

ELEMENTOS

DE

SOCIOLOGIA CRIMINAL E DIREITO PENAL

Dr. Henriques da Silva

ELEMENTOS

DE

SOCIOLOGIA CRIMINAL E DIREITO PENAL

Lições do anno lectivo de 1905-1906 na 14.^a cadeira
da Faculdade de Direito na Universidade de Coimbra

COIMBRA

IMPRESA DA UNIVERSIDADE

1905

INTRODUÇÃO

I

1. A sciencia criminal no quadro dos estudos da Faculdade de Direito. — A disciplina que tem de ser estudada na 14.^a cadeira da Faculdade de Direito é indicada na Reforma dos estudos da Universidade de Coimbra, que o decreto n.º 1 de 24 de dezembro de 1901 põe em vigor, pelo enunciado — *Sociologia criminal e direito penal*.

Na anterior organização, ainda em parte e transitoriamente vigente, a Faculdade, que procedera a nova distribuição das disciplinas (a qual subiu em consulta de 5 de junho de 1865 ao Governo, deferida afinal por officio da Direcção geral de instrucção publica de 10 de outubro do mesmo anno), designara a 14.^a cadeira — *Principios geraes de direito penal e legislação penal portugêsa* ¹.

¹ Desde os primeiros *Estatutos* (de 15 de fevereiro de 1309) se estudava certamente na Universidade o direito criminal, confusamente e sem systematização, nas compilações do direito romano e canonico. Só em 1836 se destacou este ramo do direito como objecto de uma cadeira especial no quadro dos estudos. O decreto de 5 de dezembro de 1836, reduzindo no artigo 78.º as faculdades de Canones e Leis á de Direito, assignou como conteúdo á 10.^a cadeira, que pertencia ao 4.º anno, o — *Direito criminal, inclusa a parte militar*, mandando estudar na 12.^a — *Jurisprudencia formularia e ewematica; prática do processo civil, criminal, commercial e militar*. Mais tarde o decreto de 20 de setembro de 1844 ordenava no artigo 99.º que os estudantes do 5.º anno juridico estudassem as materias da medicina

Attenta a extraordinaria complexidade que na actualidade caracteriza os estudos da criminologia, seria inexequível o plano da commissão do conselho da Faculdade de Direito nomeada em sessão de 17 de junho de 1886, na parte em que sobrecarregava o curso de direito penal, para completar-se num só anno lectivo, com o respectivo processo; sem embargo das ponderosas razões que militam a favor do estudo do direito formulario a par do direito substantivo, sob a mesma orientação.

2. Insufficiencia do estudo juridico da criminalidade.

— Hoje a sciencia do crime é alguma cousa mais que uma disciplina *juridica*, com os seus principios na parte theorica, com as suas normas exegeticas na parte prática ou interpretativa.

« Até aos ultimos tempos, escrevia FERRI em 1897, os criminalistas não estudavam o criminoso: concentravam toda a attenção e todo o esforço dos seus syllogismos no estudo do *crime*, que elles considera-

legal na Faculdade de Direito, junto dos professores de direito civil portuguez e de direito criminal, devendo estes para isso aunexar aos seus respectivos compendios as disciplinas competentes.

O conselho da Faculdade, no parecer de 4 de fevereiro de 1867, substituiu a designação official por — *Sciencia da penalidade e direito penal portuguez, comprehendendo o militar*, enunciado este adoptado tambem pela commissão nomeada pelo conselho da Faculdade em 16 de fevereiro de 1883.

Quanto ao processo criminal, que era estudado com a prática do processo civil e commercial segundo o decreto de 1836, e com os processos civis especiaes, summarios, summarissimos e executivos, com o processo commercial e com a prática judicial e extrajudicial, desde que começou a executar-se a organização de 1865, deveria associar-se ao direito penal na mesma cadeira, conforme o parecer da commissão nomeada de 17 de junho de 1886 e o voto do conselho numa das reuniões extraordinarias que, para a discussão da reforma, celebrou em novembro e dezembro de 1866. Vej. o estudo — *Do direito criminal na escola*, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. v, pagg. 19 e 34.

vam, não como o episodio revelador de um modo de existencia, mas simplesmente como uma infracção ás leis. Só viam no delicto a sua superficie juridica, e não curavam de investigar as suas raizes profundas no terreno pathologico da degenerescencia individual e social. Apenas a Arte, mais vizinha da realidade e mais directamente inspirada por ella, havia tentado, nos eloquentes debates perante o jury, no drama de paixão ou no romance, a analyse humana do crime. E o facto é que a Arte antecipou, principalmente sob o aspecto psychologico, as conclusões da anthropologia criminal, essa sciencia que os trabalhos de Lombroso e da escola positivista criaram na Italia, ha vinte annos sómente, e que se propõe o estudo da constituição physica e psychica do delinquente ¹.

A impotencia dos meios repressivos da criminalidade, adoptados nos países civilizados — por muito generosos que fossem os intuitos e os esforços dos reformadores que nos fins do seculo xviii e no ultimo seculo renovaram as leis, e tentaram aperfeiçoar as instituições, e a despeito dos sacrificios pecuniarios que a construcção e sustentação de novos estabelecimentos prisoniaes impuseram aos governos ou ás corporações locais —, o augmento continuo das reincidencias e, como nota FERRI noutro logar, o contraste perigoso e absurdo entre os dados da psychiatria e as doutrinas mysticas da responsabilidade moral do homem ², estes e outros males estavam pedindo a attenção da sciencia e as providencias do legislador.

Num seculo em que tão brilhantemente se affirmava o poder da intelligencia humana em lucta contra os

¹ *Les criminels dans l'art et la litterature*, pag. 8.

² *Sociologia criminale*, 4.ª ed., pag. 11 (Torino, 1900).

inimigos naturaes, gerados no seio obscuro da Fatalidade, o maior problema do homem era ainda o proprio homem; e, quando elle lograva dominar, e até converter em instrumentos prestadios, os mais terriveis agentes naturaes, tinha de confessar-se impotente perante o seu proprio similhante, o seu mais encarniçado inimigo, a unica fera indomavel, que o philospho mostrou conhecer bem no suggestivo conceito — *Homo homini lupus*. Rasgando as entranhas dos montes inacessiveis, sulcando de vias ferreas as florestas virgens dos continentes mysteriosos, podendo alçar, se preciso fosse, com os seus titans o proprio Atlas para arremessá-lo aos mares como um dique, o genio inventivo do homem tinha de retrahir-se ante a mão covarde que se erguia traiçoeira; e, depois de universalizar no globo o pensamento e a acção, quando a propria voz humana triumphava do espaço e do tempo, esse genio que quasi supprimia o invisivel, e que havia de abolir o *opaco*; que conseguia operar nas profundezas do organismo, e descobria no campo do microscopio o minusculo inimigo da cellula viva, não conseguia devassar a alma tenebrosa que premeditava o crime, para arrancar-lhe um pensamento perverso.

3. Insucesso da escola classica de direito criminal, fundada por Beccaria. — A escola classica de direito criminal, fundada na Italia por BECCARIA, interprete das ideias preconizadas pela philosophia franceza do seculo xviii, e dos sentimentos dominantes, originados num espirito de reacção contra a ferocidade penal do antigo regimen, essa escola, circunscrevendo a sua actividade no estudo dos problemas juridicos abstractos, supprimindo algumas penas como iniquas e suavizando outras, no intuito de realizar a justa proporção da pena com o delicto, considerado como entidade juridica,

com abstracção do delinquente, não conseguira melhorar as condições da segurança social, e ao contrario os algarismos da estatistica accusavam o augmento da criminalidade.

Apesar de alguns escriptores generosos haverem procurado completar o racionalismo egualitario da Revolução e da Philosophia com o humanitarismo correcionalista, tentando prevenir as reincidencias com um regimen prisional que evitasse, pela separação dos detidos, a corrupção e contagio moral, e que pelo silencio, pelo trabalho, pelo aperfeçoamento da disciplina e pela instrucção profissional como pela educação religiosa, resgatasse a alma dos pervertidos para a vida honesta, é indubitavel que o penitenciario se mostra improficuo para certas categorias de criminosos: impotente, como é natural, para criar ou desenvolver, no isolamento e no silencio, o sentimento de sociabilidade, abolido ou obliterado; pondo ainda de parte os graves inconvenientes que este regimen offerece relativamente á saude physica e mental dos penitenciarios. A observação tem evidenciado que, por mais perfeito que seja o regimen cellular, ha sempre alguns typos de delinquencia, aliás numerosos, para os quaes a emenda é impossivel, ou extremamente difficil e instavel, como diz FERRI, dominados, como são, por uma constituição organica e psychica anormal. E a isto accresce que, encontrando-se a genese do crime, não só no individuo delinquente, mas, em grande parte, no ambiente physico e social, a correção do condemnado, quando possivel, não é garantia contra a reincidencia, desde que se não consiga modificar o meio externo, especialmente o meio social ¹.

¹ *Sociologia criminale* cit., introd., pag. 4.

4. **Necessidade da prevenção dos delictos.** — Na antiga orientação os criminalistas, concentrando a sua atenção sobre o delicto já manifestado e sobre a *repressão* que devia corresponder-lhe, repressão assente sobre o typo penal da prisão, só, ou combinada com o degredo e com a multa, preocupando-se sobretudo com a *dosagem* jurídica da pena, perdiam de vista a necessidade que mais se impõe, a de *prevenir* os delictos, attenuando ou desviando as suas causas, evitando a formação de tendencias anti-sociaes e as occasiões de delinquir; e deixavam, como pondera o mesmo escriptor, ao arbitrio myope e tardo da auctoridade administrativa o regimen preventivo, por elles considerado alheio á competencia da sciencia criminal, como o medico que tivesse por estranhas á sua arte, á sua função scientifica e prática as normas e providencias hygienicas ¹.

«Uma longa experiencia nos ensina hoje, diz justa e eloquentemente Ad. PRINS, que se os sentimentos altruistas e humanitarios se justificam sempre e devem subsistir até para com os maus, não é menos verdade que os thesouros de caridade e benevolencia de que a sociedade dispõe devem dispende-se *antes da queda*, e que as leis sociaes preventivas são bem mais efficazes na lucta contra o crime, que as melhores leis repressivas. Ensina a experiencia tambem que não é a natureza da pena que actua sobre o homem; a natureza do homem é que deve, ao contrario, dictar ao legislador a fórma de penalidade mais appropriada ao fim que se tem em vista ².

¹ *Obr. cit.*, pag. 8; *La sociologie criminelle*, pag. 5 (Paris, 1893).

² *Science pénale et Droit positif*, préface, pag. XLV (Bruxelles — Paris, 1899).

II

5. Progresso dos estudos experimentaes no seculo XIX; applicação do methodo experimental á criminologia. Deficiencias do methodo classico. A escola positiva. — Na segunda metade do seculo ultimo, diz FERRI, a sciencia experimental, especialmente com o estudo biologico e psychologico do homem, considerado como um dos anneis da cadeia zoologica, e com o estudo positivo das sociedades humanas, como organismos naturaes, tinha já um desenvolvimento grandioso e fecundo, constituindo um ambiente intellectual e uma orientação geral, de que as investigações sobre os phenomenos criminaes são apenas um aspecto particular ¹. E accrescenta: o novo movimento foi iniciado, na parte anthropologica, por Lombroso, e secundado logo depois, na parte sociologico-juridica, por uma pessoa, que não importa nomear, com a publicação de um livro que em 1878, entre os defeitos de uma obra juvenil ², affirmava a intenção de applicar o methodo positivo á sciencia do direito criminal, e desenvolvia especialmente o lado sociologico das novas investigações, dando á nova orientação o nome de *Sociologia criminal* ³. «A applicação do methodo experimental ao estudo dos delictos e das penas, emquanto introduz no ambito do technicismo juridico abstracto o alento das novas observações feitas, não só pela anthropologia criminal, mas pela es-

¹ *Obr. cit.*, ed. ital., pag. 4.

² *La teoria dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio* (Florença, 1878).

³ *Sociologia criminale*, ed. 4.ª, pag. 10.

tatística, pela psychologia, pela sociologia, representa verdadeiramente uma nova phase na evolução da sciencia criminal ¹.

Realiza-se d'este modo na criminologia um movimento analogo ao que se verifica, segundo a lei de COMTE, em relação a todas as mais sciencias, que, antes de ascenderem ao estado positivo, passaram pelo estado theologico e metaphysico.

Ainda nos principios do ultimo seculo a medicina se achava, em certo modo, na phase metaphysica. Era *nosologia*: estudavam-se as doenças como entidades abstractas; o medico preocupava-se com a *doença*, e attendia muito pouco ao *doente*, ao seu temperamento, precedentes hereditarios e pessoas, meio em que tinha vivido, etc. Depois é que começou a estudar a pessoa viva do doente, com todos os processos da observação scientifica (thermometria, microscopio, auscultação, analyse chimica, etc.). Identica foi a evolução da psychiatria, que a principio só considerava as fórmulas abstractas da loucura ².

« O criminalista classico attende ao furto, ao homicidio, etc., como entidades juridicas, só com o auxilio da logica abstracta, e com as ideias e os sentimentos de homem normal e honesto, que elle projecta para a consciencia dos criminosos. Assim estabelece que o remedio do delicto é a pena, e, por um calculo de que nunca soube dar as razões positivas, e que muitos criminalistas classicos têm declarado impossivel, comina para cada delicto uma pena prefixada, como para as antigas fórmulas nosologicas se prefixavam os medicamentos. O *homem* que perpetra o crime, fica para o

¹ *Obr. cit.*, pag. 12.

² FERRI, *obr. cit.*, ed. fr., pag. 9.

criminalista classico num plano inteiramente secundario, como o docente para os medicos de ha cem annos: para o jurista elle é apenas um termo de applicação das suas fórmulas abstractas e juridicas. Unicamente certas condições pessoaes, que pela sua evidencia não era dado preterir, taxativamente fixadas, penetram nos raciocinios do jurista: como a falta de discernimento (menores, surdos-mudos), a inconsciencia (alienação mental, somno ou somnambulismo), a embriaguez, o arrebatamento das paixões. Fóra d'estas, os precedentes hereditarios e pessoaes, a educação recebida, as condições physiologicas, intellectuaes e economicas, o meio physico e social, tudo isto que aliás é inseparavel de cada acto individual, não tem logar nos raciocinios do jurista, e portanto do legislador, embora se imponha ao juiz, que tem deante de si um homem que vive e falla »¹.

O criminalista classico sabe muito bem distinguir a tentativa do delicto frustrado e do consummado, gradúa os participantes no crime segundo a importancia do papel que nelle desempenharam, levou mesmo á perfeição o estudo de alguns capitulos do direito penal, mas não saberia, accrescenta o mesmo escriptor, responder aos mais instantes problemas para os quaes a sociedade moderna reclama uma solução prática e efficaz². Encerrado na sua consciencia de homem honesto, emprestando aos criminosos os seus proprios sentimentos (*auto-morphismo*), suppondo que as acções d'elles são todas deliberadas, como o são em regra os actos do homem reflectido e psychicamente bem ponderado, e que os *motivos* de resolver tẽem para elles

¹ *Obr. cit.*, pag. 9, ed. ital., pag. 16.

² *Obr. cit.*, ed. ital., pag. 17.

o mesmo valor que para um agente normal, cura de organizar a *coacção psychologica* sufficiente para neutralizar a inclinação malefica e afirmar o direito, desconhecendo que ha delinquentes que não deliberam, porque são impulsionaes, e que os capazes de resolver, e até de premeditar, assim como são privados daquelle grau de senso moral necessario para que o crime lhes inspire repugnancia, e por isso o tomam como uma industria, com seus perigos, como muitas industrias licitas, tambem carecem d'aquelle grau de sensibilidade, physica e moral, que, representando a um espirito equilibrado o soffrimento e a vergonha, desviam o homem dos actos reprehensíveis; e ainda daquelle grau de previdencia que nos premune contra o perigo. Caracteristicamente imprevidente, o criminoso prende-se á esperança optimista da impunidade ¹. « Os factos não confirmam o juizo que o criminalista honesto fórma do carcere, como logar de dor e infamia: asylo de camorristas, é para muitos delinquentes um meio de viver á custa do Estado » ².

Conclue FERRI em resumo que, assim como a escola fundada por BECCARIA se propôs e conseguiu dois fins: na ordem prática a *diminuição das penas*, e na ordem theorica o *estudo abstracto do delicto, como ente juridico*, tambem a escola positiva se propõe dois fecundos ideaes: praticamente a *diminuição dos delictos*, e theoreticamente o *estudo concreto do delicto, como acção humana, como facto natural e social*, investigando as causas deste phenomeno de *pathologia social*, cujo conhecimento habilite á descoberta de remedios efficazes, se não para supprimir a criminalidade (porque a na-

¹ Segundo o calculo de FERRI, 30 por cento ficam *desconhecidos*, e outros 30 por cento *impunes* — *Sociol. crimin.*, 4.^a ed., pag. 18.

² *Ibid.*, pag. 19.

tureza tem anomalias que poderão mitigar-se, mas não eliminar-se), ao menos para retê-la e impedir o seu desenvolvimento. Além de que, tendo a escola classica levado até ao exaggero os *direitos individuaes* do homem criminoso em face da sociedade, a escola positiva propõe-se equilibrar o elemento social com o elemento individual, em harmonia com a lei de acção e reacção que domina o mundo moral, do mesmo modo que o mundo physico: toda a força que se desenvolve demasiadamente em determinada direcção provoca uma reacção em sentido opposto, que, a seu turno, tende a exceder os justos limites, estabelecendo-se emfim a corrente media e definitiva para cada momento historico ¹.

Não se trata de fazer tábua rasa do passado. « A sciencia penal, diz AD. PRINS, deve retemperar-se nas fontes da vida, como deve retemperar-se nessa outra fonte de verdade: a historia » ².

Um dos erros dos aprioristas classicos foi que, convencidos de haverem atingido a perfeição e professando um grande desprezo pelas lições do passado, e pela experiencia em geral, se lançaram na abstracção para pairarem no vacuo. Os verdadeiros homens de progresso são os que respeitam o passado, disse RENAN.

A sciencia criminal, segundo a confissão do innovador mais talentoso da escola italiana, propõe-se vivificar pelos estudos experimentaes a parte verdadeira e perenne do direito criminal, e não destruir quanto se fez até ao presente no campo estrictamente juridico ³.

¹ *Ibid.*, pag. 23, ed. fr., pag. 13.

² *Obr. cit.*, prefacio, pag. XLVIII.

³ FERRI, *obr. cit.*, 4.^a ed., pag. 25.

III

6. Sociologia criminal: caracter d'esta sciencia e suas relações com a sociologia geral e com o direito penal. — No capitulo final da sua obra, sob o titulo de — *O futuro da sciencia e da prática penal*, diz FERRI que a sciencia criminal, *na base e nos meios de investigação*, é um ramo da sociologia, tendo por sciencias preliminares a anthropologia e a estatistica, na parte destas que se occupa do homem delinquente e da sua actividade anti-social; mas que, *nos resultados e no fim ultimo*, é ainda uma sciencia *juridica*.

Assim o estudo dos factos sociaes, ou da actividade humana no organismo social, é, depois de AUGUSTO COMTE, a *Sociologia geral*, que, segundo a natureza dos factos sociaes, se reparte em varios ramos. É, como a lucta pela vida póde travar-se como uma actividade normal, quer dizer, coordenada com as condições de existencia dos outros e da sociedade, ou com uma actividade anormal, sob a influencia perturbadora de certas causas, as sociologias especiaes desenvolvem-se em dois campos distinctos, mas não separados, tendo em commum o fundamento da sociologia geral, consoante ellas se occupam da actividade humana normal, social, juridica, ou da actividade anormal, anti-social, anti-juridica.

