciencia do facto, externo ou interno, se liga a consciencia dos precedentes immediatos e das causas determinantes, desaparece egualmente a illusão de crêl-os casuaes ou livres ou arbitrarios ».

As nossas volições não são alguma cousa de estranho ao nosso organismo, mas, ao contrario, sua manifestação, na ordem das necessidades, como na dos sentimentos: é a perfeita harmonia que existe entre as necessidades e as volições que dá á consciencia a illusão da liberdade. De facto, nós só nos sentimos constringidos quando uma força externa actua sobre nós em opposição com a nossa vontade. A consciencia do arbitrio reduz-se á consciencia das necessidades, que, derivando da natureza do individuo,

mano volitivo. Considerando a actividade voluntaria do homem como a ultima forma e a mais complexa da actividade animal em

lhe dão, por um lado, a illusão da liberdade e se revelam, por outro, fataes, como a actividade physiologica.

c) a liberdade dos nossos actos é presupposto necessario da moral: o determinismo das acções humanas implicaria a negação do conceito de virtude e de vicio, de merito e de demerito.

Como já Hartmann demonstrava, o arbitrio oppõe-se ao conceito moral, porque a possibilidade de fazer o contrario do acto virtuoso é de si immoral. Para a realização dos ideaes ethicos não basta o sentimento, mas é necessario formar o character; o objecto da pedagogia, individual e social, consiste na preformação dos motivos ethicos, que, nos levem ás acções sociaes e nos afastem das antisociaes, conceitos em que se transformaram os metaphysicos da virtude e do vicio. No lugar da moral, conjunto de phrases estereis, a sciencia veio collocar uma hygiene do espirito. Em lugar de fazer depender a acção moral da variabilidade e das surpresas imprevisiveis de um arbitrio *ex lege*, a moral determinista faz assentar o seu fundamento no character, que significa norma constante de conducta.

d) a admissão do livre arbitrio é condição imprescindível de qualquer theoria sobre a imputabilidade.

Mas a imputabilidade baseada na possibilidade, para o delinquente, de proceder por forma diversa não tem fundamento scientifico. O criminoso é punido em nome do determinismo social, e essencialmente social é o significado da sancção: representa a reacção de um organismo que defende a sua vida em todas as formas porque ella se manifesta. E insubsistente é a opinião d'aquelles que, admitindo parcialmente ou negando absolutamente o livre arbitrio, pretendem, em uma renovação da doutrina escolastica ácerca da livre faculdade intellectiva, ligar a imputação não á vontade mas á intelligencia; nem o intellecto existe como faculdade espirital, nem os actos intellectivos são mais livres do que os actos volitivos. E os proprios partidarios da escola classica negam, praticamente, a doutrina que professam: se o facto criminoso é consequencia do livre arbitrio, estranha e absurda é toda a investigação das causas e remedios, porisso que toda a tentativa de prevenção e de repressão é inutil ante uma vontade alheia aos motivos; e injustificaveis são as providencias por elle propugnadas para a formação dos motivos inhibitorios.

Nem se poderá observar que, acceite o determinismo, « a pena infligida ao delinquente tenha a mesma significação que a pena

geral, torna-se evidente que do limite inferior de uma simples reacção de irritabilidade na forma animal mais elementar (v. g. nos protistas) até ao limite superior de uma acção humana deliberada se passa por uma serie continua de transições e de graus que não deixam lugar á intervenção, no mundo humano, de um poder de liberdade moral, que seria uma excepção milagrosa em toda a ordem da actividade natural. O processo physio-psychologico de toda a acção individual póde, de facto, reduzir-se a este schema: 1) *uma phase physica*, impressão externa ou recepção dos movimentos exteriores pelos órgãos sensitivos; 2) *uma phase physiologica dupla*, transmissão centripeta da excitação por intermedio dos

que, porventura, fosse applicada a uma irregular circulação do sangue », porisso que, além de que a escola positiva exclue, toda a ideia de pena afflictiva, o homem é, geralmente, susceptível de educação e, por consequencia, de integrar no seu espirito, mediante sancções opportunas, motivos ethicos ou inhibitorios, que venham a modificar a sua conducta futura.

e) A theoria associacionista é impotente para explicar a unidade da representação e da consciencia. As sensações não bastam, por si só, para a unidade do pensamento; é necessario um *quid* que funda, em unidade synthetica, sensações multiplas: este *quid*, livre das determinações phenomenicas, póde dar ás sensações e aos motivos um valor arbitrario, independente das leis da causalidade natural.

A unidade funcional do systema nervoso tem, porém, por effeito a unidade do sentimento e da representação. Todo o conceito unitario é, como a propria *psyche*, o producto de uma formação natural. E a unidade da representação é perfeitamente explicada pela associação das sensações, ou antes, como demonstrou Ardigò, pela solidariedade e pela confluencia funcional physiophychica, porque todo o estado de consciencia é, simultaneamente, uno e multiplo: eliminada, pois, toda a substancia transcendental, a resultante dos motivos revela-se inexoravelmente determinada pelas forças componentes. Petrone, *I limiti del determinismo scientifico*, 1903, pag. 57 e segg.

nervos centripetos ou sensitivos, que a propagam ao centro nervoso, e transmissão centrifuga d'aquella vibração por meio dos nervos centrifugos ou motores, que ligam os centros aos musculos; 3) *uma phase physica*, que é o movimento muscular, mecanico, a acção externa, effeito d'aquella corrente nervosa centrifuga. Este processo evolutivo fundamental pôde ter duas modalidades: ou a corrente nervosa centripeta attinge o cerebro, tornando-se consciente e revelando-se na sensação, no sentimento, na ideia e no esforço voluntario; ou não se attinge a phase psychica, ficando-se no dominio do inconsciente, como simples acto reflexo. Neste ultimo caso, o processo evolutivo é constituido por tres phases, uma das quaes dupla; no primeiro, verifica-se uma phase psychica entre as duas phases physiologicas, distinguindo-se os cinco phenomenos seguintes: movimento physico externo, inicial; corrente physiologica centripeta; manifestação psychica; corrente physiologica centrifuga; movimento physico externo, final. E, se além, não se passando do dominio dos actos reflexos ou involuntarios, não se pôde fallar de livre arbitrio, tambem aqui não ha logar para fazer intervir, a não ser por mera illusão, o sentimento da liberdade volitiva (1).

b) O livre arbitrio representa a negação da lei universal da transformação das forças, por isso que presuppõe uma faculdade volitiva verdadeiramente criadora; e contraria a lei

