

DIREITO CRIMINAL

ELEMENTOS DE DIREITO CRIMINAL

É assaz conhecida de quem estudou direito criminal a falta de um livro, que exponha succintamente, com clareza, systema e methodo, os principios elementares deste direito.

Os nossos jurisconsultos antigos, talvez porque, segundo as idéas do seu tempo, o direito civil romano e o canonico eram os unicos dignos da attenção do sabio, não se dedicaram ao estudo do direito criminal, e consequentemente muito poucas, e estas imperfeitissimas, foram as obras que sobre tal objecto deram á luz.

O sabio Paschoal José de Mello, inspirado das modernas idéas de philosophia, e secundando o impulso dado aos estudos do direito na Universidade de Coimbra pela reforma do grande Marquez de Pombal, publicou as suas *Institutiones juris criminalis lusitani*; porem, se esta obra tem o cunho do talento daquelle sabio jurisconsulto, e foi muito adiante do que naquelle tempo se escrevia e ensinava em Portugal, todavia hoje não pode satisfazer ás necessidades do ensino deste ramo de jurisprudencia.

Desde então não se publicou entre nós mais obra alguma, em que se expozessem com clareza, systema e methodo os principios elementares do direito criminal, e

consequentemente existe uma importante lacuna em a nossa bibliotheca juridica.

Os jurisconsultos estrangeiros têm escripto muito sobre este ramo especial do direito, e algumas obras ha delles dignas de recommendação, entre as quaes avultam os — *Elements de droit pénal* de Mr. Ortolan; porem estas obras, alem de serem demasiadamente extensas na exposição dos principios, referem-se na parte positiva ao direito criminal da nação a que seu auctor pertence, e não podem por isso satisfazer ás necessidades do nosso ensino.

O sr. conselheiro Antonio Luiz de Souza Henriques Secco, sendo encarregado, no anno lectivo de 1861 a 1862, da regencia da cadeira de direito criminal nesta Universidade, conheceu a necessidade de fazer um compendio, em que se expozessem com systema e methodo os elementos deste direito, e logo poz a mira em satisfazer-a.

O seu fim está quasi realisado: as materias mais importantes de direito criminal acham-se já tractadas com clareza e methodo, e em breve sairá á luz publica o *Compendio de direito criminal portuguez*.

Intendeu porem o seu auctor que de conveniencia era fazer já conhecidos alguns dos capitulos da obra, e dignou-se de escolher esta *Revista* para a sua publicação, que hoje começamos a fazer.

É dever nosso agradecer-lhe a preferencia que deu a esta folha sobre tantas outras que no paiz se publicam; e estamos certos

de que nossos leitores terão no devido apreço este escripto por tantos titulos recommendavel.

Srs. Redactores.

Tenho sido tractado com tal benevolencia, aliás immercedida, pela illustradissima Redacção da *Revista*, que me abalanco a pedir a publicação de diversas materias de direito criminal, já coordenadas pelo systema synthetico, unico adaptado para o ensino, a que por mim são destinadas. Não de por isso ter cabimento no *Compendio de direito criminal*, de cuja elaboração me occupo.

Romperei hoje o passo com o assumpto da *Edade*.

É sabido quanta attenção ella merece ao legislador, como uma das causas que determinam a negação, ou a applicação total, ou parcial da pena.

Outros assumptos se lhe seguirão.

Antonia Luiz de Souza Henriques Secco.

Edade

§ 1.º

Progresso gradual e incerto do homem

1.º Physico

Germen, embrião e feto, chega o recém-nascido à vida real, para ahí percorrer successivamente estes periodos: a *primeira infancia*, a *segunda infancia*, a *adolescencia*, a *edade adulta* ou *madura* e a *velhice* finalmente, que lhe cerra no tumulo as portas da existencia.

Prescindindo dos phenomenos da vida uterina, a mais ligeira reflexão sobre o estado da organização nos diferentes espaços da vida do homem é sufficiente para nos instruir—de que o desenvolvimento das suas faculdades physicas se opera gradualmente desde o nascimento até à edade madura; de que, durante esta, todos os seus órgãos ficam estacionarios, ou soffrem poucas modificações até à velhice, chegada a qual, elles se deterioram e alteram lentamente; de que esse desenvolvimento é porém mais rapido nos primeiros tempos da existencia, diminuindo gradualmente nos que se approximam da edade adulta; e de que em fim não segue elle em todas as suas phazes, e em todos os individuos, a regularidade de successão, que se encontra no tempo, sendo por isso mais precoce em uns, e mais tardio noutros do que a media geral.

§ 2.º

2.º Moral

Essa mesma ligeira reflexão, passando do campo physiologico ao campo psychologico, basta para nos illucidar sobre que, comquanto o recém-nascido possua o principio das suas faculdades intellectuaes e moraes, estas somente começam a desinvolver-se mais tarde, gradualmente, e *pari passu* das faculdades physicas, até que umas e outras alcançam o seu estado ordinario de perfeição; que porem a marcha gradual e parallela falha ás vezes, succedendo que ou umas e outras não têm alcançado, ou têm excedido o desinvolvimento correspondente a uma dada epoca da vida, ou que as mesmas se não acham na relação ordinária, havendo assim attingido umas certo grau de desinvolvimento que se não encontra nas outras.

Verificam-se estes phenomenos até entre os proprios irmãos, apesar da identidade do sangue, educação, e mais circumstancias.

Ainda mais: pelo que toca ás faculdades intellectuaes e moraes, nota-se ás vezes que, se a intelligencia de certo individuo está já desinvoldida, não assim a razão moral, e ao inverso outras vezes; mas em verdade muito mais raramente.

§ 3.º

Influencia da edade na imputabilidade

É assim manifesto que o homem, começando pelo estado de não imputabilidade, attinge ultimamente o estado da plena imputabilidade; e que em semelhante resultado é o tempo, ou a edade que *especialmente* influencia, porquanto, ainda que outras circumstancias ou causas—o clima, o temperamento, a educação, e a instrucção—nelle participem, actuam somente por modo menos decisivo. Marca ella alem disso um outro periodo, isto é, o estado medio ou da transição de um para outro dos dois extremos; e por isso é já evidente quanto deve ser attendida assim pelo moralista, como pelo legislador.

É tambem igualmente manifesto que nem pela observação dos casos geraes, nem pela observação applicada a um dado individuo, é licito prefixar de antemão os termos certos, em que este ou muitos individuos deixam *com certeza* de ser não imputaveis, têm já alguma imputabilidade, ou possuem esta no grau ordinario.

E finalmente é ainda igualmente manifesto, que a imputabilidade somente pode verificar-se

com exactidão no momento e em relação a cada individuo, principalmente pela confrontação do seu procedimento com o de um homem maduro.

§ 4.º

Dois systemas acerca della

Para decidir e graduar, não obstante, a imputabilidade segundo a idade, dois caminhos estão patentes. Consiste o primeiro em fixar, pela observação de muitos casos, o periodo até o qual a idade é motivo de irresponsabilidade, por falta absoluta da mesma imputabilidade; até o qual é desculpa, ou motivo de atenuação somente; e desde o qual ella attribue ao homem inteira imputabilidade.

Consiste o segundo, em não fixar regras, mas em deixar á apreciação dos tribunaes os casos occorrentes, para que absolvam, diminuam, ou applicquem a pena ordinaria, conforme pensarem do estado de responsabilidade de cada individuo.

Ao primeiro aspecto parece este systema preferível, porque aos olhos vendados da lei contrapõe os olhos abertos do juiz, que pelas provas melhor pode avaliar um ponto, que absolutamente depende de factos individuaes.

E quem com effeito desconhecerá a differença, que pode dar-se entre duas creanças, uma menor de dez annos, mas já bastante desinvolvida, a outra maior, mas tarda na desinvolução das suas faculdades intellectuaes, e não obstante sujeita a responsabilidade esta, e liberta aquella pela mesma lei, ao mesmo tempo severa e indulgente, mas sempre injusta?

Alem disso, não participa o mesmo systema do absurdo e perigo dos periodos fataes inherentes ao opposto; porque se a regra fixa a idade a criança de dez annos e um dia, deixa escapar a de dez annos menos um dia. Vinte e quatro horas, por isso a mais ou a menos decidem da criminalidade ou innocencia de um ser humano!

A despeito porem destas considerações, somente o primeiro systema é adoptavel; porque, pelo arbitrio possível mas incerto da lei, evita os arbitrios provaveis da condescendencia, e, o que peor é, da severidade dos juizes, porque são homens, mais intoleraveis do que aquelle, por isso que partem de não conhecida, e não como elle, da fatalidade inexoravel de legislador; e sempre offensivos do decoro das leis, mormente pela facilidade que prestariam á constatação das injustiças rela-

tivas, pela confrontação dos contradictorios casos julgados.

Somente por isso, como mal inevitavel, ha a descaucar sobre o arbitrio dos tribunaes, pelo que toca ao periodo da transição, visto que a lei não pode de antemão pronunciar-se sobre elle.

§ 5.º

Periodos da idade com respeito á oriminalidade

Deve pois o legislador prefixar os seguintes cinco periodos da idade:

1.º Periodo da *infancia* (certeza de não imputabilidade).

2.º Periodo de *transição* (*duvida sobre se ha ou não ha imputabilidade*).

3.º Periodo da *idade adulta* ou *maioridade imperfeita* (*certeza de imputabilidade*).

4.º Periodo da *madureza* ou *maioridade absoluta* ou *culpabilidade plena*.

5.º Periodo da *velhice*.

Já se vê que estes periodos são de tal modo ligados entre si, que o fim de um é o começo do outro; por meio dellos separa a lei uma successão de dias que a natureza tem encadeado.

Carece-se de fixar o primeiro, posto que nem todos os legisladores o hajam feito, para que se não presencie o espectáculo de ver arrastado aos tribunaes o infante de sete ou menos annos, o que por força tem de succeder, se fica ao arbitrio dos tribunaes o decidir sobre se ha ou não já imputabilidade nudo individuo, porque como questão de facto, têm de a resolver em relação a cada caso especial. O anno até o qual este periodo deve estender-se, é variavel segundo os diversos Codigos: não ha perigo todavia em o abaixar um pouco, porque, se o infante proceder por innocencia, não é prejudicado, e se procedeu com malevolencia cumpre que o não salve a letra da lei. Parecé-nos por isso excessivo eleva-lo até aos dez annos perfeitos.

O segundo é mais delicado, porque marca a transição da ausencia para a presença da imputabilidade, e precisa por isso de descer até o anno, em que a generalidade dos casos mostra que já ha alguma intelligencia e liberdade e subir até o outro anno, em que a observação depõe de que o desinvolvimento moral não é ainda completo; ou melhor como assenta no estado de duvida sobre a responsabilidade, deve emprehender todo o espago, em que a questão acerca della pode levantar-se.

Elevar este periodo um pouco mais, até

talvez dezeseis annos mesmo, não nos parece inconveniente, porque nem ha o perigo da prevenção fatal da lei contra o de menos annos, peccando por innocente, nem a occasião de evasiva para o que obra com effectivo discernimento, provada que seja esta circumstancia.

O terceiro periodo deve principiar desde o anno em que o desinvolvimento moral dos individuos é, por via de regra, já pleno.

O quarto periodo ha de harmonizar-se com a maioridade civil, começando no proprio anno em que a lei decreta esta mesma, talvez aos vinte, ou aos vinte e um annos.

O quinto emfim, que o legislador deve tambem não omitir, fazendo-o decorrer desde os setenta annos ou mesmo dos sessenta em diante, surte somente certos effeitos, alheios ao motivo da responsabilidade.

§ 6.º

Penas segundo os diversos periodos

Para os infantes é inutil dizer que nem ha processo nem penas.

Para os adolescentes, se o processo mostra que obraram sem discernimento, não ha tambem logar a pena; mas terá esta cabimento se se prova que aquelle interveiu. Deve a pena porem ser applicada não na totalidade, mas com uma attenuação tanto maior, quanto o delinquente menos affastado se achar da infancia, ou melhor deve a pena ir crescendo *pari passu* dos annos de que o periodo consta.

Os adultos devem supportar a quasi totalidade da pena, porque, ainda assim é justo que uma qualquer attenuação os beneficie, menor em todo o caso, do que para os adolescentes.

Os de idade madura somente soffrerão a pena ordinaria, em toda a sua extensão.

É certo que nem todos os Codigos procedem em conformidade da doutrina exposta, em relação a estes dois ultimos periodos, pois que, não admittindo differença entre elles, applicam a pena ordinaria a contar do começo da idade adulta, fazendo assim antecipar a *maioridade criminal á maioridade civil*. Não vemos ahi porem senão uma notavel incoherencia; e com effeito, ainda que se allegue, para cohonestala; que a noticia das leis penaes é não somente mais natural, mas mais simples, do que a das leis civis, porque ao passo que as prescripções daquellas se acham com cedo gravadas no coração do homem, e são de facil comprehensão, consistindo geral-

mente em prohibições, as destas são o producto de combinações sabias, desinvolvidas com o tempo, pela actividade do homem; isto é, que as ideias do justo antecedem as do util ou dos interesses, é sempre incontroverso que as leis, não reconhecendo a maioridade civil se não no periodo em que suppõem umas e outras totalmente formadas, é porque em verdade crêm que até então falha nos individuos certa descripção e madureza, que somente mais tarde se attinge. Ora é nessa mesma ligeireza dos annos, e ausencia da plena noticia ou calculo da nocividade da acção, que baseamos a attenuação proposta para o primeiro dos dois periodos.

Nas contravenções, provado o discernimento, a pena deve excepcionalmente applicar-se na totalidade; a pouca gravidade desta e a pequena importancia daquellas não soffre procedimento diverso.

§ 7.º

E no da velhice

Quanto ao ultimo periodo, ou o da velhice, não pode este importar consigo nenhuma attenuação de pena, por falta de imputabilidade; ao contrario pezará esta com mais força, se é possivel.

Com effeito, o homem que durante uma longa vida contrahi o habito de bem proceder, é menos desculpavel, se nos ultimos momentos della rompe com o passado de virtude, que era já como que parte da sua personalidade. Depois, nessa epoca, as paixões que podem arrastar ao crime são já menos vehementes. E por ultimo até as proprias causas e occasiões do delicto se tornam menos frequentes.

Se porem a culpabilidade dos velhos permanece intacta, a pena deve ou modificar-se, ou variar-se, somente pela consideração da *fraqueza physica, ou extenuação de forças*, em que elles laboram, por forma que se proveja á desejada egualdade, que não haveria, se fosse uma mesma pena para a idade senil, como para a idade robusta; e se atalhe que não degenerem em mal maior do que o previsto pelo legislador, como succederia se ao septuagenario se applicasse o degredo, ou trabalhos publicos muito peizados. Demais com os velhos pode haver já menor rigor, porque as proprias reincidencias são menos de temer.

A pena de morte, quando se admittisse, parece que nunca deveria ser applicada aos velhos; *ha um quer que seja de repugnante,*

em acabar com uma vida proxima a expirar, em dar fim a dias já gastos, e quasi extintos; e assim parece se observa na China.

Da velhice simples, cumpre distinguir a *caducidade* e a *demencia*, prolongação uma, e ás vezes effeito della a outra.

A caducidade, produzindo enfraquecimento de faculdades intellectuaes, e quasi importando *segunda meninice*, como usa dizer-se, não pode deixar de actuar sobre a culpabilidade, e por isso tambem sobre a pena, na razão do esfranquecimento demonstrado. Se tocar a *imbecilidade*, desaparecerá mesmo toda a culpabilidade.

Da demencia falaremos noutra parte.

(*Continua*).

DIREITO CRIMINAL

Edade

(Continuado do n.º 222, paginas 213)

§ 8.º

Detenção paternal

Ainda que os adolescentes, aos quaes se não provou haverem obrado com discernimento, sejam absolvidos, todavia como os factos que se lhes attribuem, podem dar de si a prova das más propensões do menor, e esclarecer o tribunal sobre as relações nocivas em que vive, ou a direcção viciosa que se lhe imprime; a sciencia aconselha o emprego das medidas adaptadas a prestar-lhe a educação moral, e o trabalho profissional de que carece.

Similhante procedimento justifica-o assás, não somente a propria falta do menor, que por ficar impune não deixa de ser sempre falta, mas tambem a negligencia dos pais ou tutores, que parece estar reclamando a intervenção da auctoridade.

Todavia a detenção, a que o menor for estrangido, deve ser ministrada em estabelecimentos especialmente dedicados a este mister, e não nos proprios de correcção e repressão penal, para que ella não pareça degenerar em condemnação; e alem disso o prazo de tempo, por que for decretada, deve ser sempre remissivel, desde que o menor ou seus superiores derem garantias de uma melhor conducta futura.

É escusado dizer que similhante detenção, não tendo o caracter de pena, mas de simples *disciplina paternal*, não pode constituir em reincidencia os menores que depois delinquem.

§ 9.º

Consequencias geraes e forenses da attenção prestada á edade

A edade dos delinquentes importa consigo as seguintes consequencias:

1.º A presumpção favoravel aos delinquentes

tes do segundo periodo, de haverem procedido sem *discernimento*.

Por discernimento entendemos aqui, não qualquer das faculdades da intelligencia, mas a sua mais alta faculdade — a *razão moral*, a *concepção do justo e do injusto*, e não em geral, mas sobre o facto particular, objecto da accusação; ou a *faculdade de prever a penalidade da acção segundo a lei positiva*.

2.^a A obrigação, que peza sobre a accusação, de provar que o discernimento intercedeu.

3.^a A presumpção desfavoravel aos delinquentes do terceiro periodo, que, não obstante, como é somente *juris*, e não *juris et jure*, admite prova em contrario, mas por agora à cargo do accusado. Pelo que, se no segundo periodo a questão é — *a lei absolve, mas os factos condemnam* —; neste se inverte ella: — *a lei condemna, mas os factos absolvem*.

4.^a O dever que impende aos juizes de prestarem devida attenção à averiguação do estado de intelligencia e liberdade dos jovens, desde que a lei deriva da sua decisão desfavoravel a punição destes.

5.^a A applicação de penas com virtude correctiva de que se deve fazer uso, porque, como as edades adolescente e adulta são cheias de esperanças, estas deve a sociedade não destruir, mas afagar pela correção, direcção e afeiçoamento do espirito e caracter dos jovens delinquentes.

É sobre tudo nesta classe de condemnados, dizem Chhuveni e Helly (ainda que somente com relação aos menores de dezeseis annos), que se patenteiam os felizes effeitos do systema penitenciario, porque nesta idade os máus habitos não estão arreigados, os sentimentos não se acham ainda preventidos: é um terreno a que só falta cultura.

6.^a A idade, ao inverso de outras circumstancias, procede a respeito de todos os crimes e delictos, e abrange as proprias contravenções, por que se estas dispensam a intenção, não assum o discernimento.

7.^a Na circumstancia da idade attende-se ao tempo da perpetrção do delicto, e não ao da applicação da pena; pois que a razão da attenção ou isenção da mesma pena decorre da relação della com o delicto somente.

8.^a A questão da idade deve ser decidida pelo tribunal, sempre que não seja evidente que o accusado é claramente maior.

9.^a Se se poder provar por certidão do registro civil (certidão do baptismo entre nós), pertencerá o conhecimento della aos juizes de direito; se porem, não falta de certidão, a

prova depender do depoimento de testemunhas, tocara a sua decisão aos juizes de facto¹.

10.^a Quando, provado o facto do nascimento no seu dia, não o for o da menoridade no dia do commettimento do crime, por ser incerto este ultimo; neste caso, por que a duvida deve ser resolvida segundo a equidade, cumpre reputar menor o delinquente.

11.^a Ao réo fica sempre o direito salvo de poder mostrar perante qualquer instancia, que não tinha ao tempo do delicto a idade que se lhe attribuiu; ainda mesmo quando a sentença está já em via de execução, ou mesmo já em execução, para o fim de obter que seja revista.

12.^a Ao tribunal impende a obrigação de attender a idade *ex officio*.

13.^a O menor declarado não culpado por falta de discernimento não fica obrigado ao pagamento das despesas do processo ou custas, visto que estas só recaem sobre condemnação.

14.^a Deve, sob pena de nulidade, nomear-se curador *ad litem* ao menor accusado em juizo².

15.^a A nulidade proveniente do beneficio da idade de um réo não aproveita aos demais³.

16.^a Ao menor dado como testemunha em processo crime, não se defere juramento e por isso não pode ser contado para presazer o numero de testemunhas exigido pela lei no summario das querelas⁴.

17.^a O processo para os adolescentes deve ser secreto, para que se evite o perdimto do natural pudor, pela ostentação da publicidade.

18.^a E' tambem admittimos o ordinario, ainda que não haja cumplices de maior idade, julgados conjunctamente, e não o correccional, porque seria privar os réos jovens de uma garantia *commum*, sem indemnização de intelligencia, no julgamento inflexivel dos juizes de profissão.

19.^a De resto a circumstancia da idade senil

¹ Que a applicação do facto, a saber — se a offendida tem ou não a idade... é de... potencia dos juizes que julgam do facto e do direito e... do supremo tribunal, decidiu já este mesmo; peço que pareça vir em auxilio da nossa distincção. (Accordão do Supr. Trib. de Just. de 16 de fevereiro de 1866, D. de L., n.º 48).

² Accordão do Supr. Trib. de Just. de 12 de março de 1867, D. de L., n.º 79; Ord., liv. 3.º, tit. 41.º, § 9.º; Nov. Ref. Juiz. artigos 259.º § unico e 700.º; lei de 16 de julho de 1867.

³ Accordão do Supr. Trib. de Just. de 12 de março de 1867, D. de L., n.º 79.

⁴ Accordão do Supr. Trib. de Just. de 4 de junho de 1867, D. de L., n.º 184.

vem para ser ponderada na occasião do julgamento, e não no tempo do commettimento do delicto, por isso mesmo que é somente em relação á pena que ella surte os seus effeitos.

§ 10.º

Edade e circumstancias attenuantes e aggravantes

Pode succeder que o adolescente ou adulto commetta o delicto, concorrendo circumstancias attenuantes ou aggravantes. É fóra de duvida que na primeira hypothese cooperam a edade e as circumstancias para produzir uma maior redução de pena; e na segunda, neutralizando-se, deve na applicação da pena, attender-se ao predominio da edade ou das mesmas circumstancias, conforme os diversos casos.

§ 11.º

A edade perante a estatística

A estatística prova:

1.º que, em regra, os crimes e os delictos são mais raros na infancia, e mesmo na adolescencia;

2.º que outro tanto succede na velhice;

3.º que os crimes e delictos, destes dois extremos da edade tem por causas a fraqueza e falta de resolução;

4.º que o maior numero de crimes com suas circumstancias mais caracteristicas tem particularmente logar na edade viril, isto é, proxivamente, desde os dezeseis até aos trinta e cinco annos, ao menos pelo que toca aos crimes que atacam as pessoas e a propriedade.

(Continúa).

DIREITO CRIMINAL

Edade

(Continuado do n.º 223, paginas 228)

§ 12.º

Edade segundo o direito romano

No direito do povo romano cumpre discriminar os periodos, em que a dividiram, para bem se avaliar como pensaram da edade.

Nos tempos primitivos, esse direito, rude e material, julgando pelos órgãos phisicos¹, chamou *infans* ao que não podia fallar ainda: *qui fari non potest*, e por isso nem proferir as formulas consagradas na lei; ou como se exprime Theophilo: *qui adhuc lactant, aut his paulo sunt majores*²; e *impubes* ao que não era capaz de gerar, e nem por isso de contrahir justas nupcias. Depois os jurisconsultos, tendo já em alguma conta o elemento intellectual, ou melhor os diversos grãos deste, distinguiram tambem entre o que estava mais proximo da edade, em que se não falla—*infanti proximus*, e o que, excedendo esta edade, caminhava para a puberdade—*pubertati proximus*.

Nem aquelle porem, nem estes, prefixaram anno certo, para cada um desses estados, sendo

¹ E já os hebreus assim procediam, porque, se tinham em conta os annos, attenderam por egual a certos signaes ou predicados phisicos dos individuos de um e outro sexo. Pastoret, *Histoire de la legislation des hebreux*, chap. 18.º, N. DD.

² *Paraphrase des Institutes*, liv. 3.º, tit. 19.º, de *inutil. stipul.*, § 10.º

Textos ha mesmo em que se empregam as expressões—*fari non potest* por *infans*, como as expressões—*fari posse* pelas de *infantia major*. Lei 30.º, § 2.º e 4.º, D., de *fideicom. libertatibus* (40—5); Lei 65.º, § 3.º, D., *Ad Senat. Consult. Trebell.* (36—1), que compara o infante ao mudo; Lei 70.º e Lei ult., § 2.º D., de *verbor. signif.* (45—1); Lei 7.º, Cod., *ad Senat. consult. Trebell.* (6—49).

que toda pendia das circumstancias do desenvolvimento, mais ou menos precoce, ou demorado de cada individuo.

Depois, tambem os juriconsultos da escola de Proculo, ou subscrevendo á opinião dos philosophos e medicos da antiguidade, reproduzida nos tempos modernos por Cabanis¹, de que uma revolução organica, actuando tanto sobre o physico como sobre o moral do homem, se operava a cada periodo de sete annos da vida, ou para evitar a indecencia da inspecção do corpo, ou para cohibir o arbitrio dos juizes, ou mesmo por todas estas razões, circumscreveram um primeiro periodo até os sete annos, no qual contemplariam talvez o *infans* e o *infanti proximus*², outro até os doze e quatorze segundo o sexo, no qual comprehenderiam o *pubertati proximus* e o *impubes*, e outro d'aqui em diante para os *pubes*; e deste ultimo ponto ao menos nos dá Justiniano testimonho, quando pela primeira vez o converteu em preceito legislativo, impondo assim termo á longa luta dos Proculianos e Sabinianos, comquanto talvez se engane, quando suppõe privativa do sexo masculino a inspecção corporea, que por acaso teria comprehendido ambos os sexos³.

É licito porem acreditar que para alguns effeitos ao menos datavam os juriconsultos o começo da plena puberdade desde os quatorze e dezoito annos, conforme o sexo⁴.

¹ *Rapports du physique et du moral de l'homme*, 4.^o memoire: *Influence de l'age sur les idées, et sur les affections morales*, §§ 6.^o, 7.^o et 8.^o

² Lei 18.^a, C., de *jure delib.* (6—30): *Si infanti id est minori septem annis...* que aliás não faz differença entre ser *infans* ou *infanti proximus*.

³ *Princ. Inst., quib. mod. tut. finitur* (1—22): «Pupilli, pupillaeque cum puberes esse coeperint, a tutela liberantur. Pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis sed etiam ex habitu corporis in masculis aestimari volebant. Nostra autem magistratus dignum esse castitate nostrorum temporum existimans, beneputavit, quod in foeminis, etiam anti- quis impudicum esse visum est, id est inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere. Et ideo nostra sancta constitutione promulgata, pubertatem in masculis post decimum quartum annum completum illico initium accipere disposuimus; antiquitatis normam in foeminis bene positam, in suo ordine reliquentes, ut post duodecim annos completos, viripotentes esse credantur.»

⁴ Lei 40.^a, § 1.^o, D., de *adopt. et emancip.* (1—7): «Non tantum cum quis adoptat, sed et cum adrogat, major esse debet eo, quem sibi per adrogationem, vel per adoptionem filium facit; et utique plenae pubertatis: id et decem et octo annis eum praecedere debet.»

Lei 14.^a, § 1.^o, D., de *alimentis vel cibariis* (34—1): «Certe si usque ad pubertatem alimenta relinquuntur, si quis exemplum alimentorum, quae dudum pueris et puellis dabantur, velit sequi: sciat Ha-

Alem disso, chamavam elles *puericia* o periodo que se estende até os dezeseite annos completos, e dezoito entrados, desde a qual em diante somente era licito advogar em juizo, intentar a acção popular, exercer as magistraturas publicas, e mais tarde tambem manumittir em testamento os escravos¹.

Ultimamente o pretor, prescindindo da escala ou rotação septenal, creou outra distincção — a dos menores e maiores de vinte e cinco annos.

E comquanto os textos sobre a idade pela maior parte se refiram ao direito civil e as acções penaes de character privado, e somente alguns poucos se reportem ás accusações publicas, e estes mesmos não apresentem regras geraes e precisas sobre a materia; mesmo assim habilitam-nos ás seguintes conclusões.

Os infantes, como é de crer, eram de todo o ponto irresponsaveis².

Os impuberes mandaram as leis das Doze Tabuas punir pelo arbitrio do juiz³; depois alguns juriconsultos tiveram-n'os como ainda incapazes de punição⁴; e outros sujeitam-n'os

«drianum constituisse ut pueri usque decimum octavum, puellae usque ad quartum decimum annum alantur; et hanc formam ab Hadriano datam observandam esse imperator noster rescripsit; sed etiam generaliter pubertas non sic definiatur, tamen pietatis intuitu in sola especie alimentorum, hoc tempus aetatis observandum, non est incivile.»

¹ Lei 1.^a, § 3.^o, D., de *postulando* (3—1).

Lei 4.^a, D., de *popularibus actionibus* (47—23).

Lei 5.^a, D., de *re judicata* (42—1).

§ 7.^o, in fine, Inst., *quibus ex causis manumittere* (1—6).

² Gaius, *Inst.*, liv. 3.^o, § 109.^o: «Sed quo diximus de pupillis, utique de eo verum est, qui jam aliquem intellectum habet, nam infans et qui infanti proximus est, non multum a furioso differt, quia hujus aetatis pupilli nullum intellectum habent.»

§ 10.^o Inst., de *inut. stipul.*, (3—20), que copia o texto de Gaius, com variantes que não merecem notar-se.

Lei 12.^a, D., ad *Leg. corn. de sicariis* (48—8): «Infans vel furiosus, si hominem occiderint, *Leg. Cornelia* non tenentur; cum alterum innocentis consilii tuetur, alterum fati infelicitas excusat.»

Lei 5.^a, § 2.^o, D., ad *Leg. Aquil.* (9—2): «... Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum.»

Lei 1.^a, § 32.^o, D., de *Senat. Consult. Silantiano* (29—5): «Impubes servus vel ancilla nondum viri potens, non in eadem causa erunt; aetas enim excusationem meretur.»

Lei 33.^a, § 1.^o, Cod., de *inoff. test.* (3—28): «... Cum enim infantem suum non posse ingratum a matre sua vocari, scripsit. . . .»

³ Leis das Doze Tabuas, tab. 7.^a, lei 51.^a: «Qui frugem aratro quaesitam furtim nox pavit, secuit, ve suspensus cereri necator. Impubes praetoris arbitratu verberator, noxiam que duplione decernit.»

⁴ Lei 1.^a, Cod., de *falsa moneta* (9—24): «... Impuberes vero etiam si consilii fuerint, nullum susti-

já á pena¹; de certo estes porque, e quando os reputavam obrando com intelligencia; aquelles, porque os criam destituídos della, talvez pela sua proximidade da infancia: e de que este é o unico modo de conciliar as oppostas decisões, nos dá testemunho o proprio *Gaius*, que faz declaradamente distincção entre ser ou não ser o *impubere proximo á puberdade*, já nas suas *Institutas*, já no seu *Commentario ao Edicto provincial*².

Julgá-se porem que ao *impubere* se não applicava a pena de morte talvez com excepção de um caso³.

De resto parece fóra de duvida que os romanos respeitavam pouco a *impuberdade* nos crimes atrozes⁴; que a menor idade, já se

«neant detrimentum; quia aetas eorum, quid vident ignorat.»

Lei 22.^a, D., de *Lege Corn. de falsis* (48—10): «Impubere in hoc Edictum incidere dicendum non est: quoniam falsi crimine vix possit teneri, cum dolus malus in eam aetatem non cadit.»

Lei 14.^a, D., de *Senatuscons. Silianiano* (29—5): «Excipiuntur Senatusconsulto Silianiano impuberes servi... et his duntaxat impuberibus Senatusconsulto parci credebatur, qui tantum sub eodem tecto fuissent; qui vero ministri vel participes caedis fuissent et ejus aetatis (quamquam nondum puberis) ut rei intellectum capere possent, his non magis in caede domini, quam in ulla alia causa parci oportere.»