Do mesmo modo que na ordem organica, sobre o fundamento commum da biologia (sciencia da vida individual) distinguimos a physiologia e a pathologia, conforme se trata de phenomenos biologicos normaes ou anormaes; assim no que SPENCER denomina ordem superorganica, sobre o fundamento commum da sociologia geral (sciencia da vida social) teremos, de um

lado, uma sociologia economica, juridica, politica, e do outro, a sociologia criminal.

Para FERRI a anthropologia (physio-psychologia) e a estatistica criminal, bem como o direito criminal e penal, são capitulos particulares da nova sciencia da sociologia criminal ¹.

COLAJANNI, examinando as relações da sociologia com a sciencia do direito, diz que, uma vez concedidos direitos de cidade á sociologia na classificação das sciencias, temos de subordinar-lhe todos os ramos que se occupam dos diversos phenomenos sociaes, sendo assim injustificavel a pretensão de attribuir uma superioridade hierarchica, ou, ao menos, uma independencia completa, á sciencia do direito. Analysando a doutrina de LUCCHINI, reconhece a suprema importancia desta ultima sciencia, de cujo desenvolvimento depende o maior ou menor grau de civilização, sem que todavia possa, por isso, numa classificação de sciencias, considerar-se o direito como superior á sociologia ou independente della. O direito, talvez a par com a economia social, constitue um dos mais importantes capitulos daquella sciencia, que, embora modernissima, não póde deixar de comprehender cada uma das sciencias que se occupam das manifestações particulares da vida social. E nada representaria a sociologia, se não as comprehendesse. No organismo sociologico a função do direito póde ser tão primacial como a do cerebro no organismo individual, sem que possa dizer-se que esta *parte* seja independente do *todo*, só porque é suprema a sua importancia ².

FULCI, dominado por um individualismo exaggerado, pretendeu entregar o governo do mundo social a duas

¹ *Sociol. crimin.*, ed. fr., pag. 575; 4.^a ed. ital., pag. 919.

² COLAJANNI, *La sociologia criminale*, cap. 1, pag. 29 e segg.

sciencias autonomas: a sociologia, estudando o organismo social e as suas necessidades, e o direito, tendo por objecto a *força especifica* desse organismo, que é a *proportio hominis ad hominem*, proporção fundada na autonomia pessoal. Mas, como nota COLAJANNI, o enunciado da justiça, *proportio hominis ad hominem*, suppõe a coexistencia e a vida de varios homens em contacto e em relações reciprocas; suppõe a *Sociedade*. Pertence portanto a alludida força especifica tão legitimamente á sociologia, como a *affinidade* á chimica ¹.

7. Continuação. Contendo proprio da sociologia geral.

— A questão das relações da sociologia criminal com o direito penal liga-se a outro problema, preliminar e tambem delictado, — o do conteúdo proprio da sociologia geral.

Se, por um lado, FERRI pretende que a sociologia criminal absorva o direito penal, que seria apenas um capitulo da nova sciencia, por outro parece que deixa a sociologia geral sem objecto, quando a figura scindindo-se em varios ramos, que, tendo embora um tronco commum, um *fundamento* commum, como elle diz, levam em si toda a substancia da sciencia mãe. E tanto que FERRI contrapõe á sociologia criminal, pathologica, as *sociologias* economica, juridica e politica, que estudam os phenomenos da actividade social normal ou physiologica. De modo que sociologia é apenas um *nome* com que se designa um grupo de sciencias, e o que ha de real são essas sciencias, embora ligadas por laços de interdependencia e de solidariedade e pela comunidade dos novos methodos que devem fecundá-las.

¹ *Ibid.*, pag. 33.

« Esta questão, diz GIDDINGS, tem dado muito cuidado aos sociólogos. Contém todo o problema das relações da sociologia com as sciencias sociaes especiaes, e synthetiza a dúvida dos que não admittem a necessidade, nem a possibilidade de nenhuma outra sociologia que a que jaz na collecção das sciencias sociaes. Por isso é mister examiná-la escrupulosamente em qualquer estudo do dominio da sociologia » ¹.

Para SPENCER, a economia politica, a jurisprudencia, a theoria do Estado, etc., são partes diferenciadas da sociologia e sufficientemente distinctas como sciencias coordenadas. Comre, ao contrario, não as reputava sciencias, porque considerava a vida como indivisivel, e intendia que a verdadeira sciencia só podia estudá-la como um todo; tarefa impossivel, attenta a complexidade e o enorme desenvolvimento das sciencias sociaes especializadas, a ponto que, nota GIDDINGS, o mais corajoso estudante apenas poderá tentar appropriar-se de uma em toda a sua vida. Uma sociologia assim concebida não corresponde a nenhum fim práctico, e é mister, na phrase do mesmo sociologo, descobrir uma *substancia* para este substantivo. E nesse empenho cada philosopho social cria uma sociologia segundo a sua especialidade: o economista preenche-a com uma economia politica nebulosa, a abranger problemas ou factos em desaccordo com as fórmulas orthodoxas; para o alienista ou para o anthropologista criminal ella será uma *pathologia social* », etc. ².

COLAJANNI, que primeiramente considerara o direito como um dos grandes capitulos da sociologia, rectificando, affirma que esta ultima sciencia occupa, em

¹ *Principes de Sociologie*, trad. de LESTRADE, pag. 26 (Paris, 1897).

² *Ibid.*, pag. 27.

frente dos differentes ramos do saber que se incumbem distributivamente das varias categorias de factos sociais, a posição que a philosophia em geral toma hoje em relação a todas as outras sciencias. Procedendo da necessidade de coordenar o exame dos phenomenos da vida social e de considerar as acções e reacções que incessantemente uns exercem sobre os outros, a sociologia respeita a *autonomia* de cada sciencia social, e a cada uma deixa um campo de actividade bem delimitado, permittindo o desenvolvimento congruo e facil de todas. A todas comprehende e coordena, de modo a illuminar a vida, e *toda a vida* do organismo social ¹.

Esta funcção coordenadora de uma philosophia das sciencias ninguem a explicou mais nitidamente que AUGUSTO COMTE. Os antigos, e particularmente ARISTOTELES, já haviam designado pela palavra — philosophia o systema geral das concepções humanas; COMTE acrescentava — *positiva*, para indicar que as theorias philosophicas deviam ter por objecto a coordenação dos factos *observados*, funcção que constituia o ultimo estadio da philosophia geral, primitivamente theologica e depois metaphysica. A philosophia positiva era assim, não o conjuncto de todas as sciencias de observação, consideradas até nas suas especialidades mais pormenorizadas, como na Inglaterra se intendia a *philosophia natural*, mas só o estudo das *generalidades* das differentes sciencias, concebidas como sujeitas a um methodo unico e constituindo as differentes partes de um plano geral de investigações.

«Formar assim, diz COMTE, com o estudo das generalidades scientificas uma secção distincta do grande trabalho intellectual é alargar a applicação do mesmo

¹ *Obr. cit.*, pag. 37

principio de divisão que successivamente separou as diversas especialidades. Emquanto as differentes sciencias positivas tiveram somenos desenvolvimento, as suas relações mutuas não tinham assaz importancia para provocar, ao menos de modo permanente, uma classe particular de estudos, e ao mesmo tempo a necessidade d'elles era menos urgente. Hoje cada uma das sciencias adquiriu separadamente tanta extensão, que o exame das relações entre ellas póde ser objecto de estudos seguidos, que, por outro lado, se tornam indispensaveis para prevenir a dispersão das concepções humanas. Tal é a fórma por que eu concebo o destino da philosophia positiva no systema geral das sciencias positivas propriamente ditas» ¹.

A. GROPPALI, como COLAJANNI, estabelece o paralelo da sociologia com a philosophia, definindo aquella — o estudo geral das fórmas sociaes e das suas acções mutuas, e accrescentando que a sociologia representará assim em relação ás sciencias sociaes particulares o mesmo papel que a philosophia a respeito das diversas sciencias ².

«A sociologia — diz RIVERA, explanando a mesma ideia — vem a ser, não só o ponto a que todas as sciencias sociologicas convergem, mais ainda, como nota VANNI, a raiz e o fundamento commum; sciencia, por um lado, synthetica e coordenadora; por outro, mãe e dirigente. Nem por isso as varias disciplinas scientificas, que se incumbem das categorias dos phenomenos, consoante os seus differentes aspectos, verão sacrificada a autonomia propria sobre o altar da

¹ *Cours de philosophie positive*, 2.^e édit., tom. I, *avertissement*, pag. 5, 1.^a liq., pag. 28 (Paris, 1864).

² *L'Année sociologique*, tom II, pag. 184.

synthese sociologica. . . Nada perderão da sua razão de ser, nem da sua esphera de acção, pelo facto de entrarem no plano geral de uma sociologia scientifica coordenadora». O resultado será, pela aquisição d'essas leis mais universaes, que correspondem ás que na natureza physica condicionam a existencia da materia em geral, a determinação «das condições, elementos e bases imprescindiveis da sociabilidade humana nos varios aspectos que póde assumir ¹.

GIDDINGS, que, como vimos, mostrou a necessidade de se submeter a um exame cuidadoso este assumpto, não se afasta sensivelmente d'esta doutrina. A sociologia é uma sciencia social geral; mas uma sciencia geral não equivale a um grupo de sciencias, embora o termo venha a ser ainda empregado para designar, na fórma mais breve, a collectividade das sciencias sociaes». Quando os phenomenos que pertencem a uma classe unica, e que portanto interessam a uma unica sciencia, são tão numerosos e complicados, que nenhum investigador póde aspirar a estudá-los, distribuem-se por varias sciencias particulares, mas nem por isso deixa de ser possivel conceber uma sciencia geral d'esses phenomenos *na sua integralidade*, uma vez que tal sciencia se circunscreva dentro dos attributos communs ás subclasses, e rejeite os attributos particulares. Attributos communs são elementares. Principios geraes são principios fundamentaes. Uma sciencia geral é pois uma sciencia de elementos e de primeiros principios ².

Analogo é o sentido que hoje se dá ao termo —

¹ CESARE RIVERA, *Determinismo sociologico*, pag. 81 e segg. (Roma, 1903).

² *Obr. cit.*, pag. 30.

biologia, que LAMARCK foi o primeiro a empregar, e que A. COMTE adoptou, propondo correspondentemente o de *sociologia*, sem que todavia se generalizassem ambos senão depois de SPENCER. Não se comprehendeu a principio que pudesse haver uma biologia geral com objecto proprio e distincto do que se estudava na historia natural, na botanica, na zoologia, na anatomia e na physiologia. Os biologistas explicaram então que os phenomenos *essenciaes* da vida (estrutura cellular, nutrição, desassimilação, crescimento, reprodução, adaptação ao meio, selecção natural), communs por isso á planta e ao animal, ficavam incompreensiveis pela divisão, sendo indispensavel, para d'elles haver noções verdadeiras e exactas, considerá-los, tanto na sua unidade, como nas suas phases especiaes. E foi pelo assenso a esta doutrina que «a biologia geral se tornou sciencia de laboratorio, activa, edificada e conduzida sobre as bases das sciencias biologicas mais especiaes», ¹.

Tal é o caracter da sociologia. Todos os aspectos da vida social estão já estudados por uma ou por varias das sciencias economicas, historicas e politicas; mas, se a sociedade é um todo, se a actividade social é continua, se ha factos *essenciaes*, certas causas e certas leis que se verificam nas comunidades de qualquer especie e de todos os tempos, ha então verdades sociologicas universaes que é indispensavel versar numa sciencia que, longe de ser a somma das sciencias sociaes, será antes a base commum, no sentido de que os seus principios são os *postulata* das sciencias sociaes, e como taes coordenam o conjuncto

¹ GIDDINGS, *obr. e log. cit.*

das generalizações d'estas, reunindo-as num vasto corpo scientifico.

Em ultima analyse, o conteúdo da sociologia reduz-se aos phenomenos sociaes primarios, ou aos moveis sociaes primitivos ¹.

Outro sociologo, mais antigo, mas de vistas muito originaes, E. DE ROBERTY, chega a identica conclusão, embora considere as sociologias particulares, antes como processos *descriptivos*, conducentes á sociologia (que elle, como COMTE e ao contrario de SPENCER e de GIDDINGS, tem por sciencia *abstracta*), do que como sciencias autonomas.

Nas sciencias biologicas e sociaes a *experimentação* é substituida pela *descripção*, que é o seu utensilio proprio, o seu methodo caracteristico, e assim « nada mais facil que explicar e justificar, pela natureza particular do processo descriptivo, a formação desses quadros, dessas classificações, desses corpos de factos e de observações, *antes que de doutrinas*, que se amontoam no vestibulo da sciencia abstracta, etc. » ².

As sociologias particulares constituem, na concepção e na terminologia de ROBERTY, a *historia natural*; a sociologia é que é a *sciencia natural* da sociedade.

É o que elle chama *theoria da estratificação*, ou antes — *da bipartição* ³.

A sociologia é uma fórmula scientifica mais elevada, que as disciplinas sociaes puramente descriptivas já existentes, que devem ser conservadas, tendo em vista a preparação e desbaste dos materiaes sociologicos. « Consequentemente a sociologia geral só se occupará dos factos e das relações já convenientemente descri-

¹ GIDDINGS, *obr. cit.*, pagg. 31 e 33.

² *La sociologie*, cap. III, pag. 27 (Paris, 1881).

³ *Obr. cit.*, cap. VII, pag. 113.

ptas e pormenorizadas pelos exploradores especiaes, reduzindo a sua tarefa á descripção e classificação dos typos de associação e dos modos de actividade social *mais essenciaes e mais geraes* ¹.

8. Distincção entre conhecimentos theoreticos e conhecimentos praticos. Caracter geral e importancia das sciencias normativas ou de applicação. — Consideradas como disciplinas *descriptivas*, constituindo a historia natural das sociedades, as sciencias sociaes particulares são essencialmente *theoricas*, mas em algumas dellas o espirito providente do homem tem enxertado sciencias *práticas*, ou *artes*, que deixaram de ser empiricas para se tornarem scientificas.

Saber para prever, prever para prover. Pelo estudo dos factos attingimos as suas leis; a lei é para o espirito uma antecipaçoão do futuro. Como a memoria é uma post-visão, o raciocinio é uma previsão, diz BINET ². Mas, visto que na ordem psycho-social o determinismo impera tão soberanamente como na ordem physica, modificados os antecedentes, a modificação ha de reflectir-se nos consequentes. Assim é que procuramos influir nos phenomenos, alterando as condições da sua producção, umas vezes para melhor os conhecer (*experimentação*), outras para os prevenir. Nas sciencias biosociologicas ha tambem esta fórma de experimentação, realizada ora para verificar, ora para dirigir e governar. Formular uma norma de proceder e instituir um preceito é experimentar uma verdade geral theoretica, procurando desviar um facto nocivo á vida. A necessidade de conservar a vida, — os intuitos beneficos

¹ *Ibid.*, pag. 115.

² *La psychologie du raisonnement*, pag. 155.

é que tornam nestas sciencias o processo de experimentação unilateral e restricto.

Toda a regra prática deve reflectir um conhecimento theorico, empirico ou scientifico, de leis naturaes.

O unico fundamento objectivo accetavel dos principios da moral está, como pensa ROBERTY, na organização, na estrutura intima da sociedade e nas leis que regem esta estrutura e o seu funcionamento natural. « A sciencia juridica, tão rotineira, tão estreita nos processos de analyse, como frequentemente escolastica nos processos de synthese, chegou enfim a comprehender a verdadeira natureza do direito, a propriedade que o distingue — de existir necessariamente *nas cousas* antes de existir na lei, e sabe que legislar não é inventar, imaginar, criar, mas achar, descobrir; — um processo de sciencia social » ¹.

Isto é applicavel — acrescenta — igualmente á moral, que é o fundamento do direito, ou antes o proprio direito, visto por outra face, e sobretudo de mais alto. A moral não é solidaria de nenhuma metaphysica: é a *hygiene social*. Os seus preceitos são verdadeiros preceitos de hygiene e de conservação, não individual, mas social, e neste sentido não ha, nem poderia haver moral individual. « A moral e a hygiene, tratadas como sciencias *derivadas* ou *de applicação*, reflectem exactamente, uma a organização social, a outra a organização physiologica; e as duas constituem naturalmente o ramo mais importante dos nossos conhecimentos práticos. Uma visa directamente á conservação da sociedade, e indirectamente do que hoje se chama o *homem social*; a outra, á conservação do

¹ *La sociologie*, pagg. 6 e 7.

individuo, do *homem physiologico*, e por elle, da especie. Um principio de moral transgredido é sentido pelo corpo social como uma injustiça, precisamente como uma regra de hygiene violada é sentida pelo corpo animal como uma dor physica. A força de ser repetida, a transgressão da moral inevitavelmente conduz a um estado permanente de corrupção social, como as regras da hygiene, á força de serem violadas, se vingam sempre produzindo a doença »¹.

Discutiremos noutro lugar se no terreno da sciencia póde admittir-se, com fundamento em leis mais geraes, outra moral, mais ampla e mais alta, que esta moral social, caracterizada pelo sociologo russo como hygiene social, e diferenciada com inequalavel precisão².

O que por agora importa fixar é a capital importancia da parte prática das sciencias sociaes, corôa dos estudos theoricos, affirmação do *poder* humano que deriva do *saber*. Se a parte descriptiva, de analyse, de abstracção, de comparação, de classificação, leva, de cada aspecto dos phenomenos sociaes, a contribuição de conhecimentos positivos, profundados na especialização, para uma sciencia mais geral que fórma a synthese da vida social, a parte *normativa*, como já tambem foi designada³, destinada a erguer sobre bases *naturaes* uma ordem *ideal*, mais perfeita, representa a contribuição com que cada ramo do saber sociologico concorre, por um dos varios caminhos da utilidade commum, para a felicidade collectiva.

¹ *Ibid.*, pagg. 7 e 8.

² Vej. A. HENRIQUES DA SILVA, *Relações da justiça com a utilidade*, § IV (Coimbra, 1885).

³ *L'Année sociologique*, tom. II, pag. 459.

9. Caracter particular das sciencias ethico-juridicas. Autonomia do direito penal ao lado da sociologia criminal. — D'aqui a necessidade prática de respeitar a autonomia de cada sciencia social, não só pela lei da *divisão do trabalho*, mas ainda pelo aspecto particular sob o qual cada uma d'essas sciencias que se elevaram á concepção fecunda de principios normativos estuda e garante a utilidade social; porque bem pôde acontecer que uma fórmula de procedimento seja util e recommendavel num sentido, inconveniente e inadmissivel noutro.

Por isso é que não é licito confundir os pontos de vista das differentes sciencias práticas: uma regra de prudencia, por exemplo, com uma regra ethica ou juridica.

A sociologia criminal, estudando a genese da criminalidade, conduz naturalmente a certas conclusões de caracter práctico, e é perfeitamente legitimo que estude meios de prevençã e organizações penaes mais racionais, por terem uma base scientifica, e mais adequadas ao effeito desejado da diminuição dos delictos: é legitimo que, depois de fazer pathologia criminal, faça hygiene criminal e therapeutica penal.

Preoccupados com a suppressão ou attenuação do *morbis* criminal, habilitados com o conhecimento de todas as influencias pathogenicas, os sociologos criminalistas deixariam inutil todo o trabalho realizado no campo da investigação, se não trouxessem para o terreno da prática legislativa e judicial a luz dos novos conhecimentos positivos, e mo collaboradores da utilidade social.