(1) Marucci, *La volontà secondo i recenti progressi della biologia e della filosofia*, pag. 33 e segg.; Paulhan, *La volonté*, 1903, pag. 55 e segg.; Miguel Bombarda, *A consciencia e o livre arbitrio*, 1902, pag. 13 e segg.

da causalidade universal, em virtude da qual, desde que todo o effeito é subseqüente necessario do complexo de precedentes mediatos e immediatos e a elles proporcionado, não se pôde conceber uma faculdade que possa produzir um effeito diverso d'aquelle que naturalmente proviria das proprias causas.

c) Qualquer volição manifesta-se sempre no sentido do motivo mais forte; não se julgue, porém, que a transformação do motivo em volição determina a eliminação dos outros motivos, o que seria contrario ao principio da conservação da energia: nenhum motivo é estranho á volição, a qual, como resultante de todos os motivos, não se pôde identificar com alguns d'elles. Os motivos não se eliminam, mas adaptam-se; quando actuam no mesmo sentido reforçam-se e multiplicam-se; quando actuam em direcções diversas surge a luta ou conflicto de motivos, em que as varias energias psychicas procuram equilibrar-se na forma de combinação. Mas, segundo o principio da composição das forças, a direcção da resultante é sempre mais proxima da direcção da força maior, do motivo mais forte, da necessidade mais intensa.

d) É inconcebivel a existencia de uma força, que seja *liberum arbitrium indifferentiae*, isto é, indeterminada e immovel, sem ter manifestação alguma. Todo o centro de energia tende a manifestar-se de um modo determinado, todo o estado de consciencia tende a traduzir-se em acto, em movimento; ora, uma faculdade volitiva inerte, indifferente, que se determina por si, *causa sui*, independente de qualquer esti-

mulo, é incomprehensível. Não podemos conceber a vontade, na actual orientação dada á psychologia, sem a ideia de movimento ou, antes, sem a ideia de coordenação hierarchica de movimentos; como não podemos comprehendel-a nas suas condições materiaes de existencia sem toda a série de apparatus motores ao longo do systema nervoso central, pelos quaes a incitação voluntaria se transmite para converter-se em movimento (1).

e) A estatística demonstra a submissão das vontades individuaes ás influencias externas do ambiente physico e social. Toda a regularidade que mostra a estatística moral nos actos humanos arbitrarios, não deriva, escreve Drobisch (2), de uma lei fatal, de um destino que se cumpra com força irresistivel, mas é o producto de causas constantes. Isto significa que o determinismo não se confunde com o fatalismo. Póde dizer-se no principio de cada anno, e mais exactamente do que é possível calcular, nas suas cifras geraes, as receitas de um estado provenientes dos impostos directos e indirectos, qual o numero approximado de doenças que se verificará durante esse anno: o grupo, como tal, conhece a sua sorte antecipadamente, e tanto melhor quanto mais numeroso. Assim a estatística revela a ausencia de differenças caprichosas, desordenadas e enormes, que seriam a consequencia directa do livre arbitrio.

(1) Buccelli, *I disturbi psichici della corea volgare in rapporto ai disordini motori di essa*, apud *Rivista sperimentale di freniatria*, 1902, pag. 3 e segg.

(2) *Statistica morale*, 1900, pag. 3 e segg.

f) Da mesma forma que a evolução dos factos historicos segue leis determinadas, podendo dizer-se, com Vanni, que a ideia de um organismo natural, que não se cria, mas se transforma como os outros organismos, deve considerar-se uma das mais importantes conquistas scientificas, tambem os factos economicos se revelam regidos por leis inflexiveis. O livre arbitrio não explica de nenhum modo as leis sobre producção, circulação, distribuição e consumo das riquezas, cujo desenvolvimento se apoia sobre precedentes actos psychicos e, na maior parte, volitivos.

g) A anthropologia criminal veio demonstrar a existencia, nos peores delinquentes, de anomalias anatomicas, physiologicas e psychicas. Os delinquentes constituem uma categoria complexa, em que entram os mais diversos elementos: alienados ou predispostos á alienação; epilepticos ou predispostos á epilepsia; alcoolicos; macro e microcephalos; predispostos por qualquer vicio de organização ou de desenvolvimento, anterior ou posterior ao nascimento, que se revela, por vezes, em evidentes anomalias anatomicas; etc. A predisposição para o delicto póde não chegar a actos criminosos, quando reprimida por condições desfavoraveis do ambiente; mas, logo que estas sejam favoraveis, fica ella a unica explicação positiva da actividade anti-humana e anti-social do delinquente. Ha actos irresistiveis em que a consciencia faz de simples espectadora, sem ter a possibilidade de desenvolver qualquer força repulsiva ou inhibitoria. Assim, os individuos affectados da *piromania*, e que experimentam uma satisfação morbosa perante o

clarão do incendio, são impellidos inconscientemente e irresistivelmente ao crime: o acto é immediato como o acto reflexo, porque ao estímulo succede quasi subitamente o movimento. Ha como que uma descarga instantanea a que a vontade não pôde oppôr-se. A obsessão criminosa, subjugando a vontade, produz a impulsão, e o individuo, consciente, é levado á pratica de actos que elle mesmo reprova.

h) O hypnotismo, provocando experimentalmente uma especie de viviseccão psychologica, veio tornar impossivel a negação de um vinculo de dependencia absoluta da vontade humana ás condições organicas e psychicas do individuo; e a personalidade multipla, em que entra a suggestão post-hypnotica, o desdobramento inconsciente, pôde dizer-se, da consciencia, mostrando-nos que a vontade é uma resultante phenomenica sempre instavel, sempre sujeita a decompôr-se, um accidente feliz como a definiu Ribot (1), veio fornecer-nos mais um decisivo argumento contra o livre arbitrio.

i) Em todo o homem, que se julgue absolutamente livre, revela-se sempre a hereditariiedade, a tradição, o costume. O livre arbitrio não explica como se possam trans-

(1) *L'hérédité psychologique*, 1902. A suggestão e o consequente dominio de uma vontade sobre outra, o incubo e o succubo de que Nicephoro fez uma bella applicação á *Francesca da Rimini* (Paola e Francesca, 1894) e Sighele á multidão criminosa (*I delitti della folla*, 1910) ficariam inexplicados com o arbitrio. Vid. tambem Grasset, *L'hypnotisme et la suggestion*, 1904, pag. 5 e segg.

mittir certos caracteres psychicos, nem explica as tendencias psychopathicas, nem a alienação mental, nem o habito, que induz o homem a actos constantemente eguaes. Todas as manifestações psychicas estão ligadas á existencia e á actividade da substancia nervosa do cerebro. Investigações positivas teem demonstrado que, na série animal, á medida que se aperfeiçoa o systema nervoso, se elevam as funções psychicas; que, abaixo de mil grammas, o cerebro humano é certamente um cerebro de idiota; que, em geral, a maior intelligencia está em harmonia com o desenvolvimento do cerebro (nos homens de genio observou-se um grande desenvolvimento do lobulo frontal e parietal; nos eloquentes um grande desenvolvimento da terceira circumvolução frontal esquerda, etc.) (1).