Lei 3.^a, § 1.^o, D., de *injuriis* (47—10): «Sane sunt quidam qui facere (injuriam) non possunt, ut puta furiosus, et impubes qui doli capax non est; namque hi pati injuriam solent, non facere, cum enim injuria ex affectu facientis consistat, consequens erit dicere, hos sive pulsant, sive convitium dicent, injuriam fecisse non videri.»

Lei 2.^a, § 19.^o, D., de *bonor. raptor.* (47—8): «Vi bonorum raptorum actio in impubere, qui doli mali capax non est, non dabitur.»

¹ Gaius, Inst., liv. 3.^o, § 109.^o (supra).

² § 10.^o Inst., de *inut. stipul.*, (supra).

Lei 23.^a, D., de *furtis* (47—2): «Impubere furum facere posse, si jam doli capax sit, Julianus, liv. xxii Digestorum scripsit. Item posse eum impubere damni injuria agi, quia id furum ab impubere fit: sed modicum, esse adhibendum ait, nam in infantes id non cadere: nos putamus, cum impubere, culpae capace Aquilia agi posse. Item verum est, quod Labeo ait, nec ope impuberis furto facto teneri eum.»

² Gaius, liv. 3.^o, § 208.^o, Inst., de *furtis*: «In summa sciendum est, quaesitum esse, an impubes rem alienam amovendo furum faciat; plerisque placet, quia furum ex affectu consistit, ita demum obligari eo crimine impubere, si proximus pubertati sit, et ob id intelligat se delinquere.»

§ 18.^o Inst., de *oblig. quae ex delicto nasc.*, (4—1), que reproduz o texto de *Gaius*.

Lei 111.^a, princ. D., de *div. reg. jur.* (50—17): «Pupillum, qui proximus pubertati sit, capacem esse et furandi, et injuriae faciendae.»

³ Lei 14.^a, D., de *Senatuscons. Silianiano*. (29—5), (supra).

Lei 23.^a, § 2.^o, D., de *aedil. edict.* (21—1): «... Unde Pomponius ait, neque impubere neque furiosum capitale fraudem (poenam) videri n. misisse...»

⁴ Lei 14.^a, D., de *Senatuscons. S. niano* (29—5) (supra).

Lei 37.^a, § 1.^o, D., de *minoribus* (4—4): «... In de-

vê da puberdade em diante, não era pretexto para a impunidade, tanto que não gozava do beneficio da restituição *in integrum*¹, mas que em todo o caso era motivo para abrandar um pouco a pena².

A pena de desherdação pela ingratição, prevista na lei, não se applicava, quando o pubere não tivesse já dezoito annos completos³.

Quanto á velhice, quizeram os romanos que fosse punida mais suavemente⁴; e nem isto admire, sabendo-se em quão grande apreço a tiveram⁵.

«lictis autem minor annis viginti quinque non meretur in integrum restitutionem, utique atrocioribus: nisi quatenus interdum miseratio aetatis ad medicorem poenam iudicem produxerit.»

¹ Lei 7.^a, Cod., de *poenis* (9—47): «Impunitas delicti propter aetatem non datur, si modo in ea quis sit, in quam crimen, quod intenditur, cadere potest.»

Lei 9.^a, § 2.^o, D., de *minoribus* (4—4): «... Et placet in delictis minoribus non subveniri.»

Lei 36.^a, D., ad *Leg. Jul. de adult.* (48—5): «Si minor annis adulterium commiserit Lege Julia teneri, quoniam tale crimen post pubertatem incipit.»

Lei 37.^a, § 10.^o, D., de *minoribus* (4—4), (supra).

Lei 20.^a, princ. D., de *minoribus* (4—4): «... Quid enim commune habet delictum cum venia aetatis?»

² Lei 108.^a, D., de *div. reg. jur.* (50—17): «Fere in omnibus poenalibus iudiciis et aetati, et imprudentiae succurritur.»

Lei 37.^a, § 1.^o, D., de *minoribus* (4—4), (supra).

Lei 1.^a, § 32.^o, D., de *Senatusconsult. Silianiano* (29—5), (supra).

Lei 16.^a, § 3.^o, D., de *poenis* (48—19): «... In ejus rei consideratione aetatis quoque ratio habeatur.»

A asserção de Nicolini de que os juriconsultos romanos distinguiram acerca da idade entre delictos que violam a lei natural, e delictos que somente violam a lei civil (*si delictum non ex animo, sed extravenit*), para o fim de somente attenuarem a pena nestes ultimos, não nos parece fundada, porque o texto em que pode apoiar-se, em boa verdade, *distingue somente entre haver ou não delicto*. Nicolini, *Principes philosophiques et pratiques de droit pénal*, XI.^o question.

Lei 1.^a, Cod., de *adversus delictum* (2—35): «In criminibus quidem aetatis suffragio minores non juvantur: etenim malorum mores infirmitas animi non excusat. Si tamen delictum non ex animo sed extra venerit, noxia non committitur, etiam si poenae causa pecuniae damnum irrogetur: et ideo minoribus in hac causa in integrum restitutionis auxilium competit.»

³ Novella 115, cap. 3.^o, § 13.^o

⁴ Lei 2.^a D., de *termino moto* (47—21): «... et posant in tempus, ut eujusque patiatur aetas, relegari: id est, si juvenior, in longius, si senior, recisus...»

Lei 6.^a, princ. D., ad *Leg. Jul. peculatus* (48—13): «Sacrilégii poenam debet Proconsul pro qualitate personarum, pro que rei conditione, et temporis et aetatis et sexus vel severius vel clementius statuere.»

Lei 3.^a, § 7.^o, D., de *Scto Silianiano* (29—5): «Ignoscitur etiam his, qui aetate defecti sunt.»

⁵ Lei 5.^a, princ., D., de *jure immunitatis* (50—6): «Semper in civitate nostra senectus venerabilis fuit: nam que Majores nostri pene eundem honorem senibus, quem magistratibus tribuebant.»

§ 13.º

A jurisprudencia da velha Europa

O Codigo Wisigothico attendeu tambem á menoridade, como se deprehe de alguns textos especiaes¹; com excepção porem do crime de *sedomia*, que quiz fosse punido, sem distincção de classe, nem de idade².

Teve todavia a exquisita idèa de dar *maior apreço* á idade viril, *menor á velhice* e menoridade por uma estranha eschala da estimação do valor de cada uma dessas edades³!

A jurisprudencia da velha Europa, que se

¹ Codigo Wisigothico, liv. 2.º, tit. 1.º, Lei 18.ª: Illa omnino districtione servata, ut si aetatis, vel aegritudinis instantia patuerit, quae hanc disciplinam sustinere non posse demonstrat, tam in clericis cujuscunque ordinis, quam in laicis, non tam misericordiam sententiam castigationis instantia compleat judicis; sed adhibita consideratione in aegritudine, vel aetate, ita contemptorem corrigat, ne ipse contemptor, aut langorem maximum, aut debilitationem, vel mortem incurrat.

Codigo Wisigothico, liv. 12.º, tit. 3.º, Lei 11.ª: Infantes tamen ipsi vel pueri tunc erunt a supradictis dampnis atque verberibus alieni, si hanc perfidiae doctrinam intra x annos aetatis suae positi meditasse fuerint visi. Ceterum si post exemptos decem annos quisquis illorum talia attendere, vel meditari praesumpserit, superioris constitutionis dampna vel verbera, ordine superius adnotato sustineat.

² Codigo Wisigothico, liv. 3.º, tit. 5.º, Lei 7.ª, in verbis:—*seu de religiosis sive ex laicis cujuslibet aetatis, aut generis homo.*

³ Codigo Wisigothico, liv. 8.º, tit. 4.º, Lei 16.ª: Ita ut si jugulaverit aliqui ipse quadrupes in annis viginti, cco solidi componantur: & ab hoc usque ad eum, qui annos L. habuerit, unam compositionem jubemus stare. A quinquaginta autem annis, usque ad illum qui habet sexaginta quinque, cc. sol. componantur. Qui vero super hoc habuerit, c. sol. componantur. Qui quindecim annos habuerit, cc. sol. componantur.

Et si filiam alicujus, aut uxorem jugulaverit, a decimo quinto anno, usque ad quadregesimum, cc. sol. componantur: & a quadregesimo usq: ad sexagesimum, cc. sol. componantur. Quod si superior aetatis numerus fuerit, c. solidi componantur. A quinto decimo vero anno aut inferius, sicut & de pueris est constitutum, medietatem compositionis ejus, secundum aetatis vel sexus ordinem, reddere compellatur. Pro libertis autem medietatis hujus compositionis, sicut superius est comprehensum, pro eo qui occisus est, in satisfactione dabitur.

Si autem servum alicujus occiderit, duos ejusdem meriti servos dominus ejus qui occisus est, in satisfactione recipiat.

O absurdo explica-se não obstante, por isso que attendiam á aptidão ou prestimo material, e a pena dos homens livres era em geral a *compensação*.

Estenderam pois ao homem a theoria materialista, *cavallo por cavallo*.

E que admiral se já tinham dicto *escravo por um ou mais escravos* do mesmo valor!

A mesma theoria explica o menor valor attribuido igualmente ao sexo feminino; assim como a situação social dos libertos dá a razão do preço *medio*, em que lhe computavam as vidas, com respeito aos ingenuos.

lhe seguiu, foi construida sobre o direito romano, mas presuppõdo erradamente a infancia prolongada até aos sete annos, e dividida a impuberdade em dois periodos, até os nove e meio annos, ou dez e meio annos, conforme o sexo (*proximus infantiae*), e destes até aos doze ou quatorze annos (*proximus pubertati*), o que não tem o menor fundamento nesse direito, como acaba de ver-se, applicou ás epochas respectivas os textos, que vimos referirem-se menos aos annos prefixados do que ao desinvolvimento presuppõdo.

E se ella recebeu o aphorismo: *Pupillus mitius punitur*, mesmo assim a concorrencia dest'outro: *Malitia supplet aetatem*, a arbitriedade das penas em voga, e o desprezo da idade nos crimes atrozes, não nos dão logar a poder decidir com firmeza o valor que geralmente attribuiu á consideração dos annos, ou melhor diremos, que neste particular como noutros muitos, a regra foi o arbitrio puro dos magistrados¹.

Quanto á idade senil, os juriconsultos da idade media, commentando as leis romanas, conformaram-se com os seus preceitos, não só pela auctoridade dellas, *mas pela doutrina dos philosophos e medicos, os quaes sustentavam que as edades dos meninos e dos velhos se approximam e assemelham*; mesmo assim exceptuavam da regra as penas de morte, e pecuniarias, que queriam ferissem por igual os velhos².

Sobre o anno, desde o qual a velhice devesse ter principio, não concordaram porem: uns a referiam aos sessenta, outros aos setenta annos, mas estes ultimos podiam talvez estribar-se em um texto do direito commum³.

§ 14.º

E os Codigos modernos

Os Codigos das nações civilizadas são hoje concordes em considerar a idade; appresentam porem differenças notaveis entre si, quanto ao numero de periodos que fixam: quanto á idade exclusiva da imputabilidade que uns baixam até os sete annos, e outros elevam aos quatorze; quanto á idade da completa maioridade penal, que alguns fazem decorrer

¹ Muitos doutores mesmo lh'o attribuiam e defendiam, como pode ver-se em Gomes, *de delictis*, cap. 1.º, n.º 61.

² Gomes, *de delictis*, cap. 1.º, n.º 68.

³ Lei 5.ª, § 7.º, D., *de jur. immunit.* (50—6): *... vel antequam septuagenarius fieret...*

dos quatorze annos, outros de annos mais avançados; e alguns estendem até vinte e um annos; quanto a julgarem ou não circumstancia *attenuante* a maioridade penal inferior á maioridade civil, para somente applicar parte da pena ou já a totalidade della, e emfim, quanto a darem ou não cabimento até certa idade á pena de morte e ás penas perpetuas.

E vem especialmente para ser notado que na prefixação dos periodos se tem tão pouco attendido aos climas, que parece antes haver-se caminhado ao inverso do desinvolvimento presuppuesto. Na Inglaterra, paiz naturalmente frio, são elles tão precoces quanto morosos noutros paizes de mais elevada temperatura.

Com a velhice são tambem muitos Codigos um pouco humanos, mormente na abstenção de certas penas ¹.

§ 15.º

E o direito portuguez

A Ordenação do reino, liv. 5.º, tit. 135.º, estabeleceu as seguintes regras:

«O maior, homem ou mulher, de vinte annos soffre a pena ordinaria como se tivesse vinte e cinco annos.

«O maior de dezeseite annos e menor de vinte annos soffre a *pena total*, ainda que seja a de morte, ou *diminuida*, conforme parecer ao *arbitrio dos julgadores da majestia* com que procederam, *qualidade ou simplicza com que achar que o delicto foi commettido*.

«O menor de dezeseite annos compridos, se a pena é de morte não a soffre, mas terá outra menor, a arbitrio do julgador; se ao delicto não cabe pena de morte, guarda-se ao *direito commum*.»

D'aqui é facil de concluir que não fixou periodo para a absoluta falta de imputabilidade; e somente os dois seguintes da transição e plena imputabilidade.

A Ord., liv. 5.º, tit. 12.º, § 1.º, tit. 19.º, § 1.º, tit. 36.º, § 1.º, contem respectivamente disposições especiaes sobre a menoridade dos delinquentes, para que á *orphã, menor de quatorze annos*, se não confisque a casa onde se fabrica moeda falsa, cessando então a presumpção legal da *cumplicidade*, mas admittindo-se a prova em contrario; para que no *menor de vinte e cinco annos*, casado duas vezes, se não execute pena de morte

sem o fazerem saber ao rei; e para que em fim ao de *menos idade de quinze annos*, que fere e mata onde está a cõrte, se não applicuem penas pecuniarias.

Do mesmo modo, e não obstante a egualdade de sexo consignada na citada Ord., liv. 5.º, tit. 135.º, princ., corroborada no caso especial do crime de polygamia na Ord., liv. 5.º, tit. 19.º, princ., as já referidas Ord., liv. 5.º, tit. 12.º, § 1.º, e tit. 36.º, § 1.º, eximem respectivamente a *viuva da pena de confisco da mesma maneira que a orphã menor de quatorze annos*; e as *mulheres que com pau ou pedra ferirem*, das penas pecuniarias, á similhaça dos menores de quinze annos.

O Codigo penal de 1852 contem as seguintes disposições sobre a materia:

Artigo 20.º São circumstancias *attenuantes* etc.¹

Art. 23.º Não podem ser criminosos etc.

Art. 71.º A pena de morte não poderá etc.

Art. 72.º A pena de trabalhos publicos etc.

Art. 73.º O menor de quatorze annos etc.

E o Projecto do Codigo penal estabeleceu est'outras:

Artigo 65.º São *attenuantes* etc.

Art. 70.º Não tem etc.

Art. 72.º Os menores etc.

Art. 115.º A pena etc.

Art. 116.º A de degredo etc.

Art. 140.º Os delinquentes etc.

Art. 141.º O governo etc.

Art. 148.º A execução etc.

¹ O Codigo penal da China isenta de pena aquelle que completou noventa annos. Tissot, *Le droit pénal*, premiere partie, livre 1.º, cap. 4.º

DIREITO CRIMINAL

ELEMENTOS DE DIREITO CRIMINAL

O digno professor de direito criminal nesta universidade, o sr. conselheiro Antonio Luiz de Souza Henriques Secco, começou a publicar em o n.º 222 desta *Revista* alguns capitulos do seu importante *Compendio de direito criminal portuguez*; porem circumstancias imprevistas o obrigaram a interromper a publicação encetada.

Felizmente estão removidos os obstaculos, e hoje com satisfação começamos a publicar o capitulo relativo á theoria da coacção, e esperamos continuar a publicar todos os que se lhe seguem.

THEORIA DA COACÇÃO

§ 1.º

Coacção physica e moral. Origens geraes de ambas. Efeitos da primeira

A coacção pode ser já *physica* ou *material*, já *moral* ou *inductiva*.

Diz-se coacção physica *aquella que priva totalmente ou absolutamente o homem da liberdade* ¹.

É esta especie de coacção que verdadeiramente pode chamar-se *força maior*.

Diz-se coacção moral *aquella que, deixando interiormente intacta a liberdade, expõe toda-*

¹ Lei 2.ª, D., *quod metus causa* (4—2): «*Vis autem est majoris rei impetus, qui repelli non potest.*»

via o individuo a algum perigo mais ou menos grave, se elle ousa arrosta-la.

Uma e outra podem provir do facto de algum homem com respeito a outro homem, ou do influxo de forças physicas nas acções humanas.

§ 2.º

Da coacção physica: efeitos della

Que a coacção physica exime de toda a responsabilidade é consequencia infallivel do estado passivo, ou de mero instrumento material, a que ella reduz o homem, que obra sob o seu impulso ¹; exemplos: no que impellido por outro, ou pelo tufão, cai sobre um terceiro, e faz que se despenhe no precipicio; no que por causa de incêndio, naufragio, ou molestia grave, deixou de cumprir com o que a lei ordenava; no que, tomado o braço pelo mais forte, descarrega a bofetada no segundo paciente; no que dirige as mãos de outro sobre os olhos da victima, para lhe causar a cegueira ².

Similhante coacção porem não salva o coacto da responsabilidade, se esteve na sua mão evitar a força que o impelliu ³, e muito

¹ Código Wisig., liv. 6.º, tit. 5.º, lei 3.ª: «*Si quis aut casu, aut re quacumq; impulsus, vel praeceptitatus, in alterum corruerit, hominem q; occiderit, pro homicidio, nec damnis nec poenis damnabilis erit. Si certe homo impulerit alium, cujus impulsione illius perimat alterum, si ille qui impulit, absque mala voluntate hoc fecerit, auri librae damnnum habebit, quare laesionem vitare neglexerit.*»

² Nov. 92.ª, *in fine*: «*... Si qui vero in scelere malefico opem tulerint, si quidem manus rei admoverint, simulque oculos effuderint....*»

³ Lei 7.ª, § 2.º, D., *ad Leg. Aquil.* (9—2);

principalmente, se de proposito se serviu della para proeurar uma desculpa ao delicto.

Escusado é lembrar egualmente que a causa impulsora, sendo um ser intelligente e livre, assume toda a responsabilidade da acção forçada do impellido ¹.

De resto, casos semelhantes são rarissimos, porque o malfazejo nada ganharia em se servir de um instrumento privado de actividade propria, ou talvez reagente; ao contrario perderia, já porque no momento procuraria um cooperador forçado, e já porque prestaria depois ao tribunal ao menos uma testemunha da sua maldade. Mas são possiveis, mormente para preparar algum delicto de omissão; por exemplo: no sequestro do jurado, para que não possa comparecer na casa de justiça no dia e hora prescripta; na embriaguez causada para que o guarda abandone o posto, pois que é mais facil constringer para embarçar do que para obrar.

§ 3.º

Coacção moral. É ella procedente?

Tem havido quem pretenda não confundir a coacção moral com a physica, sob o pretexto de que, se esta derime toda a liberdade da acção, aquella conserva-a sempre intacta, visto que o agente pode praticar ou omitir o facto, a despeito dos motivos que o contrariam; e assim pensavam os philosophos do Portico professando esta notavel maxima: *Voluntas coacta semper est voluntas*. É porem quasi certo que esses taes procurarão algum subterfugio para salvar das subtilizas stoicas as consequencias legaes; e vão bem, porque já o jurisconsulto Paulo lhes abriu facil caminho ².

«... Nam et si lapsus aliquis servum alienum onere presserit, Pegasus ait, lege Aquilia eum teneri; ita demum si vel plus justo se oneraverit, vel negligentius per lubricum transierit.»

Lei 8.ª, § 1.º, in fin., D., ad Leg. Aquil. (9—2): «... Idem juris est in persona ejus, qui impetum equi quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem, retinere non poterit.»

Codigo Wisig.; liv. 2.º, tit. 1.º, lei 18.ª «... Si tamen admonitum aut aegritudo ad veniendum nulla suspenderit, aut inundatio fluminum non reaverit, vel aditum non obstruxerit, in quo montes transitari sunt, conspersio superflua nivium, quae necessitas utrum evidenter evoenerit, an per excusationem videatur opponi, aut idoneis testibus, aut juramento firmabit.»

¹ Lei 7.ª, § 3.º, D., ad Leg. Aquil. (9—2): «Proinde si quis alterius impulsu damnum dederit, Proculus scribit, neque eum qui impulit teneri, quia non occidit, neque eum qui impulsus est, quia damnum injuria non dedit; secundum quod in factum actio erit, danda, in eum qui impulit.»

² Lei 21.ª, § 5.º, D., quod metus causa (4—2):

Com effeito, se a presença de motivos fortes, e como que indeclinaveis, não priva o homem do proprio arbitrio, todavia somente lhe consente que o exerça para praticar algum extraordinario facto de abnegação, heroismo, ou martyrio, de certo grato a Deus, caro á patria, louvado pela humanidade, mas não esperado do mundo, porque se não compadece com a humana fragilidade.

Ora as leis, devendo tender a elevar o homem, não podem todavia desnatural-o, e nem por isso tomar em conta factos excepcionaes, mas somente attender ao que é commum, ou, o que importa o mesmo, devem perimir ou minorar a responsabilidade civil e tambem penal do acto que é determinado pela coacção moral ¹; ou, como diz Trebutien, *o legislador deve julgar humanamente das cousas humanas*.

§ 4.º

Origens especiaes della

A coacção moral pode provir:

1.º do mando, ordem ou commando, por parte de quem exerce sobre nós alguma especie de auctoridade;

2.º do perigo imminente, por parte de quem não tem em nós poder algum, isto é, do *direito de defesa*;

3.º de ameaças por parte do mesmo;

4.º do terror panico;

5.º das forças physicas da natureza, em jogo nos phenomenos naturaes;

6.º de motivos da situação e humanidade.

§ 5.º

Commando e sua divisão

Commando, mando ou *ordem*, no sentido restricto, é a expressão da vontade ou a decisão do superior, intimada ao inferior, para que se conforme com ella. Pelo que presuppõe elle dois homens em face e na depen-

«Si metus coactus, adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis, si liberum esset, nollissem, tamen coactus volui: sed per Praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.»

¹ Lei 1.ª, D., quod metus causa (4—2): «At Praetor: Quod metus causa gestum erit, ratum non habeo. Olim ita edicetur: Quod vi metus causa. Vis enim febat mentio propter necessitatem impositam, contrariam voluntati: metus, instantis vel futuri periculi causa, mentis trepidatione; sed postea detracta est vis mentio, ideo quia, quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videatur.»

Codigo Wisig., liv. 5.º, tit. 1.º, lei 1.ª: «Donatio, quae per vim & metum fuerit extorta, nullam habeat firmitatem.»

dencia um do outro, ou ainda mais homens na mesma situação.

Numa excepção mais lata, comprehende a propria expressão da vontade da lei, ou melhor, o *preceito do legislador*, impondo alguma *obrigação*, ou *dever*, ao cidadão. Haverá então de um lado a lei; em face e na dependencia um, muitos ou todos os membros da sociedade.

E dizemos *dependencia* para significar o *direito de mandar* de um lado, e do outro lado a *correlativa obrigação de obedecer*.

O commando divide-se em commando *familiar* e *civil*; e estes se subdividem, aquelle em *paternal, conjugal, heril*, e tambem secundariamente em *tutelar, do chefe para com os subordinados, aprendizes, empregados de fabricas*, ou outros estabelecimentos *particulares*; este em *civil, propriamente dicto*, comprehendendo todas as hierarchias do estado, e em *militar*.

§ 6.º

Commando civil; Sujeitos e pacientes delle

O commando civil pode provir:

- 1.º da disposição *directa* da lei;
- 2.º da disposição *indirecta* da lei, e do arbitrio *directo* dos executores, expresso por formulas ou revestido de solemnidades, que hão de garantir o pensamento da mesma lei;
- 3.º da disposição *indirecta* da lei, e do arbitrio *directo* dos executores, *sem garantias* de formulas ou solemnidades.

Alem disso pode elle respeitar:

- 1.º aos cidadãos em relação á lei e á auctoridade constituída;
- 2.º aos subordinados em relação aos superiores, em certa hierarchia.

§ 7.º

Commando em relação aos cidadãos

Sempre que a lei impõe directamente uma obrigação, ha *necessidade* de obedecer-lhe; e por isso em nenhuma responsabilidade incorre o que com ella se conforma; ao contrario incorreria nella, se desattendesse o preceito legal ¹.

Nem se creia estranho que se presupponha poder advir algum acto reprehensivel do cumprimento da lei; porque, comquanto esta deva reputar-se a propria sabedoria e justiça, abundam infelizmente no correr dos seculos

¹ Lei 12.ª, § 1.º, D., *Qui, et a quibus manumiseri liberi non sunt, et ad Legem Actiam Sentiam* (40—9): «... Quod quidem perquam durum est; sed ita lex scripta est.»

as leis iniquas; mas se estas se acham em opposição com o direito e moral universal, consigo mesmas não podem travar lucta, e nem por isso fazer crime da sujeição ás suas proprias determinações.

E aqui que tem verdadeira applicação o aphorismo juridico: *Dura lex, sed lex*.

Com effeito, é mister que, dada a sociedade civil, haja algum ponto fixo e invariavel sobre que assente a ordem publica, e se a lei o não é, em nenhuma outra parte pode elle encontrar-se. Depois, ou porque é um preceito geral e para futuro, e alem disso revestido do maior numero de solemnidades entre todos os actos do poder supremo, tem por si a presumpção *juris et jure* de que é a expressão genuina da justiça. E por ultimo, que o não fosse, não auctorisaria isso ainda a desobediencia da parte daquelles que, pelo direito de petição e outros, poderiam conseguir a sua revogação, guardadas as formulas regulares. Desobedecer neste caso, pode ser um acto heroico, mas obedecer não será crime.

No commando da lei include-se a *auctorisação*; pelo que, o que usa do seu direito, não commette delicto, ainda que d'ahi venha mal a alguém; mas não é este um facto de coacção, em verdade.

Quando a lei prescreve pelo intermedio de algum funcionario, que tem obrigação de revestir de certas formulas solennes (e uma destas deve ser inquestionavelmente a *citação da lei*, cuja execução se propõe) a disposição legal, para que se não duvide da sua regularidade; o que é particularmente applicavel aos actos dos funcionarios e tribunaes administrativos e judiciaes e das demais hierarchias do estado, obedecer-lhe é igualmente *dever civico*, porque nesses actos se presume incarnada a mesma lei.

Se porem o cidadão verifica que o acto não é revestido das formulas legais no todo ou em parte, pode desobedecer impunemente; por exemplo: no mandado expedido em nome do magistrado e pelo official *competentes*, mas falho da assignatura de um delles,

Ainda assim, neste caso, não havendo perigo ou damno, pede a prudencia que se obedeça, visto que a falta da formula pode ter tido logar na melhor boa fé, e por simples negligencia, salvo o direito de reclamar contra o responsavel por ella, se o procedimento tem logar, e mercede que delle se lance mão.

Não é, segundo o referido, criminoso de injuria ou diffamação a testemunha que, compellida, diz em juizo factos que offendem a honra dos réos ou litigantes.

Em ultimo logar, se a lei prescreve, e o magistrado manda em nome della, por si ou pelos seus agentes, sem revestir a ordem de formulas, o que somente lhe é permittido em casos urgentissimos que não dão a ellas logar, ainda assim a obediencia é dever do cidadão; por exemplo: nos serviços que delle se exigem no caso de flagrante delicto, fuga de criminosos, tumulto, naufragio, inundação, incendio, outra calamidade publica, ou qualquer accidente em que possa perigar a tranquillidade geral.

Não pode porem negar-se ao cidadão o direito de indagar, se a ordem vai de accordo com o bem da sociedade, por ter em vista occorrer a algum caso grave, ou se importa somente algum acto de oppressão propria ou alheia; que o desobrigue da obediencia, respondendo todavia de futuro no tribunal, se avaliou mal o seu dever.

Tambem deste caso podem resultar prejuizos a terceiro; por exemplo: se a aucto-ridade manda cortar arvores, derribar edificios ou fazer saltar alguma ponte.

(*Continúa*).

DIREITO CRIMINAL

THEORIA DA COACÇÃO

(Continuado do n.º 394, paginas 468)

§ 8.º

Commando em relação aos subordinados em certa hierarchia

Se a lei impõe directamente uma obrigação ao inferior para com o superior, aquelle tem de cumpril-a, por egual *necessidade* como o cidadão.

Se em nome da lei o superior manda praticar um acto, em que o inferior tem de participar em relação a terceiro, ou que toca ao mesmo inferior, se a ordem está em devida forma, a obediencia é dever; se o não está, cumpre ao inferior indicar respeitosa-mente ao superior a falta notada; e no caso de que não seja attendido, porque o superior lhe declara *por escripto* que a falta não procede, ou em todo o caso toma della a responsabilidade, ainda deve obedecer, se a ordem não contem manifesta oppressão, ou damno irreparavel, isto é, se for de uma *injustiça duvidosa e supportavel*.

Mas se a ordem reiterada, mesmo assim contraviér o dever especial do empregado em a não cumprir, ou contiver oppressão ou damno proprio ou alheio, não facilmente remediavel, pode desobedecer, sujeitando-se depois ás consequencias legais, se tiver mal interpretado a sua illegalidade.

Se ainda, em nome da lei, o superior ordena a seus subordinados, em relação a elles proprios, ou a terceiros, algum acto totalmente despido de formulas, que garantam a genuidade do preceito legal, é então a decisão

mais melindrosa, não por tocar o ponto com o commando militar, que a muitos se antolha materia delicada, porque, sendo certo que todo o commando, e por isso o proprio militar, deriva da lei, e só é justificado pelo bem da conservação da ordem social, onde a origem e a razão de ser é a mesma, não pode haver motivos differentes de decidir, pela diversidade das hierarchias, mas porque, ou fallam a voz directa da lei e as formulas, que são inquestionavelmente garantias seguras da legalidade da ordem, apparecendo no logar dellas somente a vontade de um homem, ou a obediencia e desobediencia, tão instantaneas como a ordem, podem produzir males irremediaveis.

Cumpra por-m notar que os males apontados serão, em relação ao commando militar, mais de receiar, já pelos maiores perigos da oppressão oriunda da obediencia, e pelos proprios da desobediencia entre gente armada, e já porque o ponto pode tocar com o estado de guerra.

Ainda assim, neste caso, a obediencia é por via de regra devida pelo inferior ao superior, visto que este, achando-se constituido legalmente no cargo, tem por si a presumpção de que é *legal* a ordem que expede ¹.

¹ Lei 169.ª, D., *de reg. jur.* (50—17): «Is damnatum dat, qui jubet dare: ejus vero nulla culpa est, cui parere necesse sit.»

Codigo Wisig., liv. 6.º, cap. 4.º, lei 2.ª: «.... «Si vero aliqui ab ingenuis, cum eo (*aggressor de casa*), in eadem domo, non ab illo jussi, neque in «ejus obsequio, vel in patrocinio constituti, unanimes tamen vel consentientes praesumptori ingressi «fuerint, unusquisque eorum simili damno et poenae subjaceant. Quod si in patrocinio vel obsequio

Não obstante isto, podendo a ordem importar consigo uma iniquidade manifesta, cujas consequências não possam ulteriormente atalhar-se, mesmo tornada effectiva a responsabilidade do superior, não pode deixar de admitir-se por excepção que o inferior fica desobrigado da obediencia neste e em casos semelhantes.

E com effeito, emquanto ao chefe, posto que tenha direito de exigir obediencia dos seus subordinados, cessa este direito, desde que delle abusa para procurar cúmplices ao seu proprio crime. Demais não pode elle allucinar-se no momento, ou ser um scelerado, ou um traidor?

E pelo que toca aos subordinados, por muito forte que seja o vinculo da obediencia, nunca este pode chegar ao ponto de os converter em meros automatós; porquanto o inferior, ainda mesmo soldado, é antes disso cidadão, e tambem um ser intelligente e livre, e não pode conceber-se uma posição social, inferior á do escravo, e em que se lhe imponha a abdicação desses predicados¹. E realmente não se concebe, porque, por isso mesmo que se lhe impõe a obediencia mais cega á voz do commandante ou chefe, se admite que elle o julgue como tal, e o discrimine de outro chefe, para lhe não prestar igual obediencia, se acaso a exigisse delle, em sentido contrario.