Mas, desde que essas providencias, firmadas embora em averiguações sérias, com o concurso de todas as sciencias auxiliares, tenham de ser applicadas *coercitivamente*, como restricções da liberdade individual, ha que indagar outro ponto: se, sendo uteis, como

meios para o fim particular do triumpho sobre o crime, são socialmente uteis no sentido ethico-juridico, isto é, *justas*. E a decisão d'este ponto pertence naturalmente a outro ramo da sociologia, que, estudando o problema da utilidade social sob o seu aspecto particular e depois de theoreticamente determinar as leis da lucta pelo direito, firmou os principios fundamentaes da *ordem juridica*, que faz parte da *ordem social*.

A justiça não é já uma concepção aprioristica, mas uma noção positiva, elaborada sobre o conhecimento da evolução humana e das condições de vida e desenvolvimento do homem no meio colectivo. O que equivale a dizer que a justiça é uma forma de coordenação dos actos reconhecida como indispensavel á conservação e prosperidade social; é um aspecto da utilidade geral, mas um aspecto particularissimo; porque o fim das sciencias ethicas não é determinar as condições de *produção* de um certo beneficio social, mas as condições da sua *generalização*, segundo um principio de *igualdade* bem entendida, que, excluindo todo o privilegio, não exclue a gradação do merito. Uma cousa é estudar a utilidade dos actos em relação ás necessidades sociaes, communs a todos: outra estudar a utilidade dos actos em relação á egualdade natural de todos em presença d'essas necessidades. «As sciencias práticas em geral approximam meios de fins; a sciencia do dever aproxima homens de homens. Aquellas pertence *a parte technica*, porque assim o digamos, da utilidade geral; a esta pertence *a parte equalitaria*»¹. A umas a utilidade geral no sentido *comprehensivo*; á outra, a mesma utilidade no sentido *extensivo*.

Na lucta pela existencia a humanidade chega a rea-

¹ *Relações da justiça com a utilidade*, pag. 60.

lizar a *acomodação pela existencia*, de que resultam vantajosamente, em vez da eliminação dos mais fracos, limitações e obrigações mutuas entre todos ¹.

» Todos os progressos na realização da justiça parece resultarem, com effeito, de uma comprehensão mais lucida e de um sentimento mais profundo da *egualdade* dos seres perante as necessidades, os soffrimentos, certas condições de vida, emfim; todos elles se caracterizam como ascensões graduaes á egualdade no goso das garantias sociaes. Todas as reclamações feitas em nome da justiça são levantadas sob a invocação da egualdade. O que é injusto é o que é desigual, como já dizia ARISTOTELES. Para justificarem a iniquidade da escravidão os philosophos precisaram de adduzir uma desigualdade natural» ². *Humana imprudentia impares esse voluit quos Deus acquaverat*, disse CLEMENTE IV.

Os romanos identificaram o ideal da justiça com a equidade — *aequitas*, que exprimiu a principio a ideia de *nivelamento*, e mais tarde designou ainda o principio de uma distribuição *proporcional* ³. Da egualdade deriva a *proporcionalidade*.

«Justiça é proporção entre as relações humanas; e as normas juridicas que a objectivam têm por fim estabelecer es-a proporção. O que importa dizer: que a evolução juridica acompanha a evolução dos outros phenomenos sociaes, para dominá-la e dirigí-la, não para sujeitar-se a ella» ⁴,

Os grandes principios do direito contemporaneo são as aquisições luminosas de uma longa evolução, seguida através dos despotismos do poder e da oppressão

¹ *Relações da justiça com a utilidade*, pag. 65.

² *Obr. cit.*, pag. 91.

³ SUMNER MAINE, *L'ancien droit*, pagg. 56-59.

⁴ F. PUGLIA, *La lotta per il diritto e l'evoluzione sociale*, pag. 245.

das castas, pela noite dos tempos, entre os gritos dos opprimidos e sobre os restos sangrentos dos revoltados. A nós, filhos da grande Revolução, depositarios do espirito moderno, não é licito esquecê-los.

Foi o esquecimento de um d'esses fundamentaes principios, foi a preocupação *sociologica*, que levou EUGENIO FLORIAN a defender a retroactividade absoluta da lei penal, até quando o factó apparecer pela primeira vez incriminado nella, embora só theoreticamente a defenda nesta hypothese ¹.

«Teremos nós ainda hoje necessidade da arte dos juristas?» — pergunta LISZT num relatorio muito notavel apresentado á *União internacional de direito penal*. «Deveremos realmente continuar a olhar com respeito supersticioso esse velho monumento composto de complicadas noções, que chamamos o direito penal, e escorá-lo com difficuldade para impedir a sua ruina, ou antes abater-lhe resolutamente os muros decrepitos para deixar logar ao novo e arrojado edificio da politica criminal? Na minha opinião — responde o illustre criminalista — por mais paradoxal que ella possa parecer, o codigo penal é a *magna charta* do criminoso. Não protege, nem a ordem legal, nem a sociedade, mas antes o individuo que se revolta contra ellas. Assegura-lhe o direito de não ser punido fóra das condições e dos limites legais. A dupla maxima: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, é o baluarte do cidadão contra a omnipotencia do Estado, — contra a omnipotencia sem reservas da maioria, contra o *Leviathan*. Ha annos caracterizei eu o direito penal como o poder repressivo do Estado legalmente limitado. Posso accres-

¹ *La legge penale nel tempo*, na revista *La scuola positiva*, IV anno, n.ºs 11 e 12.

centar hoje: é a barreira inultrapassavel da politica criminal. . . Defendendo o direito penal, nós defendemos a liberdade individual defrontando-se com os interesses da sociedade. Será atingido pelo poder do Estado, não o que constituir um perigo para a sociedade, mas exclusivamente aquelle que houver sido agente de acções nocivas á sociedade, taxativamente determinadas, nitidamente designadas pela lei. Tal é o sentido da maxima: *nullum crimen sine lege*. E ainda esse não fica fóra da lei, sem direitos nem protecção; mas o mal que poderá ser-lhe infligido é legalmente fixado uma vez por todas. Assim tem de intender-se a outra maxima: *nulla poena sine lege* »¹.

Nós veremos em que sentido, e com que garantias, é hoje admissivel a indeterminação da pena na lei. Porque, do mesmo modo que o direito, tal como a evolução social social o formou, e tal como elle se radicou na consciencia collectiva, reage sobre certas regras da sociologia criminal, ou da chamada politica criminal, inspiradas num utilitarismo estreito e unilateral, assim tambem as necessidades inilludiveis da defesa social podem reagir sobre os velhos aphorismos do direito penal classico, formulados para uma criminologia accentuadamente individualista e muito diversa da sciencia criminal de hoje. Mas o que importa é que os direitos que essas maximas protegiam fiquem sob a salvaguarda de outras garantias compensadoras.

E, diz justamente LISZT, em assumpto nenhum será mais consideravel e duradoura a influencia das investigações criminaes, anthropologicas e sociolo-

¹ *Bulletin de l'union internationale de droit pénal*, 4.^o vol., livr. II, pag. 132 e segg.

gicas, sobre os principios fundamentaes do direito penal, do que no capitulo da applicação de medida ás penas ¹.

IV

10. Politica criminal. — Empregámos aqui já a expressão — *politica criminal*, e é mister esclarecê-la. É uma phrase predilecta dos escriptores allemães. A politica criminal, *Kriminal Politik*, considerada como um ramo da politica geral, é, consoante a define GAUCKLER, «a arte de determinar as providencias applicaveis aos factos sociaes no que se relaciona com o crime, com as suas causas e com os seus effeitos», ou, segundo LISZT, «a exposição systematica dos principios — fundados no estudo scientifico do crime em si e nas suas causas, e da pena nas suas applicações e effeitos — pelos quaes a ordem juridica é ou deve ser defendida contra o crime por meio da pena e das outras instituições sociaes analogas» ².

O congresso internacional de direito comparado, reunido, por iniciativa da sociedade franceza de legislação, comparada e sob a presidencia de PORTREIX, em Paris, a 31 de julho de 1900, e encerrado a 4 de agosto, occupou-se, na secção de Criminologia e de Sciencia penitenciaria, das «novas tendencias em materia penal, da sua influencia sobre o movimento legislativo dos diferentes países, e particularmente da influencia da escola mixta, que considera a legislação criminal essencialmente como um processo de politica social, designado na Allemanha pela denominação de *Kriminalpolitik*».

¹ *Ibid*, pag. 143.

² *Bulletin de l'union international de droit pénal*, 4.^o vol., livr. I, pag 40.

O esforço dos congressistas, como explica o relator geral do congresso, PAULO CUCHE, professor da Universidade de Grenoble, dirigiu-se a mostrar que, no terreno da prática, as conclusões perfilhadas pelos criminalistas modernos são sensivelmente as mesmas, qualquer que seja a diversidade das convicções philosophicas ou religiosas; havendo instituições repressivas, devidas á iniciativa de criminalistas *classicos*, francamente utilitarias e *positivistas*, como a relegação dos reincidentes em França, os asylos para alcoolicos, os institutos para educação dos delinquentes menores, e chegando os positivistas, sempre que se deixam guiar pelo bom senso prático, que é o mesmo em todos os homens, a postulados que nenhuma consciencia espiritualista deixaria de acceitar. «Ha pois um vastissimo dominio de estudo e de acção em que todas as intelligencias podem accordar-se e todas as boas vontades unir-se. É esse o terreno que demarcamos para a politica criminal»¹.

Que vem a ser afinal esta politica criminal? É a *arte de legislar* para o crime, arte que não tem principios ou regras proprias, porque o legislador criminal tem de considerar os preceitos com que se propõe influir na criminalidade, preventiva ou repressivamente, sob aspectos já conhecidos das sciencias especiaes, particularmente da sociologia criminal e do direito penal. São as conclusões práticas destas sciencias que elle tem de coordenar nas reformas destinadas a combater o crime.

A politica criminal, não podendo assim, quer a respeito do phenomeno criminal, quer da correspondente reacção social, tomar para objectivo relações que sejam

¹ *Bulletin* cit., 9.^o vol., livr. I, pag. 22.

estranhas áquelles dois ramos da criminologia, é antes uma *função*, que uma sciencia de applicação ou uma arte. O legislador criminal tem de habilitar-se com varia los conhecimentos do dominio sociologico — economicos, administrativos, juridicos, criminologicos; ha de conhecer sobretudo o direito penal na sua longa evolução e nos seus principios modernos, e a sociologia criminal nas suas investigações tão interessantes sobre as causas do crime e as relações delle com as civilizações, assim como nas indicações práticas a que a observação dos phenomenos naturaes conduz, auctorizadas ainda pela observação directa dos resultados de ensaios já realizados com intuitos preventivos, ou de systemas penaes já experimentados. Mas, depois de todas estas lucubrações, não criou uma sciencia nova: aproveitou e coordenou as noções adquiridas em diversas sciencias.

Não ha pois uma *politica criminal*, como ramo destacado e especializado dos estudos sociologicos.

É certo que o legislador, uma vez de posse das conclusões da sciencia, tem ainda de adaptá-las ás exigencias e condições particulares de cada país e de cada momento historico, ou, como diz FERRI, necessita de fazer baixar as normas da sciencia criminal do ceu das abstracções á realidade terrena¹.

Mas, conforme o reparo do mesmo sociologo, nas sciencias sociaes, tratadas pelo methodo positivo, a theoria outra cousa não é que a vida prática systematicamente observada, como a prática não deve ser senão a theoria em acção. Da competencia da propria sociologia criminal é a limitação das suas conclusões geraes conforme as circumstancias de cada nação e de cada

¹ *Sociologia criminale*, 4.^a ed., pag. 928; ed. fr., pag. 587.

época, e para isso é natural que os sociólogos de cada país, com mais cabal conhecimento das necessidades peculiares da sua patria, adaptem a essas necessidades as suas doutrinas de applicação, fazendo, por assim dizer, sociologia *nacional*. É a sociologia criminal, como sciencia mais geral, irá registando essas observações e estudos de varias procedencias, e em que se reflectem tradições, costumes e condições sociaes diversas, para approximar-se, quanto possível, da realidade.

Para o mesmo effeito se organizam sociedades nacionaes ou internacionaes de sociólogos, de juristas, de criminalistas, que promovem congressos penitenciarios, de anthropologia criminal, de direito comparado, etc., onde são cuidadosamente recolhidas informações de diferentes países, como valiosos elementos para a constituição e para o progresso da sciencia criminal positiva em toda a complexidade dos problemas que são do seu dominio.

Praticamente, o que ha a esperar da sciencia criminal é a determinação dos meios mais *efficazes* para combater a criminalidade, como phenomeno de pathologia social, sem offensa da *justiça*, que a consciencia collectiva não recusa aos proprios delinquentes. Toda a sciencia criminal prática se reduz pois ao que se convencionou chamar sociologia criminal e ao direito criminal, e a chamada politica criminal seria uma sciencia prática *sem objecto proprio*, por muito importante que seja a politica criminal, como *função* de legislar para o crime.

11. Direito criminal positivo. — O producto desta função é a legislação criminal, chamada tambem — *direito criminal positivo*.

A legislação, de qualquer natureza que seja, não obedece só a principios *juridicos*, e neste sentido póde

considerar-se inexacta a synonymia entre o termo legislação e a expressão — direito positivo. Se o legislador necessita de estar de accordo com a *natureza*, se o fundamento de toda a lei positiva é um complexo de leis naturaes, a legislação ha de reflectir necessariamente as inducções de diferentes sciencias, e o legislador carece de enriquecer-se com um grande patrimonio scientifico antes da arriscada tentativa de regular os movimentos sociaes. Uma legislação economica, fiscal, commercial que menosprezasse as leis da economia social, uma legislação administrativa que contrariasse as tradições e as tendencias dos aggregados locaes, seria um factor de perturbação e desordem, e não teria senão uma auctoridade ephemera e facticia.

Tarde se chegou a comprehender isto, e por muito tempo, quer se legislasse, quer se applicasse a lei, procedia-se sob a influencia de necessidades urgentes, pela fórma mais empirica, ou então sob a inspiração de concepções *a priori* ou de sentimentos instinctivos. «Não podia ser de outro modo, diz GAUCKLER, emquanto se consideravam os factos sociaes como dominados pelo arbitrio e modificaveis á vontade do legislador. Methodo fundamentalmente differente se impõe, quando se reconhece que aquelles factos estão sujeitos a ineluctaveis leis, perante as quaes o proprio legislador é forçado a inclinar-se, e que tem de respeitar, se não quizer condemnar antecipadamente a sua obra a ficar mallograda»¹.

Isto veio a proposito do objecto da legislação, que não é só *materia juridica*. A legislação regula relações as mais variadas da complicada vida social, mas, regulando-as com a garantia da *coacção social*, a todas

¹ *Bulletin* cit., 4.º vol., liv. I, pag. 43.

essas relações, qualquer que seja a sua natureza, imprime o caracter de relações *juridicas*, sob as fórmulas correspectivas de *direitos* e *obrigações*, estabelecendo *direito privado* ou *direito publico*. E por isso é que indifferentemente se diz — *legislação criminal* ou *direito criminal positivo*, não obstante dever este ser a condensação prática, não só dos principios *juridicos*, mas também das induções e normas práticas da sociologia criminal, destinadas, não já á realização da justiça, mas á organização dos meios de preservação social.

Se a expressão — *direito criminal positivo* — designa a legislação, a expressão mais generica — *direito criminal* — indica tanto a sciencia theorica e prática dos principios e normas jurídicas, como a arte de systematizar e interpretar as regras legais e de applicá-las ás especies particulares, ou a *jurisprudencia* criminal.

42. Direito criminal e direito penal. Importancia e extensão do direito criminal preventivo. — *Direito criminal* diz mais que *direito penal*.

GAUCKLER, num ensaio de systematização dos estudos criminaes, afirma que, examinando o direito, tal como elle existe, se reconhece que actualmente os estudos jurídicos não tem, em qualquer grau, o caracter de sciencia. Porquanto no direito se não estuda objectivamente nenhum phenomeno, não se determinam causas nem effeitos, não se investigam leis que liguem essas causas e esses effeitos, não se pratica observação nem experimentação. E, quando se appella para principios superiores, pedem-se a outros ramos dos conhecimentos humanos, á economia politica, á moral, á metaphysica e principalmente á legislação positiva ¹.

¹ *Bulletin* cit., 4.º vol., livr. I, pag. 42.

Parece-me haver aqui notavel confusão. Se os phenomenos juridicos são phenomenos universaes no tempo e no espaço, se a passagem da vida *collectiva* á vida *social* se caracteriza precisamente por um esboço de regulamentação juridica, se a lucta pelo direito é a pagina mais emocionante da vasta epopeia humana, como se comprehende que o direito não seja uma sciencia experimental, e que aquelles phenomenos não tenham de ser estudados como quaesquer outros factos humanos da vida natural das sociedades? Como é que os principios superiores do direito hão de procurar-se hoje na metaphysica, que não é senão phantasia, ou na legislação, que deixou de ser a vontade do imperante, para ser o reflexo d'esses mesmos principios, derivados de leis naturaes? Como poderá haver uma sociologia integral sem que haja uma sociologia juridica?

Para aquelle professor o direito é apenas uma *arte*, e é só a arte da *jurisprudencia*. Assim o direito criminal terá por objecto systematizar e applicar as regras *legaes* que dominam os factos sociaes relativos ao crime, distinguindo-se em direito criminal *preventivo* (em que entram as providencias destinadas a proteger a infancia abandonada; o internamento de alienados perigosos, ainda não delinquentes, e em geral todos os preceitos que directamente olham á prevenção do crime), e direito criminal *repressivo*, comprehendendo o *direito penal*, o processo criminal e a legislação penitenciaria.

Ha nesta doutrina a aproveitar a distincção entre o direito criminal e o direito penal, que é exacta.

Direito criminal é o direito que respeita ao crime, e comprehende assim a prevenção e a repressão; é o genero. Direito penal, a parte do direito criminal que respeita ás penas.

Diz GARRAUD que as duas expressões são frequente-

mente empregadas como synonymas ¹, e assim é; mas isto é ainda o resultado da estreiteza de vistas da antiga escola, que só nas penas encontrava meio efficaz de combater a criminalidade pela acção do poder social. O direito criminal abrange as mais variadas relações da vida civil e economica e da administração publica, que possam, não só directamente, como ensina GAUCKLER, mas ainda de modo indirecto, influir na moralidade social; organizando as quaes, possa o órgão dirigente normalizar as actividades e fazer desaparecer o fermento social das tendencias deshonestas. E a verdadeira caracteristica do direito preventivo está exactamente em evitar a formação das más tendencias, porque as providencias chamadas repressivas tambem previnem o crime, é só com esse fim se justificam, mas neutralizando tendencias já formadas.

E não é só aos factores sociaes do crime que a acção benefica do poder social pôde dirigir-se efficazmente, mas até aos factores anthropologicos.

«Experiencias muito concludentes de CH. FÉRÉ, medico de Bicêtre, mostram claramente o papel das intoxicações de toda a ordem na producção d'essas lesões microscopicas, e ainda das lesões mais grosseiras, mal-formações faciaes e cranianas, que denominamos os estigmas da degenerescencia. Por outro lado, o estudo attento dos antecedentes hereditarios, nos frequentadores das prisões, raro deixará de revelar, na ascendencia directa, uma intoxicação, uma d'essas infecções microbianas, capazes de impregnar mais de uma geração: syphilis, alcoolismo, absinthismo, tuberculose; ou que foi a mãe que, no periodo da gravidez, foi ata-

¹ *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, tom. I pag. 3, nota 1.

cada de uma febre eruptiva, de uma pneumonia, etc. Estou convencido de que a rarefacção, pela simples hygiene, das doenças infectuosas, além de diminuir a mortalidade, determinará uma diminuição da *maldade*, ou, se assim querem, da irritabilidade humana»¹.