Sabe-se, além d'isso, que uma ligeira lesão cerebral pôde determinar graves perturbações psychicas, como o idiotismo e a loucura, e que, quando com o exaggerado exercicio as cellulas nervosas consumiram a energia accumulada com a nutrição, sobreveem o esgotamento, a cessação de todo o trabalho.

Provou-se que, impedida a circulação do sangue e, por consequencia, a nutrição do cerebro, termina toda a actividade psychica e se verifica a cessação absoluta do pensamento. Uma superabundancia de carbonio no sangue tende a impedir o desenvolvimento psychico; uma excessiva secreção da bilis predispõe para effeitos excitantes; o excesso

(1) Mingazzini, *Il cervello in relazione coi fenomeni psichici*, 1895.

de phosphoro e o rachitismo estão ligados ao precoce desenvolvimento mental, etc. (1).

O livre arbitrio deveria ser independente de qualquer estado physico; e vemos, pelo contrario, que não só todo o facto pathologico determina modificações mais ou menos sensiveis em todo o *processus* dos factos psychicos, mas que as mesmas volições são substancialmente diversas segundo o estado do nosso organismo (2).

(1) Bonatelli, *Elementi di psicologia e logica*, 1899, pag. 242.

(2) Além das theorias fundamentaes do livre arbitrio e determinismo, outras de character mais ou menos eclectico tem sido apresentadas. As mais importantes são:

a) a da liberdade relativa da vontade, na qual se notam tres correntes: liberdade limitada (Ellerö, Tolomei, Buccelati, Pesina, Bovio, Prins, Joly, Krafft-Ebing, Zino, Garraud, etc.); liberdade ideal (Siciliani, Cavagnari); liberdade pelo motivo de contradicção (Fulci), pelo factor pessoal (Levy-Bruhl, Magri, Moriland);

b) a da liberdade de intelligencia (Kleinschrod, Hälschuer, Holtzendorf, Vida, Comte, Laurent);

c) a da intimidabilidade (Impallomeni, Alimena, Lanza);

d) a da normalidade (Polleti, Listz);

e) a da identidade pessoal e similitude social (Tarde).

Segundo a doutrina da liberdade limitada, ha em todo o ser humano um elemento de liberdade e outro de necessidade. Aquelle é a possibilidade de escolha entre os motivos e de querer; este é a natureza e a inclinação que a acção conjuncta de intelligencia, de familia, de raça, de meio, de educação, de epoca, etc., dá ao character individual e que determina a direcção da sua escolha e resolução. D'est'arte, a liberdade existe, mas é relativa; tem graus; augmenta ou diminue segundo as condições mais ou menos normaes do organismo individual e social.

Para os theoricos da liberdade individual, o homem não é livre, mas pode e deve tornar-se livre pelo pensamento e desejo de adquirir a liberdade.

Este desejo é ideia-força que por si tende a realisar-se, visto que, no fundo, pensar uma coisa é já iniciar a sua realisação. Sobre a liberdade ideal, concebida como principio de direito, é que assenta a legitimidade moral da pena.

A theoria do motivo de contradicção, reconhecendo a influen-

85. — Conclusões da sciencia criminal contemporanea.

A escola classica baseava a legislação penal no principio da liberdade e responsabilidade absolutas e não conhecia senão o typo do homem inteiramente normal ou perfeito e absolutamente responsavel, por um lado, e, por outro, o do homem absolutamente anormal

cia dos motivos sobre a vontade, assevera que, em muitos casos, esta pôde oppôr áquelles uma resistencia que os paralyse, affirmando assim a sua liberdade e independencia. Quando isso succeda, ha no agente responsabilidade.

A theoria do factor pessoal assenta a responsabilidade moral e criminal sobre o principio de que o homem é realmente a origem primaria do seu progresso e da sua decadencia. A vontade intervem na deliberação e provoca o conflicto entre os motivos interiores e as circumstancias exteriores.

A theoria da liberdade de intelligencia attribue responsabilidade penal aos individuos que tem normalidade e integridade da sua intelligencia. Diz-se que, nestas condições, pôde o acto ser preliminarmente apreciado e, portanto, imputado a quem o praticou. A intelligencia dirige assim a vontade e não é determinada, sendo, porisso, condição necessaria e sufficiente da responsabilidade moral e penal.

Segundo a theoria da intimidabilidade, o homem é penalmente responsavel, porque é intimidavel e capaz de resistir ás suas tendencias perversas. A pena actúa como agente desta resistencia, intimidando e exercendo sobre o delinquente uma salutar coacção psychologica.

A theoria da normalidade assenta a responsabilidade criminal sobre o *minimum* do estado necessario para constituir o homem normal. Os anormaes são, por isso, irresponsaveis.

Finalmente, segundo a engenhosa theoria de Tarde, a responsabilidade criminal do agente d'um facto qualificado e reputado criminoso, deriva da reunião das seguintes condições:

a) que o agente, além de ter querido o facto, se julgue e seja elle proprio tanto no momento em que se accusa ou em que o accusam, como no momento em que operou, isto é, que se attribua e lhe attribuem a elle proprio o acto em questão;

b) se julgue e seja julgado pertencer á mesma sociedade que os seus accusadores e, sobretudo, que as suas victimas.

e irresponsavel. Aquelle pertencia exclusivamente á repressão, este exclusivamente á medicina mental.

Mas o direito de punir é uma sciencia contingente e relativa; a pena é um meio relativo de manter em respeito o individuo rebelde ás leis.

Entre os dois limites extremos da perfeição é da imperfeição humanas, existe uma larga zona intermedia com infinitas gradações, que comprehende a media dos seres humanos. Quando o individuo delinque, a função da justiça repressiva consiste em considerar os caracteres da sua imperfeição ou da sua anormalidade e em escolher o remedio a oppôr; isto é, em applicar uma medida de defesa social em relação com a natureza do agente.

O nosso codigo, que não conhece senão a pena e a absolvição, é demasiado simplista para a solução de um problema tão complexo.