Alem disso desligar o inferior da respon-

«praesumptoris retenti, ab illo hoc facere jussi fuerint, vel cum eo hoc eos fecisse constiterit, solus patronus ad omnem satisfactionem, & poenae & damni tenetur obnoxius. Nam illi non erunt culpabiles, qui jussa patroni videntur esse complentes.»

Codigo Wisig., liv. 6.º, tit. 5.º, lei 12.ª: «... Domini vero, quibus jubentibus, tale nefas admissum est; capitali se noverint supplicio perimendos.»

Codigo Wisig., liv. 8.º, tit. 1.º, lei 13.ª: «Qui aliena diripit, si in ipsa direptione, percussus aut occisus fuerit, ille qui percussit nullam calumpniam patiatur.»

Lei 6.ª «Si libertatem tibi manu tua imperante domino adscripsisti, cum proponas dominum non subscripsisse, et suis literis tuam libertatem expressim agnovisse, ad impetrandam libertatem, Senatus consulti auctoritas tibi obest, poena tamen falsi tibi remittitur, quoniam non potueris contra domini voluntatem venire.»

¹ Lei 20.ª, D., de oblig. et action. (44—7): «Servus non in omnibus rebus sine poena, domino dicto audiens, esse solet; sicuti si dominus hominem occidere, aut furtum alicui facere servum jussisset.»

«O soldado que não deixa de ser cidadão, e de estar ligado pelas leis geraes da sociedade, deve gozar quanto possível das regras protectoras do direito commum.» Assim se expressa o *Relatorio* que precede o decreto de 26 de novembro de 1868 (*D. de L. n.º 273*).

sabilidade, quando a criminalidade da acção é manifesta, é não só assegurar a impunidade a um dos cúmplices, mas favorecer a perpetração de crimes, fornecendo-lhes agentes irresponsaveis.

Por ultimo, só o despotismo pode carecer da obediencia cega dos escravos.

Quanto ao mais, para bem se avaliar o ponto, carece-se de attender aos factos especiaes; por exemplo: a obediencia criminosa será menos imputavel ao soldado, do que ao official, obedecendo a outro official.

§ 9.º

Mando parental

Pelo que toca aos demais commandos, estes, fóra de todos os meios de intimidação, não produzem constrangimento moral, que iniba da responsabilidade, porquanto, ainda que os inferiores devam obediencia aos superiores, e principalmente os filhos aos pais, somente é nas cousas licitas.

Acresce que a desobediencia não lhes pode acarretar nenhum perigo, visto que têm facil o recurso aos magistrados, que lhes valeriam contra a prepotencia dos superiores.

Por outra parte o intuito de delinquir é mais manifesto nestes commandos do que no civil, no qual as mais das vezes o inferior crerá legal ou regular a ordem que se lhe dá.

E o que dizemos tanto mais procede quanto menores forem os vinculos entre o superior e o inferior, como no commando heril, visto que, como diz Trebutien, o inferior somente se liga por um contracto, e este somente pode recair em objecto licito.

Não obstante, não pode negar-se que deva ter-se como circumstancia attenuante a da ordem, para minorar a responsabilidade do inferior, averiguada, bem intendido, a influencia real que teve no facto criminoso, por forma que não degenero em pretexto para salvar um verdadeiro cúmplice.

(Continúa).

DIREITO CRIMINAL

THEORIA DA COACÇÃO

(Continuado do n.º 396, paginas 498)

§ 10.º

Coacção moral pelo perigo imminente,
ou direito de própria defesa

Tem lugar a coacção moral pelo perigo imminente, ou o direito de defesa própria, quando somos obrigados a repellir pela força a injusta aggressão, que põe em perigo a nossa existencia, por forma que para a preservar delle ha necessidade de espancar, ferir, ou privar da vida o aggressor ¹.

Pelo que, para que a coacção proceda, se carece:

1.º de que a aggressão seja *injusta*, isto é, que parta de particulares ou auctoridades fóra do exercicio de suas funcções; pois que, se provier destas no legitimo uso dellas, ou melhor da lei, ha necessidade de obediencia;

2.º de que a aggressão seja manifesta por *taes actos que importem perigo imminente*, e

¹ Lei 4.ª, D., *ad leg. aquil.* (9—2): «... Nam adversus periculum naturalis ratio permittit esse defendere.»

Lei 3.ª, D., *de just. et jure* (1—1): «Ut vim atque injuriam propulsemus! Nam jure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure fecisse existimetur...»

Lei 45.º, § 4.º, D., *ad leg. aquil.* (9—2): «Qui cum aliter tueri se non possunt, damni culpam dederint, innoxii sunt. Vim enim vi defendere omnes leges, omniaque jura permittunt.»

Lei 1.ª, § 27.º, D., *de vi et vi armata* (43—16): «Vim vi repellere licere, Cassius scribit, idque jus natura comparatur. Apparet autem, inquit ex eo, arma armis repellere licere.»

por isso *necessidade actual* de legitima defesa, sem que todavia se entenda que seja mister que o primeiro golpe tenha sido vibrado, por que acaso poderia com elle inutilisar-se a propria defesa ¹;

3.º de que a aggressão não consista só em ameaças, ainda mesmo de morte, de que não resulta perigo imminente;

4.º de que a defesa não possa ser evitada pela fuga e provocação do auxilio da auctoridade, ou dos nossos semelhantes; excepto se for soldado, no qual, tendo a seu cargo a defesa de todos, seria a fuga vergonhosa ².

¹ Lei 1.ª, Cod., *quando liceat unicuique sine judice se vindicare* (3—27): «... Liberam resistendi cunctis tribuimus facultatem; ut quicumque militum vel privatorum ad agros nocturnus populator intraverit, aut itinera frequentata insidiis aggressionis obsederit, permissa cuicumque licentia, digno illico supplicio subjugetur, ac mortem quam minabatur, excipiat, et id quod intendebat incurrat. Melius enim est, occurrere in tempore, quam post exitum vindicare.»

Codigo Wisig., liv. 6.º, cap. 4.º, lei 6.ª: «Non est putanda resistentis improbitas ubi violenter conspicitur praesumentis audacia. Quicumque ergo incaute praesumptuosus, fuste vel gladio, seu quocumque ictu, percutere aliquem iratus voluerit, vel percusserit, & tunc idem praesumptor ab eo quem percutere voluit, ita fuerit percussus ut moriatur, talis mors pro homicidio computari non poterit, nec calumniam patiatur, qui praesumentem percusserit. Quia commodius erit irato viventem resistere, quam se post obitum ulciscendum relinquere. Ille sane, qui proin contra quamlibet iratus eduxerit gladium, quamlibet non percusserit, X tamen solidos ei, quam percutere voluit, pro praesumptione sola dare cogendus est.»

² Tertulliano disse já: «Pulchrior est miles in pugna amissus, quam in fuga salvus, malo miserandum, quam erubescendum.» P. Francis. de Men-

5.º de que a defesa, quando seja imprete-
rível, não vá além da necessidade que a legi-
tíma, e por isso não faça um mal maior, se
o menor é sufficiente para nos preservar do
áttaque.

§ 11.º

E defesa da liberdade e da honra propria

Mas a aggressão pode não só dirigir-se
contra a *segurança individual*, mas tambem
contra a *liberdade e honra* das pessoas; e
como o direito á defesa destas é egualmente
certo e respeitavel, torna do mesmo modo
irresponsavel o individuo que a emprega con-
tra a aggressão¹.

§ 12.º

E defesa dos nossos semelhantes

E como os homens são solidarios na socie-
dade, visto que por todos ha de ser conse-
guído o fim social, é fóra de duvida que a
defesa dos nossos semelhantes nos incumbe a
nós proprios, e auctorisa por isso a repellir
em seu favor a injusta aggressão que a elles
se dirige, e não somente aos nossos propin-
quos, mas aos que o não são, como é mais
conforme aos principios do Evangelho e cari-
dade christã. Nisto a sociedade só tem a lu-
crar, porque será mais difficil a offensa,
quando se saiba que tocará a um maior nu-
mero de individuos, dispostos a repellil-a.

Porem o primeiro dever do defensor será
o de mediano, impondo fim á lucta entre
os dois, se isso é possível, e reservando á
auctoridade o castigo do aggressor.

§ 13.º

E defesa da nossa propriedade

Mas, sendo a propriedade um direito sa-
grado dos individuos, como condição indis-
pensavel para conseguirem o seu fim indivi-
dual e social, não pode tambem deixar de
jugar-se legitima a sua defesa, ainda quando
cause aos aggressores alguns graves males².

doça, soc. Jesu, *Viridarium utrisque eruditionis*.
Liv. 4.º, probl. XIII.

¹ Lei 1.ª, § 4.º, D., *ad leg. corn. de sicariis*
(48—8): «Item Divus Hadrianus rescripsit, eum
«qui stuprum sibi, vel suis per vim inferentem, oc-
«cidit, demittendum.»

Cod. Wisig., liv. 3.º, tit. 3.º, lei 6.ª: «Si quis-
«pam de raptoribus fuerit occisus, ille qui percussit
«ad homicidium non teneatur, quod pro defendenda
«castitate commissum est.»

² Código Wisig., liv. 8.º, tit. 2.º, lei 3.ª: «....
«Et si aliquis alienam arborem incidit per violen-

Todavia neste ponto ha a proceder com
mais cautella, por forma que se não auctorise
o maior mal, feito ao aggressor, sempre que
o perigo imminente de perder a propriedade
se não dé effectivamente; por exemplo: o
ataque á propriedade immovel somente é
muito diverso do ataque á mesma proprie-
dade, quando tiver por objecto o roubo dos
moveis que nella estão, ou ainda a offensa
das pessoas que ahi vivem; e não menos di-
verso do ataque á propriedade movel, a bolsa
do dinheiro, que forma todo o peculio do pos-
suidor, lançado de futuro na miseria, se não
reage ao ladrão desconhecido que o surpre-
hendo em escura encruzilhada.

Assim convirá attender já á pequenez do
mal que se faz, para que se não auctorise o
repellil-o, causando gravissimo prejuizo, e já
á circumstancia de ser tambem reparavel de-
pois do ataque¹.

§ 14.º

Coacção moral pelas ameaças de alguém

A duas principaes ordens podemos reduzir
as ameaças dirigidas a alguém, para o com-
pellir ao delicto; ou taes que importem pe-
rigo de vida, e pelo menos algum grave mal
physico, ou taes que consistam noutros me-
nores males².

Pelo que toca ás primeiras, parece que de
todo destroem a liberdade da acção, se o pe-
rigo imminente não pode ser evitado pela
fuga ou auxilio estranho, vista a facilidade
que ha em convertel-as em vias de facto³.
Assim será essencial para eximir da pena,
que o crime seja commettido na presença
do ameaçador, e sob o imperio das ameaças.

Nem é necessario, para que se produza a
immunidade, que o coacto tenha opposto a
taes ameaças toda a possível e mais viva re-

«tiam, componere non moretur. Quod si dominus
«arboris incisorem fuerit contestatus, & postea inci-
«sor fuerit, dum incidit, occisus, mors ejus nulla
«tenus requiratur.»

¹ Vide nota (1) da pagina 513, da columna 2.ª,
do presente n.º

² Lei 13.ª, Cod., *de transact.* (2—4): «Interpo-
«sitas metus causa transactiones ratas non haberi
«Edicto perpetuo continetur. Nec tamen quilibet
«metus ad rescindendum ea, quae consensu termi-
«nata sunt, sufficit; sed talem metum probari oport-
«et, qui salutis periculum, vel corporis cruciatum
«contineat.»

Lei 9.ª, Cod., *de his, quae vi metusve causa*
(2—20): «Metum non jactationibus tantum, vel con-
«testationibus, sed atrocitate facti, probari conve-
«nit.»

³ Nota antecedente.

sistencia ; porquanto, alem de que succederá não lhe ser isso possível, accresce que o temor, que influe no seu animo para obedecer á ameaça, o demoverá egualmente de lhe oppor a minima resistencia.

Se porem estas circumstancias se não dão para constituir a força irresistivel, ou as ameaças são de outra ordem, o seu valor é muito menor, e até, para serem reputadas circumstancias attenuantes, carece-se de que sejam de natureza a abalar a firmeza ordinaria do homem ¹.

A lei porem só pode edictar quanto a ellas alguma regra geral; pois a apreciação na hypothese dependerá principalmente das circumstancias do facto, indole do ameaçador e ameaçado, idade, sexo, forças respectivas, relação do mal da ameaça com o mal do delicto imposto, affeições do coagido para com o paciente, e outras; e por isso mais toca com a consciencia dos juizes de facto.

(Continúa).

DIREITO CRIMINAL

THEORIA DA COACÇÃO

(Continuado do n.º 397, paginas 515)

§ 15.º

Coacção pelo terror panico

Não é trivial, mas é possível, que o terror panico ou momentaneo (*subitus et inanis metus*), que accomette por egual os homens, como os exercitos, actue tão fortemente na liberdade da acção do individuo que, privando-o della no instante, o impilla a commetter algum ou alguns factos criminosos.

Quem não vê que tambem neste caso se devem attribuir taes factos antes a pura fatalidade, do que a maldade, que realmente não ha ?¹

§ 16.º

Coacção por virtude das forças phisicas

Tem logar a coacção moral, por virtude das forças phisicas da natureza em jogo com as acções do homem, todas as vezes que este, sem comprometter a propria existencia, não

¹ Lei 7.ª, § 4.º, D., *de jurisdict.* (2—1): «Doli mali autem ideo in verbis edicti sit mentio, quod si per imperitiam, vel rusticitatem, vel ab ipso praectore jussus, vel casu aliquis fecerit, non tenetur.»

Lei 5.ª, § 2.º, D., *de poenis* (48—19): «Refert, et in majoribus delictis, consulto aliquid admittitur, an casu: et sane in omnibus criminibus distinctio hæc poenam aut justam eligere debet, aut temperamentum admittere.»

pode deixar de pôr em risco a alheia, ou os direitos de terceiro; exemplo: no que, por occasião do naufragio, obsta a que outro se aposse, ou até mesmo o desapossa da unica taboa de salvação, que somente pode prestar a um delles; no que se esforça em tomar o logar primeiro na barca, jangada, ou cabo de vauvem, se a indisciplina, a bordo, lh'o tolera; no que, depois da reclusão de muitos dias, ou de andar errante nos montados se vê desfallecer, se se não appropriia do pão e fructos que o acaso lhe depara, porque a *extrema miseria* parece *nestas circumstancias* dever desculpar o furto, circumstancias aliás difficeis de se dar no estado da civilização actual¹.

§ 17.º

Coacção moral por motivos de situação e de humanidade

Tem esta logar todas as vezes que o individuo é por via da *situação* em que se acha, resultante da sua profissão, ou circumstancias excepcionaes, obrigado a fazer algum mal a outro com o *intuito humanitario* de lhe valer, evitando-lhe um mal maior; exemplo: no cirurgião, que para atalhar a gangrena amputa o braço do enfermo; no individuo que, accu-

¹ *Decreto de Graclano*, dist. 5.ª, cap. 26.º, *de consecratione*: «Discipulos, cum per segetes transeundo vellerent spicas, et ederent, ipsius Christi vox innocentes vocat, quia coacti fame hoc fecerunt.»

Cap. 3.º *de furtis*, (V, 18): «Si quis, propter necessitatem famis, aut nuditatis furatus fuerit cibaria, vestem, vel pecus, poeniteat hebdomadas tres; et, si reddiderit, non cogatur jejurare.»

dindo ao incendio, ao arrastar outro que encontra suffocado pelo fumo, na impossibilidade de o subtrahir por outro modo ao perigo imminente, lhe causa alguma lesão.

§ 18.º

Observações geraes e forenses

Não é attendivel senão a coacção externa; porquanto a interna, ou a que nos impõem as nossas proprias paixões, que temos obrigação de dominar, é toda a nosso cargo.

O principio da coacção procede não só nos crimes e delictos, mas tambem nas contra-venções, menos quando tenha havido negligencia em obviar á causa que produziu a coacção.

Sendo diversa a indole das duas ordens de factos, não pode admittir-se que as mesmas causas, que no direito civil annullam os actos juridicos por coacção supposta, procedam ao menos com todo o rigor para affastar as penas do delicto, pois que ha mais facilidade em subscrever a um sacrificio pecuniario, do que em prestar-se á execução de um crime.

Como as leis não podem prevêr todos os factos de que a coacção moral pode originar-se, e menos ainda avaliar-lhe a importancia especial, convem que, attendendo-os, se exprimam por uma formula geral, que possa comprehendel-os a todos. É este procedimento preferivel até para não dar logar ao abuso, como succederia, por exemplo: a respeito da fome ou extrema miseria, se a lei a declarasse de antemão como desculpa do furto.

Mas isto não impede que se previnam alguns desses factos, com relação a dados crimes; por exemplo: a obediencia legitima; a legitima defesa das pessoas e propriedades, pelo que toca aos actos de homicidio, ferimentos e contusões.

Em todo o caso, dada a omissão da lei, pode o tribunal attender á coacção, já pelo recurso das circumstancias attenuantes, já pelo do maximo e minimo da pena edictada ¹.

É escusado ponderar que, em relação a todas as hypotheses do commando, surgem trez questões de responsabilidade: do que manda, quando com a sua ordem illegal offendeu a lei, ou os direitos do subordinado; do inferior, quando com a sua desobediencia offendeu a lei, ou os direitos do superior;

¹ Lei 3.ª, D., *quod metus causa* (4—2): «Metus autem causa abesse videtur qui justo timore morietis, vel cruciatis corporis conterritus abest: et hoc ex effectu ejus intelligitur. Sed non sufficit quolibet terrore abductum timuisse, sed hujus rei disquisitio judicis est.

e de ambos, quando um com a ordem e o outro com a obediencia que lhe prestou offenderam a lei, ou os direitos de terceiro.

É somente desta ultima, e quanto ao subordinado, que nos occupamos aqui, e a que por isso miram as resoluções tomadas; porquanto nas outras duas e na terceira, com relação ao chefe, a responsabilidade é certa, e não pode ser illudida pelo principio da coacção que lhe não é applicavel, por não poder ter logar.

A lei deve definir os caracteres legaes da ordem, para que possa verificar-se a regularidade desta, mas não pode declarar os casos em que a obediencia não é devida, pelo perigo de auctorisar a desobediencia irregular ¹.

Assim, o que desobedece deve obrar a seu proprio risco; emquanto crê que no momento o pode fazer impunemente por ser a ordem manifestamente iniqua, e o será sempre que ninguem seja capaz de julgar della de diverso modo; exemplo: se se ordenasse ao soldado que descarregasse o golpe sobre uma innocente criança, ou mesmo sobre a multidão pacifica, e mormente sem preceder aviso para que se dispersasse.

Cumpra á defesa allegar e provar em juizo a escusa ou a desculpa da coacção, porque é facto que se não presume.

Deve o coagido dar noticia á auctoridade e á parte offendida do mal que contra vontade elle fez, em prova da sua boa fé; mormente se se tracta de males graves.

E talvez convenha que se erija em delicto *sui generis* uma similhante omissão, por bem da ordem publica.

A absolvição de pena nem sempre acarreta a da responsabilidade civil, que pode ter logar não obstante a declaração de irresponsabilidade penal.

§ 19.º

Historia

Pela citação dos diversos textos, com que temos auctorisado a doutrina estabelecida, vê-se como os romanos prestaram attenção ás diversas espécies de coacção, já a que provem de causas puramente physicas, já a que um homem produz sobre outro, e tem por origem a defesa, as ameaças e o commando.

¹ Tacham-se como condições de obediencia, pelo que toca á ordem dos magistrados:

- 1.º que ella emane do superior hierarchico;
- 2.º que consista em objecto das suas funcções;
- 3.º que contenha as formas substanciaes exigidas pela lei;
- 4.º que não haja lei expressa que prohiba o acto ordenado.

A jurisprudência da velha europa adoptou em geral o direito romano, assentando as suas theorias sobre os respectivos textos ¹.

Os Codigos dos paizes modernos têm consignado o principio da coacção com mais ou menos variantes nas suas disposições.

O nossoCodigo penal contém sobre as diversas materias, em que pode recair a coacção, innumeras disposições que seria longo referir.

DIREITO CRIMINAL

THEORIA DO SEXO

§ 1.º

O sexo em face da culpabilidade: a) em geral

A mulher, que tem uma vida mais domestica do que o homem, e por isso menores e menos variadas relações com o mundo; que, passando muitas vezes do patrio poder ao marital, conserva a propria vontade sempre submissa e mais limitada a liberdade; que não tem as mesmas paixões, os mesmos instinctos, as mesmas exigencias e a mesma robustez, mas possui maior pudor e é religiosa mais viva; está por natureza e educação menos sujeita ás tentações criminosas; comquanto haja crimes que só ou principalmente ella pode perpetrar; taes como: o aborto, a suppressão e supposição de parto, e o infanticidio.

E quando se abalança ao crime, ao delicto, e á contravenção, succede isso numá idade mais adiantada que a do homem, ainda que ella o preceda no desenvolvimento; e alem disto semelhantes factos trazem sempre consigo o cunho das paixões que a dominam, v. g., o amor, o ciume, o odio, e não a ambição e a cubiça, como no mesmo homem; e apresentam o cunho do seu character fraco e tímido: envenena, e não mata de mão armada.

Não pode todavia a lei, como bem diz Rossi, ter dois pesos e duas medidas nas questões de imputabilidade, em razão do sexo dos accusados: e com effeito nada prova que a mulher tenha, como tal, um motivo geral de justificação ou desculpa.

É certo que ha factos criminosos mais desculpaveis no sexo fragil e contravenções de policia, cuja immoralidade e importancia elle não conhece tão facilmente como o sexo forte.

Todavia não nos auctorisa isso a estabelecer regras algumas geraes sobre o ponto.

Somente, no exame de cada um desses factos, se podem indagar as causas particulares que determinam a menor culpabilidade relativa, assim como nos tribunaes pode esta ser apreciada respectivamente a cada individuo.

§ 2.º

b) por occasião do menstuo

Especial attenção põem merece o sexo fragil, quando padece da affecção mensal, *menstruo* ou *menstruação*; porquanto, ainda que a mulher nessa propria situação seja tão pura como o homem, em presença do estado actual da physiologia¹, e tambem *responsavel*, é todavia uma pessoa *dbente*, ou, como diz Michelet: *une personne blessée, chaque mois, qui souffre presque constamment et de la blessure, et de la cicatrisation.*

Donde fica evidente que a culpabilidade se lhe ha de modificar em razão da doença, se se julgar que pôde influir na acção criminosa.

¹ Não obstante o *Levítico* assim dispunha:

Cap. 18.º, vers. 19.º: «Ad mulierem quae patitur mēstrua, non accedes, nec revelabis foeditatem ejus.»

Cap. 20.º, vers. 18.º: «Qui coierit cum muliere in fluxu menstruo, et revelaverit turpitudinem ejus, ipsaque aperuerit fontem sanguinis sui, interficientur ambo de medio populi sui.»

§ 3.º

c) por occasião da gravidez

É de maior attenção ainda é digno o sexo frágil durante o estado da gravidez; porquanto a sciencia e a experiencia provam que esta pode produzir notaveis modificações nas faculdades da mulher, mormente se o seu temperamento é irritavel e melancolico, por forma que lhe causa aberrações moraes, o delirio da imaginação e a depravação da vontade.

As affecções mais ordinarias da mulher grávida são os odios em que, sem causa, troca a anterior amisade, e os appetites desordenados, extravagantes e irresistiveis, e, como consequencia destes, talvez, a paixão do furto.

É certo que semelhantes desvios não são usuaes; basta porem que sejam possiveis, para que a lei os deva prevenir, e tambem attender, se passaram á realidade, modificando ou isentando da pena, conforme é total ou parcial, a ausencia da razão moral ou da liberdade.

Mas cumpre tambem aos juizes e ao medico forense separar cuidadosamente a affecção verdadeira da impostura, que pode acaso, como por vezes tem succedido, procurar surprehender a sua boa fé.

§ 4.º

O sexo em face das penas

Se, posta de parte a questão da imputabilidade, reflectimos sobre as penas a applicar á mulher, é a este respeito mais facil decidir que algumas não devem ser-lhe applicaveis, ou por demasiado duras, ou por menos congruentes com o recato femiñil, postas já de parte as que ella não pode soffrer, taes como, as que importam privação de certos direitos; do mesmo modo que, tractando da sua execução, é mais que manifesto que não deve soffrer certas penas durante o periodo da gestação e em certo razoavel espaço de tempo, posterior a esta¹, porquanto a causa do feto é respeitavel².

§ 5.º

Segundo o direito judaico e romano

Entre os hebreus a mulher não podia sof-

¹ Vanguerve, *Prat. Jud.*, parte 1.ª, cap. 45.º, n.º 45.

Lei 3.ª, D., *de poenis* (48—19): «Pregnantis mulieris consumendae damnatae poena differtur, quoad pariat. Ego quidem, et ne quaestio de ea habeatur, scio observari, quamdiu praegnans est.»

² Lei 2.ª, D., *de mortuo inferendo et sepulcro*

frer a pena do captiveiro, que somente se applicava ao homem¹. Mas, contradictoriamente, a fornicação foi ahí punida umas vezes mais rigorosamente na mulher do que no homem, e outras vezes somente nella!²

Parece-nos poder asseverar que, em geral, os romanos não consideraram em especial o sexo feminino, pois não só o julgam consubstanciado com o masculino sob a denominação deste, mas expressamente o reputam sujeito ás mesmas penas³, sem exceptuar a do confisco, não obstante o favor do dote⁴.

Todavia, por excepção, manifestaram para com elle alguma benevolencia em casos espèciaes⁵, mormente nos tempos posteriores a Constantino, já para o fim de separar nas prisões um do outro sexo, e já para não lançar nellas as mulheres, nem ainda nos crimes mais graves, senão nos mosteiros⁶.

aedificando (11—8): «Negat lex Regia mulierem, quae praegnans mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur: qui contra fecerit, spem animantis cum grávida peremisse videtur.»

¹ Pastoret, *Hist. de la legisl.*, tomo 3.º, cap. 18.º

² *Ibid.*, cap. 26.º

³ Lei 7.ª, § 1.º, D., *de jurisd.* (2—1): «... Sed et utrumque sexum Praetor complexus est.»

Lei 195.ª pr., D., *de verb. signif.* (50—16): «Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur.»

Lei 10.ª, § 1.º, D., *ad Leg. Jul. de adulter.* (48—5): «Mulieres quoque, hoc capite legis, quod domum praebuerunt, vel pro comperto stupro aliquid acceperunt, tenentur.»

Lei 152.ª, D., *de verborum significatione*: «Homininis appellatione tam foeminam, quam masculum contineri, non dubitatur.»

⁴ Lei 3.ª, D., *de bonis damnatorum* (48—20): «Quinque legibus damnatae mulieris dos publicatur: majestatis, vis publicae, parricidii, venificii, de sicariis.»

⁵ Lei 1.ª, Cod., *de falsa moneta* (9—24): «Viduas autem ac pupillos specialis dignos indulgentiam credimus, ut viduae, nec in proximo constitutae, domo sua vel possessione careant, si nulla apud ipsas tam gravis conscientiae noxa resideat.»

Lei 5.ª, § 3.º, Cod., *ad Leg. Jul. Majestatis* (9—8): «Ad filias sane eorum, quolibet numero fuerint, Falcidiam tantum ex bonis matris, sive testata, sive intestata decesserit, volumus pervenire, ut habeant mediocrem potius filiae alimoniam, quam integrum emolumentum ac nomen haeredis. Mitior enim circa eas debet esse sententia, quas pro infirmitate sexus minus ausuras esse confidimus.»

Lei 38.ª, § 7.º, D., *ad Leg. Jul. de adulter.* (48—5): «Incestum autem, quod per illicitam matrimonii conjunctionem admittitur excusari solet sexu, vel aetate, vel etiam puniendi correctione, quae bona fide intervenit: utique si error allegetur; et facilius, si nemo reum postulavit.»

Lei 6.ª pr., D., *ad Leg. Jul. peculatus* (48—13): «Sacrilegii poenam debet Proconsul pro qualitate personae, proque rei conditione, et temporis et aetatis, et sexus, vel severius vel clementius statuere.»

⁶ Lei 3.ª, Cod., *de custodia reorum* (9—4).

§ 6.º

Segundo a lei visigótica e a jurisprudencia da velha Europa

O direito visigótico parece ter em geral consagrado a egualdade dos sexos ¹.

No meio da arbitrariedade das penas em voga, no longo periodo desde a sociedade romana até os nossos dias, é pouco curial pensar que a mulher encontrasse decidida protecção nas leis, ou nos tribunaes; mas é possível admittir que, pelo respeito que se lhe prestava, desde que o christianismo a nobilitou, pela auctoridade de que gozavam as leis imperiaes, e por isso as que favoreceram o sexo fragil, e pela equidade e crescente doçura dos costumes, se usasse para com ella de alguma commiseração, mormente quando a historia depõe que certas penas demasiado duras lh'as não inflingiam em alguns paizes da Europa, e até lhe outorgavam o privilegio da restituição, considerada como menor, contra as confissões de crimes a que não acresciam outras provas ².

§ 7.º

Segundo o direito portuguez

O nosso direito parece ter seguido o romano, quanto á regra, pois que a lei não distingue entre sexos, quando põe o principio geral sobre edades, e ao contrario expressamente os eguala em certos delictos ³, como

¹ Código Wisig., liv. 6.º, tit. 2.º, lei 4.ª: «Præsentis legis superiori sententia dampnari iubemus «seu ingenuus sit, seu servus, utriusque sexus....»

Código Wisig., liv. 6.º, tit. 3.º, lei 3.ª: «Si mulier ingenua per aliquam violentiam aut occasionem ingenuae partum excusserit, aut ex hoc debilitasse cognoscitur, sicut & ingenui superioris «dampni poena multetur.»

Código Wisig., liv. 6.º, tit. 4.º, lei 11.ª: «.... «Hoc ipsum etiam & de ancillis præcipimus custodi.»

Código Wisig., liv. 6.º, tit. 5.º, lei 12.ª, que eguala os sexos na pena.

Código Wisig., liv. 6.º, tit. 5.º, lei 17.ª: «.... «Ita ut si vir, sive mulier sit, qui crimen parricidii «admiserit....»

Código Wisig., liv. 6.º, tit. 5.º, lei 18.ª: «Si «pater filium, aut filius patrem, seu maritus uxorem, «aut uxor maritum aut mater filiam, aut filia matrem, aut frater fratrem, aut soror sororem, aut «socerum gener, aut generum socer, vel nurus socerum, aut socrus nurum, vel quemcumq; consanguinitate sibi proximum, aut suo generi copulatum «occiderit, morte damnetur.»

Código Wisig., liv. 4.º, tit. 5.º, lei 19.ª, no mesmo sentido.

² Julio Claro, *Sententiarum*, liv. 5.º, § final, quest. 60.ª, n.º 22.

³ Ord., liv. 5.º, tit. 17.º, pr., §§ 1.º e 2.º

Ibid., liv. 5.º, tit. 13.º, pr., §§ 1.º, 2.º e 3.º

quanto á excepção; porquanto a Ord., liv. 5.º, tit. 12.º, § 1.º, exime da pena de confisco a *viuva* e a *orphã menor de quatorze annos*; sendo nesta parte mais rigorosa do que a lei romana, donde descende, porque esta isentava absolutamente os *impuberes* e os proprios *pupillos* sem distincção de sexo, e a Ord., liv. 5.º, tit. 17.º, § 4.º, releva de todas as penas a *mulher menor de treze annos* pelo crime de incesto.

E comquanto os nossos dois melhores criminalistas sustentassem como regra geral, que as penas deviam ser mitigadas em razão do sexo, tão pouco fundamento lhe encontraram nas nossas leis, que um somente a pôde apoiar nos textos favoraveis do direito romano, e o outro fez depender a sua applicação do direito magestático de perdoar, negando-a aos tribunaes ¹.

Somente o tribunal da inquisição parece ter sido tanto ou mais severo com o sexo fragil, do que com o sexo forte ².