FLEURY, que escreveu estas elucidativas palavras, resume nas seguintes indicações todo o plano de prophylaxia individual do *morbus criminalis*;

1.^o *Lucta contra a hereditariedade*, pela rarefacção das doenças infectuosas e das intoxicações, principalmente alcoolicas;

2.^a *Desenvolvimento da instrução*, antes de tudo prática, technica e professional, que torne attrahente para o homem do campo a vida campestre, em lugar de o embalar com esperanças chimericas.

3.^o *Educação moralizadora*, subtrahindo-se as crianças aos meios de corrupção, e, se fôr preciso, ao poder dos paes indignos, para serem collocadas em aprendizagem, segundo as vocações e preferencias;

4.^o *Therapeutica e hygiene cerebraes*, instituindo-se nos grandes centros de população *dispensarios para crianças nervosas*, em que recebam tratamento appropriado os pequenos epilepticos, hystericos e neurasthenicos, as crianças tristes, preguiçosas, colericas ou dissimuladas, para o effeito de reparar-lhes a vitalidade, a nutrição do cerebro, a cohesão mental;

5.^o finalmente *organização de um exercito colonial de menores incorrigiveis*, que terão meio de empregar licitamente a sua força em demasia e de satisfazer a sua necessidade organica de actos violentos, os seus appetites de pillagem, soffrendo a acção benefica da

¹ DR. MAURICE DE FLEURY, *L'âme du criminel*, pag. 152 (Paris, 1898).

disciplina e da fadiga em combates que não decidam da sorte da patria, é claro ¹.

Estas e outras providencias preventivas da criminalidade, que teem sido propostas, mostram a extensão que hoje tem o direito criminal preventivo e as relações d'elle com o direito administrativo, economico, civil, etc.

13. O direito criminal preventivo não constitue uma secção diferenciada da sciencia juridica. — Juridicamente taes provisões, entrando nalguma d'essas divisões do direito organizador das complexas manifestações da vida politica e social, teem de moldar-se pelos principios fundamentaes que dõminam o respectivo grupo de relações. Quer dizer: o direito criminal preventivo não obedece a principios juridicos privativos, como o chamado direito sancionador.

Tem de certo a prevenção dos crimes a maxima importancia para o criminalista, do lado da sociologia; porque á sociologia criminal compete, pelo estudo scientifico das influencias que produzem a criminalidade, dar as bases para a prevenção d'ella; não assim do lado do direito, porque o direito preventivo, sendo direito politico ou administrativo ou civil ou industrial, não offerece uma feição original para destacar-se como uma divisão especializada do organismo juridico; não comporta uma codificação, como o direito penal.

¹ *Obr. cit.*, pagg. 178, 180 e 183.

V

14. Objecto e complexidade do nosso estudo.—A sciencia criminal, como secção particular ou diferenciada da sciencia social, abrange precisamente os dois grupos de conhecimentos indicados no enunciado official da 14.^a cadeira da Faculdade de Direito: a sociologia criminal, com o concurso das sciencias e processos auxiliares, — estudo do determinismo criminal, isto é, dos antecedentes causas e da prevenção da delinquencia, assim como dos effeitos do delicto, e, entre estes, da reacção, espontanea ou reflectida, individual, social ou politica, que lhe corresponde; e o direito penal, — estudo dos direitos e obrigações que nascem do delicto, *como infracção*; quer feito no campo da doutrina, quer sobre os textos legaes do direito penal positivo (*jurisprudencia penal*, neste ultimo caso).

Emquanto estudados dentro da esphera de acção da sociologia criminal, diz-se que o crime e a reacção contra o crime são encarados pelo *aspecto sociologico*; como objectos de applicação dos principios do direito penal, os mesmos factos consideram-se sob o *aspecto juridico*. Esta distincção é incorrecta, visto que o aspecto juridico não deixa de ser sociologico, sendo o direito um ramo da sciencia social; mas nenhum inconveniente resulta das deficiencias de rigor nos termos, uma vez que o sentido d'elles seja sufficientemente esclarecido.

Segundo GARRAUD, o direito penal na mais larga accepção, comprehende três partes: 1.^a o *preceito* (edicto e sancção), isto é, a declaração do facto punivel e da pena applicavel; 2.^a a *organização judiciaria penal*,

ou a instituição das magistraturas competentes para perseguir e julgar os delinquentes, pronunciar penas a fazê-las executar; 3.^a o processo, o caminho a seguir para chegar a este resultado, ou, como diz GAUCKLER, o conjunto das condições judiciais da applicação das penas ¹. Este ultimo escriptor acrescenta — a *legislação penitenciaria*, que organiza os modos de execução ou de cumprimento d'essas penas.

Estão fóra da área do nosso estudo a organização judiciaria penal e o processo, por serem materias distribui-las a outras cadeiras da Faculdade, sem que nos dispensemos, quando a relação natural dos assumptos assim o pedir, de indicar em que sentido a sciencia reclama a reforma d'esses dois elementos fundamentaes da prática penal.

É tambem GARRAUD quem assigna á sociologia criminal este triplice objecto:

1.^o Estudo do mundo da criminalidade no seu estado actual e na sua historia;

2.^o Investigação das causas que produzem o crime;

3.^o Indicação e organização dos meios aptos a combatê-lo ².

A esta tripartição COLAJANNI oppõe outra, bastante analogá, e que, essencialmente, representa uma simples inversão na ordem das materias, a qual elle justifica com a conveniencia prática de reservar para o ultimo logar as doutrinas que estreitamente se relacionam com a questão do progresso moral.

Propõe a seguinte distribuição:

1.^o Genese e etiologia do delicto;

¹ GARRAUD, *obr. cit.*, pag. 4: GAUCKLER, *Bulletin cit.*, 4.^o vol. livr. I, pag. 42.

² *Obr. cit.*, tom. I, n.^o 5, pag. 9.

2.º Tratamento do delicto, subdividindo-se esta parte em — *prevenção* ou *hygiene social* (a que correspondem os meios que imprópriamente FERRI denomina *Sostitutivi penali, equivalentes penaes*) e *repressão* ou *direito penal*. COLAJANNI dispensa-se de discutir neste logar a «separação que se vae esboçando entre o direito penal e a *penologia*, que deveria occupar-se do lado technico, hygienico, economico e moral da applicação das penas, ficando para o direito penal a apreciação puramente jurídica».

3.º Historia e evolução da delinquencia, em ordem a verificar a muita, pouca ou nenhuma efficacia dos meios preventivos e repressivos adoptados para combatê-la; «e d'este modo, com o conhecimento dos resultados assim obtidos, ha occasião para expor a parte, por assim dizer, negativa do progresso moral»¹.

Desenvolvendo o seu programma, COLAJANNI discute primeiramente a noção sociologica de *delicto*, passa em seguida a expor, num longo capitulo, as questões de anthropologia relacionadas com a delinquencia, ou os *presupposti scientifici* da anthropologia criminal, destinando os capitulos seguintes ao estudo dos caracteres dos delinquentes, á sua classificação, á discussão do typo criminal lombrosiano e á determinação do caracter da delinquencia nas suas relações com a doença, nomeadamente a nevropathia, a epilepsia e a loucura, com a degenerescencia, com a inadaptação, com o atavismo. Na segunda parte da obra é que directamente aborda a apreciação methodica dos factores do delicto, depois de um capitulo preliminar sobre *libre arbitrio* e *determinismo*, sentido do termo — *factores*, etc., classificando estes em factores *anthropologicos* (caracter,

¹ *La sociologia criminale*, vol. I, cap. I, pag. 40.

idade, sexo, estado civil, hereditariedade, raça), factores *physicos* (clima, estações, temperatura) e factores *sociaes* (revoluções, ociosidade, vadiagem, prostituição, miseria, instabilidade e desigualdade economicas, guerra e militarismo, instituições politicas, religião, repressão). No capitulo final, correspondente á terceira parte indicada — historia e evolução da delinquencia, occupa-se COLAJANNI da origem, caracter e utilidade da repressão (que elle faz figurar, como fica dito, na enumeração dos factores do delicto), e da superioridade da prevenção.

Como se vê, o sociologo italiano não estuda afinal a historia e a evolução da delinquencia, limitando-se a alguns traços rapidos sobre a origem e transformações da *penalidade*.

É igualmente GARBAUD, que só consagra algumas paginas da introdução á systematização, por demais succinta, das doutrinas da sociologia criminal, abstem-se de referencias á criminalidade *na sua historia*.

Num curso de sociologia criminal, realizado ha annos por FERRI no *Instituto dos altos estudos* da Universidade Nova de Bruxellas, o eminente professor tratou das phases de evolução da justiça penal, e, em seguida, da *evolução da criminalidade*, discutindo, sob esta rubrica, os problemas que são objecto dos dois primeiros capitulos da sua sociologia criminal, intitulados — *I dati dell'antropologia criminale* — *I dati della statistica criminale*, problemas que se referem á *historia natural* do criminoso, estudado na sua constituição organica e psychica e na sua vida de relação com o meio physico e social, ás relações da criminalidade com a civilização e aos *sostitutivi penali* ou meios de prevenção do delicto na ordem economica, politica, scientifica, administrativa, religiosa, familiar e educativa.

Não ha, com effeito, uma *historia* da criminalidade,

que possa fazer-se com abstracção da civilização, de que ella é, em grande parte, o producto. Cada phase da civilização humana e cada raça tem a sua criminalidade característica. Esta é violenta nas épocas em que predomina a força; astuciosa, quando prevalece a intelligencia.

De modo que a evolução do delicto acompanha a evolução humana, e na secção destinada ao estudo da *etiologia* é que tem lugar a investigação das relações naturaes de cada fórma de civilização com cada fórma historica de criminalidade.

Este é o sentido que deve ter o n.º 1.º da divisão de GARRAUD, n.º 3.º do plano traçado por COLAJANNI.

A divisão de GARRAUD fica afinal bipartida, e de facto, essencialmente, o conteúdo da sociologia criminal reduz-se ao estudo das *causas* do phenomeno criminal e ao dos seus *effeitos*, contando entre os effeitos a reacção defensiva que no meio social corresponde á acção nociva. É evidente que se torna indispensavel determinar as condições de delictuosidade do facto, ou os elementos componentes da noção sociologica de *delicto*, mas esses elementos não podem deixar de ser procurados entre os effeitos, e só por estes poderá aferir-se a anormalidade e nocividade da acção.

15. Relações da sociologia criminal e do direito penal com outras sciencias. — Numerosas são as sciencias com que a sociologia criminal e o direito penal se relacionam.

Entre ellas uma ha de importancia particular: a *anthropologia*.

Etymologicamente, designaria este termo a sciencia do homem considerado em si e em todas as suas manifestações. Nesta accepção a anthropologia absorveria todas as sciencias respeitantes ao homem, incluindo

a propria sociologia; seria a reunião, sob uma etiqueta *commum*, de sciencias diversas, e com esta ampliação de limites ficaria sem existencia como sciencia distincta e autonoma ¹.

A anthropologia é uma sciencia constituida, e a sua esphera de acção acha-se demarcada. QUATREFAGES definiu-a: a historia dos homens considerados no ponto de vista *especifico*; e TOPINARD: o ramo da historia natural que trata do homem e das especies humanas. A anthropologia pois, diz GAUCKLER, só estuda do homem e dos phenomenos humanos o que aproveita ao proposito de caracterizar a especie humana e as suas variedades ².

E não pôde dispensar-se, para apresentar as suas conclusões num quadro completo, de aceitar os subsidios de diversas sciencias, incluindo a sociologia, que tem de fornecer-lhe os caracteres *sociaes* da especie humana. Neste sentido é licito fallar numa *anthropologia sociologica*, quando se pretenda designar esse capitulo da anthropologia que, aproveitando os resultados da sociologia, define os caracteres *sociaes* da especie humana e das suas variedades.

Reciprocamente, será impossivel estabelecer as leis do funcionamento de uma sociedade, conhecer as acções e as reacções que constituem a *dynamica social* e apreciar o caracter perturbador de certas fórmulas de actividade, enquanto ignorarmos os caracteres organicos e psychicos da especie e os da raça na qual surgiu essa sociedade, assim como os das variedades de individuos ou das categorias especiaes que podem encontrar-se no seio da mesma raça e da mesma sociedade.

¹ GAUCKLER, *Bulletin de l'union internationale de droit pénal*, 4.^e vol., livr. I, pag. 38.

² *Ibid.*, pag. 39.

Os criminalistas anthropologos, antes de tudo, estudam o delinquente pela observação directa nos gabinetes de anatomia e de physiologia, nas prisões e nos asyls de alienados, sob o aspecto organico e psychico, comparando-o com o homem normal, com os degenerados, com os alienados. A investigação technica dos caracteres bio-psychicos do delinquente é assim a tarefa característica da nova sciencia da *anthropologia criminal*; mas, para que esta possa aspirar a separar todos os caracteres que permitem definir scientificamente os criminosos, como uma *variedade* da especie humana, não é indifferente conhecer a delinquencia *em acção* no meio social, e por isso a anthropologia tem de pedir o auxilio da sociologia, que toma conta do delicto, e o aprecia como phenomeno *perturbador* da vida normal da sociedade ¹.

No exame dos caracteres psychicos dos criminosos o anthropologista recorre ás conclusões da nova *psychologia*, que em nossos dias tem feito tão notaveis progressos, graças á adopção dos processos experimentaes, e assim verificará o que ha de especial na formação dos pensamentos e dos sentimentos, no modo de desenvolvimento da actividade intellectual e moral d'esses seres antisociaes; e pela *psychiatria* poderá comparar estas anomalias psychicas com outras fórmulas da pathologia mental.

Ainda o criminalista terá de consultar a *medicina legal*, synthese dos conhecimentos mais importantes da medicina necessarios, não só para a observação scientifica dos accusados, mas tambem das victimas,

¹ FERRI, *obr. cit.*, pag. 71 e segg.; ed. fr., pag. 28 e segg.; GAUCKLER, *obr. cit.*, pag. 40.

e assim indispensaveis para a fixação dos elementos da prova nos casos em que póde haver duvida, quer sobre a existencia do delicto, quer sobre a sua natureza, nomeadamente nos casos de morte violenta, ferimentos e espancamentos, aborto, estupro e envenenamento.

«Os progressos da medicina legal, diz G. VIDAL, principalmente na *toxicologia*, tem contribuido para tornar mais raros certos attentados, como o envenenamento, diminuindo as probabilidades da impunidade. O papel dos peritos medicos é, dia a dia, mais importante, e cada vez se torna mais necessaria uma regulamentação melhor da pericia judiciaria» ¹.

Estudada a influencia individual na genese natural do crime, é mister que o criminalista sociologo procure as influencias sociaes, e para conhecê-las recorre á *estatistica*. A estatistica, na phrase de KROHNE, desempenha, na lueta contra o exercito criminal, o mesmo papel que o serviço de exploração na guerra ². QUETELLET considerava-a o *nosce te ipsum* applicado á sociedade, e TARDE encarece-a como um *sentido social* que desperta. «Ella é para a sociedade o que a visão é para os animaes, e, pela nitidez, pela celeridade, pela multiplicidade crescente dos seus quadros, das suas curvas graphicas, das suas cartas coloridas, torna-se esta analogia cada dia mais exacta, porque realmente o olho não é mais que um admiravel apparatus de registo, rapido, instantaneo, original, das vibrações opticas, que passam na fórmula de quadros visuaes continuos, especie de atlas incessantemente renovado» ³.

¹ *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 2.^a ed., n.º 57, pag. 66 (Paris, 1901).

² Apud FERRI, *obr. cit.*, 4.^a ed., pag. 267, ed. fr., pag. 131.

³ *La Philosophie pénale*, cap. VI, pag. 293.

Na estatística se firma a convicção moderna do determinismo criminal. Agrupando methodicamente os factos sociaes que se prestam a uma avaliação certa, particularmente a uma avaliação numerica, ella patenteia os progressos ou a diminuição da criminalidade a par de certas mudanças nas condições da vida social, ou parallelamente a certas modificações do meio em que se encontram os individuos. As mais imperceptiveis variações, inherentes a determinadas circunstancias pessoais, como o sexo, a idade, o grau de instrução, ou physicas, como os logares, a temperatura, as estações, ou economicas e moraes, como as boas ou más colheitas, o numero de fallencias, o consumo do alcool, são accusadas nas ondulações das curvas estatisticas, de maneira a podermos estabelecer todas as numerosas relações da criminalidade, individuaes, territoriaes, intellectuaes, politicas, religiosas, economicas e industriaes, e a chegarmos á descoberta das leis que a regem. Instrumento e processo de observação, antes que *sciencia*, a estatística é um admiravel *sociometro*, como a qualifica TARDE, chamado a prestar aos criminalistas serviços analogos aos que o thermometro presta aos physicos, ou, conforme a comparação de GARRAUD, aos que a micrographia presta á physiologia ¹.

A sciencia criminal tem ainda de viver em amidadas e intimas relações com outras sciencias e com differentes ramos do direito.

Entre as sciencias, escusado seria mencionar, em vista do que fica exposto, a *economia politica*. Se, como pondera VIDAL, a producção, a distribuição e o

¹ GARRAUD, *obr. cit.*, n.º 4, pag. 8; G. VIDAL, *obr. cit.*, n.º 55, pag. 64. Cf. ROBERTY, *La Sociologie*, pag. 116.

consumo tem influencia certa, e por vezes consideravel, na produção dos delictos, dever é do legislador e dos que querem lutar contra o desenvolvimento da criminalidade ter em consideração as leis economicas na organização da prevenção ou da repressão.

Para uma prevenção efficaz o criminalista precisa tambem de penetrar na área da competencia da *administração* e do *direito administrativo*, que tem por objecto as condições destinadas a assegurar a satisfação das necessidades do Estado e a regular o exercicio das multiplas funções da auctoridade social, consoante a definição de VIDAL.

Para que se torne desde logo evidente o valor das providencias administrativas relativamente ao nosso assumpto, basta considerar os serviços, progressivamente mais complexos nas nações cultas, da repartição especial da Assistencia publica.

O nosso estudo necessita ainda de illustrar-se com as lições do passado e com o conhecimento das instituições actuaes nos países civilizados.

Tem pois de conferir-se com a *historia* e com a *legislação comparada*.

Já nos referimos ás relações da criminalidade com a civilização. A historia das civilizações habilita-nos a comprehender o movimento da criminalidade, descobrindo-nos as causas sociaes de algumas fórmias desapparecidas e as que determinaram o seu desapparecimento ou transformação, assim como nos explica as metamorphoses do espirito publico, que reclama num periodo historico os rigores penaes para factos de que posteriormente se desinteressa, graças á mudança nas necessidades sociaes e ao progresso das ideias e dos sentimentos de tolerancia e liberdade.

Assim é que as legislações penaes se modificam, através do tempo, nos systemas incriminatorios, como analogamente nos systemas de penalidade, consoante a evolução dos principios politicos.

E aqui se nos offerece uma relação nova da sciencia criminal: a conformidade das instituições represivas com o character do *direito politico*. O respeito da liberdade individual nos seus diversos aspectos — liberdade de consciencia, de pensamento, de palavra, de imprensa, de associação, tem como effeito natural a eliminação de grande numero de incriminações, characteristics do regimen prohibitivo da intolerancia e do absolutismo. «Aos progressos do direito constitucional e politico, e não aos da moral social, é que vemos, como affirma G. VIDAL, a suppressão dos antigos crimes de heresia, de atheismo, de blasphemia, de sacrilegio, de lesa-majestade. A legislação constitucional e politica exerce igualmente influencia directa sobre a fixação dos direitos do indiciado e do accusado no decurso do processo, bem como sobre o modo de regular as formalidades no intuito de proteger os direitos da defesa e da liberdade individual»¹.