Assim, a moderna sciencia criminal proclama os principios seguintes:

a) Nem no moral, nem no physico, existe um homem absolutamente normal. O homem perfeito é uma pura criação do espirito; a vontade, determinando-se por si mesma, é uma concepção abstracta da razão. O homem normal, como nos é permitido conhecê-lo, é um individuo dotado de uma actividade psychica mais ou menos regular e conduzindo-se segundo motivos de acção mais ou menos normaes. O exercicio do direito de punir supõe um homem normal assim definido e considerado no conjuncto do seu organismo mental e physico. Mas é impossivel destacar a vontade do conjuncto que constitue a individualidade e estudal-a isoladamente: é necessario ligar a acção do individuo ás predisposições, ao character, ao temperamento, de

modo a poder determinar-se a intensidade da reacção penal pela intensidade do perigo que apresenta o delinquente.

b) Entre o dominio da normalidade aproximada, que pertence ao direito penal, e o dominio da anormalidade completa, que pertence á medicina mental, ha a zona intermedia dos anormaes, cuja situação é duvidosa e incerta, cujo estado psychico é defeituoso, cuja personalidade é incompleta e que, por numerosas gradações, passam do que o codigo chama a responsabilidade para o que elle denomina irresponsabilidade.

O direito penal, fundado sobre a concepção absoluta da responsabilidade moral, chegava ao conflicto entre juristas e medicos; o direito criminal, baseado na concepção relativa da defesa social chega, pelo contrario, a um accordo.

§ 2.º

Aspecto Juridico

86. — A responsabilidade criminal: circunstancias que a supprimem ou diminuem.

Em direito penal positivo não ha, como vimos, responsabilidade penal senão para as consequencias de um acto voluntario. A vontade é, assim, o elemento moral irreductivel e indispensavel que se encontra na base da mesma responsabilidade.

Todavia, a vontade, por si só, não basta: as consequencias de um acto voluntario só são imputaveis ao auctor do acto quando a vontade se liga a um homem medio, susceptivel de se conduzir normalmente ou de

se deixar influenciar normalmente pelos motivos de acção.

A responsabilidade penal supõe o exercício ordinário das faculdades de volição e de intelligencia. Em certos casos de loucura, o louco quer com energia o acto criminoso, ainda que a sua intelligencia esteja obscurecida; em determinados casos de obsessão morbida, o doente conhece claramente o character criminoso da sua acção, sendo, todavia, incapaz de resistir á obsessão. Não são penalmente responsaveis nem um nem outro (1).

Ha, por outro lado, numerosas circumstancias que diminuem a responsabilidade e que a lei denomina circumstancias attenuantes (2).

Tratal-as-hemos a proposito das circumstancias da infracção, limitando-nos a analysar n'este logar as condições da responsabilidade criminal ordinaria e lembrando que só temos em vista a vontade do homem normal, dotado de uma regular actividade psychica.

87. — Graus da moralidade da infracção: o dolo e os seus elementos constitutivos.

Na situação psychica do agente distingue a sciencia criminal dois graus: o dolo e a culpa.

Em regra, a noção de dolo abrange apenas dois elementos: vontade de commetter o acto e conhecimento ou consciencia actual do seu character immoral ou illicito.

Com isto se contentam a escola classica e geralmente os codigos penaes, incluindo o nosso, sem anteporem á noção de dolo, para o effeito da variação da natureza ou do grau da pena, os motivos determinantes e o fim alvejado pelo delinquente. É assim que, excepto casos

(1) Código penal, artt. 41.º, 42.º n.º 2.º, 43.º n.º 2.º e 3.º, etc.

(2) Código penal, art. 39.º.

especieaes, nem a intenção de prejudicar, nem o desejo de colher para si ou para outrem proveitos illicitos da realização do crime, são necessarios para que exista o dolo. Este consiste em praticar com intenção um acto que se prevê lesar o direito d'outrem, se sabe ser nocivo, ainda que o fim procurado pelo agente não seja precisa e directamente prejudicar outrem.

A intenção de prejudicar supõe, pelo contrario, no agente, como fim principal e directo, o desejo de causar um damno material ou moral a outrem, a satisfação pessoal do agente resultante do prazer sentido pelo prejuizo que outrem soffreu.

A doutrina classica sobre os elementos constitutivos do dolo é repellido pela escola positiva (1). Ferri, julga-a insufficiente e substituiu-lhe a que passamos a expôr.

Segundo este escriptor, para que um facto humano produzindo um damno publico ou privado seja punivel, é preciso o concurso de tres condições psychologicas distinctas: a vontade, a intenção e o fim.

A *vontade* vê o acto em si: a explosão d'uma arma é provocada ou accidental; a publicação num jornal de uma palavra injuriosa é querida ou pelo contrario é devida a erro typographico, etc.

A *intenção* vê o motivo pelo qual o acto é querido: dá-se um tiro para matar, para ferir ou para fazer ruido; publica-se uma palavra injuriosa num jornal para desconsiderar ou pelo contrario para revelar a verdade.

O *fim* vê o effeito que, querendo o acto com certa intenção, se procurou obter: dá-se o tiro para matar, mas com o fim de vingar uma offensa, de roubar, de se defender ou de executar uma ordem da auctoridade; diffamou-se voluntariamente para revelar ver-

(1) Vid. Capello, *Diffamazione e ingiuria*, 1910, pag. 10 e segg.; Ferri, *Sociologia criminale* cit., pag. 628 e seg.

dade, mas com o fim egoísta de eliminar um concorrente ou de fazer reclamo a si mesmo ou, pelo contrario, com o fim do bem social para attrahir a censura e a desconfiança do publico para aquelles que o enganam.

Para que haja responsabilidade penal, é precisa a reunião d'estes tres elementos: não basta querer o facto; é precisa, além d'isso, a intenção de lesar o direito para um fim anti-social ou anti-juridico. A qualidade mais ou menos anti-social do agente determina o grau de responsabilidade social e juridica e a pena que o juiz deve applicar.

E, para demonstrar por um exemplo typico a applicação d'estes diversos criterios (direito violado, motivos determinantes, categoria anthropologica do delinquente), parte d'este facto: — apparece um homem morto. Este homem morreu por virtude de doença ou foi assassinado?

No primeiro caso, o facto não interessa á ordem juridica; na segunda hypothese, o facto póde interessar á ordem juridica ou á segurança publica e privada e então a sociedade procede a investigações.

Por quem e como foi assassinado este homem? Por um accidente, sem o concurso d'um outro homem, ou antes pela aggressão d'outrem?