O nosso Código penal contem sobre o sexo estas disposições:

«Art. 72.º A pena de trabalhos publicos

¹ Pereira e Souza, *Classes dos crimes*, secção 1.ª, capitulo 1.º, § 17.º, n.º 21.

Mello Freire, *Juris Crim. Lus.*, liber singularis, tit. 1.º, § 25.º

² *Breve discurso contra a heretica perfidia do judaismo* por Vicente da Costa Mattos (fl. 134): «.... E no que toca ás mulheres, não há duvida ser «proveitoso e necessario desterralas, com os maridos «apostatas, assi porque sendo da mesma nação seria «impossivel não seguirem a ley de seus maridos, «como porque nellas particularmente são mais notaveis as superstições judaicas, e se tem visto mais «exemplos que o confirmem, morrendo em sua pertinacia mais numero que o dos homens; e he a razão que como o crime de heregia é erro de entendimento e ellas naturalmente o têmão menos, são «muito mais sujeitas a heregias, principalmente a «estas do judaismo; que consistem em superstições «e cerimoniaes a que muito são dadas; além de que «como as mulheres têmão menos segredo ficam pela «mesma razão ser mais prejudiciaes, porque communicando-se todas, mais facilmente, as que são «más farão cabir as outras mais depressa, e as ensinarão....»

No exemplar que possuo escreveu por isso um antigo e curioso leitor a seguinte *nota marginal* ás palavras — *mais numero que o dos homens*: «como «*sucedee no auto da fé em Coimbra, no anno de «1660 no qual morrerão cinco homens, e treze mulheres.*»

Mas de longe vinha a doutrina, como é de ver do: Código Wisig., liv. 3.º, tit. 5.º, lei 3.ª: «.... «Et «quoniam apostatizandi præcipitatio fraude potius «mulierum saepissime perpetratur....»

Código Wisig., liv. 3.º, tit. 5.º, lei 4.ª: «Soleat «quarundam infelicium viduarum astutia fraudem «devotioni admiscere; et permixta vestium simillate, «transgressionis sibi; cum voluerit, aditum reserare.»

«não poderá em caso algum ser applicada ás
«mulheres, aos menores de dezeseete annos,
«aos maiores de sessenta annos, e aos que
«tiverem tal infermidade, que não possam
«servir aos trabalhos publicos, sendo esta in-
«fermidade competentemente provada.

«§ unico. Quando taes pessoas commette-
«rem um crime, que pela lei tem a pena de
«trabalhos publicos, ou que, tendo sido con-
«demnadas a esta pena, chegarem á idade de
«sessenta annos ou ao estado de enfermidade
«incompativel com a mesma pena, deverá
«ella ser substituida pela de prisão com tra-
«balho ou sem elle.

«Art. 92.º Nas mulheres gravidas não se
«executarão as penas corporaes, excepto a
«pena de prisão correccional, senão passado
«um mez depois de terminado o estado de
«gravidez.»

§ 1.º

Definição de cumplicidade e sua etymologia

Diz-se *cumplicidade*, no sentido lato ou philologico, a *participação de dois ou mais agentes no mesmo delicto*, ou a *coexistencia de dois ou mais agentes de um mesmo delicto*; e tambem o *vinculo moral, que liga entre si os agentes de um mesmo delicto, e por isso os deve unir no soffrimento da pena*.

No sentido stricto porem toma se pela *participação secundaria* ou *auxiliar* dos agentes do delicto, em contraposição á *participação principal* de outro ou outros agentes.

Não tiveram os romanos termo correspondente ao substantivo *cumplicidade*, e por isso exprimiam a idéa por meio de periphrases; possuiram todavia o adjectivo *complex* para designar o *cumplice* (isto é, *participis sceleris*), do qual as linguas modernas derivaram o substantivo, que soa quasi do mesmo modo em todás as liguas de origem latina ¹.

¹ De resto o adjectivo *complex* é termo composto dos dois simples: *cum* (preposição) e *pleaus*, participio do verbo *plecto*, que tem as seguintes significações: *ferir, castigar e atar, tecer*; o qual por sua vez se deriva dos dois verbos gregos *πλέω, atar, ligar*, e *πλάσσω, ou πλито, ferir*, e os consubstancia.

Assim importando os dois termos, tanto o de *cumplicidade*, como o de *conexão*, se attendêrmos á sua raiz, a idéa de ligação entre duas cousas ou objectos (*ligado com*); todavia a sciencia consagrou esta para designar a ligação entre os factos criminosos

§ 2.º

Imagem da cumplicidade

A seguinte imagem nos fará conhecer ao mesmo tempo a importancia da cumplicidade no delicto, e a solução legal na applicação da pena.

Com effeito, assim como na concepção, na publicação e na representação de um drama qualquer, tomam parte individuos diversos, e mormente nesta ultima são numerosos os actores que sobre a scena desempenham o papel que a cada um pertence, tocando a uns as partes principaes ou primeiras, e as secundarias ou accessorias a outros; e quanto todos caminhem ao mesmo fim, não podem todos ser nivelados pela mesma craveira; assim no drama, ou na tragedia do crime, que se pode decompor em muitos actos, e desde logo nestes trez principaes — a resolução, a preparação e a execução do delicto — podem haver actores ou agentes para cada um delles, para dois, ou todos trez, e nelles ou em qualquer delles tomar quinhão maior ou menor.

§ 3.º

Condições da cumplicidade e sua divisão

Duas são pois as *condições* da cumplicidade:

(*vinculo material*); aquella para exprimir a ligação entre os individuos delinquentes (*vinculo moral*). E com effeito tão appropriadamente, quanto á cumplicidade, por uma notavel coincidência resume em si as trez idéas de *ligar, ferir, fazer mal*, e castigar e ser castigado, *soffrer o mal*, insinuando assim em o nosso espirito que aquelles que o delicto juntou devem ser unidos no castigo.

a *unidade* do delicto e a *dualidade* dos agentes; o que todavia não implica que possa haver *pluralidade* de agentes, e também *dualidade* ou *pluralidade* de delictos.

Assim a *cumplicidade* divide-se em:

1.º *simples*, qual é a da primeira hypothese, e *composta*, quando se verifica a ultima, porque pode ella então decompor-se em tantas *cumplicidades* *simplices*, quantos são os delictos de que os *mesmos* agentes participaram;

2.º de *associação anterior* ou *expressa* e de *associação instantanea* ou *tacita*, segundo antecedeu o delicto, ou foi somente por occasião do delicto que todos os delinquentes tomaram nelle parte. Posta de lado, já se vê, a natureza do delicto, a primeira é mais grave, como indicadora de resolução mais reflectida, e até de premeditação;

3.º *geral*, quando *todos* estes collaboraram em *todos* os actos do delicto, desde a resolução até final execução, e tal será a de uma quadrilha organizada; e *parcial*, se os actos constitutivos ou accessorios do delicto foram por *todos* distribuidos; e esta é a mais vulgar;

4.º *positiva*, quando consiste em factos; *negativa*, se somente em omissões, a qual é mais rara, e esta commetteria o guarda de um estabelecimento, que para facilitar o furto ou roubo deixasse de fechar as portas dello. A *negativa*, havendo dolo, mas sem intenção criminosa, pode affectar particularmente os que têm *auctoridade* para impedir o delicto, e *qualidade* para dissuadir dello, ou *obrigação legal* para o denunciar, e não o impedem, nem dissuadem, nem denunciam¹;

5.º de *participação moral* somente, e de *participação moral* e *physica* ao mesmo tempo. Tem aquella cabimento sempre que alguém toma parte no delicto, empregando somente os meios intellectuaes e *moraes* — o conselho, a persuasão, ou outros, abstendo-se todavia dos factos materiaes constitutivos ou auxiliares delle; e se subdivide em *moral propriamente dicta* e em *intellectual*, consistindo esta na *simples prestação do projecto*, de *planos* e *instrucções* sobre a execução do crime; e aquella *propriamente no emprego dos meios*

*moraes para determinar o criminoso*¹. Mas, pois que é difficil de conceber que o que fornece planos seja alheio á resolução a que elles miram, tomam-se os termos *moral* e *intellectual* geralmente como synonymos, e importando ambos a *cooperação somente moral*.

A *participação moral* e *physica* consiste na prestação de actos *physicos*, ou materiaes, preparatorios, constitutivos ou auxiliares do delicto; e comquanto se lhes chame vulgarmente *participação physica* ou *material*, é isso apenas por contraposição á *somente moral*, e não porque ella exclua o elemento da *moralidade*, a intelligencia e liberdade do participante, porque, quando tal hypothese se dá, como nos delictos perpetrados pela criança e pelo louco, a *participação exclusivamente physica* ou *material* destes não importa responsabilidade penal;

6.º de *participação principal* ou *secundaria*, ou *duplicada*, segundo a parte maior ou menor que o agente toma na perpetração do delicto, isto é, conforme coopera nos actos constitutivos, ou só nos accessorios e auxiliares do delicto, ou em uns e outros ao mesmo tempo;

7.º *cumplicidade real*, que resulta de factos de *cooperação effectiva*; *presumida*, que provem de actos que demonstram *associação* com os criminosos, tal é a que se deduz do acolhimento que se lhes presta; e *especial* ou *posterior*, que deriva de factos posteriores ao delicto. As duas ultimas especies porem pertencem propriamente á *adherencia*.

§ 4.º

Cumplicidade como elemento do delicto ou como circumstancia aggravante

Delictos existem nos quaes a *cumplicidade* é ou elemento constitutivo delles, ou ao menos circumstancia aggravante; neutros termos, ou o delicto não existe, ou não é aggravado, se não houver *dualidade* ou *pluralidade* de agentes, taes como, os de *assuada*, *sedição* e outros.

Cumpra, a respeito delles, discriminar com cuidado, já se o caso pende de numero determinado ou indeterminado de agentes, já se num e noutro caso entram em linha de conta os *cumplices* que cooperam por qualquer modo, ou somente os que são verdadeiramente *autores materiaes*.

¹ Lei 44.ª, § 1.º, D., ad Leg. Aquil. (9—2): «Quoties sciente domino, servus vulnerat, vel occidit, Aquilia dominum teneri, dubium non est.»

Lei 45.ª, pr., D., ad Leg. Aquil. (9—2): «Scientiam hic pro patientia accipimus, ut qui prohibere potuit, teneatur, si non fecerit.»

Lei 109.ª, D., de reg. jur. (50—17): «Nullum crimen patitur is, qui non prohibet, cum prohibere non potest.»

¹ O Codigo penal no artigo 436.º ministra exemplo desta *cumplicidade*.

Mas este duplicado exame somente pode
fazer-se, confrontando o facto ou factos com
a lei que os incrimina ¹.

(*Continua*).

DIREITO CRIMINAL

THEORIA DA CUMPLICIDADE

(Continuado do n.º 400, paginas 563)

§ 5.º

Cumplices em geral e adherentes. Auctores. Cumplices propriamente dictos. Sua definição.

Os agentes *collectivos* ou *multipliques* do delicto dizem-se *co-auctores por cumplicidade*, ou melhor *cumplices* no sentido lato; e os que, não cooperando, todavia em certo modo tomam sobre si a responsabilidade do delicto, *adherentes*.

Mas da diversa participação dos primeiros no delicto resulta a necessidade de fazer-se distincção entre elles; assim uns são chamados *delinquentes immediatos, principaes cumplices*, ou melhor, *auctores do delicto*; outros *cumplices accessorios, cumplices secundarios, auxiliares do delicto*, ou antes, *cumplices propriamente taes*.

Dizem-se auctores os que são a *causa primaria, geradora* ou *efficiente do delicto*; cumplices propriamente taes os que prestam *qualquer auxilio, não indispensavel á perpetração do delicto*.

De resto, é fóra de duvida que os gráus da participação no delicto podem dar occasião a uma classificação mais singularizada dos cumplices, como, por exemplo, a de trez gráus de Tissot: *cumplices principaes, secundarios e accessorios*; ou a dos Codigos allemães, tambem de trez gráus: *auctores, cumplices e fautores*; e que admittindo por simplicidade

a classificação de dois gráus geralmente adoptada, ainda assim não são accordes os sabios e legisladores na designação dos que têm por *auctores* e por *cumplices propriamente taes*. Mas por isso mesmo deve a lei estabelecer somente os principios geraes reguladores, deixando sempre aos tribunaes o completar a apreciação da cumplicidade, como *questão de facto*, que tambem é.

E com effeito, entre os proprios cumplices de uma mesma categoria, somente negará que a culpabilidade não é diversa quem não reflectir, que é de homens e não de abstracções que ha effectivamente a julgar.

§ 6.º

Auctores-chefes

Dizem-se *auctores-chefes* aquelles que têm a parte *nobre* ou sublime na resolução e execução do delicto.

Com effeito, posto que os auctores intellectual e material, por isso mesmo que o são, hajam tocado a meta da responsabilidade ordinaria, podem ás vezes occorrer circumstancias que determinem, se é possivel, a elevação da medida da mesma responsabilidade, quanto a algum ou alguns delles, permanecendo intacta, ou abaixando-se até a que cabe aos outros co-auctores, por motivos de bem entendida equidade.

Tem isto logar na *resolução* sempre que algum predomina por forma que quasi arrasta consigo os demais; e na *execução*, quando a algum compete a direcção superior dos actos do delicto, direcção aliás necessaria

para imprimir movimento e unidade nos actos da pluralidade dos cúmplices.

Em diversos delictos reconhecem as leis penas, esta essencial distincção entre os diversos auctores delles ¹.

§ 7.º

Especies de auctores

Os auctores são tambem de duas especies.

Auctor intellectual ou *provocador* é o que, resolvendo ou adherindo á resolução do delicto, o faz praticar por outro; e *material, physico* ou *immediato*, somente em contraposição, é aquelle que, abraçando livremente a resolução do primeiro, a dá á execução, ou toma parte immediata nesta, de modo que é physicamente a causa productora do delicto.

Não é mister que os actos do auctor material sejam *directamente productores* do delicto; basta que sejam necessarios á execução: pelo que tanto val vibrar o golpe, como segurar os braços da victima ²; entrar dentro da casa para a roubar, como ter segurado a escada, arrombado a porta, conduzido a luz, ou acarretado os objectos do roubo. Todavia, neste caso, os auctores podem classificar-se em auctores de *primeiro* e de *segundo grau*, e isto mesmo é applicavel aos cúmplices.

O auctor intellectual e material, concorrendo junctamente, dizem-se *co auctores*; epitheto que igualmente pode applicar-se aos só intellectuaes e aos só materiaes; e tambem se dizem *com-delinquentes*, designação que do mesmo modo quadra a todos os auctores e cúmplices, de per si, ou conjunctos.

§ 8.º

Modos de ser auctor intellectual. Medianeiro

E porque o auctor intellectual não pode em caso algum deixar de ser causa determinante do delicto, não é sufficiente que o tenha simplesmente suggerido ou aconselhado ao auctor material; é mister que haja actuado no animo deste, para delle obter a execução do crime, por algum destes modos:

¹ Ord., liv. 5.º, tit. 6.º, § 12.º, verbis: *principal tratador desse conselho, e confederação.*
Codigo penal, artigos 173.º, 177.º, 180.º, § 1.º, 199.º, 263.º, § 1.º, 277.º, § unico, 282.º pr., 283.º pr., 436.º

² Lei 11.ª, § 1.º, D., *ad Leg. Aquil.* (9—2): «Si alius tenuit, alius interemit, is qui tenuit quasi causam mortis praebuit, in factum actione tenetur.»

1.º Auctoridade ou poder (*commando* ou *ordem*);

2.º Violencias ou ameaças (*coacção moral*);

3.º Dativas ou promessas (*mandato*);

4.º Meios fraudulentos, artificios, embustes (*dolo*);

5.º Conselho acompanhado de planos, apontamentos e instrucções (*consilium vestitum qualificaum*, ou *instructivum* dos Doutores, em opposição ao *consilium nudum*);

6.º Instigação ou excitação dos sentimentos de outrem;

7.º Designação precisa do delicto (*provação ao publico*).

Verifica-se o primeiro modo todas as vezes que aquelle que dá a ordem tem direito de mandar; aliás, ha somente simples conselho ¹.

Verifica-se o segundo, quando por violencias ou ameaças se constringe alguém ao delicto.

Verifica-se o terceiro sempre que qualquer commette a outro a execução do delicto por dinheiro, promessas, ou algum outro lucro, por forma que, em logar da *ordem, desigualdade de condições e obediencia* do primeiro modo, ha aqui *contracto entre eguaes*, e *preço fixado* ao crime. Nem obsta que se falte ás promessas, uma vez que ellas hajam determinado o delicto.

Verifica-se o quarto, quando se impelle alguém ao delicto, fazendo-lhe dolosamente acreditar, ou que os meios são innocentes, ou que é meritorio o resultado, abusando assim da sua boa fé, ignorancia, ou fraqueza intellectual.

Verifica-se o quinto, quando alguém persuade outro ao delicto, empregando toda a efficacia possivel, e ainda subministrando planos, sem o que é certo que este não perpetraria a maldade ².

Mas, em regra, o simples conselho não é punido ³.

Verifica-se o sexto no caso em que qualquer incita ao delicto a outrem que já para isso se achava prediposto, ou incita a causar

¹ Lei 37.ª, § 1.º, D., *ad Leg. Aquil.* (9—2): «Liber homo, si jussu alterius manu injuriam dedit, actio Legis Aquiliae cum eo est, qui jussit, si modo jus imperandi habuit; quod si non habuit, cum eo agendum est, qui fecit.»

² Lei 1.ª, § 3.º, D., *de servo corrupto* (11—3).

³ Inst., § 11.º, *de obligat., quae ex delicto* (4—1).

Lei 36.ª, pr., D., *de furtis* (47—2).

Lei 50.ª, § 2.º, D., *de furtis* (47—2).

Lei 1.ª, § 3.º, D., *de serv. corr.* (11—3).

Lei 16.ª, pr., D., *de poenis* (48—19).

mal aquelles que não têm ainda, ou se acham privados do uso da razão; ou mesmo os entes irracionaes ¹.

Verifica se o setimo enfim, se alguém ou alguns incitam as massas á desordem e ao crime por meio de discursos verbaes, escriptos affixados (pasquins), ou impressos ou outros meios, furtando-se todavia a tomar parte directa nos resultados da sedição.

É da essência da provocação que se dirija a um crime determinado; ou melhor, para que seja verdadeiramente criminosa, carece-se de que proceda de um modo directo, por exemplo: instigando a lançar o fogo á casa, á floresta, a invadir o domicilio do cidadão; porque, se o provocador não é responsavel pelo facto material, em que não toma parte senão pela *resolução* que lhe pertence, sem justiça seria inculcado num facto que não resolveu; e para que seja punivel, ao menos com a pena ordinaria, é mister que os delictos provocados tenham sido levados á execução.

Assim a provocação em geral para fazer mal, a excitação de odiosos sentimentos, a instigação ás más paixões, ou não devem ser punidas, ou somente o poderão ser como delictos *sui generis*, ou, quando muito, como importando cumplicidade, se se provar haverem de algum modo influido no animo do executor do crime ².

Na provocação ao publico não se empregam meios suasórios sobre um certo ou certos individuos, mas sobre as massas, e isto é sufficiente para constituir criminalidade, pois que de um lado as más de povo são mais impressionaveis do que os individuos, visto que sempre ha nellas alguém propenso a deixar-se seduzir, sendo em seguida facil a comunicação do movimento aos demais, e por outro lado o impulso dado é tanto mais perigoso nellas do que nos individuos, quanto é apoiado na união das forças.

E a responsabilidade será ainda maior, se é possível, quando se abusar de um meio de civilização — a imprensa periodica, para o converter em instrumento do crime.

O *intermediario* ou *medianeiro* entre os

¹ Singular exemplo do instigador *com cumplice irracional*, ou melhor sem-cumplice, nos presta o Codigo Wisig., liv. 8.º, tit. 4.º, lei 19.ª, no que aqula o cõo contra alguém, por forma que se lhe causa a *debilitação*, ou ainda a *morte*: «... nam si eum (canem) ad innocentē forsitan injuriandum incitaverit, tanquam si ipse vulnus intulerit iuxta leges componere non moretur.»

² A Lei 50.ª, § 1.º, D., *de furtis* (47—2), tornando responsavel pelo furto, não só o que aconselha que se faça, mas tambem o que aconselha, *inmilitiarum tamen causá*, destoa deste principio.

dois auctores intellectual e material, a que alguns têm dado particular attenção na hypothese do mandato, é um auxiliar como qualquer outro, que deve ser considerado, já auctor, já simplesmente cumplice, conforme as circunstancias que nelle se derem.

§ 9.º

Corollarios

Deduz-se d'aqui:

1.º que, dada a cumplicidade, podem ambos ou todos os cumplices ser igualmente auctores, e nenhum cumplice propriamente tal, ou secundario;

2.º que, ainda que seja mister, para haver qualquer de reputar-se auctor, o ser causa efficiente do delicto, sem a qual este se não seguiria, não implica isso que intervenha outra causa efficiente, igualmente necessária para a perpetração do mesmo delicto, quer seja tambem intellectual, quer material, porque ao contrario só poderia haver um auctor por cada delicto, e ficaria sem effeito a distincção entre auctores, ou somente serviria para dar a cada delicto um auctor singular de cada classe;

3.º que são todos auctores tambem, quando dois ou mais perpetram actos, causas efficientes do delicto, cada qual por si somente, isto é, sem que a primeira carecesse da segunda para surtir o pleno effeito, ou vice-versa; por exemplo: mandando dois separadamente ao executor que commetta o crime; disparando dois as espingardas sobre a victimá, e causando ambos ferimentos mortaes, ou só o primeiro, ou só o segundo ¹;

4.º que outro tanto se verifica ainda no caso em que os referidos tomem parte no *mesmo* acto, *resolvendo* todos e *executando* todos; por exemplo: um pondo a espingarda á cara, e desfechando-a outro; ou melhor, segurando ambos a espingarda, e ambos concorrendo a desfechal-a; e não importa ao caso que assim procedam por mero capricho, ou por necessidade imperiosa ².

5.º que não pôde haver auctores, e nem tambem cumplices, senão por factos anteriores ao delicto, e pelos de execução;

¹ Lei 51.ª, pr., D., *ad Leg. Aquil.* (9—2): «Occidisse dicitur vulgo quidem qui mortis causam «quolibet modo praebuit...»

² Lei 51.ª, *in fine*, D., *ad Leg. Aquil.* (9—2): «Cum plures trahem alienam furandi causa sustulerint, quam singuli ferré non possent, furti actione omnes teperi existimantur; quamvis subtili ratione «dici possit neminem eorum teneri: quia neminem «verum sit eam sustulisse.»

6.º e que por isso os não pode haver por factos posteriores; por exemplo: recebendo os instrumentos do crime; occultando os objectos roubados, v. g., o cadaver; assegurando a evasão dos criminosos;

7.º que se pode porem ser auctor por factos *materialmente* posteriores, se a promessa de os praticar foi anterior e determinativa do delicto, porque, tornando-os então coevos delle, valem como taes.

(*Continúa*).

DIREITO CRIMINAL

THEORIA DA CUMPLICIDADE

(Continuado do n.º 401, paginas 580)

§ 10.º

Cumplices propriamente taes

A cumplicidade offerece maior numero de variantes, e pode dar-se em todas as peripécias do delicto.

Na resolução. São pois cumplices todos aquelles que, sem a provocar, nem a fazer tomar, concorreram todavia para que se adoptasse; por exemplo: promettendo um auxilio qualquer; occultar o delinquente, perpetrado o delicto; assegurar-lhe a evasão, a impunidade; fazer desaparecer os vestigios para a accusação; occultar, vender os objectos roubados, sem que comtudo similhante promessa fosse determinativa do crime.

Nos actos preparatorios. Todos os que houverem ministrado apontamentos e instrucções para ajudar a execução; transportarem o executor á localidade; fornecerem meios de transporte, casa ou logar, onde possa aguardar o momento do delicto; trages para o disfarce, armas, munições, instrumentos e materias uteis ou necessarias á execução; derem signal ou advertencia do momento favoravel ao designio criminoso.

Na execução. Todos os que cooperarem nesta, praticando quaesquer factos com que auxiliam os auctores; comtanto que não sejam presentes no logar do crime, porque, se o forem, ainda que não seja senão fazendo nu-

mero para impor ás victimas ou aos que possam soccorrel-as, são auctores¹; por exemplo: os que vigiam nas avenidas, ou vão avisar os criminosos de que a auctoridade se aproxima.

§ 11.º

Corollarios

Deve assim ter-se por assentado:

1.º que a cumplicidade pode dar-se em todas as phases do delicto, sem excepção;

2.º que, sendo muitos e variados os actos de cumplicidade, a lei não pode nem enumerar-os todos, nem avaliar-lhes de antemão a importancia; pelo que cumpre que, definindo-os por uma forma geral, deixe a apreciação especial delles ao juizo esclarecido dos tribunaes;

3.º que não pode haver cumplices sem auctores, ou melhor, factos de cumplicidade, sem factos principaes e materiaes, declarados criminosos pela lei (*socius delicti non intelligitur sine auctore delicti*);

¹ Lei unica, § 2.º, Cod., *de raptu virginum* (9—13): «Poenas autem quas praediximus, id est «mortis, et bonorum amissionis, non tantum adversus raptores, sed etiam contra eos, qui hos comitati in ipsa invasione et rapina fuerint, constitui-mus....»

§ 11.º, I., *de obligat. quas ex delicto* (4—1): Enumeram-se diversos modos por que se pode concorrer para o furto, e se lhe applicam as respectivas penas.

O Codigo Wisig., liv. 8.º, tit. 1.º, lei 3.ª, pune estes taes: «et omnes qui cum eo venerint, vel qui «id fecerint,» com respeito ao crime de assuada, menos ou mais até do que o chefe, segundo são ingenuos ou escravos alheios, porque se fossem proprios, ficavam impunes.

4.º que um mesmo agente pode praticar todos os actos de cumplicidade na successão do crime, ou somente alguns, pertencendo os demais á responsabilidade de outros agentes;

5.º que um mesmo agente, pode, com respeito a determinado crime, ser simultaneamente auctor e cúmplice;

6.º que, comquanto a participação por actos moraes seja sempre dolosa, pode todavia não o ser a participação por factos materiaes; por exemplo: se alguém, interrogado, indicou de boa-fé a morada da victima, ou emprestou a espingarda, crendo servir á caça ou á guarda; pelo que, nestes e em similhantes factos de si innocentes, é mister que se prove a sciencia da applicação criminosa, pois que não é presumível a fim de que proceda a cumplicidade;

7.º que, quanto ao seu character, a cumplicidade, ou melhor, os factos que a constituem, não têm criminalidade propria, mas sim, emprestada ao facto ou factos principaes do delicto; o que importa dizer que o gráu de criminalidade intrinseca dos factos de cumplicidade deve ser fixado pela natureza do facto principal, pois que deste mesmo ella é derivada;

8.º que, dados porem os factos principal e accessorio, se fixa logo para os agentes respectivos a responsabilidade *real*, sem que a de um dependa da do outro; pois que a responsabilidade dos cúmplices é propria e não subsidiaria, visto que *em materia de crime não ha garantas*;

9.º e enfim que tambem não têm uma significação determinada; pelo que podem indifferentemente ligar-se a infracções de natureza diversa; por exemplo: a vigia ou espreita que pode favorecer um assassinio, um roubo, um attentado ao pudor, ou outro crime.

§ 12.º

Adherentes

Abstrahindo das duas especies de cumplicidade, ha todavia diversos actos de omissão no flagrante delicto, de omissão e commissão, perpetrado este, por meio dos quaes o delinquente pode occasionar ou concorrer mais ou menos directamente para que, ou o delicto se consumme, ou depois não seja punido.

Constituem estes actos uma terceira especie de cumplicidade, chamada *cumplicidade par adherencia*.

Comprehende-se facilmente que similhantes factos não podem importar participação no delicto *lex* á execução; mas, sendo certo que por meio delles se dá occasião a que o de-

licto possa ser perpetrado, violando-se assim o principio da *solidariedade defensiva da sociedade*, e se pretende, ou fazer assegurar as vantagens do delicto, ou alcançar a impunidad do delinquente, e em todos os casos iludir a acção das leis, com justiça os punem estas, se não todos, parte, algumas vezes, se não sempre, ou como delictos *sui generis*, ou pela relação que têm com os delictos principaes, *connexos* como entre si elles são; pois que a ellas impende o direito e o dever de castigar todos quantos obstem ás suas sanções, e não menos de corrigir os máus costumes.

Serão pois *adherentes* do delicto:

Os que, podendo sem perigo auxiliar e defender o offendido, no momento da infracção, ou chamar em seu auxilio a auctoridade ou os cidadãos, deixam de o fazer;

Os que, podendo sem perigo prender o agente em flagrante delicto, e entregal-o á auctoridade, o não fazem;

Os que, sendo requeridos competentemente para auxiliar a prisão do agente, se recusam sem escusa legitima;

Os que, sendo obrigados em razão da sua profissão, emprego, arte ou officio a fazer qualquer exame ou declaração a respeito de alguma infracção, alteram ou occultam a verdade do facto, ou as circumstancias que poderem aggraval-o;

Os que, podendo participar á auctoridade a infracção de que tiverem conhecimento, o não fazem;

Os que alteram, mudam, ou desfazem os vestigios deixados pela infracção, impossibilitando a formação do corpo de delicto do facto permanente;

Os que prestam auxilio ao agente para se evadir, procuram inutilisar a prova da infracção, occultar ou destruir os instrumentos ou objectos desta para lhe assegurar a impunidad ou proveito do facto, uma vez que não haja accordo anterior;

Os que procuram impedir por qualquer modo, ou enervar a efficacia da justiça, em descobrir o agente¹;

Os que occultam o criminoso;

Os que lhe fornecem passaporte com nome falso ou supposto;

Os que prestam falsas declarações á auctoridade, ou juram falso para o salvar;

Os que escondem o cadaver da victima².

¹ Projecto do Codigo penal, artigo 51.º

² Já se vê do que fica referido, que á adherencia pertence a cumplicidade, dicta de *participação posterior, extensiva, indirecta ou especial* (pois por

§ 13.º

Base da punição da cumplicidade

Que os cúmplices devem todos ser punidos não entra em questão: causas inteligentes e

todos estes termos é designada em contraposição á verdadeira ou *real* cumplicidade), mas somente em duas de suas trez fórmulas.

Com effeito fizeram os antigos criminalistas consistir esta na *approvação posterior do delicto (rati-habitió)*, na *receptação e occultação*; e fundando-se, quanto áquella, nas

Lei 1.ª, § 14.º, D., *de vi et vi armata* (43—16): «Sed et si, quod alius dejecit, ratum habuero; sunt qui putent secundum Sabinum et Cassium, qui rati-habitionem mandato comparant, me videri de-jecisse, Interdictoque isto teneri; et hoc verum est, erectius enim dicitur, in maleficio rati-habitionem mandato comparari.»

Lei 152.ª, D., *de div. regul. jur.* (50—17): § 1.º «Dejicit et qui mandat.» § 2.º «In maleficio rati-habitió mandato comparatur.»

não escrupulisaram em acarretar para a materia penal uns textos que só legislavam em materia civil, ou melhor, ácerca do interdicto *unde vi*.

Não soffre hoje discussão, que não é punivel o individuo somente porque ostenta a sua immoralidade, regozijando-se, ou approvando o delicto que outrem perpetrrou, ou ainda gratificando o delinquente.

Alem de que deviam attender a que, pelo mesmo direito romano, nem sempre, ao menos, a ratificação sortia os effeitos penaes, pois não era ella sufficiente a fazer infame o marido que ignorava as condições da mulher com quem casou, não obstante haver ratificado o consorcio, como se vê da

Lei 13.ª, pr., D., *de his qui notant inf.* (3—2): «Quid ergo si non ducere (sit) passus, sed posteaquam duxit, ratum habuerit: ut puta, initio ignoravit talem esse, postea scit? Non notabitur. Praetor enim ad initium nuptiarum se retulit.»