No final do seu extenso estudo sobre o direito penal dos romanos, escreve RENÉ ROLAND:

«Roma, como a maioria dos povos antigos, passou, quanto ao direito penal, por successivas transformações. Mas porventura o que na sua historia é mais interessante salientar é a influencia das revoluções politicas sobre a legislação criminal, e este ponto especial é o que me esforcei por esclarecer. Emquanto Roma desfructou a liberdade, e principalmente quando, pelo

¹ *Obr. cit.*, n.º 53, pag. 63.

estabelecimento das *quaestiones perpetuae*, a democracia romana deu provas de alta sabedoria, o systema das incriminações e das penalidades era penetrado de notavel espirito de moderação e de justiça, não obstante as discordias civis, essas rivalidades entre as duas classes da sociedade, serem já então causa de muitas desordens. Mas, quando o despotismo logrou confiscar em seu proveito todas as forças vivas da nação, quando já não havia outro direito e outra equidade, que o bom prazer do principe, a noção do justo e do injusto tendia a desapparecer, multiplicaram-se ao infinito as incriminações, tornaram-se excessivas as penas. Ao sopro da tyrannia toda a justiça se apagava.¹

É convincente este exemplo historico.

Álem da *historia*, que, do mesmo modo que a estatística, não é propriamente uma sciencia social, mas antes um meio de descoberta e um modo de investigação que cabe em todas as divisões possiveis da sciencia social, sendo a descripção dos attributos de *successão*, como a estatística é a descripção dos attributos de *coexistencia*², mencionámos a *legislação comparada*.

É um processo ou disciplina sociologico-juridica que em nossos dias tem adquirido grande incremento, graças aos esforços da *Sociedade de legislação comparada*, publicando um *Annuario de legislação estrangeira* e fazendo traduzir codigos de varias nações. Tambem a *Sociedade geral das prisões* destina ás instituições penaes e penitenciarias dos países euro-

¹ *De l'esprit du droit criminel aux différentes époques, dans l'antiquité, dans les temps modernes.* etc., pag. 310 (Paris, 1880).

² ROBERTY, *obr. cit.*, pag. 116.

peus e americanos uma parte da sua *Revista penitenciaria*.

É claro que, pelo estudo comparativo das legislações, tendo em consideração as diferenças de costumes e de organização social e politica, o methodo experimental adquire, pela extensão do campo de experiencia, todo o seu poder de convicção, se para afeirmos pelos resultados, já verificados em países de cultura analoga, o valor dos meios preventivos ou repressivos excogitados contra a criminalidade, completarmos aquelle estudo com as informações que de toda a parte confluem aos congressos internacionaes ¹.

Intencionalmente, nesta revista das sciencias e disciplinas com que a sciencia do crime tem de viver em intimidade, deixámos para o ultimo lugar o *direito civil*, que sob um duplo aspecto se relaciona com o nosso estudo.

Emquanto o direito civil *organiza* as relações privadas, e *declara* os direitos inherentes á personalidade juridica, ou relativos á familia, á propriedade, ás obrigações contractuaes, ás successões, interessa á criminologia pelo mau influxo que uma viciosa organização d'essas relações póde exercer sobre a formação do character e sobre as circumstancias que provocam ao delicto. E neste sentido as reformas do direito civil organizador são eminentemente reformas de direito criminal preventivo.

Mas o direito civil confina tambem com o direito penal pelo capitulo das sanções, isto é, como direito *sanccionador*.

O que caracteriza a infracção criminal é a commi-

¹ VIDAL, *obr. cit.*, n.º 59, pag. 67.

nação de uma pena; é isto que a distingue da *infração civil* no direito *constituído*. Mas de que modo se deva chegar ao direito constituído, não tacteando pelas veredas incertas do empirismo, senão cortando a direito pelo caminho da sciencia, é uma investigação da maior delicadeza. Que elementos constituem, sociologicamente e juridicamente, sobre o terreno doutrinral, a noção de *delicto*, no sentido mais geral? Em que se baseia a *incriminabilidade* de uma acção ou de uma omissão? Sob que condições transpõe um facto os limites da sanção civil e vae cair sob a jurisdicção do direito penal? Qualquer solução é inacceptavel, se não explicar as transformações historicas do direito inriminatorio, sob a instigação dos interesses da classe preponderante, ou sob a pressão da consciencia collectiva, que vibra ao sentimento das necessidades sociaes, e onde directamente ellas vão repercutir-se. Mais ou menos amplo será o dominio do direito penal, conforme essas influencias e necessidades, variaveis com a civilização, com a orientação do espirito publico, com a organização politico-social; e, quanto mais se ampliar o objecto de applicação das sanções penaes, mais restricta fica a lista dos *delictos civis*.

G. VIDAL considera todas as sanções civis como sanções de *reparação*, e distingue-as em três variedades: o restabelecimento do estado anterior, pela destruição do estado anti-juridico; a nullidade dos actos anti-juridicos; a reparação dos damnos causados por esses actos. Acrescenta que, se as sanções civis bastam para *reparação* do mal produzido pela violação do direito, a legislação penal não tem de intervir; essa violação fica na dependencia exclusiva da legislação civil. Mas torna-se necessaria a sanção penal, quando as sanções civis são havidas por insufficientes pela gravidade do mal causado, pelos sentimentos anti-

sociaes, perversos e perigosos, que o acto revela no agente, pela emoção publica determinada por esse acto, e pela impossibilidade de se prever a sua execução ou de os cidadãos assegurarem antecipadamente a sua defesa.

D'esta exposição mesma se infere que é inexacto que as sancções civis sejam unicamente sancções de *reparação*. Recorre-se ás penas, quando se reputam insufficientes as civis pela impossibilidade de prever a execução do acto lesivo e de assegurar contra elle a defesa social. O character subsidiario do recurso ás sancções penaes significa que as do direito civil não são estabelecidas no intuito exclusivo de *reparar* o damno causado pelo acto anti-juridico, mas tambem por um fim de prevenção directa das offensas e de protecção providente dos direitos contra futuras lesões.

Ha violações, perfeitamente *reparaveis* no ponto de vista economico, que todavia importam responsabilidade criminal, como o furto, seguido de restituição immediata. Pertencerá, como numerosas outras, ao direito penal, até quando nenhum damno haja a reparar, como no caso de não passar de simples *tentativa*. Outras lesões ha que, embora sejam irreparaveis no todo ou em parte, como a insolvencia civil sem dolo, ou a lesão resultante de impericia ou negligencia de um mandatario, não transcendem os limites do direito civil.

O chamado *direito repressivo* é, de facto, direito *preventivo, directamente da infracção*, que a lei prevê determinadamente em todos os seus elementos constitutivos, em vez da prevenção *indirecta e indeterminada* da criminalidade, ou, melhor, das tendencias anti-sociaes, prevenção que é o fim do denominado direito preventivo. O direito civil é, com effeito, na maior parte das suas sancções, direito *reparatorio*, e á reparação do damno proveniente da injustiça se desti-

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

Inadmissivel é, conseguintemente, pretender caracterizar as sancções civis pela sua efficacia reparatoria, considerando subsidiarias as sancções penaes; porque nem as sancções penaes *reparam*, uma vez que as penas, comquanto tranquillizem o espirito publico, nada podem apagar da injustiça já consummada, e o proprio G. VIDAL reconhece o caracter preventivo do direito penal, quando o destina a combater os sentimentos perversos e *perigosos* do agente, e á defesa dos cidadãos contra actos que elles não podem prever e prevenir; nem é exacto que o direito civil não contenha sancções caracteristicamente preventivas.

O problema fica indicado, e outro é o logar em que temos de procurar-lhe solução, que aliás o escriptor alludido parece avistar já na funcção defensiva do di-

reito penal, função tão substancial, quando se torna impossível prever a execução do acto anti-social *et de s'en garantir par avance* ¹.

«Cada um de nós, escreve TARDE, traz consigo por toda a parte uma bagagem invisível de conhecimentos e de esperanças — duas fórmulas da crença — que constituem o seu pequeno thesouro de fé: está persuadido de que ha de viver, de que hão de viver os seus filhos, de que o seu dinheiro está bem collocado, de que os seus devedores não hão de fallir; sabe tudo o que lhe ensinaram na escola, na igreja ou noutra parte: certezas todas tanto mais inconscientes, quanto mais profundas. E a somma de todos estes thesouros individuais é o grande thesouro nacional de fé, chamado com diversos nomes: Opinião publica, Consciencia publica, Credito publico. Todo o delicto é uma diminuição directa ou indirecta d'esta immensa fortuna. Nisto está o seu perigo. Não seriam precisos muitos casos do Panamá, dos bancos de emissão ou dos fundos guelfos, para vibrar um golpe mortal ao credito publico, nem muitas explosões de dynamite para nos lançar de novo na insegurança social dos tempos barbaros» ².

O crime é assim concebido como uma violação da *confiança publica*, considerada a confiança publica como a presumpção de certas qualidades nos membros do aggregado social — de um certo grau de providencia, de fidelidade, de moralidade, de sinceridade, sem o qual a vida social seria impossível; de sorte que cada um, na impossibilidade de verificar essas qualidades a cada momento, tem de suppô-las existentes nos outros,

¹ G. VIDAL, *obr. cit.*, n.º 52, pag. 61.

² *Essais et mélanges sociologiques*, pag. 142.

para que se não veja condemnado a viver continuamente entregue a uma inquietação angustiosa, armado sempre para a lucta ¹.

A protecção penal visa a *restabelecer* a confiança publica abalada pelo acto criminoso, — não só por meio da coacção psychologica que deriva da *ameaça penal* exarada na lei, mas pela certeza que a todos dá de que o Estado invencivel se mantem firme deante das actividades nocivas, para dominá-las, até que deixem de offerecer perigo, e ainda para assegurar aos offendidos, no cumprimento de um dever social e independentemente de intervenção delles no processo, a possivel reparação do damno que soffrerem.

Esta ultima obrigação do Estado será dentro em breve expressamente reconhecida nas leis, mercê das reclamações da escola positiva italiana. Actualmente ainda a sanção civil de reparação conserva o caracter *privado*; foi esta escola que salientou a insufficiencia actual da protecção dos direitos da victima de um delicto penal, impondo, como um dever da sociedade, a garantia da reparação civil, que reveste o caracter de interesse publico, com o mesmo titulo que a sanção penal ².

46. Plano geral deste curso. — Resta agora traçar o plano geral d'este estudo.

Esse plano tem de comprehender o duplo objecto da sociologia criminal e do direito penal, quer doutrinual, quer positivo, tal como esse objecto deriva das noções dadas no começo do n.º 14. Da necessidade de ir entrelaçando nos problemas sociologicos as ques-

¹ A. HENRIQUES DA SILVA, *Contravention et délit*, pag. 12 e segg.

² VIDAL, *loc. cit.*, pag. 62

tões jurídicas, e de approximar das soluções doutrinaes os preceitos do direito penal portuguez, que, por sua vez, tambem suscitam delicadas questões exegeticas, provém a maior difficuldade. Temos simultaneamente de fazer sociologia, direito scientifico e jurisprudencia.

Mas ainda, antes disso, torna-se mister fazer *historia*. O estudo da criminalidade não começou em nossos dias. A lucta contra o crime, a qual se integra na lucta pela conservação, ou sustentada entre os individuos, ou entre os aggregados, legal ou extra-legal, é de todos os tempos. É natural que se tentasse normalizá-la, torná-la mais efficaz, menos precaria e mais conforme ás necessidades da ordem publica. O phenomeno criminal foi pois estudado desde os inicios da vida social.

No direito consuetudinario, nas leis religiosas, civis e politicas é que principalmente temos de ir procurar o resultado d'esse estudo, até aos tempos modernos, em que a sciencia criminal se destaca da religião, da politica e do direito geral, sob a influencia dos novos principios juridico-individualistas e dos sentimentos altruistas desenvolvidos pela evolução humana, como *direito penal* e como *sciencia penitenciaria*; e mais tarde, pela constituição scientifica da anthropologia, da psychologia e da sociologia, e pelas revelações da estatistica, — como *sciencia natural* diferenciada, susceptivel de ser tratada monographicamente, como um ramo do saber experimental.

A antiga philosophia não descobria no problema criminal senão o aspecto politico ou theologico-ethico, e as suas ideias, expressas em tratados geraes, formam o espirito e o character da legislação religiosa ou politica de cada povo ou de cada época e das instituições penaes correspondentes.

Mal poderemos chegar a conclusões viáveis quanto ao presente, se não comprehendermos no seu espirito e nas suas relações essas instituições do passado.

«Os nossos reformadores — escreve TARDE, lamentando o desprezo pelas lições da historia — tem gasto menos tempo, do que nós, em considerações historicas, e sem curarem dos precedentes trataram *objectivamente*, como realistas, como naturalistas, o problema da pena.

Pois bem. Descobre-se que a solução que propõem, até onde ella é aceitavel, é o seguimento logico das soluções anteriores tão desdenhadas, pelas quaes era provocada, chegando, como ellas, na sua hora e no seu logar proprio, o que constitue o seu grande merito e a razão do seu exito. Quando o homem julga que obedece apenas á sua razão individual, vae afinal pela mão da grande logica social. O individuo agita-se, mas o meio é que o impelle» ¹.

«Tratando-se, em ultima analyse, diz tambem FERRI, de determinar a natureza de uma função social, como é o direito de punir, e da sua direcção no futuro, indispensavel é conhecer os elementos biologicos e sociologicos em que ella se firma; e dos dois pontos tomados para determinar a trajectoria, o presente e o passado, quanto mais longe do observador se vae fixar o ultimo, melhor e mais evidente se representa a respectiva posição e o cyclo da evolução» ².

A historia da justiça criminal e das doutrinas penologicas é tambem eminentemente instructiva num sentido mais geral, como condensando todo o movimento do progresso moral e juridico da humanidade.

A penalidade, através do tempo e das civilizações,

¹ *La Philosophie pénale*, cap. VIII, pag. 494.

² *Sociologia criminale*, 4.^a ed., pag. 505; ed. fr., pag. 293.

realiza a sua evolução por um movimento oscillatorio entre uma tendencia *utilitaria* e uma tendencia *mystica*, como TARDE muito bem comprehendeu¹. Estas duas tendencias mostram-se, desde a antiguidade grega e romana e ao longo da idade-media e dos tempos modernos, sob as fórmas do principio theologico da *expição* e do principio politico da *razão de Estado*, e volem a apparecer-nos mais recentemente nas theorias ethico-juridicas da *razão prática* e da *justiça absoluta* e nas doutrinas politico-sociologicas do *contracto social*, da *utilidade geral* e da *preservação social*. A pena ora é considerada como meio de defesa, ora como meio de purificação, de reabilitação religiosa ou moral.

Mas a defesa, de individual ou familiar, torna-se politica; de oligarchica, social; e o espirito mystico eleva-se gradualmente da religião domestica á religião da cidade, e do dogma *theologico* da fraternidade humana em Deus, um Deus já universal, ao dogma *philosophico* da fraternidade humana pela posse de uma Razão e de uma Consciencia humana.

Assim, enquanto pela evolução do principio da defesa, a historia da justiça penal manifesta um movimento de *socialização* crescente, que vae até á criação moderna de um direito penal internacional, tambem pela evolução dos ideaes mysticos nos conduz a esta phase do direito contemporaneo que, desprezando as differenças de raça, de nacionalidade, de condição social, consagra sobre a base da unidade do genero humano, os direitos do *individuo*, como microcosmo que em si condensa, pela qualidade de ser racional, a humanidade de que faz parte.

¹ *La Philosophie pénale* cit., cap. VIII, pag. 478.

A doutrina dos philosophos será discutivel nos seus fundamentos, mas os resultados ficam definitivamente adquiridos, porque são o producto, não da especulação philosophica, mas do progresso social, que notavelmente se manifesta tambem no desenvolvimento da affectividade.

Com effeito, observamos na historia da justiça penal a victoria, dia a dia mais assignalada, da egualdade sobre o privilegio, da reflexão sobre o instincto, da razão sobre a força, da piedade sobre a ferocidade.

Eis agora as divisões principaes d'este trabalho.

Tem elle de comprehender, como indicámos ¹, o estudo do determinismo criminal, isto é, dos antecedentes causaes da delinquencia (a tendencia anti-social) e dos meios de a prevenir, assim como dos effeitos do delicto (o facto anti-social, cuja noção sociologica e juridica carecemos de estabelecer, determinando os seus elementos essenciaes), e, entre estes, da reacção, espontanea ou reflectida, individual, social ou politica, que lhe corresponde.

Isto, que é o objecto da sociologia criminal, ha de completar-se com o estudo dos direitos e obrigações que nascem do delicto, como *infração* da ordem juridica, devendo este estudo ser feito sob o aspecto *doutrinal* (*sciencia theorica e prática do direito penal*), e debaixo do aspecto *legal*, nos textos do direito penal positivo portuguez (*jurisprudencia penal portuguesa*: exegese, systematização e critica da nossa legislação penal).

Este complexo estudo, sociologico e juridico, mas principalmente o juridico pela necessidade do exame

¹ *Supra*, n.º 14, pag. 43.

analytico da lei penal, tem de considerar o crime de dois modos: em geral e em especial.

Assim pois três serão as partes maiores d'este trabalho: A) *A evolução da justiça e da sciencia criminal*; B) *O crime em geral*; C) *Os crimes em especial*.

A) Assistiremos nesta parte, ao cabo do longo percurso da evolução, á formação do espirito juridico e do espirito scientifico contemporaneo; observaremos como nasceram as instituições penaes subsistentes no direito actual, e veremos em que sentido tendem a aperfeiçoar-se ou a transformar-se. Terminaremos com o estudo summario das origens do direito penal portuguez, e iremos seguindo as grandes linhas da sua historia particular até ao codigo e mais legislação penal common em vigor entre nós.

B) Passando ao *crime em geral*, começaremos por:
a) *O crime nas suas causas*. Aqui vem 1) a etiologia da criminalidade e 2) a hygiene criminal.

Seguiremos considerando: b) *O crime em si*, como *facto* anti-social e anti-juridico, e *no seu objecto*, isto é, nas condições naturaes ou legaes que affecta, em ordem a determinar o seu grau de nocividade. E teremos de

1) apurar os elementos da noção sociologica de crime e os da sua noção juridica;

2) a proposito das relações do *facto* com a lei penal, tratar da applicabilidade d'esta: quanto ao tempo, quanto ao espaço e quanto ás pessoas, — acompanhando a doutrina com o exame da nossa legislação;

3) proceder a diversas classificações da infracção penal, segundo os diversos modos por que a activi-

dade criminosa póde violar a lei, affectando mais ou menos profundamente as condições da vida social;

4) determinar as *phases* do facto criminoso e aquellas que reúnem os requisitos de punibilidade, — confrontando sempre as conclusões doutrinaes com os preceitos do código penal português.

Estudaremos a seguir:

c) *O crime no criminoso*, como sujeito de responsabilidade. Temos a discutir neste logar: 1) os *fundamentos da responsabilidade criminal*, segundo as escolas; 2) as suas *condições jurídicas* (onde cabe o estudo das *circunstancias dirimentes* e a critica das disposições legais a este respeito); 3) a base jurídica de *gradação* da responsabilidade, segundo as categorias de auctor, cúmplice e encobridor (e vem aqui a proposito o estudo da *associação criminosa*) e segundo as *circunstancias* pessoas ou materiaes, *aggravantes* ou *attenuantes*; e a base scientifica de *differenciação*, segundo as categorias anthropo-sociologicas dos delinquentes; 4) os modos jurídicos de *extincção* da responsabilidade criminal.