No primeiro caso, nós estamos ainda no dominio extra-juridico; no segundo, pelo contrario, ha lugar para se continuar as investigações. O homicida, primeiro que tudo, estava nas condições psychologicas normaes ou pathologicas? Estava são de espirito ou louco? Se estava louco, isto bastava para determinar uma reacção defensiva sob a fórmula de meio eliminatório (ser internado num asylo de alienados criminosos). Se não estava louco, quaes foram os motivos que o determinaram ao assassinato? Sobretudo estes motivos seriam legitimos ou illegitimos, sociaes ou anti-sociaes?

No primeiro caso, o facto perde ainda a sua qualidade anti-juridica e entra na categoria das desgraças e não dos delictos: o assassino executava a lei ou procedia em legitima defesa. Ha um facto material de homicidio, não ha facto anti-juridico; ha supressão, mas não violação d'um direito. Mas se os motivos fossem anti-sociaes e se, por consequente, o acto revestisse um character anti-juridico e criminal, era preciso estabelecer em que grau elles eram anti-sociaes e em seguida estudar o assassino e determinar a categoria anthropologica a que elle pertenceria.

Os motivos eram eminentemente anti-sociaes (vingança, cupidez, etc.) e o assassino é um criminoso nato, incorrigivel? É inutil discutir por mais tempo sobre a sua culpabilidade moral: a sua eliminação impõe-se.

Os motivos eram menos anti-sociaes (imprudencia, honra offendida, amor contrariado, etc.) e o auctor do homicidio é um imprudente perigoso ou um criminoso de occasião ou passional? Poder-se-hão applicar, segundo as particularidades do processo, que fixarão melhor o character do acto e do agente, a simples reparação civil (no caso de imprudencia ou de crime passional) (1) ou meios de repressão acompanhados de reparação civil (para o assassino de occasião).

Ferri e os seus discipulos fizeram varias e interessantes applicações d'esta theoria dos motivos e do fim: — 1) para a diffamação, distinguindo os diffamadores que procedem por motivos ignobeis e egoistas e os diffamadores que procedem por um fim nobre e moral; 2) para o auxilio ao suicidio, homicidio com o consentimento da victima, segundo se determinou por motivos moraes e sociaes (amor, piedade, etc.) ou por motivos immorales e anti-sociaes (cupidês, vingança, etc.);

(1) Vid. Mellusi, *Quelli che amano e uccidono*, 1910, pag. 59 e segg.

3) para o porte d'arma, segundo o agente a leva para se servir d'ella numa determinada occasião ou sómente para a transportar de um logar para outro; 4) para a receptação, segundo ella tem um fim louvavel (exemplo: impedir a destruição ou a perda de cousa que o receptador reconheça ser um objecto precioso pertencente a um de seus amigos, ou para o entregar á policia, etc.), ou pelo contrario, um fim anti-social (exemplo: tirar um ganho illicito por vingança contra o proprietario, para o impedir de reencontrar o objecto); 5) para o furto de pão por um esfomeado.

Esta theoria, que toma em consideração, para a fixação da culpabilidade e como elementos constitutivos do dolo criminoso, os motivos determinantes da acção e os fins pretendidos pelo agente, e distingue, segundo estes motivos e estes fins são moraes, juridicos, sociaes, ou, pelo contrario, immorales, anti-juridicos e anti-sociaes, tem sido favoravelmente acolhida pelos criminalistas modernos e as legislações e os projectos mais recentes tem tendencia a consagral-a (1).

(1) O projecto do código penal federal suíço redigido por Stooß consagra esta distincção nos seus artt. 38.º, 39.º, 50.º, 53.º, modificados pela commissão revisora. Art. 38.º: O juiz applicará a pena prevista pela lei segundo a culpabilidade do auctor;... deverá ter sempre em conta moveis, antecedentes e situação pessoal do delinquente. Art. 39.º: A pena poderá ser attenuada quando o delinquente cedeu a moveis dignos, etc. Art. 50.º: Quando um delinquente que não soffreu ainda, na Suíça ou no estrangeiro, nenhuma pena privativa da liberdade por causa d'um delicto, é condemnado a uma pena privativa da liberdade de duração inferior a seis meses, o tribunal poderá ordenar que a execução da pena seja prorogada, comtanto que o auctor do delicto não tenha cedido a moveis baixos;... Art. 53.º: Aquelle que, cedendo a moveis dignos, assassinar uma pessoa em virtude d'uma questão instantânea e séria será punido com prisão de um mês a cinco annos.

88. — Continuação: modalidades do dolo.

Em geral, e salva excepção que formalmente resulte da lei, esta não exige para a culpabilidade a intenção de prejudicar, nem tem em consideração os motivos ou o fim que excluiriam no agente esta intenção. O agente é responsavel e punivel desde que quis as consequências nocivas do acto por elle praticado, ainda mesmo que elle tivesse em vista fim differente do de causar prejuizo a outrem, um fim generoso (por exemplo, desembaraçar uma victima do seu perseguidor, abreviar os soffrimentos de um doente incuravel).

Mas, considerado nas suas relações com a vontade, nos elementos que integra, na energia e na maneira por que a impulsiona, o dolo apresenta diversas modalidades:

a) *Dolo ordinario*, o que acabamos de definir: a intenção criminosa consiste na vontade do agente de commetter o delicto tal como é determinado pela lei; é a consciencia no individuo de infringir a prohibição legal, que se presume conhecer (1), qualquer que seja, em principio, o motivo que o levou a violar a lei e a commetter um acto delictuoso.

b) *Dolo especial*. Ha dolo especial quando, para haver infracção, se exige que o motivo que determina o agente seja perverso ou fraudulento. Assim, nos crimes de diffamação e de injuria em que se suppõe, em regra, no agente má intenção, vontade de prejudicar (2);

(1) Código penal, art. 29.º n.º 1.º e § 1.º.

(2) Código penal, artt. 407.º e segg.

o crime de furto que não existe sem intenção fraudulenta (1); e em muitos outros casos em que a lei emprega as expressões fraude, fraudulento, fraudulentamente, maliciosamente, intenção (2), etc.

Succede, porém, por vezes que o character fraudulento do intuito do auctor resulta do acto tal como é praticado, e então o texto legal que incrimina o facto não exprime esta condição: assim, o que falsifica moeda e a passa não pôde ter procedido senão com intenção fraudulenta (3).

Outras vezes, o codigo penal especialisa mais, precisando a tendencia que deve ter tido a vontade-criminosa: nos attentados e conjurações contra a segurança do estado ou nas machinações commettidas ou intelligencias com potencias estrangeiras, o codigo penal indica o fim dos mesmos attentados, conjurações, machinações e intelligencias (4).