Quanto á receptação e occultação que os romanos parece terem comprehendido sob um só e mesmo termo — *receptor*, como se deprehende das

Lei 1.ª, D., *de receptoribus* (47—16): Pessimum genus est receptorum, sine quibus nemo clatere diu potest. Et praecipitur, ut perinde puniantur atque latrones. In pari causa habendi sunt, quia cum apprehendere latrones possent, pecunia accepta, vel subreptorum parte, demiserant.»

Lei 2.ª, D., *de receptoribus* (48—4): «Kos, apud equos adfinis, vel cognatus latro conservatus est, neque absolvendos, neque severe admodum puniendos; non enim par est eorum delictum et eorum qui nihil ad se pertinentes latrones recipiunt.» não estão porem no mesmo caso pelas razões expostas.

Seja dicto de passagem, que assim como a antiga jurisprudencia distribuiu a *receptação* dos romanos nos dois delictos — *receptação propriamente tal* — e — *occultação* —, consagrando aquella para o facto de se procurar assegurar os proveitos do furto ou roubo, e esta para o facto de se procurar proteger a pessoa do delinquente; do mesmo modo os modernos têm estendido a mesma occultação até comprehenderem nella não poucos dos factos, que hoje enjunctamos como de adherencia,

livres, participando numa acção immoral e prohibida pela lei, tanto basta para que respondam perante esta.

O facto da associação entre os criminosos expresso ou ainda mesmo tacito, como nos delictos repentinos, não altera todavia a base commum da penalidade, comquanto coadjuve esta, porque, dando a medida do vinculo entre os associados, conduz á demonstração do vinculo, ou ligação de cada um delles com o facto criminoso, do qual somente depois decorre a responsabilidade por cada um delles. Assim o *actus delinquendi*, que está na execução do crime e não na associação¹, é sempre a base para a punição, ainda dada a cumplicidade.

A associação pode, é verdade, importar consigo alguma penalidade, mas somente como crime *sui generis*.

§ 14.º

Alvitre sobre a punição da cumplicidade

Mas como proceder a respeito dos cumplices?

Igualal-os por forma que, sendo *um* o delicto e *uma* a pena, seja esta distribuida em quinhões eguaes, um para cada qual delles?

Não; porque decretal-o assim seria illudir a lei penal, pelo dolo a que não deixariam os criminosos de recorrer, convocando muitos para o delicto, a fim de tornar a pena dividida um mal supportavel a todos; o que mais procede nos delictos que exigem pluralidade de delinquentes, visto que nestes, independentemente do dolo, dividida a pena, seria inefficaz a lei.

Igualal-os ainda por nova forma, a fim de que a cada um delles se applique solidariamente toda a pena, porque é um expediente de facil execução, pois que dispensa o exame dos diversos grãos de participação, e alem disso, e talvez por isso mesmo, recommendado já pela auctoridade de notaveis legislações?²

¹ Lei 17.ª, D., *ad Leg. Corn. de sicariis et veneficiis* (48—8): «Si rixa percussus homo perierit, cictus uniuersusque in hoc collectorum contemplari oportet.»

² Por isso bem acautele o Código Wisigothico que a pena de 300 açoites é por cada um dos cúmplices, no liv. 3.º, tit. 3.º, lei 4.ª, *in verbis*: «... trecentenis insuper singuli flagellorum ictibus verberentur;» e no liv. 3.º, tit. 3.º, lei 17.ª, *in verbis*: «... singuli eorum centena flagella suscipiant;» e do mesmo modo no liv. 12.º, tit. 3.º, lei 8.ª: «... Haec scilicet dampna vel verbera singulatim unusquisque percipiat: videlicet tam ille qui nupsit,

Tambem não; porquanto: 1.º seria injusto castigar com pena uniforme actos necessariamente diversos pela immoralidade e pelo damnó; 2.º seria tambem impolitico, porque tenderia a facilitar a execução do crime, cujos actos são declarados egualmente criminosos; quando, ao contrario, é de esperar que, graduados elles e punidos diversamente, o crime se não consumme, estabelecida a desavença entre os associados, cada um dos quaes rejeitará o lance mais arriscado; e se a lei, consummado o crime, procura a desintelligencia entre os criminosos, beneficiando os que descobrem o trama, é mais util e moral que assim proceda para prevenir os delictos; 3.º e ultimamente seria tambem imprudente, porque não contaria com a benevolencia dos tribunaes, preferindo não punir, para não dar logar a uma pena que a consciencia publica acoimasse de iniqua.

Applicar tantas penas quantos os criminosos, e cada uma dellas graduada pelo delicto destes?

De certo, como passa a vêr-se.

§ 15.º

Qualidade das penas

Mas primeiramente vejâmos *quaes* devem ser as penas.

Está visto que, sendo *um* e o *mesmo* o delicto, *identicas* devem ser as penas, estabelecendo-se por isso a gradação do castigo entre os auctores e cúmplices, não na *qualidade* dellas, mas na sua *quantidade*.

Somente por excepção pode admittir-se que se applicuem penas diversas, quando a *mesma* não for susceptivel de toda a proporcionalidade de que se ha mister; ou quando, já a cúmplicidade, já a adherencia sejam, aquella muito tenue, esta tenue e negativa, por forma que lhes não seja adequada a pena idetica.

(*Continúa*).

DIREITO CRIMINAL

THEORIA DA CUMPLICIDADE

(Continuado do n.º 402, paginas 596)

§ 16.º

Penalidade dos auctores, absoluta e relativa: nos meios e nos delictos accessorios; e dos cúmplices

A pena dos auctores, ou seja o intellectual ou o material, deve, por via de regra, ser a ordinaria do delicto, como se um só agente o perpetrasse.¹ Applicar uma pena menor a algum delles, sob pretexto de que aquelle só foi causa indirecta do delicto, isto é, só ha nelle a criminalidade *subjectiva*, e não a *objectiva*, e de que neste cessou em parte a immoralidade pelo impulso estranho, seria levar em conta áquelle a hyprocrisia ou cobardia em não se atrever directamente á maldade, e a este a desculpa de ser o segundo numa resolução que livremente apropriou.

Mas, se esta é a regra, pode razoavelmente admitir-se que soffra modificações, para que as vezes deva ser maior a pena que affecte a uns do que a que affecte a outros dos auctores. Com effeito, se no mandato as condições dos co-auctores se nos antolham tão eguaes, que a responsabilidade possa dizer-se entre todos equilibrada na maior parte dos casos, outro tanto se não verifica no commando, onde o principal quinhão de responsabilidade (quando não é toda) toca de certo

¹ Código Wisig., liv. 7.º, tit. 2.º, lei 7.ª. «Non solum ille, qui furtum fecerit, sed etiam quicumque conscius fuerit, vel furtum ablata sciens suscepit, in numero furantium habeatur & simili vindictae subiaceat.» E tambem as leis 8.ª e 9.ª

Código Wisig., liv. 9.º, tit. 2.º, lei 2.ª. «... Ita tamen ut unusquisque eorum in conventu publico quinquaginta flagella suscipiat.» Vide liv. 8.º, tit. 1.º, lei 3.ª

ao auctor intellectual¹, no conselho e nas outras hypotheses, em que o mesmo auctor tiver obrado debaixo de alguma forte pressão, que não actuou sobre o auctor material, nas quaes, pela maldade superior, maior responsabilidade a este toca por sem duvida.

Deste modo pode dizer-se que a penalidade dos auctores entre si occupa os dois extremos. o inferior e o superior de uma escala, equilibrando-se, quando se encontram, diminuindo uns e augmentando noutros, ao passo que cada um delles se affasta do ponto primitivo.

Cada uma das especies de auctoría moral ou intellectual pode tambem em relação a si propria ser mais ou menos grave; pois que a provocação de longa data é de certo mais immoral do que a que se faz num momento de despeito e colera.

De resto os limites do *maximum* e do *minimum* das penas darão logar a distinguir entre os auctores de primeiro e segundo grau.

Quanto á responsabilidade dos auctores intellectuaes nos meios empregados e crimes accessorios, commettidos pelo auctor material, é este um ponto que tem sido discutido com applicação restricta ao mandato, mas cumpre decidir, estendendo-o a todas as especies de auctoría intellectual, quando possam ter nestas cabimento.

Se, empregando o auctor material meios diversos daquelles que lhe foram indicados, o delicto permaneceu o mesmo, tal como o homicidio com arma branca e não com arma de fogo, a responsabilidade affecta o auctor intellectual; se porem o delicto se converteu noutro, o *excesso* nos meios e no delicto não o pode alcançar; como se se tiver querido um furto, e se perpetrasse um roubo, porque

¹ Código Wisig., liv. 6.º, tit. 5.º, lei. 12.ª. «... Et quoniam consilio quisque, vel jussu homicidium faciendum insistens, noxior judicandus est, quam ille qui homicidium opere perpetravit....»

só responde por aquelle, salva a aggravação, por ter dado occasião ao delicto mais grave com a propria provocação ao menor delicto.

Quanto aos crimes accessorios, se elles eram facéis de prever, como resultados possíveis e prováveis do crime provocado, por exemplo, a morte, por effeito de um grave ferimento que somente se teve em vista, deve em boa razão ser por elles punido o auctor intellectual.

Se porem o crime accrescido estava fóra da previsão humana, v. g., a violação que acompanhou o rapto da virgem, não cabe ao auctor intellectual responsabilidade directa no segundo crime ¹, mas deve ser-lhes circumstancia aggravante da pena do crime provocado ².

Havendo diversidade de meios e delicto accessorio ao mesmo tempo, cada hypothese deve ser julgada separadamente com applicação dos mesmos principios.

Se porem, nem nos meios, nem nos crimes nada ha de commum com a provocação, esta desaparece para dar' lugar á cumplicidade, se a victima é sempre a mesma.

Quanto aos cúmplices, está dicto o bastante para se conhecer quão difficil é prever a penalidade; deve esta não obstante conformar-se com a *importancia* e *numero* dos actos que constituem a cumplicidade; ser especialmente attendida pela lei, emquanto aos crimes e actos mais graves, e deixada á recta apreciação dos tribunaes, pelos que são de somenos importancia.

E pode até succeder que a culpabilidade dos cúmplices seja tão pouca, que sem inconveniente possa a justiça social deixar de punil-os.

§ 17.º

Penalidade dos cúmplices não sendo executado o delicto; e, sendo-o, sem accettazione e com revogação da proposta, e dada tentativa ou crime frustado

Pode bem succeder que, resolvido o crime pelo auctor intellectual, fornecidos os meios pelo cúmplice e abraçada a resolução daquelle pelo auctor material, este, arrependido ou por algum modo contrariado, o não dê á execução.

Haverá lugar á imposição de penas?

Não dê certo; porque estas não dependem do facto da associação, mas do crime subsequente.

¹ Lei 33.ª, pr.ª, D., de furtis (47—2). «Qui in injuria causa januam effregit, quamvis inde per alios res amotae sint, non tenetur furti; nam maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguunt.»

² Ord., liv. 8.º, tit. 35.º, § 7.º

Nem se diga que o auctor intellectual e o cúmplice dêram já toda a cooperação possível, pois que a *proposta* feita ao auctor material é o *mandato* em que se converte, quando accete por este, e o proprio auxilio, são sempre *actos preparatorios*, ou talvez de *resolução* apenas, que só revestem o *valor moral* e *legal* da imputabilidade, quando o crime consummado deixa ver a filiação ou a ligação em que com elles está.

Elevar a delictos *sui generis* a cooperação do auctor intellectual é possível, mas parócnos luxo de criminalidade, somente justificado em crimes gravissimos.

Está visto que nesse proprio caso, accete a proposição, o mandatario deveria ser tambem punido.

Se o auctor material rejeita a proposta do auctor intellectual, e posteriormente a dá á execução sem ter prevenido este da sua accettazione, como pode succeder, ainda mesmo dolosamente, para que só elle aufera os lucros do crime, não chegou a constituir-se o mandato, e fica entendido que aquelle obrou por sua propria conta, salva a pena de cumplicidade para este, como causa occasional do delicto perpetrado.

Se porem o auctor intellectual e o cúmplice, arrependidos, retiraram um a provocação e o outro o auxilio, em tempo conveniente, e o auctor material ainda assim dá o crime á execução, a responsabilidade é só deste, porque os vinculos da cumplicidade com os demais estão rotos; excepto se a lei julgar que deve punir a *occasião* dada ao delicto, se se provar que sem a provocação o criminoso não teria delle cogitado.

Se porem aquelles somente retiraram a sua participação fóra de tempo, por forma que o auctor material, não tendo podido ser prevenido, executou o delicto, a responsabilidade recai sobre todos, porque não pode levar-se em conta um arrependimento, já porque, sendo tardio, não pôde obstar ao delicto, e já porque pode ser hyprocrita, e somente no intuito de escarnecer da lei.

Todavia, se o auctor intellectual e o cúmplice podem provar o seu arrependimento, e que somente causas invencíveis produziram, que não podessem retirar a tempo a sua cooperação, a pena deve ser minorada, porque a occurrencia é bastante attenuante.

Quanto á tentativa, sempre que é punivel, e quanto ao delicto frustado, não admittê duvida que o auctor intellectual e o cúmplice seguem a sorte do material, na pena legal e no beneficio da lei.

O cúmplice que faz com que falhe a tentativa do auctor material deve ser irresponsavel, comquanto este ultimo o não seja, visto que por facto estranho foi obrigado a suspender a execução do delicto.

§ 18.º

Pena no caso de multiplicidade de delinquentes

Se ha delictos que somente um individuo pode perpetrar, ou alguns poucos individuos, outros podem dar-se que de necessidade exigem dezenas, centenas, milhares de cúmplices; são os que miram a alterar a ordem e tranquillidade publica, ou as leis fundamentais do paiz, a sedição, a rebelião, isto é, os crimes quasi politicos e os politicos.

Se a justiça absoluta quer que a punição comprehenda todos os delinquentes, a justiça social ou a prudencia politica dicta brandura.

E se nos tempos que já vão ha muito, conhecidos pela crueldade dos castigos, se não fez total alarde das penas, porque sabemos que a cada passo, por exemplo, quintavam ou dizimavam os soldados de um regimento sublevado¹, procedimento diverso não pode ter a nossa idade, domada já de longa data pela suavidade da civilização moderna.

Assim nem se punem todos os delinquentes, nem já se usa applicar áquelles que se castigam uma inutil severidade.

¹ Esteve a decimação em grande uso na antiguidade, isto é, castigar um por cada dez, tirado á sorte do meio das legiões; e lhe chamavam os romanos — *legiones declinare*, e ás legiões — *decimatae*.

Cicero *pro Cluentio* assim se expressa. «Statue-runt ita majores nostri. ut si a multis esset flagitium rei militaris admissum, sortitione in quosdam animadverteretur; ut metus videlicet ad omnes, poena ad paucos perveniret.» E mais abaixo chama a este processo «Sortiri ad poenam»

Tito Livio, liv. 2.º, diz tambem: «Caetera multatudo, sorte decimus quisquam ad supplicium lecti.»

E pozeram por obra semelhante castigo Appio Claudio, segundo Dionysio de Halicarnasso, Crasso, segundo Plutarcho, Julio Cesar não uma só vez, segundo Appiano, e ainda mais alguns, segundo outros.

Mas a decimação não se exerceu somente sobre a *propria* milicia mas ainda sobre as hostes inimigas.

Sylla, entrando vencedor em Athenas, decimou para o ultimo supplicio quantos reconheceu como adversarios, segundo attesta Pausanias, liv. 1.º

Camhyes, rei dos Persas, na expedição contra os Ethiopes, decimou as suas cohortes, não já em castigo, mas para subtrahir-se á dura fome que as perseguia.

Suppõe-se tambem que o psalmo 67.º, v 14.º *Si dormitis inter medios clericos, ou inter medias sortes*, se refere a semelhante especie de castigo. P. Francis de Mendoga, soc. Jesu, *Veridarium utriusque crudelitatis*, liv. 8.º, cap. 1.º

Justifica ambos estes arbitrios já a repugnancia da natureza humana pelas punições em massa, que recordam as proscricções de Sylla e as da revolução franceza, e já a consideração da natureza peculiar de taes delictos, oriundos não da perversidade, mas das virtudes civicas talvez, que aspiram a um melhor futuro nas instituições dos povos, ás vezes precoce, outras amadurecido, mas contrariado pela acção de máus governos.

Deriva-se d'ahi a razão das amnistias ou perdões publicos.

(Continúa).

DIREITO CRIMINAL

THEORIA DA CUMPLICIDADE

(Continuado do n.º 417, paginas 4)

§ 19.º

Penalidades, dadas circumstancias attenuantes, e aggravantes

Aproveitam as circumstancias attenuantes, e prejudicam as aggravantes, a todos os comdelinquentes, auctores e cumplices, para que ou se lhes minore ou se lhes eleve a pena?

Compre distinguir entre circumstancias *modaes*, *materiaes* ou *intrinsecas* e circumstancias *pessoaes* ou *extrinsecas* ao delicto.

As primeiras podem:

1.º alterar a natureza do delicto, isto é, transformal-o em delicto de natureza diversa daquella, cuja seria se não fôra o influxo dellas; exemplo: no furto, que se traduz em roubo se algum dos ladrões perpetra violencia ou arrombamento;

2.º operar que, não obstante permanecer intacta a natureza do delicto, este seja, não já um delicto simples, mas um delicto aggravado ou attenuado em si mesmo; exemplo: as circumstancias de premeditação, traição ou aleivosia, armas, provocação e outras.

As segundas podem:

3.º fazer que o delicto na sua apreciação moral e legal se desdobre em dois para os diversos agentes, porque, quanto a alguns delles, ellas proprias se convertem em elementos do delicto; exemplo: a qualidade de descendente, no crime de homicídio, que o faz con-

verter em parricidio para os descendentes, conservada todavia a natureza propria quanto aos que o não são: a qualidade de funcionario publico, no crime de falsidade, a coberto das proprias funcções, e no de concussão; os quaes perdem uma parte da sua gravidade, quanto aos cooperadores despidos de funcções publicas;

4.º determinar a maior ou menor culpabilidade de alguns agentes, comquanto o delicto permaneça intacto para todos elles; quer as mesmas circumstancias sejam coevas com o delicto, exemplo: a menoridade de uns; a reincidencia noutros; quer derivadas de factos posteriores ao delicto, exemplo: o arrombamento da casa da victima, perpetrado somente por alguns, depois do homicídio, as declarações feitas á justiça por outros somente.

Na primeira hypothese, as circumstancias, convertendo-se em elementos do delicto, não podem ser objecto de questão, porque é assás manifesto que do *actus delinquendi* se ha de derivar a responsabilidade de todos os cumplices.

Na segunda hypothese, tem de affirmar-se a mesma solução, porque, ainda que as circumstancias se não transformem em elementos do delicto, incorporam-se todavia nelle para lhe elevar ou diminuir a importancia real, e é o delicto o ponto de partida de onde ha de decorrer a responsabilidade dos comdelinquentes. Alem d'isso qualquer é mais ou menos criminoso, segundo for mais ou menos grave o facto a que se associa.

É de notar que muitas vezes o cumplice do crime pôde estar na ignorancia das cir-

cumstancias que o aggravam; mas nada deve isso influir para que não soffra as consequências dellas, ainda que um pouco mais brandamente, visto que não pôde negar-se que semelhante ignorância deve exercer tal ou qual influencia na apreciação do elemento moral.

Na terceira hypothese ha a considerar os dois crimes diversos para cada um dos agentes, de modo que, se, por exemplo, um é parricida, não passa o outro de simples homicida.

Não val o allegar que este se associou a um crime mais grave, em relação a algum dos com-delinquentes, porquanto, além de que pode ignorar a circumstancia que assim o determina, acresce que seria absurdo punir mais gravemente um cúmplice, pela razão da maior gravidade que affecta outro cúmplice, do que seria punido se elle proprio somente perpetrara o delicto ¹.

Na quarta hypothese é facil o decidir que as circumstancias, sendo pessoas, não podem aproveitar e prejudicar senão aquelles a quem tocam, porquanto seria iniquo fazer responsavel por qualquer facto aquelle que o não praticou, e absurdo usar de brandura para com quem a não merece.

Proceder de outro modo seria ainda annullar os justos intuitos do legislador, ao abrir a porta á demonstração da verdade dos factos e á proporcionalidade das penas, e por isso levando em conta as declarações dos cúmplices, as allegações de coacção, e outras desculpas, que só procedem nuns cúmplices, porque dão a medida da criminalidade de outros.

Está visto que, adoptado o nosso alvitre em relação ás circumstancias pessoas ou extrinsecas, estamos dispensados de examinar se o influxo dellas somente reage dos auctores sobre os cúmplices, ou sobre tambem destes até aquelles.

§ 20.º

Penalidade dos adherentes

Qu consideremos os delictos de adherencia

¹ Não obstante Mr. Trebutien, *Cours elem. de droit crim.*, Mr. Ortolan, *Elem. de droit penal*, n.º 1286, Rauter, *Droit criminel*, n.º 119, e outros seguem opinião diversa, e podem auctorisa-la com o proprio direito romano, na

Lei 6.ª, D.; de *Lege Pompeia de parricidiis* (48—9): «Utrum qui occiderunt parentes, an etiam consensu poena parricidii adficiantur, quaeri potest? «Et ait Maecianus, etiam consensu eadem poena adficiendos, non solum parricidas; proinde consensu etiam extranei eadem poena adficiendi sunt.»

como accessorios dos que os antecederam. ou como delictos especiaes, é fóra de duvida que nunca podem julgar-se da mesma gravidade que elles; e por isso a pena deve ser tão modificada, quanta é a distancia que os separa, tendo não obstante em vista o vinculo da connexão.

E se ao legislador é dado aggravar um pouco mais a pena, quando os mesmos delicto são notaveis pela frequencia e habito, e além disso tambem determinados pela cubica de lucros ¹, excepcionalmente deve, ou mollificá-la ou remittí-la totalmente, quando: 1.º o delicto anterior é ignorado pelo adherente; 2.º quando quasi não haja connexão, ou com os delictos passados, ou com os possiveis de futuro; 3.º quando o adherente obra desinteressadamente; 4.º quando este é proximo parente dos agentes do crime antecedente; isto é, quando nos adherentes preponderam os sentimentos da generosidade, da compaixão, e muito mais ainda os vinculos do sangue.

Quem se não revoltaria contra o pai e filho, os conjuges e irmãos, que um ao outro se não prestassem gazalhado? E as leis interessam em não quebrar estes sagrados deveres moraes, mais fortes que as suas proprias sanções!

§ 21.º

Reparação

Não procede acerca da reparação a regra da graduação da pena, porque aquella, ainda que o mal material proceda de todos, cada um a deve *in solidum* ao paciente do delicto; ficando porem salvo ao delinquente que satisfizes o direito de haver de cada um dos outros a quota parte respectiva ².

Com effeito, sem a solidariiedade referida não somente se daria logar a que o delinquente criminoso associasse a si gente miseravel, para fazer irreparavel o dano causado, mas dar-se-ia o repugnanté espectáculo de contemplarmos na indigencia a victima, a lado do criminoso quicá opulento.

E o favor da reparação é de tal ordem que deve esta preferir á quaesquer penas pe-

¹ Lei 1.ª, D., de *receptatoribus* (47—16): «Peccatum genus est receptatorum, sine quibus nemo clatere diu potest. Et praecipitur, ut perinde puniantur atque latrones. In pari causa habendi sunt, quia cum apprehendere latrones possent, pecunia accepta, vel subreptorum parte, demiserant.»

Lei 9.ª, Cod., ad *Leg. Jul. de vi* (9—12): «Crimen non dissimile est rapere, et ei qui rapuit, raptam rem, scientem delictum, servare.»

² Código penal, artigo 106.º

cuniaras, e mesmo ás custas judicias; devendo por isso, para tal effeito, julgar-se legalmente hypothecados os bens dos delinquentes desde a perpetração do crime.

§ 22.º

Effeitos judicias da cumplicidade

A cumplicidade importa que um só tribunal julgue todos os com-delinquentes, prorogada assim a jurisdicção ou a competencia, ou seja um ou mais do que um os factos arguidos, já porque não é curial que de um mesmo facto conheçam tribunaes diversos, já pela luz que uns aos outros prestarão os factos.

E desde que o facto ou factos estão provados pelo auto do exame e corpo de delicto, a ignorancia, a fuga ou a morte de alguns cúmplices não impede a accusação dos restantes.

O despacho que indiciá o réo deve declarar expressamente, se o é na qualidade de auctor, se na de cúmplice, porque do contrario *prejudicaria os meios de defesa* ¹

O mesmo despacho de pronuncia deve declarar sempre os factos constitutivos da auctorria ou da cumplicidade, pois do contrario nem daria logar á boa deducção dos artigos do libello accusatorio e da contrariedade do réo, nem á prova respectiva ².

Estando uns reos presos e outros não, e aggravando os presos do despacho de pronuncia para os tribunaes superiores, não se enviam os autos originaes, mas o traslado da culpa tocante ³.

É mister propor ao jury os diversos factos constitutivos da cumplicidade, cada um de per si, isto é, devem ser expressa e singularmente apresentados aos jurados por meio de quesitos, já porque sobre estes lhes cumpre a elles decidir, para que o juiz applique depois a lei ⁴, e já para que da sua confrontação possa concluir-se pela sua procedencia, pois que nem todos elles em si mesmo envolvem criminalidade legal, ou immoralidade.

Dada a accusação por auctorria, somente sobre esta se podem fazer quesitos, e não sobre a cumplicidade.

¹ Código do Brasil, artigo 30.º

² Accordão do Supr. Trib. de Just. de 17 de outubro de 1874 (D. do G., n.º 266).

³ Gazeta da associação dos advogados de Lisboa, n.º 23, de 1874, páginas 360

⁴ Accordão do Supr. Trib. de Just. de 13 de dezembro de 1872 (D. do G., n.º 291).

⁵ Accordão do Supr. Trib. de Just. de 24 de fevereiro de 1871 (D. do G., n.º 67).

Mas se da discussão resultar a existencia da cumplicidade, e sobre ella houver controversa, podem ter logar os quesitos respectivos.

O quesito sobre cumplicidade deve declarar sempre se houve *sciencia* no acto que a constitue.

A resposta do jury ao quesito de cumplicidade deve declarar tambem qual é o facto que a constitue ¹.

Dada resposta negativa pelo jury a algum ou a alguns factos, e affirmativa a outros, se forem contradictorias as respostas, ainda que se não tenha interposto o recurso de revista, mas somente o de appellação, sendo annulladas as respostas affirmativas, tambem o devem ser as negativas, porque do contrario entender-se-ia que o jury fica obrigado a responder a todas negativamente ².

Nem a absolvição de um cúmplice, por falta de prova, ou outro motivo pessoal, pôde importar á absolvição dos demais.

E nem mesmo faz permittir a nova accusação contra o absolvido, por differente motivo de cumplicidade; por exemplo: alliviado da primeira accusação como auctor material, pôde ser compellido ao tribunal segunda vez, se se descobrir que foi auctor intellectual ou auxiliar ³.

Mas se o facto ou factos, comquanto provados, não são julgados criminosos, está visto que a absolvição de um com-delincente aproveita a todos os mais, pois que é *commun* o motivo

Cessa porem a perseguição e punição dos cúmplices desde que o crime dos auctores é amnistiado, excepto se o acto da cumplicidade importar em si mesmo um crime á parte, ou a amnistia expressamente o excluir.

Absolvido porem um *cúmplice*, sem se interpor contra a absolvição o recurso de revista, mas só e geralmente contra a sentença de 1.ª instancia o recurso da *appellação*, da *annullação* do processo por effeito desta não resulta que possa envolver-se na nova accusação o réo *absolvido* e solto ⁴.

¹ Accordão do Supr. Trib. de Just. de 17 de outubro de 1874 (D. do G., n.º 266).

² Contra, o accordão de 24 de fevereiro de 1874 (D. do G., n.º 67). Veja-se a Nov. Ref. Jud., artigos 1151.º e seguintes.

³ A antiga jurisprudencia admittia já que podesse repetir-se segunda accusação, por via de *qualidade* nova, que agrava o delicto, e augmenta a pena, com tanto que a sentença não estivesse já em via de execução (Gomes, *Varias resoluções. De delictis*, cap. 1.º, n.º 27.º)

⁴ Accordão do Supr. Trib. de Just. de 22 de novembro de 1872 (D. do G., n.º 289).

O beneficio da immuniidade criminal, concedido pela lei ao auctor ou a alguns dos cumplices, fundado em motivos especiaes, não pode aproveitar aos outros cumplices. Pelo que ainda que a lei não persiga o suicida, devem ser punidos os cumplices; e postoque não castigue o conjuge e filios pelos furtos feitos ao outro conjuge ou aos pais, com justiça não poupa os estranhos, participantes no delicto ¹.

Mas comprehenderá o beneficio todos os cumplices, quando o fim delle sem isso não pode conseguir-se, como no caso de adultério, porque perdoada a mulher, perdoados estão virtualmente os cumplices della.

Cumpre que os tribunaes não deixem surprehender a sua boa fé com falsas declarações de cumplicidade, pois que ha scelerados que, na esperanza de melhorar a sua posição ou alliviar a sua culpabilidade, não hesitam em procurar companheiros de infortunio com o auxilio da calumnia ².

É fóra de duvida que os tribunaes de um dado paiz não podem conhecer da cumplicidade verificada nelles sobre crimes perpetrados no estrangeiro, nem da cumplicidade verificada no estrangeiro sobre crimes perpetrados nesse paiz, excepto se o cumplice for seu nacional. Cumpre porem que o direito internacional procure prover de remedio.

(*Continúa*).

DIREITO CRIMINAL

THEORIA DA CUMPLICIDADE

(Continuado do n.º 418, paginas 20)

§ 23.º

Historia geral

As antigas legislações apresentam sobre o castigo da cumplicidade trez grãos de progresso: umas, como a de Athenas, applicam a mesma pena aos auctores principaes e aos cumplices; outras, como a de Moyses, diminuem a pena para todos elles, porque intendem que, embora a culpabilidade seja differente, os mais culpados devem aproveitar-se do beneficio dos de menor culpa; outras em fim, como a de Roma, distinguem entre os auctores e os cumplices; e estas são as que procederam com maior sabedoria¹.

Contemplou com effeito a legislação romana a cumplicidade sob muitas das diversas formas por que ella pode manifestar-se, como se pode vêr de bastantes fragmentos do Digesto e do Código².

¹ Tissot, liv 1.º, cap. 9.º

² Lei 1.ª, D., *ad leg Jul maj.* (48—4) «Por-
«*aximum saci ilegio crimen est, quod majestatis di-*
«*citur. § 1.º Majestatis autem crimen illud est, quod*
«*adversus populum romanum, vel adversus securi-*
«*tatem ejus committitur quo tenetur is cujus opera*
«*dolo malo consilium intum erit, quo obsides in-*
«*jussu principis intercederent; quo armati homines*
«*cum telis, lapidibusve in Urbe sint, convenientve*
«*adversus rempublicam, locave occupentur, vel*
«*templa; quove coetus conventusve fiat, hominesve*
«*ad seditionem convocentur; cujusve opera, consti-*

E foi fundada, tanto nestes, que se reportam ao verdadeiro direito penal. como em outros, que, referindo-se ás acções e penas privadas, ella faz servir aos seus intuitos, que a jurisprudencia da velha Europa assentou a doutrina da cumplicidade, classificando-a desta forma: cumplicidade pelo commando (*jussu*), pelo mandato (*mandato*), pelo concerto (*conscientia*), pelo conselho (*suadendo*), pela ajuda e auxilio (*ope et consilio*); e até a de factos posteriores, pela ratificação (*ratihabitione*), e pela receptação (*de receptatoribus*), que comprehende a receptação propriamente dicta e a occultação.