Emfim, ainda nesta segunda parte, torna-se necessario examinar:

d) *O crime da reacção* que provoca e nos direitos a que dá origem.

Nesta ultima divisão occupar-nos-hemos: 1) da *legítima defesa*; 2) da *defesa social coactiva*, nas suas differentes fórmias, nomeadamente na 3) da *prevenção directa e determinada* pela ameaça penal; iremos em seguida ás bases de organização 4) da *therapeutica criminal* (clinico-penal), e fallaremos nas reformas a introduzir na doutrina legal 5) da *reparação do damno* causado pelo facto criminoso, procedendo, para termi-

nar esta parte, ao exame critico 6) do *systema penal português*, na sua organização e nas regras de applicação, execução e extincção das penas.

C) A terceira parte, para percorrer a qual será sempre insufficiente o periodo de um anno lectivo, havendo-se de versar a parte historica e a parte geral, seria destinada, como fica indicão, ao estudo sociologico e juridico dos *crimes em especial*.

PARTE PRIMEIRA

A evolução da justiça e da sciencia criminal

CAPITULO I

Desenvolvimento historico do direito penal em geral

I

17. Phases da evolução da justiça penal. — AD. PRINS considera no desenvolvimento historico do direito de punir quatro periodos essenciaes : *a)* o periodo consuetudinario ou de reparação, que vae até á edade-media; *b)* o periodo de expiação ou de intimidação, que comprehende a edade-media e a Renascença; *c)* o periodo humanitario, que abrange o seculo xviii e parte do seculo xix; *d)* o periodo scientifico contemporaneo ¹.

G. VIDAL distingue os seguintes periodos : 1.º periodo da vingança privada; 2.º periodo theologico-politico da vingança divina e publica e da intimidação; 3.º periodo humanitario; 4.º periodo contemporaneo, — penitenciario e scientifico.

¹ *Science pénale et Droit positif*, n.º 5.

Accrescenta que estes periodos não resultam de uma demarcação e separação perfeita, porque cada época da historia dos povos apresenta uma tal ou qual mistura d'estes diversos principios, que reciprocamente se limitam: devemos antes dizer que cada periodo se caracteriza mais pelo predominio, que pela influencia exclusiva de certas ideias ¹.

GARRAUD descobre no desenvolvimento historico do direito penal três concepções ou fórmulas typicas: 1.^a a concepção *barbara*, sob a qual os delictos se distinguem em delictos publicos, punidos com penas corporaes crueis, e delictos privados, perseguidos e reprimidos pela victima ou pela familia d'esta; 2.^a a concepção *theocratica*, durante a qual o delicto, qualquer que elle seja, é uma offensa á constituição religiosa; 3.^a a concepção *politica*, segundo a qual o delicto é considerado como uma violação da ordem social e a pena como meio de prevenir e reparar essa violação. Tambem accrescenta que as três phases se não encontram em todos os povos, não sendo a evolução do direito penal absolutamente completa senão na Europa moderna, e que a transição de um periodo a outro, obedecendo á lei do progresso lento e continuo das ideias, nem é brusca nem absoluta ².

TARDE nota que as transformações da pena andam estreitamente ligadas ás transformações da prova ou do processo criminal. Assim, considerando só a prova característica de cada phase da evolução judiciaria, enumera as ordalias, a tortura, o jury e a pericia scientifica.

¹ *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 2.^a ed., n.º 13, pag. 12.

² *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, tom. I, n.º 37.

À primeira especie corresponde uma penalidade *expiatoria*, a tal ponto que por vezes a offerenda de uma victima aos deuses isentava da pena capital. A tortura corresponde uma penalidade essencialmente intimidativa e *exemplar*. A terceira, á prova pela consciencia popular, pelo jury, corresponde uma penalidade suavizada e pretendidamente *correccional*. A quarta, finalmente, á prova pela sciencia dogmatizada, pela pericia, corresponderá uma penalidade preferentemente *sanitaria*, quer se procure eliminar do organismo social elementos inassimilaveis, quer se olhe á cura da desordem mental e moral dos doentes qualificados como malfeitores.

Estas quatro phases formam, por traços communs, dois grupos. A primeira approxima-se da terceira sob o ponto de vista da *fé mystica* que as anima, — a fé nas revelações divinas, a fé na infallibilidade da consciencia humana; o culto do sobrenatural e a religião da humanidade. Identicamente a segunda e a quarta, não obstante profundas dissimilhanças sob muitos outros aspectos, teem o character commum de reacção *utilitaria* e *racionalista* contra o mysticismo anterior, ou se orientem pela *razão escripta* do direito romano, ávidamente estudado pelos legistas nos fins da época medieval e principio dos tempos modernos, quer pela *razão experimental*, educada pelas sciencias naturaes.

O mesmo escriptor tem o encadeamen'to das quatro phases indicadas como *irreversivel*, sem querer dizer que seja invariavel, e reconhece que a primeira d'ellas é precedida de *momentos* historicos bem mais antigos. No tempo de HOMERO e de HESODO a Grecia não havia ainda chegado á phase expiatoria; nenhum vestigio apparece, pelo menos, d'essa purificação religiosa que em época mais recente se reputava indispensavel para que tivesse acesso á Ágora e aos templos aquelle

que tivera a infelicidade de derramar o sangue humano.

Assim na Grecia, como em qualquer povo, a ideia da expiação apparece depois da ideia utilitaria, eminentemente positivista, do *resgate e da reparação pecuniaria*, fórma barbara de utilitarismo, em relação á qual o mysticismo religioso representa um progresso, como já o systema do resgate ou composição pecuniaria era um progresso sobre essa especie de *mysticismo domestico* que impunha a *vingança* irresgatavel como o mais sagrado dos deveres ¹.

Em summa, TARDE considera um periodo primitivo de vindicta e composição, seguido de quatro phases : a da expiação, a da intimidação, a da correcção ou do humanitarismo e a phase scientifica da pena medicinal.

Para esta ultima prefere FERRI a denominação, pouco expressiva, de *phase social*.

« A pena, diz FERRI, (comprehendendo sob esta designação o conjuncto dos meios juridicos empregados pela sociedade na lucta contra o crime) atravessou até á actualidade quatro phases de evolução : a phase *primitiva*, de reacção defensiva e vindicativa, individual ou social, immediata ou differida ; a phase *religiosa*, de vingança divina ; a phase *ethica*, da penitencia medieval, e a phase *juridica*, isto é, do direito abstracto e aprioristico da escola classica.

É evidente, ajunta FERRI, que permanecemos ainda, pela sciencia e principalmente pelos sentimentos communs e pelas leis, de indole menos rapidamente progressiva, na phase juridica, ou, melhor, ethico-juridica da pena, etc. Mas trata-se de iniciar e realizar a phase

¹ *La Philosophie pénale*, pag. 478.

social, em que a pena, de harmonia com a anthropologia e com a estatistica criminal quanto á genese do delicto, seja, não já a retribuição de uma culpa moral por meio de um castigo proporcionado (phase ethico-juridica), mas antes um conjuncto de providencias sociaes, preventivas e repressivas, que, correspondendo melhor á natureza e á origem do crime, seja um meio de *preservação da sociedade*, mais efficaz e ao mesmo tempo mais humano» ¹.

Não se percebe por que razão FERRI destaca a phase *ethica* da *religiosa*, caracterizando todavia aquella pela penitencia medieval, isto é, pela face exclusivamente religiosa. No curso professado em Bruxellas, e a que já nos referimos, FERRI, a seguir á phase religiosa, indica a phase *ethico-juridica*, que faz começar em BECCARIA ².

De qualquer modo a divisão de FERRI deixa sem representação um periodo importantissimo, o das monarchias modernas até á Revolução franceza, em que o direito penal tem um cunho accentuadamente *politico*, que não permite qualquer confusão com a doutrina expiatoria da phase religiosa.

A esta feição politica e utilitaria da penalidade se referem as outras classificações de que demos noticia.

As differentes maneiras de conceber a funcção da penalidade, como correspondendo a phases differentes da organização social e politica, não servem para a discriminação nitida de periodos historicos, nomeadamente na historia que conduz á civilização moderna, e que por isso mais nos interessa conhecer: a historia da civilização classico-germanica; não só porque as

¹ *Obr. cit.*, 4.^a ed., pag. 520; ed. fr., pag. 305.

² *La Justice pénale, Résumé*, etc., pag. 8 (Bruxelles, 1898).

transições se não fazem de salto, de modo que arranjos sociaes diversos não tenham de coincidir chronologicamente nas suas fórmias attenuadas de transformação, mas ainda porque as épocas historicas são ás vezes o producto da sobreposição e da mutua influencia de differentes elementos ethnicos, representando graus diversos da progressão evolutiva. A idade-media, por exemplo, offerece especimens de todas as fórmias historicas de reacção contra o crime, assim como as monarchias absolutas do periodo moderno não são senão uma reprodução dos pontos de vista juridico-politicos do imperio romano.

O que ha pois a distinguir é concepções fundamentaes e phases typicas na evolução da justiça penal, e caracterizá-las-hemos, acompanhando, quanto possivel, o movimento da civilização latino-germanica.

Essas phases são: a) *phase natural e primitiva de reacção espontanea*; b) *theologico-ethica*; c) *politica*; d) *juridico-sentimental*; e) *anthropo-sociologica*.

18. Noção geral de crime. — O crime, conforme nós o concebemos, relativamente ás condições da vida social, é um phenomeno de *inadaptação, como tal sentida*, ás condições *reaes*, ou até ás condições *essenciaes* da vida em commum.

Neste ultimo sentido a concepção do crime é historicamente tão immutavel como essas condições, que, por serem essenciaes á vida em commum, visto que sem ellas é inconcebivel não só um certo estado social, mas a vida social mesma, sendo impostas por leis bio-sociologicas de acção constante, hão de ser universalmente reconhecidas e respeitadas, pena de vermos logo o aggregado social entrar em decomposição.

Mas na primeira accepção o conceito do crime varia necessariamente com o estado social, e realmente a

historia offerece o exemplo da fluctuação e da incerteza do direito a respeito de um grande numero de inculpações.

O *reconhecimento publico* das condições de vida de uma determinada aggremação (reconhecimento por via dos costumes e das leis escriptas) é o preceito. Juridicamente o crime é a violação do preceito. Mas aquelle reconhecimento publico importa já a adaptação de uma maioria ou de uma porção dominante da sociedade, uma moral preponderante, mais ou menos common, uma associação para a defesa, uma confiança mutua, uma *confiança publica*. Socialmente o crime é a quebra d'essa confiança. Como factio de inadaptação, surprehende e escandaliza; como *abuso de confiança*, revolta, e desperta o instincto da defesa.

Ora na familia é que primitivamente se encontra esta cohesão necessaria á concepção de crime. Fóra d'ella, a justiça é, em regra, uma fórma de defesa da familia contra um inimigo *externo*.

H. SPENCER, em vista do intimo parentesco que aproxima a maneira primitiva de repellir uma aggressão que vem de fóra da tribu e a reacção contra uma aggressão interior, conclue pela identidade primitiva das instituições militares com as instituições judicarias. «Nas guerras entre tribus, do mesmo modo que nas guerras entre familias dos primeiros tempos, é forçoso que uma morte venha compensar outra, ou que um valor equivalente ao damno se pague como resgate» . . . «O *gladio da justiça* é uma expressão que indica bem que a acção contra o inimigo publico e a acção contra o inimigo privado são em ultima analyse identicas» ¹.

¹ *Principes de Sociologie*, traducção francesa de CAZELLES, tom. III, pagg. 659 e 661.

Depois que a justiça criminal se torna extra-familiar pela ampliação do circulo social, conserva ainda secularmente o caracter de defesa da classe dirigente; é justiça de privilegios.

«Falla-se ahí, diz FERRI, de principios absolutos e eternos, mas isso é apenas metaphysica, que não quer ver a realidade social. A justiça penal foi sempre a defesa dos interesses da classe dominante. . . A alma da justiça penal é sempre a mesma. A protecção, cada vez mais extensa, da vida e dos direitos da massa dominada só confirma a identidade. Essa protecção só existe, quando e emquanto é favoravel aos interesses da classe dominante»¹. O privilegio é tambem uma condição real de vida das sociedades incipientes, e ainda nas sociedades adeantadas toda a grande empresa a realizar pelo accordo das vontades de uma nação exige o mais das vezes, diz TARDE, o estabelecimento de uma hierarchia militar ou civil de privilegios, e não a juxtaposição de direitos eguaes².

II

19. A vindicta como phenomeno biologico. — O facto irreductivel da reacção contra a offensa resulta da propriedade biologica elementar de reacção contra uma impressão exterior. «Na vida de relação, a fórmula de actividade mais rudimentar é a *acção reflexa*, que, de um modo geral, consiste em que a uma simples *irritação* se segue uma simples *contracção*. Á maneira que a nossa observação sobe na escala da animalidade,

¹ *La Justice pénale, Résumé du cours de sociologie criminelle, etc.*, pag. 9.

² *La Philosophie pénale*, pag. 24.

em vez de um tecido uniforme, ao mesmo tempo irri-
tavel e contractil, começa, segundo a lei da especiali-
zação crescente, a destacar-se o tecido *nervoso* do te-
cido *muscular*, destinados — o primeiro a transmittir
a impressão, feita na periphèria, a um centro, a con-
vertê-la naquelle centro em *acção*, e a fazê-la *reflectir*,
por um nervo centrifugo, no órgão contractil; o se-
gundo — a traduzir em movimentos resultantes da con-
tractilidade propria aquella acção central. Então é que
ha propriamente *reflexão*»¹.

Todo o ser vivo lucha pela propria existencia, diz
FERRI, e assim toda a acção que lhe ameaçar ou per-
turbar as condições naturaes de existencia, individual
ou social, determina, da parte d'elle, uma reacção di-
recta ou indirectamente defensiva, conforme servir
para evitar desde logo as consequencias nocivas do
ataque, ou apenas, pela repressão do aggressor, pre-
venir a renovação futura. Eis o facto primitivo, irreso-
lavel, elementar, que, constituindo um dos caracteres
fundamentaes da materia viva, se manifesta logo nas
fórmãs mais elementares da vida, e que das fórmãs
mais simples de sensibilidade e de movimento nos
proto-organismos chega ás fórmãs mais altas e com-
plexas da defesa humana, individual e social, pela pro-
gressiva complicação dos elementos physio-psychicos,
e portanto dos meios defensivos e dos sentimentos e
ideias que os acompanham, mas conservando sempre
o plasma primitivo².

Como o proprio FERRI corrige em resposta a um re-
paro de VACCARO³, é claro que a defesa *indirecta*,

¹ A. HENRIQUES DA SILVA, no *Estudo Sociologico*, pag. 73 (Coim-
bra, 1880).

² *Obr. cit.*, 4.^a ed., pag. 506; ed. fr., pag. 293.

³ *Genesi e funzione delle leggi penali*, pag. 38 e segg. (Roma,
1889).

como mais complexa, só apparece nos animaes psychicamente mais desenvolvidos ¹.

«Educados no meio de noções artificiaes, discorre FLEURY, acostumados desde a infancia a considerar como verdades eternas as opiniões philosophicas e a cosmogonia de uma escola cujas principaes concepções ainda hoje são officialmente ensinadas, impostas aos noveis espiritos, sentimos que a nossa intelligencia, por disciplinada de mais, não sabe pensar por si. D'ahi a difficuldade de concebermos que a ideia de crime, com o cortejo de palavras appropriadas, seja de recente data neste globo, que a muito custo vae saindo do estado de selvageria. Crime e castigo são concepções do estado de sociedade. É necessario comprehendermos que antes da organização da vida social o individuo humano não tinha o sentimento de deveres senão para consigo. Se outro animal, ou um dos seus semelhantes, se lhe oppõe á immediata satisfação de um appetite ou desejo, o homem não póde pensar noutra cousa que não seja supprimir o obstaculo, e, quanto a esse adversario que o exaspera, põe-no fóra de combate num gesto tão violento e tão prompto, que nada poderá moderá-lo, a não ser a recordação de uma derrota anterior, conselheira unica da brandura ou da astucia... Tudo brutalidade; o *reflexo* dominando como senhor absoluto» ².

Á falta d'esta experiencia, o homem primitivo, do mesmo modo que alguns selvagens actuaes, é como a fera, que nem se inquieta com o numero dos inimigos. Qualquer que é atacado, diz DARWIN, em vez de retirar-se, tenta quebrar com uma pedra a cabeça do aggressor,

¹ Vej. 4.^a ed. ital., pag. 506, nota.

² *L'âme du criminel*, pag. 57.

tão irresistivelmente como um tigre se arremessaria para fazer-nos em pedaços em analogas circunstancias. Refere LETOURNEAU, para mostrar o poder da acção reflexa num cerebro primitivo, que um antigo viajante assistiu na Terra de Fogo a uma d'essas atrocidades automaticas, quasi inconscientes, que frequentemente se observam entre selvagens, ou entre civilizados feridos de certas doenças mentaes, taes como a epilepsia, de que resulta a suppressão da acção inhibitoria dos registos cerebraes. Homem e mulher arrancavam ás rochas da praia molluscos e outros animáculos de que faziam o seu sustento. O cesto estava já cheio de *ovos do mar*, quando uma criança, filha dos pescadores, inadvertidamente deixou cair ao mar a preciosa colheita. Logo, sem reflectir e na presença do viajante inglès, esse pae pegou no filho, e esmigalhou-lhe o craneo de encontro ao rochedo, deixando em seguida tranquillamente que a mãe apanhasse os fragmentos do cadaver. São actos ordinarios, que ninguem pensa em reprimir. A narrativa é extrahida da *Viagem de um naturalista*, de DARWIN, e mostra, juntamente com a precipitação com que os selvagens respondem a um ataque, antes de calcularem a força do inimigo, o jogo simplicissimo da alma humana primitiva, que bem pouco differe, diz LETOURNEAU, da do animal. O reflexo irresistivelmente impelle o homem primitivo a vibrar golpe por golpe, a pagar a dor com a dor, e, enquanto não existe qualquer esboço de organização social, como acontece na horda anarchica, nada ha parecido com isto que nós chamamos crime, justiça penal ¹.

¹ CH. LETOURNEAU, *L'Évolution juridique dans les diverses races humaines*, cap. I, pagg. 11 e 12.

20. A vingdieta como facto social. Criminalidade e vingdieta social entre os animaes. — Todavia, na opinião de FERRI, o facto primordial da reacção defensiva contra uma aggressão apparece, desde as origens da vida animal, ora na fórma individual, ora na fórma social, sem que se possa desconhecer o grande predominio da reacção defensiva individual nos animaes e na humanidade primitiva, e o da reacção social nas raças humanas civilizadas, o que afinal corresponde a uma lei sociologica constante: que em todas as manifestações da vida social os differentes typos de organização mais ou menos coexistem, tendo cada um o predominio na successão do tempo. É o que póde verificar-se com as diversas fórmas historicas de organização da familia: promiscuidade, matriarchado, patriarchado, polyandria, polygamia, monogamia; com as da propriedade: collectiva, communal, familiar, individual; com as da constituição politica, etc.

A defesa collectiva e a defesa individual coexistiram sempre, e coexistem ainda, embora com differente predominio. Observa-se nos animaes a defesa collectiva contra os ataques de um extranho, exercida directamente pela colonia, ou (como entre os mamíferos mais intelligentes: elephantes, bois selvagens, cavallos, macacos) pelo chefe do rebanho.