Note-se que, em algumas hypotheses, attende-se aos motivos e ao fim para estabelecer duas penas, uma reservada aos delinquentes que obedeçam a motivos anti-sociaes e outra applicada áquelles que actuaram sob o impulso de motivos não degradantes e que não pôdem ser tratados como malfetores vulgares, como no caso de infanticidio commettido pela mãe para occultar a sua deshonra (5), de aborto commettido pela mulher com equal fim (6).

(1) Codigo penal, art. 421.º.

(2) Codigo penal, art. 395.º; 447.º, 451.º, n.º 3.º; 421.º, 457.º; 414.º, 449.º, 461.º; 413.º.

(3) Codigo penal, art. 206.º.

(4) Codigo penal, art. 141.º e segg.

(5) Codigo penal, art. 356.º § unico.

(6) Codigo penal, art. 358.º § 3.º.

c) *Dolo reflectido*. Ha casos em que o legislador exige, como condição da infracção, uma mais grave culpabilidade; quer que a vontade seja reflectida, que haja o que na linguagem juridica se denomina premeditação. Póde, na verdade, conceber-se que a vontade de commetter a infracção seja formada no movimento de uma paixão subita, que não deixa tempo á reflexão, ou que, ao contrario, o acto não tenha tido o character de uma explosão, podendo o agente ter tempo para deliberar. O codigo pune mais severamente o que procedeu com reflexão (1).

Examinado nos seus resultados materiaes, isto é, nas consequencias que importam para o agente responsabilidade criminal, o dolo é susceptivel ainda de outras distincções. Varias categorias de dolo podem, com effeito, indicar-se:

a) *Dolo determinado*, quando o agente tem intenção de commetter um delicto determinado, cujas consequencias são precisa e exactamente previstas com anticipação: uma morte, um roubo, um abuso de confiança, etc.

b) *Dolo indeterminado*, quando o acto querido e levado a cabo pelo agente é susceptivel de produzir varias consequencias que se prevêem, não se sabendo porém com anticipação qual a que do acto resultará (exemplo: os golpes e ferimentos que podem produzir desde uma simples contusão até uma enfermidade

(1) Codigo penal, artt. 351.º, 352.º, 355.º § 1.º. Alimena, *La premeditazione in rapporto alla psicologia, al diritto e alla legislazione comparata*, 1887.

permanente ou mesmo a morte). A lei, para fixar a pena, refere-se á gravidade do resultado produzido que o agente podia prever, ainda que o não tenha precisamente querido nem previsto.

c) *Dólo eventual*, quando produziu consequências mais graves do que as que o agente previu ou pode prever, como no caso de golpes e ferimentos em uma mulher grávida, cuja gravidez era ignorada do agente, e que produziram o aborto. O *dólo eventual* marca o ponto final das consequências que podem directamente ser ligadas á vontade do auctor. Além, já não ha consequencia intencional ou *dólo*, mas póde ainda haver responsabilidade em caso de culpa.

89. — Continuação: a culpa e seus elementos constitutivos.

Ha culpa, em direito penal, quando um acto voluntario produziu consequências que o auctor nem directa nem indirectamente quis, mas que deveria ter impedido. O auctor está em falta, porque houve da sua parte menos cuidado, menos providencia, menos vigilancia; não calculou as consequências do seu acto voluntario.

A culpa é, como o *dólo*, susceptivel de diversos graus. Muitos criminalistas distinguem, segundo os romanos, entre *culpa lata*, *culpa levis* e *culpa levissima*.

A primeira dá-se quando o acontecimento nocivo poderia ter sido previsto por toda a gente; a *culpa levis* dá-se quando a previsão não era possível senão para homens attentos e diligentes; a *culpa levissima* verifica-se quando a previsão não poderia ter sido pos-

sível senão mediante uma attenção extraordinaria e excepcional.

A culpa levissima não poderia implicar a responsabilidade penal. A culpa leve e a culpa lata serão punidas em graus diferentes, tomando em linha de conta a idade, temperamento, character, cultura intellectual do auctor do damno e apreciando-os *in concreto*.

90. — Continuação: fundamento da incriminação da culpa.

Muitas theorias teem sido sobre este assumpto exco-gitadas (1). Exporemos apenas e ligeiramente duas, que são as mais importantes: a theoria classica e objectiva e a doutrina positiva e subjectiva.

A doutrina classica, ainda actualmente dominante na legislação e na pratica, vê na culpa um vicio ou um effeito da vontade, que consistê na omissão voluntaria da diligencia e da attenção necessarias e a ter querido um facto sem lhe prever as consequências, todavia previsiveis: o acto é voluntario nos seus effeitos.

Ha entre o *dólo* e a culpa esta differença: em caso de *dólo* a causa e effeito são voluntarios e queridos; em caso de culpa só a causa é voluntaria e querida mas não o effeito: « as culpas, emquanto se ligam a um vicio da vontade, diz Carrara, são moralmente imputaveis, porque é um acto voluntario ter inertes as faculdades intellectuaes. O negligente, posto que não tivesse querido a lesão do direito, quis todavia o facto que devia (poderia e deveria prevê-lo) produzir essa lesão ».

A propria omissão, quando a falta consiste em não ter feito o que seria prudente fazer para evitar a lesão,

(1) Angiolini, *Dei delitti colposi*, 1901, pag. 1 e segg.; Manzini, *Trattato di diritto penale italiano* cit., t. II, pag. 43 e segg.

pode ser considerada como voluntária, visto que é devida a uma inercia da vontade e consiste em não ter querido fazer o que era necessario.

A essencia da culpa está, pois, num facto da vontade. Mas, enquanto que, seguindo a doutrina de Carrara, se considera geralmente a vontade sob um caracter activo, definindo a culpa « a omissão voluntaria de diligencia no calculo das consequencias possiveis e previsiveis do seu proprio facto », alguns julgam mais conforme á natureza das cousas considerar a culpa consequencia da inercia da vontade, consistindo em não ter previsto o que era previsivel e em nada ter feito para a evitar.

Quanto á punição da culpa, deve ser medida pelos seus graus e pelo resultado ou effeito material do acto.

A doutrina positivista representada por Ferri contesta a influencia da vontade na culpa, a negligencia ou imprudencia como causa de responsabilidade.