«lio, dolo malo consilium intum erit, quo quis ma-
«*gistratus populi romani, quive imperium potesta-*
«*temve habet, occidatur, quove quis contra rem-*
«*publicam arma ferat, quique hostibus populi romani*
«*nuncjum, literasve miserit, signum dederit, fece-*
«*riive dolo malo quo hostes populi romani consilio*
«*ejubentur adversus rempublicam; quive milites sol-*
«*licitaveritve, concitaverit, quo seditio, tumultusve*
«*adversus rempublicam fiat »*

Lei 10.ª, D., *cod.*. «Majestatis crimine accusari
«*potest, cujus ope, consilio, dolo malo, provmota, vel*
«*cevitatis hostibus prodita est.»*

Lei 8.ª, D., *ad leg Jul. de adult.* (48—5) «Qui
«*domum suam, ut stuprum, adulteriumve cum aliena*
«*matrefamilias, vel cum masculino feret. sciens prae-*
«*buerit, vel quaestum ex adulterio uxoris suae fe-*
«*cerit cujuscumque sit conditionis, quasi adulter*
«*punitur.»*

Lei 12.ª, D., *cod.*. «Haec verba legis, *ne quis*
«*posthac stuprum, ad Verum facito sciens dolo malo,*
«*et ad eum, qui suscit, et ad eum, qui stuprum, vel*
«*adulterium intulit, pertinent.»*

Lei 3.ª, D., *ad legem Corneliam de sicarnis*
(48—8) «Ejusdem legis Corneliae de sicarnis et
«*venenicis capite quato, qui venenum necandi ho-*
«*minis causa fecerit, vel vendiderit, vel habuerit,*
«*plectitur. § 1.º Eiusdem Legis poena adficitur, qui*

De resto, pelo que toca á penalidade, comquanto os antigos criminalistas admittissem distincção entre os participantes do delicto, e a propria arbitrariedade das penas facultasse entre elles a gradação, todavia os textos legais eram de um rigor extremo, sempre que se occupavam de crimes atrozes, e mormente

«in publicum mala medicamenta vendiderit, vel hominibus necandi causa habuerit »

Lei 15.ª, D., eod. «Nihil interest occidat quis, an causam mortis praebeat. § 1.º. Mandator caedis pro homicida habetur.»

Lei 6.ª, D., de lege Pompeia de parricidiis (48—9). «Utrum qui occiderunt parentes, an etiam consocii, poena parricidii adficiantur, quaeri potest? «Et ait Maecianus, etiam consocios eadem poena adficiendos, non solum parricidas; promde consocii etiam extranei eadem poena adficiendi sunt »

Lei 7.ª, D., eod. «Si sciente creditore, ad scelus committendum pecunia sit subministrata (utputa si ad veneni mali comparationem, vel etiam ut latronibus, adgressoribus que daretur qui patrem interficerent) parricidii poena tenebitur qui quaeserit pecuniam, quique eorum ita crediderint, aut a quo ita caverunt.»

Lei 16.ª, D., de poenis (48—19): «Aut facta puniuntur, ut furta, caedesque, aut dicta, ut convicta, et infidae advocaciones; aut scripta, ut falsa et famosi libelli: aut consilia, ut conjurationes et latronum conscientia quosque alios suadendo juvuisse, scelens est instar »

Lei 7.ª, Cod., de paganis, et sacrificiis, et templis (1—11). «.... Consocii autem criminis, ac ministri sacrificiorum eandem poenam, quae in illum fuerit irrogata, sustineant ut hac legis nostrae severitate perterriti, metu poenae desinant sacrificia interdita celebrare »

Lei 5.ª, Cod., de accusationibus (9—2): «Non ideo minus crimine, sine atrociam injurarum iudicio tenetur, is, qui in justam accusationem incidit, quia dicit alium se huiusmodi facti mandatorem habuisse. Namque hoc casu, praeter principalem reum, mandatorem quoque ex sua persona conveniri posse ignotum non est.»

Lei 1.ª, D., de receptoribus (47—16): «Pessimum genus est receptorum, sine quibus nemo latere diu potest. Et praecipitur, ut perinde puniantur atque latrones. In pari causa habendi sunt, quia cum apprehendere latrones possent, pecunia accepta, vel subreptorum parte, demiserunt »

Lei 1.ª, Cod., de his qui latrones vel alios criminibus reos occultaverunt (9—39). «Eos qui secum alieni criminis reos occultando cum carne sociaverunt par ipsos, et reos poena expectet; et latrones quisquis sciens susceperit, et eos offerre iudicibus supersederit, supplicio corporali, aut dispendio facultatum, pro qualitate personae et iudicis aestimatione plectetur.»

Lei 2.ª, Cod., eod. «Si qui latrones, seu alios criminibus obnoxii in possessione degunt seu latitant dominus possessionis si praesto est, aut procuratores si dominus abest, seu primates possessionis alio reos offerant aut si scientes hoc sponte non fecerint, conveniantur a civili officio, ut tradant provinciali iudicio eos qui requiruntur sub examine iudicis arguendos, et poenas post documenta congruas subituros &c.»

dos de lesa majestade, não só no ponto da penalidade, mas egualmente no da incriminação dos factos julgados constitutivos da cumplicidade.

As leis dos godos adoptaram tambem o principio da punição igual para agentes principaes e secundarios, mas nem sempre o guardaram, porque muitas vezes consignaram penas deseguaes para os diversos cumplices.

§ 24.º

Jurisprudencia e direito portuguez

É quasi certo que em Portugal prevaleceram os dictames da jurisprudencia europea, applicando-se as penas com a devida gradação de culpabilidade; todavia nos dois crimes de resistencia e de fuga de presos sustentava Ferreira a egualdade das penas para cumplices de diversa participação ¹.

Quanto ao crime de lesa majestade, a cumplicidade por ajuda, conselho, favor, confederação, azo e consentimento soffria as penas ordinarias do delicto ².

E pelo que toca á cumplicidade por causa de receptação, ainda acobertada com o titulo de compra, era a pena a mesma, como se o delinquente houvesse furtado ³.

Hoje o Codigo penal, de accordo com os demais da Europa, não somente contempla a cumplicidade entre as suas disposições geraes, mas expressamente a previne nas multiplices formas della, com respeito a diferentes crimes singulares.

Seria longa, e porventura fastidiosa, a tarefa de reproduzir neste logar as suas innumerables disposições sobre o assumpto.

¹ *Practica Criminal*, tomo 1.º, tratado 2.º, capitulo 5.º. «e dizemos que todo aquelle ou aquelles, que a qualquer criminoso lhe dêr algum conselho ou ajuda para fazerem a tal resistencia, incorrem nas mesmas penas, como se propriamente fossem os mesmos criminosos, que resistissem.... «E se confirma isto, porque os que obrigam, socorrem e aconselham aos presos encarcerados para fugirem da cadeia, ficam obrigados ás mesmas penas, que os taes presos mereciam....»

O melhor é que, se ás taes penas merecidas fossem as do crime principal, ainda o caso podia ser mais grave.

² Ord., liv. 5.º, tit. 6.º, §§ 1.º, 4.º, 5.º, 6.º e 23.º

³ Ord., liv. 5.º, tit. 60.º, § 5.º

DIREITO CRIMINAL

THEORIA DA ACCUMULAÇÃO OU PLURALIDADE DE DELICTOS

§ 1.º

Definição de accumulção e suas denomnações

Accumulção de delictos é a *coexistencia de dois ou mais delictos, perpetrados por um mesmo agente, nenhum dos quaes foi ainda punido*. Dá-se-lhe tambem o nome de *concurso de delictos (concursum delictorum)*, e o de *reiteração*, aquelle derivado de um fragmento de Ulpiano¹, este adoptado technicamente pelos Codigos italianos; e ambos appropriadamente, ainda que ao primeiro se attribua a idèa de lucta e rivalidade, e por consequencia de exclusão, que aqui se não dá, com relação á pena; e, quanto ao segundo, possa dizer-se que é mais adaptado, para designar a repetição dos *mesmos* ou *identicos* delictos.

§ 2.º

Suas especies

Divide-se a accumulção em:

1.ª *Ideal* ou *moral*, quando o facto do de-

¹ Lei 2.ª, pr., D., *de privatis delictis* (47—1).
« Numquam plura delicta concurrentia faciunt, ut
« culius impunitas detur: neque enim delictum ob
« aliud delictum minor poenam § 1.º Qui igitur
« hominem subripuit, et occidit: quia subripuit,
« furti, quia occidit, Aquila tenetur, neque altera
« harum actionum alteram consumit »

Foi sobre este fragmento que Godofredo architectou o aphorismo. *Singulis delictis singulae poenae imponuntur, sic ut altera alteram non consumat.*

licto, apesar de ser um facto *unico*, importa consigo a violação de muitos deveres, ou, o que é o mesmo, a transgressão de muitas leis, com relação ao mesmo paciente; exemplo: o parricidio; o ferimento do pai commandante pelo filho soldado; a violencia á mulher casada, que se resolve em estupro e adulterio; á cognada, que se resolve em estupro e incesto; o raptio de mulher casada¹.

Nesta especie de accumulção um dos crimes comprehende necessariamente o outro; pelo que ha crime absorvente e absorvido; este pode dar-se simplesmente, isto é, deixar de ser absorvido, é certo, mas deixa tambem nesse caso de haver accumulção: assim o parricidio comprehende o homicidio, mas o homicidio só excepcionalmente degenera em parricidio. Porem, se em logar de dois houver trez crimes, somente um é absorvido pelos dois, ficando estes ambos absorventes entre si parallellos; exemplo: no estupro da cognada casada o incesto e o adulterio absorvem ambos o estupro, mas permanecem parallellos entre si.

2.ª Accumulção de *delicto de effeio dobrado*, que é aquelle que por um só acto causa lesão a duas e mais pessoas, exemplo: no *tro de espingarda*; no *golpe da espada* ou *pau*, que alcança dois ou mais individuos², na violação de sigillo commettida por

¹ Lei unica, Cod., *de raptu virginum* (9—13).
« . . . Quae multo magis contra eos obtinere sancimus, quia nuptas mulieres ausi sunt rapere, quia « dupli tenentur crimine, tam adulteri scilicet quam « rapinae: et oportet acerbius adulteri crimen ex « hac adjectione puniri »

² Que a injuria feita ao filho offenda egualmente o pai é pura ficção dos romanos, consignada na lei

funcionario publico no exercicio de suas funcções, ou por qualquer outro a quem no exercicio de funcções for confiado segredo, a qual ao mesmo tempo importa injuria ou diffamação de alguém¹.

3.ª Accumulação de *delicto composto*, qual é o que consta de dois ou mais *factos identicos* ou *quasi identicos* (se alguns são completos e outros incompletos), materialmente distinctos uns dos outros, comquanto perpetrados em acto continuo, cada um dos quaes é sufficiente para constituir por si delicto, sendo todavia todos elles ligados entre si pela *unidad*e de concepção, resolução e fim, a qual faz com que constituam um só delicto; exemplo: *duas contusões, dois ferimentos, uma contusão e um ferimento*.

4.ª *Successiva* ou *continua*, quando se dão delictos continuos ou successivos, quaes são os perpetrados no mesmo logar, e contra a mesma victima, somente separados pelo tempo; exemplo: o furto de alguns litros de trigo de certo celeiro, ámanhã novo furto, e assim successivamente.

5.ª Accumulação de *delicto complexo*, qual é o que pode decompor-se em dois ou mais factos distinctos, *não identicos*, subordinados ao mesmo pensamento, cada um dos quaes constitue delicto por si sómente, mas um só delles é geralmente incriminado pela lei, pois que domina pelo seu character todos os outros; exemplo: a *sedição*, e a *rebelhão*, a que andam inherentes: o *uso e porte de armas*; a *desobediencia*; a *resistencia*; as *violencias e injurias contra as auctoridades constitudas*; o *levantamento de dinheiros dos cofres publicos*.

6.ª Accumulação de *delicto absorvente*, o qual se dá sempre que a lei pune certo facto com certa pena, com outra e outra, cada vez mais grave, se acresce ao primeiro outro e outro facto; exemplo: no crime de correspondencia prohibida com paiz inimigo, o qual é delicto de somenos gravidade. Porem se a correspondencia centem informação prejudicial a nós ou aproveitavel ao inimigo, é já maior o delicto; e e gravissimo, se o fim della é ajudar o mesmo inimigo².

As vezes o facto primitivamente punido pode desaparecer; mas a lei presume-o sempre; exemplo: na *retenção* de falsos pesos e falsas medidas em lojas de commercio,

que é delicto simples; mas é já delicto maior o *uso* destes e daquellas¹.

Pode neste caso acontecer que o vendedor delinquente, não retendo pesos e medidas falsas, os vá procurar a qualquer parte no momento em que usa delles, a lei porem estatue sob a presumpção de que o mesmo vendedor usa delles, por isso que os tem á mão no seu estabelecimento de venda, e somente ahi os conserva para delles usar.

7.ª *Real, formal* ou *material* (que é a verdadeira accumulção), quando ha muitos factos, constituindo cada um delles separada e distinctamente um delicto. Esta pode subdividir-se em accumulção de *diversos* ou dos *mesmos* delictos, pelo *genero* ou pela *especie*.

Em conclusão. Na *primeira* e *segunda* especie da accumulção ha um só facto e muitas apreciações.

Na *terceira, quarta, quinta* e *sexta* muitos factos e uma só apreciação.

Na *setima* enfim muitos factos e muitas apreciações.

§ 3.º

Qual e a mais grave?

Se a accumulção dos *mesmos* delictos pela *especie* (furto e furto), se a dos *mesmos* pelo *genero* (furto, roubo e moeda falsa), se a de *diversos* (furto e ferimentos) é mais grave, parece-nos ponto assás delicado: mas, em regra, decidirmos que ha menos gravidade na primeira, e mais na ultima, porque a impunidade que assentou sobre um dado delicto concorre a determinar o delinquente antes á repetição do mesmo, do que á perpetração de diverso.

§ 4.º

Penas

Quanto á punição da accumulção ideal, nenhuma duvida pode offerecer-se: se o crime é materialmente *um* somente, *uma* deve ser a pena, mas, ja se vê, maior do que cada uma das que corresponderiam ás duas transgressões em separado, porque ha de recair sobre ambas ellas². A lei assim o deve ter

¹ Código penal, artigo 456.º, n.º 3.º e § 2.º

² Lei 5.ª, D., de *quaestionibus* (48—18). «Si quis viduam vel aliu nuptam cognatam, cum qua «nuptias contrahere non potest, corruperit, in masculam deportandus est; quia duplex crimen est et incestum, quia cognatam violavit contra fas; et «adulterium vel stuprum adjungit. denique hoc casu servi in persona domini torquentur.»

Vide a Lei citada em a nota (1) da pagina 49, columna 2.ª, do presente n.º

41.ª, D., de *injuriis et famosis libellis* (47—10), sem embargo de que a este deva a lei conceder a acção para desaggravar aquelle.

¹ Código penal, artigo 290.º, pr. §§ 1.º e 2.º

² Código penal, artigos 143.º e 145.º

prevenido, ou punindo com pena especial, ou aggravando a pena ordinaria correspondente á maior das infracções moraes, considerando a outra como circumstancia aggravante. Mas, se não tiver prevenido, resta somente o meio de applicar a pena da infracção moral caracterizada pela lei, ou da mais grave dellas, se ambas ou todas tiverem sido previstas sem respeito á accumulção, podendo em ambos os casos aggravar-se a pena ainda, se a lei dê margem a considerar a outra infracção como circumstancia aggravante.

Na accumulção de delicto de effeito dobrado ha a proceder como na accumulção real, salva a condigna modificação, se se provar que não era da intenção do criminoso o offender mais do que uma victima. Mas pode a lei excepcionalmente impôr duas penas, quando assim o exija o desaggravo das duas victimas ¹.

A pena da accumulção do delicto composto deve ser a ordinaria do mesmo delicto perpetrado simplesmente, isto é, sem o cortejo dos diversos actos identicos.

Mas, se entre estes uns são mais graves, ou pela propria natureza, ou pelos resultados que podem produzir, certo é que a pena ha de ser a correspondente a esses actos mais graves ².

Alem disso, independentemente da gravidade relativa, deve a pena ordinaria aggravar-se, sempre que a *multiplicação* dos actos identicos mostrar *maior perversidade* do criminoso ³; exemplo: no que descarrega golpes repetidos na victima inerte, na que não oppõe resistencia, ou na que se acha prostrada por terra; ou quando pelo seu *numero* desmedido e *duração* poder dar logar a algum resultado mais ou menos funesto, exemplo: nas pancadas, que repeudas podem produzir a maceração e atrophamento de algum membro ⁴.

¹ Código penal, artigo 290.º, pr., §§ 1.º e 2.º

² Código Wisig., liv. 6.º, tit. 4.º, lei 1.ª «Si ingenuus ingenuum quolibet ictu in capite percussit, pro livore det solidos V. pro cute rupta solidos X. pro plaga usq: ad ossum, solidos XX, pro osso fracto, solidos C.»

³ Código Wisig., liv. 6.º, tit. 4.º, lei 3.ª «... Ingenuus sane, si servum alienum fuste, aut flagello, vel quolibet ictu indignans percussit, ut sanguis & livor appareat, per singulas percussiones singulos solidos domino servi persolvat...»

⁴ Código Wisig., liv. 6.º, tit. 4.º, lei 3.ª «... Tamen si ingenuus servum alienum innocentem die ac nocte in custodia detinuerit, vel ab alio fecerit detineri, pro uno die tres solidos, & pro una nocte similiter tres solidos domino servi componat, & si per plures dies id servus ab ingenuo innocens pertulisse convincitur, eandem trium solidorum

Na successiva, ainda que os factos ou crimes sejam repetidos, todavia o vinculo moral que os concatena, fazendo os considerar como um só crime, exige que uma só pena se lhes applique ¹; salva a aggravção, quando a lei intenda que deve levar em conta o *numero* dos mesmos factos, ou a *duração do tempo*, pelo qual elles se prolongaram, visto que revelam a pertinacia do criminoso.

Na accumulção do delicto complexo ha a applicar somente a pena ordinaria do delicto predominante, visto que todos os demais não podem deixar de considerar-se actos preparatorios para chegar até elle.

Mas, se algum ou alguns delles forem dispensaveis para obter o crime predominante, certo é que hão de reputar-se circumstancias aggravantes do delicto principal, para determinar a aggravção da pena deste.

E se, alem de não serem necessarios para o commettimento do crime predominante, importarem por si mesmos crime mais grave do que elle, assumem o logar desse mesmo crime, porquanto o crime menos grave não pode obliterar o mais grave, sem que d'ahi resulte que o criminoso convolasse para o delicto composto, a fim de fazer escurecer a pena do crime simples. Demais deve então applicar se a pena respectiva, aggravada em razão dos demais crimes concomitantes, considerados para o effeito como circumstancias aggravantes.

Na accumulção de crime absorvente a pena deve ser calculada para cada um dos grãos da successiva criminalidade, tendo em vista a importancia dos actos que se vão agglomerando para a constituir.

Pelo que desde que a lei os prevê e pune successivamente ha a applicar a pena nella edictada para cada um delles, porque ha a presumpção fundada de que assim a media já, tendo em attenção os actos absorvidos pelo crime que é predominante.

Emquanto porem á punição da accumulção real, que é a que mais interessa, não é unanime o pensar dos criminalistas; porquanto uns, inclinados ao rigor demasiado da justiça absoluta, pretendem que o criminoso soffra tantas penas quantos os delictos; outros, excessivamente benevolos, contentam-se com que somente tenha a maior pena, isto é, a correspondente ao maior delicto; outros «summam, per singulos dies ac noctes isdem ingenuus servi domino coactus exsolvat.»

¹ Lei 9.ª, pr., D, de furtis (47—2). «Et, qui a furti actionem habet, assidua contractatione furtis non magis furti actio nasci potest. ne in id quidem, in quod crevisset postea res subrepta.»

emfim, occupando o logar medio, opinam que se lhe applique uma só pena sim, mas a maior, aggravada todavia na razão dos mais crimes ¹.

Só este ultimo alvitre nos parece justo.

Com effeito, quanto ao primeiro, e em relação á sociedade, como reconhecer nella o direito a applicar de um só jacto todas as penas de que se descuidou em tempo conveniente, com a vantagem talvez de que parte dellas tivesse tornado desnecessaria a outra parte? Depois nem a segurança publica, nem o exemplo podem exigir o mais, se ainda se não fez experiencia do menos, que talvez venha a ser sufficiente. Por fim, crimes esquecidos no momento pela auctoridade não devem ter produzido grande alarme, e quasi começaram a repousar á sombra da prescripção.

Em relação ao delinquente, seria impossivel demonstrar que a sua culpabilidade, correspondente á massa de todos os crimes, fosse igual á culpabilidade resultante destes, tomados singularmente; e alem disso fôra absurdo infligir-lhe uma serie de penas, que poderiam acaso dar de si o converter por delictos insignificantes a prisão em carcere perpetuo, e assim as mais.

Sobre o segundo parecer, basta ponderar que não satisfaz á justiça, punindo um só delicto, posto que seja o maior, visto que esquece todos os mais; nem tambem á segurança publica, porque importa, commettido um primeiro delicto, dar ao criminoso carta branca para se atrever a todos os mais de igual ou inferior gravidade, visto que sabe que têm de ficar impunes, sempre que não receie ou se não lembre de que os ultimos poderão despertar a justiça, adormecida sobre os primeiros.

Portanto só pode ter cabimento o segundo alvitre, quando haja impossibilidade de applicar duas penas, porque uma absorve ou é incompativel com a outra, ou de aggravar a applicada, como succede com a pena de morte e com as de prisão e desterro, impostas no seu maximo grau de tempo e rigor.

Só o terceiro alvitre evita os escolhos referidos, tendo equitativamente em conta a punição de todos os crimes perpetrados, e evi-

tando de futuro as reincidências, conquanto seja um pouco de difficil execução.

(*Continúa*).

¹ Todos estes trez alvitres têm sido adoptados nos diversos Codigos, e o mais é que alguns Codigos ha, que têm adoptado ora um ora outro dos mesmos alvitres, conforme a gravidade das infracções accumuladas. (*Vide Relatorio do senado italiano na Gazeta da associação dos advogados de Lisboa, n.º 22 do 2.º anno, paginas 351.*)

DIREITO CRIMINAL

THEORIA DA ACCUMULAÇÃO OU PLURALIDADE DE DELICTOS

(Continuado do n.º 420, paginas 52)

§ 5.º

Aggravação das penas

Talvez conviõesse definir que a pena, tendo minimo e maximo, nunca possa baixar do gráu medio; mas, sendo fixa, pode aggravar-se em si mesma, se é disso susceptivel, substituir-se, se o não é, pela de categoria immediata, ou addicionar-se com alguma supplementar.

Em todo o caso a aggravação deve marchar na proporção do numero dos delictos accumulados.

§ 6.º

Reparação

Sobre a reparação é incontrroverso que se deve tantas vezes, quantos os delictos que a provocam, porque as razões que a determinam permanecem as mesmas.

§ 7.º

Extensão do principio da accumulção

E porque a razão de decidir permanece sempre intacta, a accumulção comprehende todos os *crimes* e *delictos*; e por isso não lhe obsta:

1.º o serem de diversa ou da mesma natureza (pela *especie* ou *genero*);

2.º o serem praticados no mesmo ou em diferentes tempos (ainda que neste ultimo caso se intrometta algum outro já julgado), contanto que lhe não obste a prescripção¹;

3.º o serem praticados no mesmo ou em diversos logares, excepto se a jurisdicção do paiz os não comprehende a todos. Mas, se ha tractado que obrigue á extradicção, deve vigorar a regra geral, quer os delictos hajam de ser julgados successivamente pelos tribunaes dos diversos paizes, quer um delles tome conhecimento de todos os delictos pela pro rogacção de jurisdicção, como é mais expedito, e deve por isso estar de antemão providenciado nos pactos internacionaes².

4.º o haverem de ser julgados conjunctamente e pelo mesmo tribunal, o que é mais regular, ou submettidos a juizos diversos;

5.º o terem sido julgados separadamente, e applicada a cada qual sua pena, por se ignorar e o réo não confessar a anterior condemnação, poisque devem rever-se as senten-

¹ Os antigos doutores admitiam que a prescripção não obstava, porque, se o juiz não podia conhecer dos delictos prescriptos *principaliter*, conhecia contudo *incidenter* para o fim de aggravar a pena do não prescripto! Porem contradictoriamente sustentavam outros que o juiz, que conhecia do crime perpetrado na sua jurisdicção, não podia aggravar a pena em razão dos crimes commettidos em diversa jurisdicção (Gomes, *Varias Resoluciones, de delictis*, capitulo 5.º, n.º 8.º).

² O contrario dispõe o tratado para a extradicção de marinheiros desertores entre Portugal e a Suecia e Noruega de 17 de dezembro de 1863, artigo 1.º; e o outro entre os mesmos paizes para a extradicção de crimmosos, tambem de 17 de dezembro de 1863, artigo 4.º, approvedos pelas duas cartas regias de 11 de maio de 1865, e como estes outros mais.

ças e modificar-se pelo principio da accumulção;

6.º o serem-lhe applicaveis penas da mesma ou diversa natureza.

§ 8.º

Limitação

A accumulção porem não deve ter lugar.

1.º nas contravenções de policia, porquanto nem haveria punição sufficiente, se as penas se não accumulassem, porque, mormente em ponto de profissões commerciaes e industriaes, o contraventor poderia ainda assim lucrar soffrendo uma só pena, mesmo aggravada, e deste modo faria da contravenção *uma causa de especulação e beneficio*; e nem as penas que lhes correspondem por minimas podem, accumuladas, chegar, por via de regra, a somma desmesurada;

2.º nos crimes e nos delictos que a lei expressa ou tacitamente exceptua, por motivos especiaes, da regra da accumulção;

3.º nos crimes e delictos em que a lei manda igualmente accumular as penas, quando o novo crime é posterior *aos primeiros actos do processo*;

4.º nos crimes e delictos punidos com penas pecuniarias somente, ou com estas e outras diversas, porque, em relação áquellas, procede o principio da accumulção, uma vez que o patrimonio do delinquento possa solvel-as, e por isso não poderão substituir-se por prisão ou outra pena;

5.º nos crimes e delictos a cujas penas estão ligadas penas accessorias, *em razão dos crimes ou delictos*, porquanto, neste caso, ainda que se não soffra a pena principal de um delicto, soffre-se a accessoria junctamente com a pena principal do outro delicto.

Porem, se as penas accessorias são infligidas *em razão das penas principaes*, ou como consequencia dellas, vigora a regra da não accumulção, para que cesse a pena accessoria, quando a principal não é applicada.

§ 9.º

Consequencias forenses

Que os delictos accumulados devem ser processados conjunctamente e fóra de controversia¹; o que procede:

¹ A falta da junção dos processos, podendo influir na decisão da causa, é por isso nullidade insanavel, segundo o artigo 13.º n.º 14.º da lei de 18 de julho de 1855 (accordão do Supr. Trib. de Just. de 8 de maio de 1868 no *D. de L.*, n.º 119).

1.º ainda quando seja necessario prorogar a jurisdicção e competencia, para abranger os delictos commettidos em logar diverso, ou os pertencentes a fóro differente;

2.º ainda que os crimes tenham sido accusados em processos separados, em cujo caso é mister junctal-os todos ao processo do crime mais grave, e dada egual gravidade ao que primeiro foi instaurado;

3.º ainda que os crimes sejam uns de processo ordinario e outros de processo correccional¹.

Incetado o processo, e descoberto novo crime, deve tomar-se conhecimento de ambos, sobreestando-se por isso nos termos do processo, quanto ao primeiro, até que concluidas as diligencias, quanto ao segundo, possam ambos seguir a mesma marcha. E isto mesmo cumpre que se faça, ainda quando a lei manda applicar a pena mais grave somente, porque não é possivel, *sem discussão*, avaliar a natureza do novo crime; e convem até saber, se ha *cumplices*, ou *crimes connexos*.

Se já houver sentença condemnatoria, tenha ou não passado em julgado, deve, em regra, instaurar-se outro processo pelo novo crime, e á face de ambos applicar se uma pena commum a todos os delictos.

E esta pode ser a mesma que já estava decretada na primeira sentença, se o juiz ou o tribunal intende que ambos os crimes ou todos a não exigem maior, mormente attendendo á prisão soffrida pelo réo, ou se a do primeiro crime absorver a do segundo².

Mas, não tendo transmido em julgado a primeira condemnação, é mais curial julgar nullo o processo, para ser instaurado de novo pelos dois ou mais crimes, porquanto a discussão de ambos e todos melhor pode esclarecer a verdade³.

Finalmente, qualquer que seja o tribunal que primeiro tomou conhecimento de um facto criminoso, intende-se ser em ultimo caso só competente, para o conhecimento de todos os crimes descobertos e rescisão das sentenças proferidas, aquelle ao qual toca o julgamento do mais grave.

Accusados perante um tribunal privilegiado

¹ Nov. Ref. Jud., artigos 1033.º, 1099.º e 1173.º Decreto de 18 de fevverro de 1847, artigo 3.º

Accordãos do Supr. Trib. de Just. de 30 de maio de 1871 (*D. do G.*, n.º 151), e de 23 de janeiro de 1875 (*D. do G.*, n.º 43).

² Accordãos do supremo conselho de justiça militar de 12 de junho de 1869 (*D. do G.*, n.º 144), e de 26 de julho de 1872 (*D. do G.*, n.º 186).

³ Accordão do Supr. Trib. de Just. de 2 de novembro de 1875 (*D. do G.*, n.º 266).

ou excepcional diversos crimes, porque algum delles lhe pertence, declarada improcedente a accusação por esse, reverte a accusação pelos demais para o tribunal commum ¹.

Absolvido o réo pelo crime que determina o processo ordinario, e por isso a jurisdicção do tribunal, conhece este, não obstante, do crime de policia correccional pela proroga da jurisdicção.

Pelo que o tribunal dos jurados é competente para decidir dos pontos de facto, quanto ao proprio crime de policia correccional ².

Dada a accumulção, não somente o accusador, mas tambem o juiz devem discriminar cada um dos crimes sobre si, e este decidir, se a accusação proc' de em todos ou somente em parte, e nos, em que não procede, declarar se assim o julga por não ser o facto criminoso, ou por não se achar provado quanto ao réo, por causa da competencia dos recursos que podem dar-se em um ou outro caso ³.

E porque, tanto importa que a querrela e pronuncia considerem os diversos crimes isoladamente, como que considerem os menos graves circumstancias aggravantes do crime dentre elles mais grave, ainda que nesta segunda hypothese não seja provado o crime principal, bem pode haver condemnação pelos crimes, considerados circumstancias aggravantes, se algum ou alguns destes forem provados ao réo ⁴.

É nullo o processo em que a accusação recai sobre diversos crimes, e o tribunal somente julga de algum delles ⁵.

Accusado o réo por dois factos, se o jury julga um delles não provado, e da sentença absolutoria nesta parte se não interpõe o recurso competente, a appellação da sentença condemnatoria pelo outro facto provado, não pode fazer reviver o processo pelo primeiro facto ⁶.

¹ Accordãos do supremo conselho de justiça militar de 25 de maio de 1869 (*D. de L.*, n.º 134), e de 6 de agosto de 1870 (*D. do G.*, n.º 188).

² Doutrina contraria segun a Redacção desta *Revista* em o n.º 96, paginas 749.

³ Accordão do Supr. Trib. de Just. de 4 de janeiro de 1873 (*D. do G.*, n.º 42).

⁴ O accordão negativo de revista do Supr. Trib. de Just. de 21 de janeiro de 1873, na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa* de 1873-76, 3.º anno, n.º 18, decide o contrario, sem que se possa atinar com a razão.

⁵ Accordãos do supremo conselho de justiça militar de 26 de novembro de 1872 (*D. do G.*, n.º 298), e de 20 de julho de 1874 (*dois*) (*D. do G.*, n.º 183).

⁶ Accordão do Supr. Trib. de Just. de 3 de dezembro de 1872 (*D. do G.*, n.º 289).

Interposto recurso, e declarado nullo o processo em parte, e em parte subsistente pelo tribunal superior, deve este declarar, se a pena applicada em 1.ª instancia, comprehensiva de todos os delictos, subsiste no todo ou somente em parte ¹.

(*Continúa*).

DIREITO CRIMINAL

THEORIA DA ACCUMULAÇÃO OU PLURALIDADE DE DELICTOS

(Continuado do n.º 421, paginas 67)

§ 10.º

Historia geral

Os judeus duplicavam ao menos a pena de açoites, no caso de dois crimes commettidos pelo mesmo auctor, ou de ser o mesmo crime commettido pela segunda vez ¹.

Diz-se que os athenienses haviam proscripto a accumulacão das penas afflictivas e das pecuniarias ².