LOMBROSO, que estudou, na primeira parte da sua obra — *O Homem criminoso*, a embryologia do crime, observando os organismos inferiores, o homem selvagem e as crianças, descobre nos animaes os equivalentes da criminalidade, tanto contra extranhos, como contra os associados. Esta ultima especie é mais rara nos animaes. «Nas sociedades das formigas e das abelhas, affirma LETOURNEAU, não ha criminosos». A razão é que «a perfeição da organização nas formigas e nas abelhas, a sua dedicação absoluta, completa, á commu-

nidade parece que as desviam de toda a tentação má ou anti-social.¹ As abelhas, acrescenta LETOURNEAU, apesar de gulotonas, respeitam sempre as provisões de reserva accumuladas nos alveolos da sua colmeia, mas só da sua.

BUCHNER na *Vida psychica dos animaes* falla de abelhas que se sustentam do latrocinio, atacando as colmeias bem providas, com violencias para com as sentinellas e os habitantes². Como as formigas, as abelhas tem a defesa admiravelmente organizada. Das formigas diz FLAMMARION: «Tacticas militares, sentinellas e reconhecimentos, assedios em fórma, cidades saqueadas, filhos roubados, populações reduzidas á escravidão, prisioneiros executados, tudo o que as antigas guerras humanas nos apresentam, o encontramos nas formigas em grau mais absoluto ainda»³. Á força de repetirem os actos de bandoleirismo, as abelhas tomam gosto á pillagem e á violencia, recrutam companheiras, e acabam por constituir verdadeiras colonias de abelhas salteadoras. Vivem estas colonias do trabalho alheio, do mesmo modo que as formigas *amazonas*, que impotentes para a producção por esforço proprio, levam a devastação ás colonias vizinhas, d'onde trazem os escravos que as sustentam e que lhes depositam o alimento na bocca.

São estes e outros factos, pacientemente observados na mysteriosa vida dos animaes, e até nesse minuscuro mundo, em que os seres, como a formiga, pesam pouco mais de um milligramma, e que todavia não contém

¹ *Obr. cit.*, pag. 43.

² Apud LOMBROSO, *L'Homme criminel*, pag. 21 (traducção de REGNIER e BOURNET, Paris, 1887).

³ CAMILLE FLAMMARION, *Un cerveau de fourmi* no livro *Clairs de Lune*, pag. 168.

menos maravilhas, diz FLAMMARION, que aquellas que descobrimos percorrendo nas azas de Urania pelo immenso mundo do infinitamente grande, — são estes factos exemplos de criminalidade animal para com individuos, embora da mesma especie, extranhos á colonia; factos perfeitamente analogos aos da vida humana selvagem ou barbara.

Mas os animaes teem tambem criminalidade *interior*. É notavel que esta especie de criminalidade, a offensa ao grupo, á sociedade de que se é membro, parece, nos animaes, como no homem, apparecer por um processo de verdadeira degeneração do typo *commum*. O animal que se torna culpado com a comunidade de que faz parte é um *degenerado*. «Como muitos selvagens, nota LETOURNEAU, as abelhas só respeitam a propriedade commum da sua republica, mas respeitam-na rigorosamente, e para abatê-las moralmente a um grau de depravação, vulgar aliás nos homens, mesmo civilizados, é mister criar nellas artificialmente o vicio da embriaguez; então em breve se tornam preguiçosas e ladras»¹. Consegue-se este resultado, segundo BUCHNER, com um alimento formado de uma mistura de mel e agua-ardente. «Como o homem, as abelhas acostumam-se a esta bebida, que nellas tem a mesma influencia pernicioso: tornam-se irritaveis, ébrias, e deixam de trabalhar. Se teem fome, caem, como o homem, de um vicio noutro, entregando-se sem escrupulo á pihagem e ao furto»².

Ha outros factos, sufficientemente verificados, de criminalidade animal *intra-social*, como o cannibalismo exercido sobre companheiros ou sobre os filhos, mas,

¹ *Obr. cit.*, pag. 14.

² LOMBROSO, *obr. cit.*, pag. 22.

segundo parece, quando a causa não está na degenerescencia do criminoso, vae descobrir-se na degenerescencia da victima. Ha um desvio do typo commum, ou por parte do agente, cuja actividade se torna por isso anormal, ou por parte do paciente, que, pela sua monstruosidade ou fraqueza, faz que se oblitere o respeito instinctivo do *similhante*. É frequente os fortes devorarem os fracos ou os que se deixam entorpecer por excesso de alimentação. A femea do crocodilo algumas vezes devora os filhos que não sabem nadar. Ha exemplos de factos analogos noutros animaes, como os gatos, as lebres, os coelhos, os macacos. «É necessario advertir, diz Lombroso, que em muitos animaes, como em alguns povos barbaros, a má conformação do corpo provoca a vergonha e o desprezo». Assim a gallinha sae do ninho com os filhos robustos, e deixa ao abandono os pintainhos enfezados, etc. ¹.

Seja como fôr, parece incontestavel que tanto contra as offensas de um inimigo externo (caso de *guerra*), como contra as de um inimigo interno, os animaes se associam frequentemente para a defesa, manifestando sentimentos de solidariedade, quer vingando as faltas que directamente põem em risco todo o grupo (como a desobediencia ao chefe; a imperfeita vigilancia das sentinellas, que devem soltar o grito de alarme, entre os macacos, quando dão saque a uma plantação, falta que é punida com a morte, etc.), quer os crimes *particulares* para com um companheiro, como, por exemplo, a infidelidade entre as cegonhas. Os habitantes de Smyrna, sabendo até que ponto os machos levam o sentimento do amor conjugal, entreteem-se a collocar nos ninhos d'estas aves ovos de gallinha. Encon-

¹ LOMBROSO, *obr. cit.*, pag. 5.

trando o producto extranho, o macho enfurecê-se, e entrega a esposa ás outras cegonhas, que a dilaceram (FIGUIER) ¹.

LOMBROSO descobre nestes exemplos o embrião da pena, limitada ainda á phase da *vindicta*, e precisamente da vindicta por associação, sem chegar á phase da *indemnização*, instituto de selvagens um tanto mais adiantados ².

21. Vindicta differida. — E não só encontramos nas sociedades animaes a vingança associada, mas ainda a *differida*, a vingança a termo. No cão, no elephante, no cavallo, é facil observar actos de vingança *meditada*, a longo termo. Póde objectar-se, como previne LETOURNEAU, que, sendo estes animaes domesticos, a sua mentalidade reflectirá a influencia do commercio com o homem. Mas curiosos factos de vingança *meditada* tem sido tambem observados em animaes não domesticados, vivendo em liberdade. Um d'esses factos, apontado pelo mesmo escriptor, consistiu na punição de uma audaciosa violação de domicilio. Um ninho de andorinhas fôra invadido por pardaes, que d'elle expulsaram os proprietarios legitimos, e, emquanto a femea usurpadora chocava os seus ovos tranquillamente nesse ninho roubado, várias andorinhas vieram argamas-sar-lhe o orificio de entrada, condemnando assim a esbulhadora a morrer á fome sobre os ovos ³.

Nem sequer a *vindicta differida* é, pelo exposto, privativa da especie humana, se bem que alguns escriptores, como PUGLIA, inculcam a distincção entre reacção immediata e reacção reprimida ou *differida*

¹ Apud Lombroso, *obr. cit.*, pag. 31.

² *Ibid.*, pag. 32.

³ *Obr. cit.*, pag. 15.

(vingança propriamente dita) como correspondente a dois periodos prehistoricos ou historicos successivos, o segundo caracterizado pelo predominio da reflexão sobre o instincto¹. Acabamos de alludir a factos de reacção differida observados nos animaes, e nenhuma prova positiva póde adduzir-se da successão presumida por PUGLIA. É natural, como pondera FERRI, que a instantaneidade ou o adiamento do desforço esteja em relação com o temperamento do offendido e com as circumstancias da offensa.

Tambem não é dado affirmar que a reacção immediata seja individual, quanto á execução ou quanto ao fim, e que a reacção dilatada seja mais ou menos social, conforme a distincção estabelecida por Zocco-Rosa². Tanto a reacção individual póde ser adiada para occasião mais opportuna, ou para a primeira que se offerecer, se o aggressor se escapou ao furor vingativo do atacado, como a reacção collectiva póde ser prompta e fulminante. A lynchação, a justiça summaria do povo depois do crime (ou depois do julgamento do criminoso indevidamente absolvido) offerece exemplos d'esta segunda especie³.

III

22. Fraternidade do sangue. Vindicta familiar. — O direito de vindicta tem por base a fraternidade do sangue, a solidariedade familiar. «A collectividade fun-

¹ PUGLIA, *Evoluzione storica e scientifica del diritto e della procedura penale*, pag. 30 (Messina, 1882).

² *L'Età preistorica del diritto penale a Roma*, pag. 9 (Catania, 1883).

³ FERRI, *obr. cit.*, pag. 510; ed. fr., pag. 297.

dada nas relações do sangue é a única activa, diz AD. PRINS, e fórma um todo organico em que os individuos se confundem. Os membros da familia do lesado são solidarios com a victima, como os membros familia do lesante são com este solidarios»¹. A offensa é a origem de longas guerras privadas, em que familias inteiras são exterminadas. A historia é fertil em exemplos de guerras terriveis entre familias celebres na Eidade-media².

A responsabilidade não é individual, como adiante desenvolveremos. Morte por morte, mas não é só o culpado que está exposto á vingança sangrenta: é qualquer membro da familia inimiga que accidentalmente seja encontrado, sem excepção das crianças. Póde mesmo não haver culpado; o que se tem por offensa póde ser um desastre. É indifferente. A dor é que determina o impulso reactivo. Mata-se o proprietario do tanque em que a victima pereceu afogada. A criança bate na pedra em que tropeçou, e qualquer de nós, não raro, terá arremessado de si, num movimento instinctivo de desespero, o objecto que o magoou. «A injustiça sente-se nos seus effeitos, não se aprecia nas suas causas. Que o golpe fosse vibrado com intenção, ou por falta de cautela, ou ainda sem culpa, que importa isso a quem o recebeu? Elle sente a dor, e a dor impelle-o á vingança. O sentimento juridico está reduzido ao sentimento da dor»³.

A vindicta, como pondera TARDE, é o unico modo pratico de repressão onde falta uma força publica. «É tambem, acrescenta, um dos mais efficazes remedios que jámais foram imaginados para combater o delicto,

¹ *Science pénale et Droit positif*, n.º 12, pag. 5.

² Vej. exemplos citados por AD. PRINS, *obr. cit.*, pag. 5. nota.

³ IHERING, *L'Esprit du droit romain*, pag. 128.

e não sei se os criminalistas *utilitarios*, em vez de tanto desacreditarem a usança barbara, deveriam logicamente propôr o seu restabelecimento. . . . Enquanto na Algeria, ainda depois da nossa conquista, estes costumes dominaram, gosou-se com pequena despesa, diz M. SEIGNETTE, competentissimo neste assumpto, de uma segurança muito satisfactoria para as pessoas e para os bens»¹.

A regressão á prática da *vendetta* é uma *boutade* familiar ao espirito caustico de TARDE², mas não ha duvida de que uma sociedade em que se perdesse o sentimento da segurança pela quebra da confiança, quer na moralidade social, quer na efficacia da protecção do Estado, teria de voltar ao systema da defesa por esforço do proprio individuo e dos seus parentes ou amigos.

23. Familia primitiva. Promiscuidade, matriarchado, patriarchado. — Na horda anarchica primitiva, em que aquella confiança não podia existir, que associações de defesa se constituíram naturalmente? Eram approximações ephemeras ou consistentes? Existia já a familia? Qual foi a origem do clan e da tribu? Outros

¹ *Les transformations du droit*, pag. 17, nota.

² Na manhã de 12 de maio de 1904 inesperadamente se apagou a luz brilhante d'esse espirito que, em scintillações de um ingenho originalissimo, mostrou para a sciencia e para a litteratura contemporanea, a morte do grande pensador, do philosopho, do psychologo circunspecto, do sociologo das *Leis da Imitação* e da *Logica Social*, que continuou a obra de LAMARK, DARWIN e SPENCER, do professor do Collegio de França, do criminalista, do poeta. «Si nous l'avons bien compris, nous avons bien le droit de le pleurer», como escreveu o seu amigo LACASSAGNE.

tantos problemas que teem dado occasião a vivos debates entre os ethnographos e sociologos, e sobre que não poderemos avançar para além de soluções hypotheticas, mais ou menos verosiméis.

SUMNER MAINE, fundando-se em razões colhidas na jurisprudencia comparada, affirmou que a «condição primitiva da especie humana foi o que se chama o *estado patriarchal*». Em face d'esse direito primitivo dos hebreus e de alguns povos pertencentes á raça indo-europeia, como os gregos, os romanos, os indús, os slavos, MAINE accrescentava que «a sociedade dos tempos primitivos não era uma collecção de individuos, como a do nosso tempo: era uma *aggregação de familias*. A familia, não o individuo, é que constituia a *unidade* da antiga sociedade; e, como o direito era concebido para um systema de pequenas corporações independentes, era pobre de preceitos, porque o poder despotico do *pater* suppria as omissões¹.

Posteriormente, importantes estudos, de que não podemos occupar-nos aqui analyticamente, vieram lançar graves duvidas sobre a theoria do patriarchado primitivo, a ponto que TARDE, que considera a promiscuidade prehistorica ou hetairismo como um sonho de BACHOFEN, e a pretendida serie — promiscuidade, matriarchado, patriarchado, como um abuso de phantasia, tem de restringir assim a affirmação de MAINE: «A familia patriarchal é o regimen da autocracia paterna, o governo cesariano da familia, ao mesmo tempo egualitariamente e despoticamente regida. Que este regimen existisse na origem de *todas* as evoluções sociaes independentes, é muito improvavel; mas que existisse na origem de todas as que acabaram por triumphar

¹ *L'Ancien droit*, trad. de COURCELLE SENEUL, pag. 115 e segg.

no concurso geral das civilizações, isso é probabilíssimo, como me parece que SUMNER MAINE demonstrou num dos seus mais solidos estudos»¹.

É este um assumpto em que a hypothese campeia desassombradamente á falta de elementos directos e positivos para resolver o problema, e em que a diversidade de circumstancias e situações dos homens primitivos não permite generalizar a todos os agrupamentos humanos uma determinada fôrma de vida familiar.

Para alguns escriptores a fôrma primitiva de relações sexuaes seria a *promiscuidade* mais repellente, porque a encontramos em animaes superiores e em muitas tribus selvagens; outros admittem a possibilidade da verdadeira familia desde os inicios da vida prehistorica do homem, e até a da monogamia, porque se observa tambem em certos animaes e em diversos povos selvagens; e ainda, entre os sectarios d'esta opinião, se notam divergencias relativamente á organização d'essa familia: se a exogamia precedeu a endogamia, se a polygamia, a polyandria e a monogamia são fôrmas conjugaes contemporaneas, se successivas, etc.²

Sensatamente atalha GIDDINGS que, embora se demonstre que nas commuidades primitivas as relações dos sexos se approximavam da promiscuidade, não provaria isso que verdadeiras relações de familia não existissem nessas commuidades, do mesmo modo que a existencia d'estas relações não impediria que houvesse relações sexuaes fóra da familia. Quando a opinião geral de que a primeira familia humana fóra pa-

¹ *Les Transformations du droit*, pagg. 47, nota, e 49.

² G. D'AGUANNO, *La Genesi et l'Evoluzione del diritto civile*, n.º 102, pag. 236.

triarchal desappareceu perante estes factos evidentes : que os primitivos parentescos seguiam a linha materna, e não a paterna, e que ainda em nossos dias numerosas tribus tem organização matronymica, houve um movimento precipitado para o extremo opposto. Generalizou-se logo a doutrina do primitivo communismo de mulheres, incompativel com a vida de familia, ou a das familias consanguineas nascidas de irmão e irmã, além de outras affirmações egualmente radicaes. O que parece é que tanto a theoria communista, como a patriarchal, são inadmissiveis como explicação *universal* da sociedade primitiva. Não basta a demonstrar a primeira a excessiva liberdade nas relações sexuaes, a qual póde coexistir com fórmãs definidas de familia, como coexiste nalgumas sociedades selvagens ; e a auctoridade do pae, que póde ser fraca e ephemera, tambem não prova a segunda theoria ¹.

H. SPENCER, depois de um vasto trabalho de investigação e descripção, conclue pela incoherencia das aproximações sexuaes nas sociedades inferiores, e pela divergencia e redivergencia dos typos de familia por ellas criados : grupos polygamicos em que só ha esposas, outros em que ha tambem concubinas ; grupos polyandricos em que os maridos são irmãos, outros em que o não são ; sociedades em que apparecem á mistura a polyandria e a polygamia ; grupos monogamicos ; e ainda outros em que, a par da fórmula matrimonial ordinaria, se observam fórmãs anômalas de casamento contractado por dias de semana ².

«Para remontar á horda primitiva, a sciencia social

¹ F. H. GIDDINGS, *Principes de sociologie*, trad. de COMBES DE LES-TRADES, pagg. 236 e 244.

² H. SPENCER, *Principes de sociologie*, trad. de CAZELLES e GERSHEL, tom. II, pag. 401.

de hoje, diz um illustre sociologo, é forçada a abrir penosamente o caminho por difficeis analyses scientificas e a tentar reconstituir, com o auxilio dos raros e tenues vestigios que perduram aqui e alli nas tradições dos povos civilizados, a imagem dos elementos primitivos das communidades sociaes. Por vezes o exemplo vivo das hordas no estado natural de selvageria vem ajudar efficazmente a sciencia nesta esca-broso trabalho»¹.

O que GUMLOWICZ considera o *estado natural* de selvageria é o do «grupo humano que ainda segue as inclinações mais simples da natureza humana e animal, do grupo cujas condições de vida e cuja constituição social não são ainda o resultado de transformações sociaes e de complicações especiaes. A vida de uma horda d'este genero é completamente dirigida pelas inclinações mais simples e mais naturaes do homem»².

Isso que o distincto sociologo concebe como *horda primitiva* é alguma cousa de similhante á horda dos Fuegianos descripta por DARWIN: homens absolutamente nus, com o corpo pintado; longos cabellos em desordem; physionomias a traduzir a desconfiança e o pasmo; populações sem arte e sem provisões, vivendo, como animaes selvagens, do que podem apanhar; sem governo e sem piedade para com os extranhos á sua tribu. É assim que D'AGUANNO concebe tambem as hordas humanas da pedra lascada:

«Á vista das condições especiaes da vida do homem na época do *mammuth*, da imperiosa necessidade da subsistencia, e do facto de se acharem as mulheres em promiscuidade com os varões em grutas e cavernas

¹ L. GUMLOWICZ, *Précis de sociologie*, trad. de CH. BAYE, pag. 179.