Por um lado, a vontade não intervem senão no acto inicial e não no resultado d'este acto e no effeito produzido; ora, não é o acto inicial voluntario que é a rasão da responsabilidade, é o resultado involuntario d'este acto que origina esta responsabilidade e lhe determina a medida, quando está estabelecido que este resultado nocivo podia ser previsto; é o defeito de providencia que é causa da responsabilidade, e este defeito de providencia é involuntario, porque se fosse voluntario haveria dolo e não simples culpa; o que o prova é que um caso fortuito pode ser voluntario, sem todavia implicar a responsabilidade.

Assim, a mistura de substancias chimicas, que produz uma explosão que o chimico não podia prever, é um acto voluntario e todavia não implica a sua responsabilidade, porque não constitue uma culpa da sua parte; não houve defeito de previsão, visto que o resultado não podia ser previsto: ha caso fortuito. A culpa não é, pois, um vicio da vontade, mas antes um defeito

de reflexão, de intelligencia, de attenção, de providencia.

Por outro lado, é impossivel encontrar um elemento voluntario nas culpas negativas e de omissão, quando o delinquente é punido por nada ter feito: não sómente não quis o effeito, mas nem mesmo quis um facto qualquer d'onde esse effeito podesse resultar; por exemplo, no caso do empregado de caminho de ferro, que se esquece de fechar a porta d'um wagon, o que determina a queda de uma creança.

Acontece o mesmo com o medico-cirurgião incapaz e inexperto que por ignorancia e inexperiencia, causa a morte do doente ou do operado; é responsavel e todavia não foi voluntariamente inexperto e ignorante, não previu nem mesmo podia prever, por motivo da sua ignorancia e da sua inexperiencia, o resultado do tratamento.

A unica razão da responsabilidade penal do auctor da culpa é a responsabilidade social, independente de toda a responsabilidade moral, o caracter anti-social d'esta falta e a temibilidade, a nocividade do seu auctor. É esta temibilidade e não o resultado material da culpa, que deve determinar o grau da responsabilidade e o grau da repressão.

Esta ideia é desenvolvida por Angiolini (1). Sob o ponto de vista da temibilidade por ligeireza (*temibilità per leggerezza*), do imprudente e do negligente, opposta á temibilidade por malvadez (*temibilità per malvagità*) do criminoso culpavel de dolo, este escriptor divide os delinquentes culposos em quatro categorias, a cada uma das quaes quereria ver applicar meios de repressão differentes:

a) *Imprudentes e negligentes por defeito de senso moral e de altruismo*; por exemplo, os

(1) Angiolini, *Dei delitti colposi* cit., pag. 60 e segg.

industriales que impõem ás crianças um excesso de trabalho prohibido pelas leis; os individuos que, pelo casamento ou por qualquer outra forma, transmittem doenças infecciosas e contagiosas, etc. Uma forte mulcta, alimentando uma caixa destinada a soccorrer certos infortunios graves, a interdicção da profissão, do casamento, e o internato num hospital, etc., seriam os meios appropriados a esta categoria, além das reparações civis.

b) *Culpaveis por inexperiencia, ineptidão, ignorancia da profissão*; por exemplo, os medicos e cirurgiões, ignorantes e inexpertos, os engenheiros culpaveis de faltas profissionais, etc. Uma mulcta e a privação do exercicio da profissão, quer temporaria quer perpetuamente, deveriam ser as penas destinadas a proteger a sociedade.

c) *Culpaveis por defeito no mecanismo da attenção e da associação das ideias*, a mais importante categoria: cocheiro, cyclista, conductor de automovel, caçador imprudente. A reparação civil fortemente assegurada bastará na maioria dos casos, salvo algumas medidas preventivas, taes como condições rigorosas para a concessão de permissão de caça, de automovel, de carro, etc., e nos casos graves a pena de mulcta.

d) *Culpaveis pela influencia do meio, por motivo d'um esgotamento physico e intellectual*; por exemplo, os empregados do caminho de ferro, os operarios cansados pelo excesso de trabalho que não puderam, no cumprimento do seu dever profissional, fornecer a somma

de attenção necessaria para evitar accidentes. A temibilidade desaparece e a culpa cabe ao empresario que deve ser o unico declarado responsavel civil e mesmo penalmente.

O que caracteriza esta doutrina é que a repressão é independente do resultado, que tem lugar mesmo em relação á simples tentativa, antes de todo o damno, e que é calculada sobre o caracter pessoal do agente, manifestado pela sua imprudencia, negligencia ou inexperiencia.

No codigo penal português foi acolhida a doutrina da theoria classica objectiva. Assim, a culpa considera-se sempre como acto ou omissão dependente da vontade (1) e a sua punição funda-se na omissão voluntaria de um dever (2). Não ha tentativa nem delicto frustrado culposos (3), e a medida da pena é em regra determinada pela gravidade do damno, não podendo, em todo o caso, ser superior á de prisão correccional e mulcta, conforme o preceito do artigo 110.º (4).

91. — Continuação: concurso do dolo e da culpa.

As vezes, as circunstancias associam e combinam o dolo e a culpa. Tal é o caso em que o facto do agente, além das consequencias previstas e queridas, produz outras nocivas que elle não previu nem quis, mas que devia prevêr. Assim, alguém commetteu o crime de offensas corporaes, sem intenção de matar, e comtudo occasionou a morte. Esta hypothese não se deve

(1) Codigo penal, art. 43.º § unico.

(2) Codigo penal, art. 2.º.

(3) Codigo penal, artt. 10.º e 51.º n.º 5.º.

(4) Codigo penal, artt. 193.º, 216.º § unico, 311.º § unico, 326.º, 368.º, 369.º.

confundir com a do dolo eventual, visto que as consequências que excedem o resultado da infracção primitivamente querida não foram previamente aceitas pelo agente. Qual deverá ser o effeito do concurso do dolo e da culpa em relação á punição?

Uma theoria, hoje com rasão abandonada, define a responsabilidade penal neste caso, segundo a regra — *qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu* — e consequentemente pune na hypothese figurada as offensas corporaes como homicidio.

Outra theoria dominante nas legislações e na doutrina attende unicamente á possibilidade que o agente tinha de prever as consequências prejudiciaes do seu facto, lança-lhe em responsabilidade só a culpa e não considera intencionaes as consequências damnosas não queridas. A pena é aggravada segundo o prejuizo resultante da culpa. Assim succede em o nosso codigo penal (1).

(1) Codigo penal, art. 361.º § unico.