Não é bem liquido o pensar dos jurisconsultos e legisladores romanos sobre a applicacão das penas, dada a accumulacão de delictos, ou melhor, é quasi certo que elles não chegaram a assentar systema definido neste ponto.

Se temos um fragmento explicito em admittir a accumulacão das penas ³, e alguns a

¹ Pastoret, *Histoire de la legislation*, tomo 4.º, paginas 150.

² Tissot, *Le droit pénal*, tomo 1.º, parte 1.ª, livro 1.º, capitulo 7.º

³ Lei 2.ª, pr., D., *de privatis delictis* (47—1). «Numquam plura delicta concurrentia faciunt, ut culhus impunitas detur neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam. § 1.º Qui igitur hominem subripuit, et occidit, quia subripuit, «furti, quia occidit, Aquila tenetur, neque altera harum actionum alteram consumit.»

Foi sobre este fragmento que Godofredo architectou o aphorismo: *Singulis delictis singulae poenae imponuntur, sic ut altera alteram non consumat.*

accumulacão das accções ¹, o que, ainda que pareça o mesmo, é todavia já um pouco diverso; outros tendem a excluir a accumulacão dessas accções ², e alguns até parecem assentar na applicacão de uma só pena ³, com

¹ Lei 27.ª, pr., D., *ad legem Aquil.* (9—2)

«Si servus servum alienum subripuerit, et occiderit, «Julianus et Celsus scribunt et furti et damni injuriæ competere actionem.»

Lei 60.ª, D., *de oblig. et actionib.* (44—7): «Nunquam actiones poenales de eadem pecunia concurrentes, alia aliam consumit.»

Lei 130.ª, D., *de diversis regul. jur.* (50—17)

«Nunquam actiones, praesertim poenales, de eadem re concurrentes alia aliam consumit.»

Lei 11.ª, § 2.º, D., *de servo corrupto* (11—3).

Lei 16.ª, D., *eodem.*

Lei 1.ª, § 22.º, D., *de tutel. et rationib. distrah.* (27—3).

Lei 2.ª, § 1.º, D., *eodem.*

Lei 25.ª, D., *de injuriis et famosis libellis* (47—10).

Lei 32.ª, D., *de oblig. et actionibus* (44—7):

«Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut «evenit cum arbores furtim caesae dicuntur, omnibus experiri permitti, post magnas varietates obtinuit.»

Lei 6.ª, princ., D., *ad leg. Jul. de adult.* (48—5).

§ 1.º, Inst., *si quadrupes pauperiem fecisse* (4—9).

² Leis 34.ª e 53.ª, D., *de oblig. et actionibus* (44—7).

Lei 6.ª, § 4.º, D., *nautae, caupones* (4—9).

³ Lei 28.ª, § 10.º, D., *de poenis* (48—19).

Lei 1.ª, § 5.º, D., *nihil innovari interp. appell.* (49—7).

Lei 5.ª, § 2.º, D., *de re militari* (49—16): «Qui desertioni aliud crimen adjungit, gravius puniendus est, et si furtum factum sit, veluti alia desertio habebitur, ut si plagium factum, vel adgressura, abigeatus, vel quid simile accesserit.»

Estes textos, e tambem a Lei 7.ª, § 5.º, D., *de accusationibus* (48—2), são os que verdadeiramente tractam da accumulacão real.

quanto mais grave do que a ordinaria ¹. Alem disso pelo menos parte dos textos, que parece favorecerem a accumulção das penas, referem-se aos delictos particulares, e não aos crimes publicos perseguidos nos *publica judicia*; e sobretudo as penas e as acções, cuja duplicação admittem, visavam a condemnações pecuniarias em favor do autor, ou á indemnisação do damno; o que tudo concorre para se não poder formar um juizo seguro.

E não deve isto admirar por diversos motivos, já porque os romanos (como a antiga jurisprudencia europeia) muitas vezes confundiam a accumulção com a reincidencia, ou não as distinguiam ², já porque nem a questão da competencia, nos processos a intentar, chegaram elles a definir claramente ³, e já emfim porque a propria arbitrariedade das penas fazia dispensavel que tomassem a peito a decisão da materia.

O direito canonico não nos parece que derame mais luz sobre a materia, a despeito do fragmento que parece inclinar á absorpção das penas ⁴; porquanto outro se lhe oppõe que as duplica, se é que não deve intender-se antes da reincidencia ⁵.

A jurisprudencia da velha Europa admittiu conjunctamente os dois oppostos aphorismos: *Singulis delictis, etc.*; e: *Major poena mino-*

¹ Não mettemos em linha de conta os textos que se referem á accumulção ideal, a saber a

Lei 9.^a, Cod., de *accusat et inscript* (48-2), e a Lei 5.^a, D., de *quaestombus* (48-18), se é que a primeira se não refere antes ao crime composto, ou ao complexo, ou talvez ao de effeito dobrado, do mesmo modo que a Lei 41.^a, D., de *injuri. et famos. libell.*, porque, occupando-se de pontos especiaes, não resolvem a questão da verdadeira accumulção, que é a que nos interessa

² Lei 28.^a, § 10.^o, D., de *poenis* (48-19), in verbo — *saepius*.

³ A Lei 7.^a, § 5.^o, D., de *accusat*. (48-2), autorisa processos diversos por cada crime; a Lei 1.^a, § 5.^o, D., *nil innovari interposita appellat.* (49-7), presuppõe um só tribunal para todos, e claramente a Lei 9.^a, Cod., de *accusat et inscript.* (48-2).

A boa fé porem pede que se diga que destes textos parece resultar o seguinte.

1.^o que os processos eram successivos, e não um só, quando os crimes eram perpetrados em jurisdicções diversas;

2.^o que, excepto este caso, um só juiz conhecia de todos os crimes, mas em processos separados.

Ficam assim harmonisados os textos que á primeira vista parecem contradictorios

⁴ Decreto de Graciano, can. 12.^o, dist. 81.^a. «... Dicit enim Scriptura. Non vindicabit Dominus «bis in idpsum.»

⁵ Capitulo 1.^o, X, de *poenis*. «Ea quae frequenti «praevicatione iterantur, frequenti sententia con- «demnentur.»

rem absorvet. Mas geralmente só se fazia obra por aquelle, sendo este applicado aos casos em que havia incompatibilidade de penas, ou pela natureza propria dellas, ou por virtude dos costumes do tempo. Alem de que superior a elles estava o arbitrio dos juizes, ou para os desprezar a ambos, ou para, quando honestos, temperarem o rigor de um pela brandura do outro.

Criminalistas houve porem no correr dos tempos, que sustentaram a justiça da applicação da regra da absorpção das penas, sobretudo em Allemanha, onde lhes favoreceu os intentos uma disposição da lei carolina ¹.

Mas á philosophia do seculo xviii estava reservado o fazer triumphar definitivamente similhante doutrina; e com effeito, na Austria primeiramente, e logo depois em França, foi ella convertida em preceito legal ².

§ 11.^o

Historia especial e direito patrio

É difficil prefixar qual tenha sido a senda que, na falta de lei, seguiu a jurisprudencia em Portugal. Supponho todavia que, inclinando-se para a doutrina em voga na Europa, ou duplicava as penas, ou applicando uma só, a aggravava desmesuradamente ³.

As reformas do processo judicial vieram decidir entre nós o ponto de penalidade do mesmo modo que succedeu em França, porquanto determinaram:

1.^o que, se o réo for convencido de muitos crimes, somente lhe será imposta a pena maior ⁴;

2.^o e que, se durante a discussão da causa o réo apparecer culpado de outro crime publico, ainda não prescripto, por elle se pro-

¹ Codigo criminal de Carlos v (de 1530 — 1532) artigo 163.^o

² Codigo penal de Joseph II de Austria (de 1 de janeiro de 1787), artigo 15.^o, Loy du 29 Sept. 1791. titulo 7.^o, artigo 40.^o, Code des délits et des peines du 3 brumaire, an iv, titulo 7.^o, artigo 446.^o; Code de instruction criminelle, artigo 365.^o

³ Barbosa, *Axioma et loca communia juris*, verbo — *delictum*; Gomes, *Variae resolutiones, de delictis*, capitulo 5.^o, n.^o 5.^o

Porem é para nós duvidoso, se estes reinicolas (se é que o segundo tambem é portuguez) fallam da accumulção, ou da reincidencia, ou se se referem promiscuamente a ambas, por não ligarem verdadeira importancia á *condemnação*, que é a que realmente as distingue, e por isso deve actuar sobre as diversas penas. Nem isso admira, porque o proprio e não menos illustrado Pereira e Souza não formou idèa exacta dos crimes *concorrentes* (*Classes dos crimes*, capitulo 1.^o, § 11.^o, n.^o 12.^o).

⁴ Ref. Jud. de 1837, 3.^a parte, artigo 307.^o, e Nov. Ref. Jud., artigo 1173.^o

cederá de novo contra o réo, se tiver sido despronunciado ou absolvido; mas, havendo sido condemnado, somente se procederá no caso em que a pena do novo crime haja de ser maior, cessando entretanto a execução da primeira ¹.

O Código penal alterou estas disposições, porquanto estatue:

1.º que, por via de regra, não tem logar a accumulção das penas, excepto quando a lei ordena accumulção, ou as penas forem pecuniarias ²;

2.º que somente por isso se applicará a pena mais grave, decretada na lei, *aggravando-se, segundo as regras geraes, em attenção á circumstancia da accumulção dos crimes* ³:

e delle parece deduzir-se.

3.º que este ultimo preceito vigora ainda mesmo nos casos em que os crimes hajam de ser julgados separadamente, ou porque fossem descobertos durante a discussão (se é que então o ulterior processo não ha de abranger a ambos), ou porque o fossem já depois da condemnação ⁴.

DIREITO CRIMINAL

THEORIA DA EBRIEDADE E AFECÇÕES SIMILIANTE

§ 1.º

Opiniões extremas A verdadeira

Absolver o ebrio de toda a imputação, sob o pretexto de que se não achava, na *ocasião do delicto*, no gozo das suas faculdades intellectuaes (visto que a ebriedade é uma especie de loucura, ainda que passageira, porque se extingue ao cabo de doze a quinze horas), ou sujeital-o á responsabilidade ordinaria, com o fundamento de que é auctor a um tempo de duas más acções — a da embriaguez, e — a do crime consequente, de que, sendo causa da causa, é causa do effeito, e de que em fim só praticou, durante a ebriedade, o delicto que resolvera antes della, é já contrariar a verdade dos factos, já deduzir delles consequencias, que os mesmos não comportam.

O homem, que pode voluntariamente collocar-se no estado de ebriedade, durante esta perpetrar o delicto com mais ou menos intelligencia e liberdade, e não ignora alem disto que é ella um facto reprehensivel, e que o pode impellir a excessos deploraveis ¹, perma-

¹ Santo Agostinho dizia. «Ebrietas est blandus Daemon, dulce venenum, suave peccatum, quam, qui habet, se ipsum non habet, quam, qui facit, peccatum non facit, sed totus est peccatum.»

Affonso, rei de Aragão, dizia que o furor e a luxuria eram filhos do vinho: «Furorem et libidinem ebrietatis filios esse.»

Pedro José Suppico de Moraes, *Collecção Moral de Apophthegmas*, liv. 2.º, paginas 19 e 28.

nece, fóra de duvida, responsavel em regra ¹.

Mas, para bem se avaliar o ponto, tumpre distinguir cuidadosamente os dois factos — o do delicto, e — o da embriaguez, depois verificar, quanto a esta, qual o *gráu* de intelligencia e liberdade, com que, apesar della, o individuo obrou; depois ainda inquirir emquanto foi elle causa de se achar nesse estado; o que se consegue facilmente, separando-se umas das outras diversas especies de ebriedade.

§ 2.º

Especies de ebriedade

A ebriedade pode ser:

1.º *prevista (procurada)*, ou *imprevista (não procurada)*: e

a) a *imprevista voluntaria* ou *casual*, já porque alguém foi causa della, com ignorancia, ou mesmo contra vontade do ebrio, já porque este, sem o cogitar, se embriagou com substancias, cujos effeitos ignorava, ou com os vapores exhalados de outras em fermentação, que ou manipulava, ou estavam no logar onde trabalhava: e

b) a *voluntaria habitual* ou *accidental*.

2.º *Completa* ou *incompleta*.

3.º *Posterior* ao projecto ou resolução do delicto, ou *não posterior*, isto é, *coeva* ou *simultanea* da resolução e execução delle.

Já se deixa ver que a ebriedade prevista é sempre posterior; não assim a imprevisita, que o pode ser ou deixar de o ser. Sei-o-á, se, resolvido o delicto, o delinquente se en-

¹ *Non fecit vinum sed incontinentia eorum, qui vino abusi sunt.* (S. Chrysostomo, Hom. 8.ª in Math.ª).

trega á ebriedade, e durante ella faz a maldade, sem ter todavia o proposito de a aproveitar para semelhante effeito; mas deixará de sel-o, se a ebriedade, resolução e execução são factos todos *coevos* ou coexistentes no mesmo periodo.

§ 3.º

Ebriedade incompleta

A ebriedade incompleta merece sobre tudo particular cuidado; porque, affirmando a existencia da razão moral, em maior ou menor gráu, querem alguns que seja o unico criterio para avaliar da responsabilidade.

É por isso mister attender aos seus quatro diversos periodos principaes.

Com effeito, o vinho e os demais licores espirituosos, conquanto produzam a perturbação das facultades moraes do homem, acompanhada da falta de firmeza das facultades locomotoras (porque sempre a desordem destas corresponde á daquellas), até que cái no estado de comã, ou plena prostração, em que a razão e a locomoção totalmente se suspendem; todavia estes resultados succedem-se pouco a pouco; e, ora caminham com mais ou menos presteza, ora chegam ou não ao ponto final, conforme a qualidade e quantidade da bebida, constituição particular do individuo, clima em que se vive, e outras circumstancias já de menos peso¹.

Assim, no primeiro periodo observa-se uma *excitação doce*, alegre, saudavel e moderada, que augmenta o que chamamos *vis vitae*, nos torna mais promptos para a acção, facilita o uso da lingua, e nos faz mais confiados e generosos². No segundo periodo — de *exaltação*

¹ Os licores espirituosos não produzem todos eguaes effeitos, e no mesmo tempo, nem eguaes resultados do futuro na economia humana. O *vinho branco*, fatal ao systema nervoso, produz tremores, prisão da lingua, e convulsões; os *vinhos espumosos* depressa sobem ao cerebro, porem é fugitiva a sua acção; a *cidra* pode embriagar mais rapidamente flo que o vinho, e em todos os casos produz nos órgãos digestivos um effeito deletereo, que muitas vezes origina tumores do estomago; a *cervaza* produz uma embriaguez pesada e estúpida, mas não obsta a que os que a ella se entregam, engordem, ao passo que os bebedores de *aguardente* caminham suavemente e sem o sentimento para a sepultura, o *absintho*, a *aguardente de canna* e o *tirsch*, mais perigosos do que a aguardente, produzem uma embriaguez, para assim dizer, instantanea e fulminante (*Jornal do Commercio*, n.º 3752 de 2 de maio de 1866):

² Dizia o philosopho Anacharsis: «Primum in mensa aratenam pertinere ad solum, secundam ad hilaritatem, tertiam ad voluptatem, quartam ad insaniam.» *Philosophia moral*, pelo padre João de Torres.

mais ou menos viva torna-se o homem audaz e temerario, e conquanto perca então em parte a lembrança, não perde nem a razão, nem a consciencia de si proprio. É este o estado de excitação que aproveitam os grandes scelerados, como os grandes capitães. No terceiro periodo de *arrebatamentos*, mais ou menos violentos, perde o homem todo o temor de Deus e da lei, e leva a audacia e a impudencia ao excesso; e posto que não conserve já senão poucas idéas, liga ainda entre si as que lhe restam: é neste estado que, transposto o *dique do temor do castigo*, que no coração do homem separa o bem do mal, elle deixa a descoberto os vicios, que principalmente o caracterizam, o orgulho, a insolencia, a ferocidade. No quarto periodo emfim, *quo prosternuntur qui bibunt*, ou do extremo *furore*, ou do completo *embrutecimento*, o homem como que desaparece sob a figura humana.

Estamos agora já habilitados a julgar, com probabilidade de acerto, acerca dos diversos caracteres, com que a ebriedade pode ostentar-se, e do valor que deve attribuir-se-lhe.

§ 4.º

Regras de decidir sobre a pena e a reparação

A ebriedade *prevista*, como é um meio já de obstar ao descoroçoamento na resolução, já de adquirir esforço na perpetração do crime, ou já de procurar uma desculpa posterior, não oblitera em cousa alguma a responsabilidade, nem mesmo com respeito ás *omissões*, a que daria logar o estado de plena prostração; por exemplo: o guarda do cofre, que, para dar occasião ao arrombamento, e afastar as suspeitas de cumplicidade com os roubadores, se tivesse de proposito embriagado.

É isto intendemos que procede, ainda quando falhe o crime premeditado, mas se perpetre um outro.

Uma semelhante embriaguez, pode até sustentar-se, que deve aggravar a pena, se attestar a existencia da premeditação.

A *imprevista, incompleta, voluntaria e habitual* dá logar a uma pena menor que a ordinaria do crime, calculada já sobre os grãos de intelligencia e liberdade, com que se tiver obrado, já sobre a culpa do estado, e já sobre o máu habito adquirido.

A *imprevista, incompleta, voluntaria e accidental* aconselha já menor pena, porque não subsiste o elemento do vicio contrahido.

A *imprevista, incompleta e casual* determina pena ainda menor, porque o ebrio não foi livre em se achar naquella situação.

A *imprevista, completa, voluntaria e habitual* não pode acarretar responsabilidade pelo facto criminoso (facto que é tão material, como o de esmagar a criança, vergando ao proprio peso), por isso que *ao tempo da acção* o ebrio está de todo privado da razão moral; mas determina uma certa pena, calculada já sobre a culpa que ha em se collocar no estado de embriaguez, e já sobre o vicio contrahido.

A *imprevista, completa, voluntaria e accidental* aconselha pena inferior, pela distancia que ha entre o acto vicioso e o habito desse acto.

A *imprevista, completa e casual* exime de toda a pena, sendo certo que nem houve arbitrio na situação do ebrio, nem intelligencia e liberdade ao tempo da acção.

Emquanto á *posterior*, sendo *prevista*, regula o que sobre esta se disse. Sendo *imprevista e posterior* á resolução do delicto, se por um lado, ha a lançar em conta ao ebrio a descautela com que se deixou embriagar, ha a attender por outra parte a que talvez não dêsse á execução a resolução anterior, se se não achasse constituido no estado da ebriedade. E esta consideração deve prevalecer (excepto se se provar a premeditação), para que haja com elle alguma lenidade. Mas, se é *coeva* com a resolução e execução do delicto, deve a pena ser ainda mais modificada.

É escusado advertir que sempre que somente se castiga a culpa, como ha dois elementos em luta, o facto da ebriedade, que, conduzindo ao facto criminoso, pede aggravção da pena, correspondente á immoralidade do vicio, e o mesmo facto criminoso, que, perpetrado *na occasião*, em que não subsiste no todo ou em parte a razão moral, aconselha escasa ou modificação da pena correspondente, se o crime é grave, deve preponderar mais a modificação do que a aggravção; e, ao inverso, se é leve, e mormente da classe daquelles, que são ordinario apanagio da bebedice¹.

A reparação deve-se sempre, ainda mesmo onde não cabe pena.

(Continúa).

¹ Fica assim demonstrado ser absurdo o parecer dos antigos criminalistas, que não perdoavam ao ebrio, réo de grandes crimes.

DIREITO CRIMINAL

THEORIA DA EBRIEDADE E AFECÇÕES SIMILHANTES

(Continuado do n.º 425, paginas 131)

§ 5.º

Observações

Não deve o legislador, ainda que não negue á ebriedade o ser causa de escusa ou desculpa do delicto, declarar-o assim no seu Código, para que não pareça conceder-lhe os fóros da indulgência, ou impunidade; contente-se em commetter aos tribunaes a apreciação dos casos singulares, por meio de uma forma vaga; e assim, por exemplo, procede o Código penal francez.

Ao contrario convirá que erija em crime *sui generis* o habito da bebedice, sempre que dê de si escândalo publico no individuo, ou se haja tornado vicio geral (se julgar que a desconsideração e o desprezo publico não são stigma sufficiente); que nesses casos ao menos puna, ainda que com pena leve, os que fornecem bebida aos que já estão em começo de ebriedade, e os que os incitam a beber; e que decrete a expulsão de funcções publicas dos que se entregam com excesso e frequencia ao uso dos licores espirituosos.

Algumas vezes pode a ebriedade ser elevada a contravenção, por causa dos perigos a que dá logar: por exemplo: na tripulação do navio, no soldado que está de sentinella, no guarda do edificio publico.

Não obstante, a necessidade da punição de-

pende principalmente do clima, em que se vive.

E pelo que toca aos tribunaes, cumpra tambem que evitem dois escolhos — o de confundir o estado de ebriedade com a alienação mental, porquanto, na fé de Mr. Esquirol, *muitas vezes o abuso dos licores espirituosos e a ebriedade são os primeiros symptomas, ou melhor, os symptomas mais salientes de uma loucura em começo*, loucura especial que os medicos allemães chamam *dypsomania*¹ — e o de deixar-se surprehender pela impostura; pois que é muito facil e até trivial simular a embriaguez, ou ainda exageral-a, vista a sua pouca duração, ausencia de vestigios, e difficuldade, ainda mesmo para o medico forense, de verificar-lhe a realidade e extensão.

Acresce que as testemunhas não têm egualmente difficuldade em jurar sobre a sua existencia.

Esta visto que a prova da embriaguez, como acto de defesa, cumpra ao delinquente.

§ 6.º

Afecções analogas

E pois que, não só os licores, mas tambem as substancias *aphrodisiacas* e as venenosas, taes como, o phosphoro, o pó de cantharidas, o opio, o *haschich* (o tabaco? o *canamo*?) e simlhantes podem produzir a perturbação das facultades intellectuaes do

¹ Mr. Jh. Briand, *Manuel complet de médecine légale*, tomo 1.º, parte 3.ª, capitulo 2.º; Mr. C. Cédilloz, *Manuel complet de médecine légale*, parte 2.ª, capitulo 11.º

homem¹; é applicavel, quanto a estas, a doutrina assentada, segundo as circumstancias occorrentes, já enumeradas com respeito á ebriedade originada dos licores alcoholicos.

§ 7.º

Historia e direito geral

Os philosophos, sabios e legisladores da antiguidade condemnavam por igual o vicio da ebriedade, de certo então propensão geral, se d'ellos credito a Plinio². Basta apontar entre os primeiros Platão, Aristoteles, Quintiliano e Seneca, o qual lhe chama *loucura voluntaria*.

Aos segundos pertence Pitacus, que puniu os crimes de ebriedade com pena mais grave do que a ordinaria; Solon que puniu a ebriedade nos magistrados com pena de morte; e a respeito destes mesmos os corinthios e cartaginезes, que foram até ao absurdo, porque lhe prohibiram o proprio uso do vinho; mas excedeu-os na extravagancia Lycurgo, rei da Thracia, que mandou arrancar as vinhas com prohibição de tornar a plantal-as.

Entre os judeus parece ter sido condemnado só o excessó da bebida, e não o uso moderado³; mas aos romanos coube avaliar o aspecto legal do facto, isto é, consideral-o somente quando seguido de crime, para minorar a pena deste, como é justo⁴.

¹ Decreto de Graciano, distincção 35.º, capitulo 6.º... «Sicera hebraeo sermone omnis pino nuncupatur, quae enebriare potest.»

² *Naturalis Historia*, liv. 14.º, cap. 22.º «... Nullaque in parte mundi cessat ebrietas.»

³ *Eclesiasticus*, cap. 31.º, v. 36.º. «Exultatio animae et cordis vinum moderate potatum.»

Eclesiasticus, cap. 31.º, v. 38.º: «Vinum multum potatum irrationem; et iram, et ruinas multas facit.»

⁴ Convem não omitir que Domícioano em beneficio dos cereas prohibiu por um edicto plantar vinhas na Lusitania, mas depois o imperador Probo abrogou-o. Suetonio in *Domitianum*. Amaral, *Memoria* 2.ª, paginas 346.

Lei 6.ª, § 7.º, D., de *re militari* (49—16). «... Per vinum aut lasciviam lapsis, capitalis poena remittenda est. et militiae mutatio irroganda.»

Lei 11.ª, § 2.º, D., de *poenis* (48—19) «Declinquitur autem aut proposito, aut impetu, aut casu... Impetu autem cum per ebrietatem ad manus aut ad ferrum venitur...»

Lei 12.ª, D., de *custod. et exhib. reor.* (48—3): «... Salvio quoque Legato Aquitaniae idem Princeps rescripsit: in eum qui custodiam dimisit, aut cita sciens habuit, ut possit custodia evadere, animadvertendum: si tamen per vinum, aut desidiam custodia id evenerit, castigandum eum et in detriorem militiam dari...»

Lei unica, Cod., si quis imperat. maledixerit. (9—7). «Si quis modestiae nescius, et pudoris igna-

O direito canonico fulminou o vicio da ebriedade no clero, e parece desculpar os delictos perpetrados durante ella¹.

Correndo a idade media, Bartholo e Baldo² assentaram a responsabilidade mais grave dos ebrios; mas em seguida parece haverem estado em voga dois principios oppostos, um considerando a ebriedade como circumstancia atenuante, admittido em Italia, e logo seguido na Allemanha, Paizes Baixos e Hespanha, outro reputando-a aggravante e adoptado na França, Inglaterra e Escocia.

Não obstante o Edicto de Carlos V de 1531, e a Ordenança de Francisco I de 31 de agosto de 1536, subiram a um rigor extremo, punindo o delicto com pena propria, e em razão da embriaguez; e muito mais ainda a Ordenança, punindo a só ebriedade até á terceira vez bastante-mente: mas d'ahi em diante, com as penas de amputação de orelha, infamia e banimento.

Na Inglaterra ainda hoje se agrava a pena dos delictos de ebriedade; e é esta mesma punida com multa do mesmo modo que se observa em alguns outros, mas poucos, paizes.

Em França, visto o silencio da lei, que não reconhece nella causa de atenuação da pena, pugnam hoje entre si os criminalistas e os tribunaes³.

«rus, improbo, petulantique maledicto nomine nostra crediderit iacessenda, ac temulentia turbulenta, obtrektor temperum (nostrorum) fuerit, eum poenae noluntis subjugari, neque durum aliquid, nec asperum (volumus) sustinere;»

¹ Decreto, parte 1.ª, distincção 35.º, capitulos 6.º e 7.º

Cap. 14.º, X., de *vita et honestate clerici*.

Decreto, parte 2.ª, caas. 15.ª, quest. 1.ª, cap 7.º

² *Ad leg.* 38.ª, D., *ad leg. Jul. de adult.* (48—8) e *in leg.* 1.ª, Cod., *unde vi* (8—4).

³ Não omitiremos, porque são muito notaveis, as disposições da nova lei franceza de 3 de fevereiro de 1873 acerca da embriaguez. São como seguem:

«São punidos os que forem encontrados em manifesto estado de embriaguez nas ruas, praças, estradas, nos caffès, tabernas e outros logares publicos.

«Id. os donos de estabelecimentos que venderem bebidas alcoholicas a pessoas embriagadas, receberem em seus estabelecimentos e venderem bebidas a menores de dezeseis annos.

«Id. a pessoa que dêr bebidas a menor de dezeseis annos a ponto de o embriagar.

«A pessoa encontrada em logar publico embriagada é conduzida á estação policial mais proxima, á sua custa, e ahi retida até que recobre o uso da razão.

«Um exemplar da lei deve ser affixado nas maiories, nas salas dos caffès e lojas de bebidas.»

É punido o dono do estabelecimento que o não tiver, e as pessoas que o raggarem ou destrurem, são obrigadas a affixar outro á sua custa.

As penas são, segundo os diversos casos.

Nos demais paizes, os ultimos codigos têm assentado geralmente alguns bons principios sobre a materia.

§ 8.º

Histeria e direito portuguez.

Diz-se que em Portugal prevaleceu o principio da attenuação pela ebriedade ¹.

E cremos que assim fosse, por ser essa a opinião geralmente sustentada pelos juriscóntulos de fóra e reinícolas ²; sem que contudo defendamos que sempre se seguisse nos tribunaes.

De resto Mello Freire ³, defendendo a immunidadade da embriaguez completa, e não procurada, e Pereira e Souza ⁴, julgando-a causa de attenuação em geral, parecem antes expôr o proprio voto na materia, segundo a opinião

Multa de 1 a 5 francos — 16 a 300.

Prisão de seis dias a um mez.

Ambas estas penas podem ser applicadas no maximo, e elevadas ao dobro.

Privação do direito de votar e ser votado, de ser jurado, de exercer empregos e funções publicas, e do porte de armas por dois annos; prohibição de terem o estabelecimento até um mez; prohibição de vender hebedas (estas duas ultimas somente para os donos dos estabelecimentos).

São attendidas tambem as reincidencias para o fim da aggravação.

(Jornal do Commercio, n.º 5785, de 11 de fevereiro de 1873).

E já antes disso, em harmonia com o parecer de uma commissão para reformas do exercito, o ministro da guerra de França modificou os artigos 265.º e 328.º do regulamento militar, para o effeito de não poder ser invocada como attenuante a circumstancia da embriaguez, pelas faltas, delictos e crimes dos militares (Jornal do Commercio de Lisboa, n.º 5654 de 6 de setembro de 1872).

Ainda por curiosidade acrescentaremos:

A sociedade das sciencias, das artes e das letras de Hamout deu para premio o seguinte ponto:

«Descrever com particularidades as fanestas consequências da embriaguez, tanto para o individuo a que a ella se entrega, como para a sociedade; indicar os meios preventivos e repressivos mais apropriados, para extirpar esse vicio, ou ao menos para alhe limitar o desinvolvimento.»

A sociedade recebeu já duas Memorias sobre o ponto, mas nada consta por ora do seu merecimento.

(Jornal do Commercio, n.º 5788 de 21 de janeiro de 1873).

¹ Chauveau e Hellie, *Theorie do Code penal*, n.º 862, nota 9.ª

² *Leções Juridicæ*, verbo — *obrius*; Julio Claro, *Sentent.*, liv. 5.º, §. fin., quest. 60.ª, n.º 11.º; Gomes, *Varias resoluções*, cap. 1.º, n.º 73; Ferreira, *Praticæ criminal*, trat. 3.º, cap. 6.º, n.º 60. Vide tambem Franco, *Tratado Juridico* (sociedades), parte 1.ª, cap. 2.º, n. 44.

³ *Jur. Crim. Lusit.*, liber. singul., tit. 1.º, § 6.º

⁴ *Classes dos crimes*, secção 1.ª, cap. 1.º, § 8.º, nota B.ª

do seculo, do que dar testemunho da jurisprudencia do paiz.

O nosso Codigo penal contem sobre a materia as seguintes disposições:

Artigo 14.º Nenhum acto é criminoso:

1.º Quando o seu auctor, no momento de o commetter, estava inteiramente privado de intelligencia do mal que commetter.

Art. 20.º São circumstancias attenuantes:

8.ª A embriaguez não completa, quando for casual, e não for posterior ao projecto de commetter o crime.

Art. 23.º Não podem ser criminosos:

4.º Os abrios, se a embriaguez é completa, casual, e não posterior ao projecto de commetter o crime.

Art. 74.º Se alguém em estado de embriaguez completa praticar qualquer facto que a lei penal manda punir, ser-lhe-á applicada a pena de prisão correccional, podendo aggravar-se segundo as circumstancias do facto illicito, seguido daquelle resultado nos casos seguintes:

1.º Se a embriaguez não for casual.

2.º Se for posterior ao projecto do crime.

§ unico. Neste caso terá logar a disposição do § 2.º do artigo antecedente.

No Projecto do Codigo penal lê-se o seguinte:

Art. 65.º São attenuantes de primeira categoria:

6.º A embriaguez não completa, não se tendo o agente voluntariamente collocado nesse estado para commetter a infracção.

Art. 70.º Não tem imputabilidade por falta de completa intelligencia:

2.º Os individuos, que por outro qualquer motivo (*alem da affecção mental*) estiverem completamente privados do livre exercicio de suas faculdades intellectuaes, no momento de commetter a infracção, salvo se voluntariamente se collocarem nesse estado para a praticar.

Temos tambem em relação á materia estas disposições:

Decreto de 3 de maio de 1866, artigo 64.º: Terão todos o maior cuidado em impedir os actos escandalosos, que possam praticar os embriagados, os quaes serão immediatamente custodiados, afim de se evitar que nesse estado compareçam na presença dos superiores, ou commettam maior falta ou delicto.

Lei de 2 de julho 1867 (*D. de L.*, n.º 149).

Art. 22.º Será sempre demittido com inhabilidade para tornar a servir na policia civil, o guarda que :

.....
4.º Tiver o vicio da embriaguez.

Decreto de 14 de dezembro de 1867 (*D. de L.*, n.º 290).

Art. 103.º Será sempre demittido com inhabilidade para tornar a servir na policia civil, o guarda :

.....
N.º 4.º Que tiver o vicio da embriaguez.

Decreto de 14 de dezembro de 1867.

Art. 22.º As penas e os castigos em que podem incorrer os guardas campestres são :
Reprehensão, suspensão com perda de vencimento ate trinta dias ; demissão.

.....
§ 3.º É sempre causa de demissão.

.....
7.º Ter o vicio da embriaguez, ou se mostrar haver commettido algum crime.

Decreto e regulamento de 11 de abril de 1868 (*D. de L.*, n.º 82).

Art. 79.º É prohibida a entrada nas caruagens (*do caminho de ferro*).

N.º 1.º A toda a pessoa em estado de embriaguez.

Decreto de 28 de junho de 1871 (*D. do G.*, n.º 154).

Art. 76.º, regras 4.ª e 6.ª, que punem a embriaguez como delicto *sui generis* nas praças do batalhão nacional de Macau.

DIREITO CRIMINAL

THEORIA DA REINCIDENCIA

§ 1.º

Definição de reincidencia sua etymologia
Propriedade do nome Reincidente

Reincidencia é a coexistencia de dois ou mais delictos, perpetrados por um mesmo agente, antes e depois de uma sentença condemnatoria executada ou a perpetração de novo delicto pelo criminoso já punido por outro delicto. Geralmente porem toma-se somente pelo segundo delicto, ainda que com referencia ao primeiro, e tambem pelo vinculo que une entre si os dois delictos.

A origem philologica do nome dá logo a intender a idèa que exprime, porquanto se deriva das duas palavras latinas — *rursus cadere*, ou antes de — *recidere*, ou melhor ainda de — *re* — e — *incidere* (cõforme a desinencia da nossa e outras linguas), que significam *cair segunda vez, tornar a cair, recair*.

É certo que a reincidencia pode tambem designar *reiteração*, mas está consagrada para significar o *novo delicto* depois da condemnação; e com effeito o significa com muita propriedade, porque ninguem recã senão porque, tendo caído uma vez, depois se levantou, e para o delinquente soffrer a pena é levantar-se: e com mais propriedade ainda do que a mesma reiteração, com relação aos delictos accumulados, porquanto esta pode designar *repetição* de acções, tanto boas, como más, e aquella só significa *queda* ou *repetição* de máus actos.

Por derivação chama-se *reincidente* ao delinquente em reincidencia, e com egual propriedade tambem *relapso*, expressão consagrada pelo direito canonico.

§ 2.º

Sua divisão

Divide-se a reincidencia em:

1.º *Especial ou relativa*, que consiste na perpetração de um delicto da *mesma especie* do delicto já punido; por exemplo: o furto perpetrado depois do furto punido; ferimentos depois de ferimentos,

2.º *Media*, que consiste na perpetração de um delicto, não da mesma especie, mas do *mesmo genero* do delicto já punido, isto é, que atacam o mesmo principio, ou são derivados dos mesmos vicios ou paixões; por exemplo: a violencia para com as pessoas, pancadas, ferimentos e homicidio, e tambem o furto, o roubo, e levantamento de fazenda alheia, ou tambem ainda o estupro, o adultério e crimes contra os bons costumes;

3.º *Geral ou absoluta*, que consiste na perpetração de um delicto de *natureza differente* do delicto já punido; por exemplo: crime religioso, depois crime contra a segurança do estado, contra a propriedade, e assim por diante.

§ 3.º

Caracteres das especies della

É a reincidencia especial: 1.º mais tangivel, porque é mais certo o vinculo entre os delictos identicos; 2.º demonstra com facilidade a pertinacia ou tenacidade do delinquente

em affrontrar uma mesma lei; 3.º e prova a insufficiencia da pena soffrida, para repressão d'elle mesmo, pois que não conseguiu melhora-lo.

A media parece inculcar o predominio de uma dada paixão viciosa do delinquente para certa ordem de delictos, que ella determina.

A geral porem pode manifestar a tendencia do delinquente para toda a sorte de delictos.

§ 4.º

Fundamento da reincidencia Corollarios d'elle.
Extensão della

É pois o fundamento da reincidencia o *sofrimento da pena* do primeiro delicto, ou a expiação sem o resultado da *correção* ou *temor* do criminoso; e por consequencia somente com verdade se pode affirmar, que reincide o que depois disso commette novo crime.

Todavia tem-se geralmente assentado em que ella procede:

1.º Logo que a sentença condemnatoria transita em julgado¹. quer seja proferida em processo em que os réos estejam presentes, quer em processo de ausentes. porquanto, ou porque o réo não embargou no prazo, ou, embargando, os embargos foram julgados improcedentes, a sentença surte pleno effeito²;

2.º Quando a pena está em via de ser cumprida;

3.º Quando já foi em parte cumprida;

4.º Quando o réo foi perdoado, e ainda reabilitado;

5.º Quando o delinquente logrou pela fuga

¹ Lei 2.ª, § 2.º, D., de poenis (48—17). «Eum accipiemus damnatum qui non provocabit, caeterum si provocet, nondum damnatus videtur»

² Ha por consequencia a aggravar tambem neste caso a pena do segundo delicto, em razão do primeiro, excepto se a lei não dá logar a similhante procedimento

O nossoCodigo penal, artigo 91.º, mandando executar sobre o criminoso as penas do crime, objecto da primeira *condemnação*, e do crime commettido durante o cumprimento da *mesma condemnação*, deve ser interpetrado pelo artigo 85.º Assim haverá logar a aggravar a do segundo delicto, se é da *mesma natureza* do primeiro, porque nessa *naturcza mesma* faz elle consistir uma das condições da reincidencia. Se não, não, isto é haverá a applicar a pena singella sómente para o segundo delicto, como o foi para o primeiro, se entre si differem pela natureza.

O que todavia procede, se as penas são compatíveis simultanea ou successivamente, porque, se o não são, regula, como na accumulção, o principio da absorpção das penas — a mais grave é aggravada.

E o melhor é que, como no caso da mesma accumulção, terá de verificar-se tambem para o intento a junção dos processos.

ou por outro modo subtrahir-se á execução da pena, alcançando o beneficio da prescripção.

Alguns Codigos porem não admittem que proceda a reincidencia, sem que o condemnado tenha ao menos soffrido parte da pena.

§ 5.º

Justiça da aggravção da pena,
dada a reincidencia

Tanto na accumulção, como na reincidencia, ha pluralidade de delictos; mas ao passo que aquella para todos applica uma só pena, como vimos, cura esta de punir o ultimo com uma pena maior do que a que lhe competiria, se o delicto antecedente não tivesse sido já punido; o que importa dizer que alem ha pluralidade de delictos e unidade de pena, posto que a mais grave é aggravada, aqui pluralidade de delictos, pluralidade de penas, e, o que mais é, aggravção da ultima, que este é o intuito da theoria da reincidencia.

Mas haverá justiça em proceder deste modo?

Em these ha fóra de toda a duvida.

1.º *Inefficacia da pena*. Com effeito é esta talhada pelo legislador para os futuros delinquentes em geral, vista a impossibilidade de verificar a indole de cada criminoso singularmente, e por consequencia deve accommodar-se á *media* ou *termo medio* da *immoralidade* presuppоста de todos elles em determinados crimes: mas, se, tendo sido uma vez applicada, a experiencia mostra que não é efficaz, por isso que o delinquente praticou novo crime, é de razão que na punição deste a pena não permaneça a mesma, mas se agrave, ainda quando supponhamos *identica* a *immoralidade* nos dois crimes.

2.º *Maior immoralidade no segundo delicto*.

Esta de facto deve admittir-se em geral, porque a pertinacia do delinquente attesta o seu character rebelde ao respeito pela lei, a ausencia de temor pelos novos males da pena futura, e o desprezo pela opinião publica; ainda que por excepção se deva admittir que possam as reincidencias, pelas circunstancias que as acompanham, não só não importar maior immoralidade, mas ser mais desculpaveis do que o primeiro crime.

3.º *Segurança publica*. Effectivamente a necessidade social da punição é maior em relação aos reincidentes, porque a pertinacia em affrontrar a lei, não só faz recear um terceiro e novos perigos da parte delles, mas causa o publico descredito da mesma lei, e como consequencia produz o alarme social.

Assim, se o *mal moral* da reincidencia é

maior, e mais urgente o *interesse social*, ainda que permaneça egual o *mal material*, a aggravação da punição é a consequencia, porque nestes trez termos está a legitimidade e medida da pena.

(Continua)

DIREITO CRIMINAL

THEORIA DA REINCIDENCIA

(Continuado do n.º 427, paginas 163)

§ 6.º

Objecções

Nem obsta o redarguir-se que aggravar a pena neste caso é:

1.º Lembrar que um primeiro delicto foi perpetrado, mas esquecer que foi punido; acarretal-o para circumstancia aggravante do segundo, e em ultimo resultado punir duas vezes o mesmo facto contra o preceito: *non bis in idem*:

2.º Tomar como elemento de punição a maior perversidade ou os diversos gráus da immoralidade do delinquente, o que não é possível conhecer, porque as intenções somente pertencem a Deus, e á lei unicamente saber, se a acção é prejudicial, e foi praticada com *liberdade*, para que, dada esta, puna em tanto quanto lhe é damnoso o crime:

3.º Castigar o *habito* do crime, quando elle não importa por si nenhuma criminalidade, nem pelo *facto exterior*, que é destituido de moralidade, nem pelo *movimento interno* e como que automatico, adquirido pela frequencia dos actos, nem pela *identidade e successão dos factos*, que nós ligamos entre si, pelas faculdades de que somos dotados, juizo, abstracção, comparacção.

4.º A insufficiencia da punição não justifica a aggravacção, porque não é essencial ás penas que produzam a correcção; alem de que

se, uma vez applicadas, não reprimiram, podem surtir pleno effeito, quando repetidas.

5.º É grande inconsequencia não punir os delictos accumulados e connexos, senão com uma só pena, e castigar os de reincidencia com duas, aggravando ainda a segunda, porque a diversidade de tempo destes ultimos não pode aconselhar tal rigor: ao contrario faz que devam reputar-se desligados os delictos, que aqui assim encadeiam, ao passo que acolá desligam os que a occasião ou a impunidade encadearam entre si.

Outros argumentos se offerecem ainda, mas que omittimos por serem de menos força ¹.

§ 7.º

E sua refutação

Pois é facil a replica.

Na reincidencia não se punem os dois delictos, mas só o segundo, ainda que não somente pelo que val em si, mas pelo que val por ser precedido de outro.

Desde que a acção se pune, porque é livre, nada impede que se procurem contrariar os motivos, que levam o delinquente á prauca della, e somente porque os factos provam que elle nutre para com ella inclinação forte, affirmamos que augmenta em perversidade. Não se devassa o fóro intimo, ajuiza se pelos factos. Mas, á parte essa consideracção, há direito na sociedade a aggravar a pena pelo simples facto do delicto, que, embora identico ao primeiro, é para ella mais nocivo, pelo maior alarme que produz.

¹ Tissot, *Le droit pénal étudié dans ses principes*, liv. 1.º, cap. 8.º

É mais punível o *habito* do que o acto singular; porque a lei não pode sustar a sua acção benéfica ante o *movimento interior* que o produz, e que o delinquento tinha obrigação de reprimir.

Accusamos a insufficiencia da lei, não porque não corrigiu, mas porque não reprimiu; e que a pena fôra inefficaz demonstrou-o a experiencia já feita.

Na accumulção e connexão vigoram razões especiaes, que tiram a força ao argumento de analogia.

§ 8.º

Medida e modo da aggravação

A pena, dada a reincidencia, deve aggravar-se, por via de regra, em menor quantidade, do que no caso da accumulção de delictos, por isso que nesta a aggravação substitue a accumulção das penas, mas naquella acrece ás penas accumuladas successivamente.

Alem disto a aggravação deve fazer-se dentro dos graus de que a pena é susceptivel: por excepção porem, quando a primeira pena não fôr susceptivel da aggravação, ou seja reputada inefficaz, pode *transformar-se* uma em outra pena, o que será tanto mais facil, quanto melhor organizado fôr o systema de penalidade em qualquer Código, a mesma experiencia parece aconselhar a efficacia deste procedimento.

Quando a lei estabelece uma pena composta, isto é, duas penas simples, se são djunctivas, é claro que a aggravação só affecta aquella das duas, que o juiz prefere: se uma é obrigatoria e outra facultativa, pode o juiz applicar uma só, aggravando-a, e ambas, aggravando uma somente, ou não aggravando nenhuma, porque nas duas pode estar a aggravação; se são cumulativas, é obrigado a applicar ambas, mas a aggravar ainda uma simplesmente.

§ 9.º

Em que delictos procede a reincidencia

1.º Pela gravidade relativa

A reincidencia procede de delicto para delicto, igual em gravidade: nisto todos concordam.

Mas procederá nos desegnaes, de um delicto inferior para outro superior, ou, *vice-versa*, do superior para o inferior?

Que a perversidade do delinquento de um crime grave, que depois se abalançou a outro menos grave, não augmentou, parece certo; ao contrario deve já suppôr-se um principio

de emenda, tanto maior, quanto o fôr o impulso do habito, e a existencia de outras circumstancias, que actuavam sobre o criminoso, e a que este teve de reagir.

E tudo será ao inverso com aquelle, que uma vez punido por delicto leve se arrojou a maldade maior.

Todavia, porque a aggravação se estriba principalmente na insufficiencia da pena, uma vez applicada, está geralmente adoptado que ella não procede senão de delicto superior para inferior; pois que na hypothese inversa se não cré que a menor pena podesse obviar ao maior delicto.

Mas desta regra são isentas as contravenções de policia, que pela sua singular natureza só devem aggravar-se entre si, e nunca pela precedencia de crimes ou delictos.

§ 10.º

2.º E pela natureza

A aggravação procederá somente nos delictos da mesma natureza, isto é, da mesma especie, ou ao menos do mesmo genero? ou comprehenderá a todos, embora da mais estranha indole?

Discrepam philosophos e legisladores; e todavia eis aqui o que nos parece mais justo

Posto que se diga que a previsão das reincidencias especiaes é propria da infancia da penalidade, e a das geraes só chega á medida que a sciencia se forma, e ás vistas do legislador se alargam, e por isso é esta tão superior áquella, quanto a generalisação está acima da individuação, na ordem das facultades intellectuaes do homem; e alem disso se sustente que mais culpabilidade ha nestas últimas, porque não têm a desculpa do habito, que leva á perpetração das especiaes; todavia achamos perigoso que a lei procure descobrir nexos entre crimes de natureza diversissima.

Como argumentar dos delictos militares e marítimos, dos religiosos, entre si, de uns para com os outros, e de todos para com os communs? dentre estes, dos que são determinados pela cobiça, para os que só commette um caracter rixoso? e assim por diante?

Depois, sendo diferentes as penas de cada especie de delictos, menor motivo fica para concluir pela inefficacia das que ainda não foram experimentadas.

Ultimamente, de reincidencias taes podem resultar, quando muito, alguns longes de culpabilidade individual, mas não de culpabili-

dade absoluta, a qual somente pode ser prevista pela lei.

Melhor é portanto não tomar em conta a reincidencia em sentido tão lato¹.

(Continua).

DIREITO CRIMINAL

THEORIA DA REINCIDENCIA

(Continuado do n.º 428, paginas 179)

§ 11.º

3.º E em razão do tempo (*prescripção*), e do lugar

O tempo, que tudo gasta, não pode deixar de apagar o nexa entre os dois crimes: e com effeito, depois de um longo intervallo, ninguem ousará affirmar ou que a immoralidade do primeiro se não curou, ou que deixou de ser efficaz a pena, que por grande espaço de tempo reprimiu.

Alem disso, creio a lei assim, e proceder em consequencia, é duplicadamente um aviso ao delinquente, para que não fraqueie, emquanto a inclinação para o novo delicto não está de todo amortecida, e um como premio pelos esforços feitos nesse intuito — a interrupção do habito.

Assim a reincidencia deixa de proceder, ou melhor, deve prescrever ao cabo de alguns annos, para que não comprehenda os delictos ulteriores.

Todavia motivos especiaes podem aconselhar, que a circumstancia do tempo não seja attendida, antes se julgue em reincidencia o novo crime, qualquer que seja o intervallo que o separe do anterior; por exemplo: em alguns crimes dos empregados publicos ¹.

Quantos annos sejam mister ha de depender da gravidade das penas impostas, por forma que seja tanto mais longo o periodo, quanto

¹ Código penal, art. 326.º, 2.ª

estas são mais graves, visto que então a memoria dellas é mais difficil de obliterar-se, e vice-versa. Talvez convenha por isso prefixar como regra de prescripção da reincidencia a própria prescripção da sentença condemnatoria, isto é, que deixe de haver reincidencia desde que a sentença condemnatoria deixou de poder ser executada, ou, se o foi, desde que findou o praso igual áquelle pelo qual ella prescrevia.

E porque nas contravenções de policia meramente local ha obrigações aqui, que não vigoram acolá; e os delictos perpetrados e punidos em um dado paiz não affectam, por emquanto, as leis e os tribunaes dos outros estados independentes, é tambem manifesto que a reincidencia não comprehende as contravenções repetidas em localidade differente, nem os delictos reiterados em paiz diverso daquelle que puniu o primeiro (excepto se este estava incorporado naquelle, e depois se desmembrou), pois, quando mesmo fosse certa a perversidade maior do delinquente, ainda não estava experimentada a pena do Código nacional.

É provavel porém que o futuro innove nesta parte, nivellados os costumes e egualadas as leis dos diversos estados, porque os crimes *communs* devem ser tidos como attentados á humanidade, e não somente ás leis de cada estado sobre si. Em conformidade com estas idéas procedem já alguns codigos.

§ 12.º

4.º E dadas duas ou muitas reincidencias

Questiona-se sobre se deve admittir-se a ag-

gravação successiva da pena, isto é, a penalidade progressiva, dada segunda, terceira, e mais reincidencias, pela regra: *malitia crescente, debet auferri poena*.

Diz-se que mais devem estas ser punidas do que as simples reincidencias, porque o máu habito é tanto peor quanto mais inveterado.

Mas em geral é quasi impraticavel que os Codigos possam acompanhar com a penalidade conveniente a supposta crescente immoralidade de um reincidente tão pertinaz; e quando praticavel, seria ainda assim tão complicado o processo para liquidar a pena progressiva, que o não soffreria a simplicidade da lei; depois mais vale punir menos, com a desculpa da imprevista tenacidade, do que procurar debalde punir mais com manifesta impotencia e descredito do legislador; e sobretudo podem evitar que a pena tome porporções gigantescas, que, momento em certos delictos, escandalisariam a opinião illustrada.

Alguns Codigos, prevêm as repetidas reincidencias com respeito a determinados delictos, mas, quando assim procedem, devem não só restringir-se ás reincidencias especiaes, mas marcar logo as penas, para simplificar o processo. Alguns outros attendem, tambem, ás geraes ¹.

§ 13.º

5.º E dadas circumstancias aggravantes e attenuantes e accumulção

Seria estranho que a reincidencia ou absorvesse a perversidade maior attestada por outras circumstancias aggravantes do delicto, ou prejudicasse a menor que as attenuantes fazem suppor.

Logo cumpre, no caso de concurrencia, medir a pena, segundo a immoralidade resultante.

O mesmo ha a fazer, quando com a reincidencia concorre a accumulção de delictos; applicando a maior pena em razão desta, e aggravando-a em razão de ambas.

§ 14.º

6.º E em que crimes não procede absolutamente

Comprehende-se facilmente que, por falta

¹ Diversos costumes, ordenanças e Editos em França previam, outr'ora, até á quarta e mais reincidencias, e por delictos inferiores caminharam até ao banimento e aos trabalhos publicos perpetuos, e ainda até á morte!

Exemplos de reincidencias progressivas previstas nas nossas leis:

de motivos justificativos, a reincidencia não tem lugar:

1.º Nos crimes politicos, e por mais forte razão:

2.º Quando o delicto anterior foi amnistiado.

3.º Com respeito aos cumplices do reincidente, que não são em si mesmo reincidentes.

4.º Quando a lei contempla como elemento do segundo crime a existencia do primeiro; por exemplo: os de fuga da prisão, e do logar do desterro;

5.º Se a condemnação primeira foi proferida em virtude de uma lei transitoria, ou excepcional, revogada já no momento em que vái proferir-se a segunda.

§ 15.º

Observações

As reincidencias, umas influem sobre a culpabilidade geral dos delinquentes, e estas devem ser prevenidas na lei, e outras, ou por a sua natureza diversa, ou pela combinação de factos, ou pela insignificancia dos delictos, somente influem na culpabilidade individual; e por isso devem ser deixadas á apreciação do juiz. É claro que isto só procede, quando a lei attende todas as reincidencias indiscriminadamente.

Na prefixação da pena da reincidencia cumpre attendere, não á classificação que a lei faz dos factos incriminados, mas á pena que realmente um delicto mereceu, e outro mereca, attentas as circumstancias que os modificaram ¹.

A decisão da aggravação por causa da reincidencia é de pouco momento, quando as penas têm *maximo* e *minimo*, bastante amplos, entre si para que possam percorrer-se os diferentes graus delias; e inutil, quando, sendo fixas, a lei não permite transformal-as,

A reincidencia accumula as penas; e por isso cumpre determinar o modo da execução destas simultanea ou successivamente, quando não possa ser de outra maneira,

Porem pode ella acarretar a absorpção das penas, como na accumulção, quando por im-

Lei de 14 de junho de 1570 (sobre livros hereticos).

Lei de 24 de maio de 1749, (lei sumptuaria), Decreto de 20 de dezembro, de 1861, artigo 94.º (D. de G., n.º 6 de 1862).

¹ Lei 12.ª, D., de poenis (48—19). «Quod ad statum damnatorum pertinet, nihil interest, iudicium publicum fuerit, necne; nam sola sententia non genus criminis spectatur: itaque hi in quos animadverti jubetur, quive ad bestias dantur, contra festum poenae servi fiunt.»

possibilidade de facto, ao criminoso só pode impôr-se a maior.

As decisões sobre jurisdicção e competência, que a reincidência faz necessarias, pertencem ao código do processo.

Que o juiz tenha, para punir o segundo delicto; a faculdade de examinar ou rever o primeiro processo, parece estranho, havendo este já tocado o seu termo; todavia a equidade deferirá, quando o réo haja allegado a exorbitancia da primeira condemnação, ou erro judicial manifesto.

Aos juizes de direito, e não aos de facto, pertence conhecer da existencia da reincidencia, cuja prova ha de ser feita por documento autentico, extrahido do processo do primeiro delicto; ou pela appensação do mesmo processo, podendo ser, ou melhor pelo certificado do registro criminal.

(Continua).

DIREITO CRIMINAL

THEORIA DA REINCIDENCIA

(Continuado do n.º 429, paginas 195)

§ 16.º

Registro criminal

A reincidencia será uma palavra vã, escripta nas leis se estas não provêrem á facilidade da prova della em juizo.

O meio por que isto se obtém é o *registro criminal*, no qual devem estar consignados todos os crimes e criminosos, com os requisitos necessários para poderem aproveitar aos tribunaes.

Mas uma outra vantagem tambem principal presta elle, e consiste em esclarecer o legislador: 1.º sobre quaes os crimes que são ordinariamente segundos de reincidencias; 2.º e quaes os crimes, em que estas se verificam, por forma que procure atalhar-os quanto possa.

§ 17.º

Historia geral

É instinctivo o sentimento que conduz a aggravar a pena, quando, a despeito da já soffrida, o crime se repete; por forma que mais se carece do raciocinio para moderar, do que para fazer nascer esse sentimento. Vem d'ahi que em todas as legislações, ainda as menos civilisadas, se observa o facto, e, o que mais é, e por isso mesmo, levado até o excesso.

Attesta Herodoto que já os persas avaliavam a pena pela anterior conducta do criminoso. Aristoteles pensava que o segundo crime merecia maior punição; e apoiado em ambos Puffendorff seguiu o mesmo parecer¹.

¹ Tissot, *Le droit pénal étudié dans ses principes*, liv. 1.º, cap. 8.º

O direito romano, á parte a confusão em que labora entre a accumulacão e a reincidencia, mormente nos delictos de frequencia, tanto que nem tinha termos proprios com que as designasse (como não tiveram os antigos criminalistas da Europa, pois se serviram promiscuamente dos substantivos *reiteratio* e *iteratio*, e quanto a este pelo menos, com fundamento no mesmo direito¹). é fóra de controversia que prestou attenção singular á reincidencia de alguns delictos da mesma especie, e a puniu mais severamente². Quanto á de delictos diversos, só por modo indirecto, e em dados casos a contemplou. Assim o que pode com mais segurança dizer-se é que nenhuma das

¹ Lei 3.ª, § 9.º, D, *de re militari*. Este texto apresenta um caso singular de reincidencia no direito romano no qual o primeiro crime ficava *impune* e só ao segundo se impunha a pena *competente*! Era o crime de deserção commettido pelo soldado galucho, primeira e segunda vez.

² Reincidencia confundida com a accumulacão.

Lei 28.ª, § 10.º D., *de poenis*.

Lei 3.ª, § 9.º, e lei 5.ª, § 2.º, D, *de re militari*.

Lei 3.ª, Cod, *de episo audient*.

Lei 8.ª, § 1.º, Cod, *ad leg. Jul. de vi publi*
Reincidencia especial ou dos mesmos delictos

Lei 1.ª, D., *de jure patronatus*

Lei 28.ª, § 3.º, D., *de poenis*.

Lei 4.ª, Cod, *de servis fugitivis*

Lei unica, Cod., *de super exactioibus*

Lei 5.ª, § 3.º, D, *de re militari*.

Reincidencia geral ou de delictos diversos

Lei 28.ª, § 16.º, D., *de poenis* (interpretada pela lei 1.ª, D., *de his qui notantur infamia*, e lei 7.ª, D., *de publicis judicis*)

Lei 4.ª, lei 10.ª, § 1.º, lei 28.ª, §§ 13.º e 14.º, D, *eadem titulo*.

Lei 17.ª, Cod., *de poenis*.

Porem nem todos os textos tocam a questão por um modo directo.

duas classes de reincidência elle teve como *geralmente* aggravantes da penalidade. Mas aqui, *beim* como na accumulção, o arbitrio dos magistrados podia supprir a deficiencia do direito.

A jurisprudencia da velha Europa, edificando sobre os textos do direito romano, não pôde subtrahir se á sua influencia, já na confusão da reincidência com a accumulção, especialmente nos delictos de frequencia, costume ou habito, e já em attender quasi exclusivamente á reincidência dos *mesmos* delictos. Todavia ás vezes separou cuidadosamente a accumulção da reincidência para o fim de exigir terminantemente, que a aggravação da pena pelo delicto repetido fosse precedida de sentença condemnatoria, pois que sem ella não podia dizer-se que o reo era incorrigivel¹, e o que mais é, ideou aphorismos que convertiam em regra geral a reincidência, que os romanos só olharam nas hypotheses².

Parece porem que naquellas partes onde a auctoridade do mesmo direito não prèvaleceu, ou obteve menor credito, a aggravação pela reincidência foi desconhecida³.

Seja como fór, o certo é que a consagração do principio da aggravação da pena por causa da reincidência e hoje quasi universal nos Codigos das nações civilizadas.

§ 18.º

Historia e direito portuguez

Pelo que diz respeito a nós, é sufficiente ponderar que a influencia da jurisprudencia da Europa se estendeu, como é de presumir, tambem neste ponto ao nosso Portugal.

Por isso a cada passo as leis foraes e geraes prevêm as reincidencias especiaes, e confundem a reincidência com a accumulção; e pela sua parte os nossos reincolas subscrevem á doutrina que lá fóra vogava sobre o ponto.

¹ Gomes, *Variae Resolutiones*, De furto, cap 5.º n.º 9 «Advertendum tamen, quod ad hoc, ut primum et secundum furtum aggravent tertium, ut possit latro condemnari ad mortem, et furca suspendi, videtur requiri quod pro primo et secundo «furto fuerit jam condemnatus, et punitus, qui alias «non dicitur incorrigibilis.»

E conquanto o nosso Jclo diga emphaticamente: *ego teneo contrariam sententiam*; todavia tinha já confessado que aquella era a da glossa ordinaria, e a commun dos doutores.

² Consuetudo delinquendi est circumstantia aggravandi delictum, et delinquentem acrius puniendi. quod enim bis fit, frequentius fieri dicitur consuetudo delinquendi facit delictum, aliás non capitale, capitale reputari. gravior multo puniendus est, qui ter deliquit quam qui bis.

³ Tissot, *logar citado*.

A nossa legislação relativa a reincidência é a seguinte.

Codigo penal, artigos 85.º e 86.º

Projecto do Codigo penal, artigos 58.º n.º 2.º e 16.º, e artigos 59.º, 60.º, 103.º, 104.º, 105.º, 106.º, 107.º, 108.º, 109.º, 110.º e 111.º

Decreto de 20 de dezembro de 1864, artigo 94.º (reincidência com pena progressiva).

Decreto de 24 de agosto de 1863 (registro criminal no ultramar, *D. do G.*, n.º 491).

Decreto de 7 de novembro de 1872.

Portaria e instracções de 7 de novembro de 1872, *D. do G.*, n.º 257 e 258 (sobre registro criminal do reino)

Lei de 16 de maio de 1867 (*D. de L.*, n.º 114).

Art. 6.º Serão punidos com a multa de 1\$000 a 5\$000 réis os professores das escolas publicas e os directores e professores de collegios, lyceus, ou outros estabelecimentos particulares de instrucção, que osmarem systema de pesos e medidas que não seja o legalmente estabelecido

§ 1.º A *primera* reincidência será punida com o *dobro da multa*, e a *segunda* com a *demissão* dos professores publicos, e com a *prohibição* de continuarem abertos os estabelecimentos particulares.

Decreto de 14 de dezembro de 1867, artigo 102.º (*D. de L.*, n.º 290).

§ 1.º As reincidencias repetidas, denotando incorrigibilidade, são causa de demissão (*dos guardas de policia civil*).

Decreto de 14 de dezembro de 1867, artigo 22.º n.º 10.º (*D. de L.*, n.º 290).

Decreto de 4 de setembro de 1867, artigos 60.º e 63.º (*D. de L.*, n.º 210).

Decreto de 3 de agosto de 1867, artigo 1.º (*D. de L.*, n.º 199).

Decreto de 14 de dezembro de 1867, artigo 102.º, § 2.º, e artigo 118.º (*D. de L.*, n.º 290.º).

Decreto de 14 de dezembro de 1857, artigo 26.º

Lei de 19 de junho de 1867, artigo 50.º (*D. de L.*, n.º 144).

Decreto de 15 de julho de 1869, artigo 20.º (*D. de L.*, n.º 166).

Ordem do exercito, n.º 5, de 29 de janeiro de 1872 (*D. do G.*, n.º 23, n.º 6.º): Sua Majestade El-rei determina que as baixas temporarias para cumprir sentença, conferidas ás praças dos corpos do exercito, sejam averbadas na casa das notas biographicas dos respectivos livros de matrícula.

Portaria e instrucções de 22 de junho de

1872, artigo 53.º (*D. do G.*, n.º 157), que mandam organizar o registro das faltas e castigos dos empregados das matas do reino ¹.