INDICE

TITULO I

A lei penal

CAPITULO I

Fontes do direito penal

	Pag.
1. — O principio da determinação dos crimes e das penas.	7
2. — Continuação : restricções ao principio	9
3. — A lei como fonte do direito penal.....	15
4. — Elementos da disposição penal.....	19
5. — Fontes mediatas do direito penal	20

CAPITULO II

Interpretação da lei penal

6. — Interpretação authentica e doutrinal	27
7. — Interpretação grammatical e logica ; a analogia	30
8. — O principio « in dubio pro reo ».....	33

CAPITULO III

Força obrigatoria da lei penal

SECÇÃO I

Quanto ao tempo

9. — Começo e termo da obrigatoriedade da lei penal....	39
10. — O principio da não-retroactividade da lei penal	41

11. — A escola classica e a retroactividade benigna da lei penal.....	Pag. 43
12. — O principio da não-retroactividade e a legislação de processo criminal	56

SECÇÃO II

Quanto ao espaço

§ 1.º

Competencia territorial da lei penal

13. — O principio da territorialidade.....	59
14. — Conteúdo juridico do territorio	60
15. — Determinação do territorio em que o crime é commettido.....	77
16. — Cumulação de jurisdicções	86

§ 2.º

Competencia extraterritorial da lei penal

17. — O principio da extraterritorialidade.....	87
18. — Base das legislações relativamente ás infracções extraterritoriaes	89
19. — A regra « non bis in idem » como limite da auctoridade extraterritorial	94
20. — Crimes commettidos fóra de todo o territorio.....	96

§ 3.º

A extradição

21. — Fundamento e natureza juridica da extradição	97
22. — Condições do exercicio da extradição.....	99
23. — Restricções ao exercicio da extradição	103
24. — Reextradição.....	108

§ 4.º

A expulsão

25. — O direito de expulsão e a soberania do estado	109
26. — Applicação do direito de expulsão	110

SECÇÃO III

Quanto as pessoas

27. — Caracteres das immunities de direito penal	113
28. — Prerogativas de direito interno	114
29. — Prerogativas de direito publico internacional	116

TITULO II

A infracção penal

CAPITULO I

Noções geraes

30. — A infracção como phenomeno social	Pag. 125
31. — A infracção como phenomeno juridico e a sancção penal.....	134
32. — Continuação : factos illicitos, civis e penaes	135
33. — Infracção penal e transgressão disciplinar	138
34. — Factos juridicos penaes diversos do delicto.....	142

CAPITULO II

Distincção das infracções

SECÇÃO I

Segundo a gravidade

35. — Classificação tripartida das infracções penaes	147
36. — Classificação bipartida.....	150
37. — Crime e contravenção : aspecto doutrinal.....	151
38. — Crime ou delicto no codigo penal português.....	154
39. — Contravenção no codigo penal português.....	161
40. — Continuação : regras privativas das contravenções..	165

SECÇÃO II

Segundo a sua natureza intrinseca

§ 1.º

Crimes publicos e particulares

41. — Valor theorico e alcance pratico da distincção.....	170
42. — A distincção dos crimes em publicos e particulares na legislação portuguesa.....	174

§ 2.º

Crimes politicos

43. — Conceito do crime politico.....	181
44. — Determinação dos crimes politicos	184

§ 3.º

Crimes de imprensa

45. — A liberdade de imprensa e garantias do seu exercício	Pag. 188
46. — Elementos do crime de imprensa	191
47. — Determinação dos crimes de imprensa	192

§ 4.º

Crimes militares

48. — Categorias de crimes militares; penas, especialidades	195
---	-----

SECÇÃO III

Segundo o modo de execução material

49. — Crimes permanentes e instantaneos	199
50. — Crimes simples e habituaes	201
51. — Crimes de acção e de inacção	202
52. — Crimes complexos	205
53. — Crimes connexos	207
54. — Crimes continuados	208

SECÇÃO IV

Segundo o resultado da execução

55. — Crimes materiaes e formaes	209
----------------------------------	-----

SECÇÃO V

Segundo a epocha da sua verificação

56. — Crimes flagrantes e não flagrantes	210
--	-----

CAPITULO III

Elementos constitutivos da infracção

57. — Enumeração dos elementos da infracção	213
---	-----

SECÇÃO I

Sujeito da infracção

58. — O individuo como sujeito da infracção penal	214
59. — As pessoas collectivas	216
60. — O meio social; as multidões	219

SECÇÃO II

Objecto da infracção

61. — Sujeito passivo e objecto da infracção	Pag. 222
62. — Determinação do objecto da infracção	222

SECÇÃO III

Materialidade da infracção

63. — Manifestação exterior do delicto	225
64. — Phases do delicto	226
65. — Elementos de punibilidade: a escola classica e a escola positiva	227

§ 1.º

Manifestação da resolução criminosa

66. — Declarações e ameaças	229
67. — Conjurações e associação de malfeitos	231

§ 2.º

Actos preparatorios

68. — Noção de actos preparatorios	233
69. — Punibilidade dos actos preparatorios	233
70. — Systema do codigo penal português	237

§ 3.º

Actos de execução

71. — Distincção entre actos preparatorios e actos executivos	239
72. — O delicto imperfeito; suas modalidades	244
73. — Continuação: a tentativa simples	247
74. — Continuação: o delicto frustrado	252
75. — O delicto impossivel	254
76. — A tentativa no codigo penal português: elementos constitutivos	259
77. — Continuação: sancção	267
78. — O crime frustrado no codigo penal português: elementos constitutivos	271
79. — Continuação: sancção	277

§ 4.º

Consummação da infracção

80. — Determinação do crime consummado	278
--	-----

SECÇÃO IV

Elementos moraes da infracção

81. — Condições da responsabilidade criminal	Pag. 280
--	-------------

§ 1.º

Aspecto philosophico

82. — Livre arbitrio e responsabilidade moral	282
83. — Determinismo e responsabilidade criminal	283
84. — Continuação : a negação do livre arbitrio	286
85. — Conclusões da sciencia criminal contemporanea....	297

§ 2.º

Aspecto juridico

86. — A responsabilidade criminal : circumstancias que a supprimem ou diminuem	299
87. — Graus da moralidade da infracção : o dolo e os seus elementos constitutivos	300
88. — Continuação : modalidades do dolo	305
89. — Continuação : a culpa e seus elementos constitutivos	308
90. — Continuação : fundamento da incriminação da culpa	309
91. — Continuação : concurso do dolo e da culpa	313

ERRATAS

Pag.	Linhas	Onde se lê	Leia-se
28	32	expostos como logica	expostos, com logica
91	9	E que	E' que
113	3	Secção II	Secção III
131	23	divison	division
142	3	Esse	Este
142	11		elimine-se a palavra quaes
200	7	potencionalmente	potencialmente