² *Obr. cit.*, pag. 181.

immundas e escuras, que era mister ainda disputar ás feras para haver um abrigo nas intemperies e nas noites frigidissimas, não era possível, já não dizemos o desenvolvimento dos affectos domesticos, mas nem sequer a appropriação individual de cousa alguma, e muito menos das mulheres. . . . A sociedade conjugal devia durar o instante da copula, e o parentesco só podia ser o materno, que durava o espaço de tempo necessario á amamentação e aos primeiros cuidados. Os filhos deviam criar-se em *commum*.¹

Mas ha, segundo creio, muito de imaginação e de abstracção neste conceito dos primitivos ajuntamentos humanos. Dizer agrupamento o mesmo é que dizer — limitação, dependencia. Só no isolamento é possível que o homem siga as inclinações mais simples da natureza humana e animal. Desde que os individuos se congregam, por necessidades de defesa em *commum*, ou de alimentação, ou genesicas, necessariamente a liberdade natural e os appetites naturaes de um se chocam com a liberdade natural e com os appetites naturaes de outro, e, quando a incompatibilidade se estabelece, quer a aggregação seja duradoura, quer transitoria, em quanto subsistir, um tem de ceder; e definitivamente, se uma regra de transacção ou accommodação não vingar, a força dictará a lei. Dentro da mesma caverna, do mesmo abrigo, tragicas luctas se travariam para a posse da femea mais bella, se repugnancias tornadas naturaes, como o horror pelo *incesto*², ou imposições respeitadas não limitassem as

¹ *Obr. cit.*, n.º 404, pag. 259.

² «Quer a descendencia se considere pelo lado materno, quer pelo paterno, o grupo familiar na horda selvagem é de ordinario *exogamico*. O habito de tomar por esposa a propria irmã é excepcional, se não desconhecido. A abominação do incesto é indubitavel-

pretenções. E ao que pela força ou pela auctoridade assegurasse a preferéncia para a posse momentanea, não seria impossivel garantir uma união menos inconsistente.

Contra a supposição de que os homens do periodo paleolithico andavam nus, e de que não tinham propriedade, nem familia, nem chefes fixos, nem trabalho dividido, como os descreve D. AGUANNO, depõe a archeologia prehistorica com os bastões de commando esculpidos, encontrados nas grutas, com os utensilios de pedra destinados a usos diversos, e alguns até feitos de rochas extranhas á região, com os instrumentos fabricados para preparar e coser as pelles, etc.

Em vez de affirmar uma *promiscuidade* primitiva, mais exacto será dizer que os casamentos nas primeiras sociedades humanas eram frequentemente *monogamias temporarias*. O esposo abandonaria, mais cedo ou mais tarde, a mulher para escolher outra, ou trocá-la-hia com outro homem, mas, como suppõe GIDDINGS, a população, em qualquer momento determinado, achar-se-hia, na maioria, distribuida em grupos monogamicos, e, se o marido abandonava a familia, os filhos, sujeitos á mãe e aos parentes masculinos d'ella, tomavam o nome da mãe. Mas, se a familia se sustentava reunida até á idade adulta dos filhos, subordinada durante este periodo ao pae, tal familia seria naturalmente patronymica: o parentesco seria considerado pelo lado paterno, como acontece entre os Esquimós da Groenlandia. Quando o meio impõe duras condições

mente uma herança instinctiva de um antepassado prehumano; os animaes superiores em regra evitam as uniões demasiado consanguineas. O instincto provavelmente deriva do effeito estimulante da novidade sobre o appetite sexual, secundado pela selecção natural» — GIDDINGS, *obr. cit.*, pag. 244. Vej. *Les Transformations du droit*, pag. 55.

de vida, superiores ás forças de uma mulher e dos seus pequenos lillos, a selecção natural realiza a sua obra de destruição, sempre que os homens não ajudem a familia na labuta diaria, até que os filhos sejam crescidos ¹.

A *exogamia* é a regra na familia da horda selvagem, ou o parentesco seja materno ou paterno, e qualquer que fosse a origem da instinctiva repugnancia pelas uniões sexuaes entre consanguineos muito proximos. GIDDINGS suppõe que essa origem esteja no facto da convivencia, porque se nota a mesma repugnancia para a copula entre companheiros do mesmo ninho ou da mesma choça, sejam ou não parentes, e deixa de notar-se entre parentes, se foram criados em separado.

A exogamia explica a auctoridade da mãe (*Ginecocracia*), tanto como a auctoridade do pae (*androcracia*) nas hordas selvagens. O casamento com individuos extranhos ao grupo familiar, se não são da mesma horda, tem como effeito a situação subordinada do homem ou da mulher.

O matriarchado primitivo tem sido objecto de vivas contestações, apesar da confirmação que as conclusões de BACHOFEN, que versou o assumpto em varias publicações de notavel erudição ², achavam nas investigações do ethnographo inglès MAC LENNAN ³ e de alguns illustres compatriotas d'este, como SIR JOHN LUBBOCK, EDWARD B. TYLOR e HERBERT SPENCER ⁴, nas observações do americano LEWIS H. MORGAN sobre os Pelles-

¹ GIDDINGS, *obr. cit.*, pag. 212 e segg.

² *Le Matriarcat (das Mutterrecht)*, Stuttgart, 1861, etc.

³ *Studies in ancient history, primitive marriage*, London, 1876.

⁴ Vej. a indicação dos trabalhos d'estes sociologos inglèses em AD. POSADA, *Théories modernes sur les origines de la famille, de la société et de l'État*, trad. do hesp. por FRANTZ DE ZELTNER, prefacio de RENÉ WORMS, pag. 9, notas (Paris, 1896).

Vermelhas da America do Norte ¹, nas dos missionarios inglêses FISON E HOWIT sobre os indigenas da Australia, e nos estudos do professor russo MAXIMO KOVALEWSKY sobre as populações aryanas do Caucaso, onde encontrou instituições que deviam ser vestígios do matriarchado ².

RENÉ WORMS, referindo-se á synthese da theoria do matriarchado por GIRAUD TEULON no seu livro — *Les Origines du mariage et de la famille*, diz que esta theoria foi em grande parte acceita por ethnographos e sociologos auctorizados, como DARGUN, POST, LETOURNEAU e STARCKE, e que, não obstante os altos merecimentos de um contradictor recente — WESTERMARK, escrevendo sobre a *Origem do casamento na especie humana*, a theoria ganhou logar na sciencia, não sendo já licito passar ao lado d'ella sem a considerar e até sem lhe aceitar alguma cousa.

Concedendo que a mãe fosse, em certo periodo da evolução humana, o centro da familia, WORMS tem comtudo por muito pouco provavel que exercesse no grupo familiar verdadeiro poder, sendo mais verosimil que a direcção tocasse a seus irmãos. O termo — *matriarchado* seria assim mal escolhido.

LOURBET rejeita tambem, por impropria, a palavra — *matriarchado*. Concebe-se que a mãe, quanto aos filhos, adquira grande auctoridade, e que, como esposa, se conserve sujeita ao marido e sem direitos, como acontecia no imperio romano, e como acontece entre alguns selvagens. Por exemplo, nos Laût (Malacca) ha uma especie de matriarchado, mas relativamente aos filhos, que não impede a condição miseravel da mulher

¹ *Ancient society*, London, 1877, etc.

² *Quadro das origens e da evolução da familia e da propriedade. O direito dos Ossetas*. Vej. RENÉ WORMS, *obr. cit.*, pag. 40.

em presença do marido que a maltrata. E em parte nenhuma encontramos a mulher livre, por amplo que seja o seu poder materno ¹. A partir dos Ptolomeus, o proprio direito egypcio deixa, sob a influencia do direito grego, de reconhecer á mulher essa funcção independente e até certo ponto privilegiada que ella, desde as épocas mais remotas, desempenhava na familia ².

O facto que naturalmente collocaria o homem numa situação subalterna, não tanto em relação á esposa, como aos parentes d'ella, seria a constituição e a permanencia do casal entre os parentes da mulher. Quando hordas vizinhas vivem em boa harmonia, um homem passará frequentemente do seu grupo para outro, onde escolherá esposa e onde ficará vivendo com ella. Assim, entre população estrangeira e fazendo parte de uma familia de outro sangue, a auctoridade do marido será sensivelmente prejudicada, até quanto á esposa e quanto aos filhos, pela supremacia do grupo dos consanguíneos e protectores naturaes da mulher. Em Ceylão chama-se casamento *beena* o casamento nestas condições, de que ha exemplos em logares muito distanciadlos entre si, como nos Arawaks da Guyana e nos Dyaks de Borneu. No casamento *beena* a mulher e os filhos pertencem á tribu da mulher, e quando o marido se resolve a voltar á sua propria horda, tem de abandonar, diz GIDDINGS, a sua familia e a sua propriedade, se não tiver direito a ellas a titulo de salarios, como Jacob ao separar-se de Labão. Relações d'esta especie foram observadas, informa o mesmo escriptor, pela expedição Peary em 1894 na Groenlandia ³.

LOURBET refere, de observação propria, um costume

¹ *Les Problème des sexes*, cap. I, pag. 20 (Paris, 1900).

² TARDE, *Les Transformations du droit*, pag. 53.

³ *Obr. cit.*, pag. 243.

curioso de algumas localidades do Béarn. O primogenito nunca sae pelo casamento da residencia onde nasceu. É, como os nossos morgados, o representante da casa, é o *herdeiro* ou a *herdeira*. O homem que a herdeira escolher para esposo vem para casa d'ella, e fica sendo conhecido na aldeia pelo nome da mulher, ou da nova casa que habita. Os filhos usam tambem os appellidos maternos ¹.

Quando hordas vizinhas vivem, ao contrario, em hostilidade, o rapto é um facto trivial; a exogamia realiza-se fóra da horda pelo apri-ionamento de mulheres. A raptada entra no grupo do raptor como captiva, e fica sendo propriedade d'elle. A familia assim constituida é patriarchal; o parentesco é considerado pelo lado paterno, a não ser que pelo repudio a mulher volte á sua horda, em companhia dos filhos, porque naturalmente nesta, onde o pae é desconhecido, só podem ser contados na linhagem materna. A mãe repudiada tambem póde ficar, com os filhos, na horda do raptor, como propriedade d'ella.

Poderíamos resumir a doutrina que nos parece mais segura sobre a constituição mais geral da familia primitiva, nas conclusões em que DURKHEIM condensa alguns resultados das investigações de ERNESTO GROSSE, expostas no livro — *As Fórmulas da familia e as fórmulas da actividade economica* ², resultados que DURKHEIM considera definitivamente adquiridos para a sciencia:

1.^a A hy, othese da promiscuidade obrigatoria, como a haviam imaginado BACHOFEN, GIRAUD-TEULON, MORGAN, etc., parece definitivamente refutada; e exactamente porque GROSSE não nega, como STARCKE e WESTER-

¹ *Obr. cit.*, pag. 23.

² *Die Formen der Familie und die Formen der Wirtschaft.*

MARCK, a realidade da familia uterina, mais auctoridade ganha neste ponto a sua argumentação.

2.^a Ficou demonstrado que era inadmissivel a confusão da familia de filiação uterina com o matriarchado, designando este ultimo termo uma organização familiar e social em que a mulher gosasse de verdadeira supremacia. Sem negar absolutamente a existencia do matriarchado, GROSSE só o encontrou como anomalia e excepção; mas não contestou a generalidade e a importancia da familia materna pelo facto de considerar o matriarchado como uma raridade.

3.^a Na familia materna não affirmou a completa ausencia de relações entre pae e filho. Bem pôde haver relações d'esse genero, sufficientemente definidas, embora menos claramente regulamentadas, sem embargo de o filho depender mais immediatamente de sua mãe e dos parentes d'ella. D'onde Grosse inferiu, entre outras consequencias, que não foi a incerteza da paternidade que determinou o modo de filiação ¹.

A quarta conclusão é relativa ao *clan*, sobre cuja origem e constituição se tornam necessarias agora algumas explanações.

IV

24. Origem e constituição do clan. A phratría. — O *clan*, diz DURKHEIM numa memoria original sobre «a prohibição do incesto», é um grupo de individuos que se consideram parentes entre si, mas que reconhecem o parentesco exclusivamente por um signal particular: terem o mesmo *totem*. O *totem* é um ser, animado ou inanimado, mais geralmente vegetal ou animal, de que

¹ *L'Année sociologique*, 1.^o anno, pag. 332.

o grupo se reputa descendente, e que lhe serve simultaneamente de emblema e de nome colectivo. Se o *totem* é um lobo, todos os membros do clan crêem haver tido um lobo por antepassado, e consequentemente ter cada um ainda em si alguma cousa do lobo. E por isso adoptam esta denominação; são Lobos. Assim definido, o clan é pois uma sociedade domestica. visto ser formada por pessoas que se consideram procedentes da mesma origem; mas distingue-se das outras especies de familia pelo facto de se fundar o parentesco unicamente na communitade do *totem*, e não em relações de co-sanguinidades definidas. Os membros do clan são parentes, não por serem irmãos, paes, primos uns dos outros, mas porque usam todos o nome de tal animal ou de tal planta ¹. Se a admissão á sociedade totemica pôde resultar da geração, tambem pôde derivar de titulos extranhos ao nascimento, como, por exemplo, a adopção.

A instituição do clan parece ser universal. «Todas as sociedades passaram por ella, affirma DURKHEIM, ou nasceram d'outras que primitivamente haviam passado por ella» ². O clan foi, segundo o mesmo sociologo, a primeira fórma de familia com uma constituição social, ou, mais propriamente, juridica. O clan pôde comprehender grupos mais restrictos compostos de um homem, de uma ou mais mulheres com quem elle viva e dos filhos menores, como acontece dentro do clan australiano; mas são associações privadas, feitas ou desfeitas livremente, que não estão adstrictas a nenhuma norma definida. O parentesco do clan é que é a base unica de deveres domesticos, garantidos por uma saneção social ³.

¹ *L'Année sociologique* cit., pag. 2.

² *Ibid.*, pag. 9.

³ *Ibid.*, pag. 10.

Segundo KOHLER, num estudo analysado por DURKHEIM no mesmo volume do *Anno sociologico* — *Contribuição para a historia primitiva do casamento, totemismo, casamento colectivo, direito maternal, o clau, com a organização totemica, é, com elleito, a instituição social mais antiga que se conhece, tendo aliás com a familia relações evidentes, visto ser o totem honrado como um antepassado do grupo. Todos os membros do clau derivam da mesma origem, são da mesma carne e do mesmo sangue; pelo menos é este o postulado fundamental da associação. Ora, se o totemismo é assim a pedra angular da familia, conclue KOHLER que esta devia começar por ser exclusivamente materna ou constituida em volta da mãe, em vista do principio de que ninguem podia ter dois totems ao mesmo tempo. Seria uma monstruosidade inconcebivel que um individuo fosse a um tempo lobo e lebre, por exemplo, ou tartaruga e serpente. Mas, por outro lado, a lei da exogamia impedia que os conjuges pertencessem a um só e mesmo totem. Logo o filho havia de pertencer exclusivamente ou ao totem paterno ou ao materno, e, uma vez que era do totem que dependia o parentesco, este seria, no primeiro caso, agnatico, como na familia romana protohistorica, e no segundo, puramente uterino; tinha de estabelecer-se, ou ex masculis et per masculos, ou então ex foeminis et per foeminas.*

Dos dois systems qual será o mais antigo? Um e outro apparecem nas associações totemicas da Australia e da America, mas certamente não coexistiam nos grupos originarios, visto serem contradictorios, tanto mais que ninguem põe em dúvida a unidade ethnica primitiva das tribus dos indios americanos ou das populações australianas. Assim pois a anterioridade deve pertencer á filiação uterina, visto que, quanto mais rudimentar é uma sociedade, mais frequentemente

apparece o clan *materno*, e, se é trivial a transformação do clan uterino em clan paterno, a metamorphose contraria não se observa, nem era natural, pe'o menos enquanto o pae não abandonasse os filhos criados na sua companhia e entre os parentes paternos, cujo nome usavam. O que se vê é que, diz DURKHEIM, onde a filiação agnatica se estabelece, a propria theoria totemica vae-se apagando. A associação fundada no parentesco e na religião desaparece deante dos grupos *territoriaes*, immediatamente scindidos em familias particulares. Ao agrupamento baseado na consaguinidade, real ou ficticia, succedem outras associações espontaneas que derivam da *communiidade de residencia*, da solidariedade no ataque e na defesa, do concurso das m smas impressões de mocidade, da uniformidade do viver, resultante da convivencia no mesmo logar, da *symbiose*, conforme a denominação de POSADA ¹. Do totemismo ficam apenas vestigios, mais ou menos evidentes. O *totem* é apenas uma etiqueta sem significação, e não já o symbolo de um conjunto de tradições seculares, de práticas organizadas e respeitadas durante longas series de gerações» (DURKHEIM) ².

O verdadeiro clan era pois composto de individuos que se consideravam como parentes consanguineos, pelo facto de se attribuirem um antepassado commum, de character mythico. Não havendo nem podendo haver arvore genealogica do clan, o signal por onde reconheciam o parentesco era terem o mesmo *totem* e usarem um appellido commum. O *totem* era o signal pelo qual os parentes se distinguiam dos extranhos, e que determinava o meio em que era vedado escolher consorte. *Exogamia* é a regra pela qual aos membros do mesmo

¹ *L'Année sociologique*, pagg. 22 e 308; POSADA, *obr. cit.*, pag. 96.

² *Obr. cit.*, pag. 25.

clan era prohibida a união sexual. O verdadeiro clan distinguia-se da tribo, da aldeia, e, em summa, de todas as associações que tivessem uma base, não em certo modo *verbal*, como diz DURKHEIM, mas *territorial*. Nestas ultimas associações o *totem* é apenas um sobrevivencia; não é elle já que conferé a naturalização, como hoje o facto de usar o appellido de Machado, de Lobo, ou qualquer outro, não basta para fazer inscrever alguem como membro de tal ou tal familia.

A lei da exogamia não se confina dentro do clan. Não é só prohibido o casamento entre membros do mesmo clan, mas até de clans differentes, se tiverem o mesmo *totem*. Embora os clans da mesma horda tenham necessariamente *totems* distinctos, porque de outra maneira se confundiam uns com os outros, bem póde acontecer que em hordas diversas hajá clans da mesma denominação. Nas tribus selvagens da America do Norte ha certos *totems*, informa DURKHEIM, como o lobo, a tartaruga, o urso e a lebre, que são de emprego muito geral. Ora, qualquer que seja a tribo, entre individuos do mesmo *totem* é vedado o casamento sob a comminação de uma pena severa, que na America e na Australia é geralmente a pena de morte, ou de um castigo expiatorio em nome dos deuses inflexiveis.

As vezes a lei da exogamia abrange tambem um grupo de clans, se uma tribo se reparte em grupos d'esta natureza: o membro de um grupo só póde casar num clan de grupo differente. A formação de grupos de clans resultou provavelmente do desdobrimento da população de um clan primario, não perdendo os novos clans, que se iam tornando independentes pela mudança de habitat, o sentimento da primitiva solidariedade. O grupo de clans é uma *phratría*¹.

¹ DURKHEIM, *obr. cit.*, pag. 2 e segg.

Eis o que era a instituição do clan, depois de atingir o seu pleno desinvolvimento: instituição familiar e religiosa, em que a criança recebia um nome e uma religião, com o conjunto de direitos e de deveres inherentes a um certo parentesco e á participação de um certo culto, sobresaindo entre os da primeira origem — os direitos patrimoniaes e o dever de vingar as ofensas feitas a um parente.

23. Dissolução do clan. Associações territoriaes. A aldeia. — O modo pelo qual o principio da exogamia se vae ampliando aos que estão em contacto no mesmo habitat, e prepara a dissolução da primitiva associação totemica, esclarece o mysterio da origem d'esta. Formado o habito de considerar inadmissiveis as uniões conjugaes de individuos que nominalmente são do mesmo clan, as relações similares de individuos que, pertencendo verbalmente a clans differentes, vivem contudo em contacto tanto ou mais intimo que os precedentes, não podem deixar de assumir o mesmo character (DURKHEIM). É que o valor da communitate do *totem* está em que este é o symbolo de uma communitate de existencia.

Se pois a vida em *commun* é real, embora o *totem* não seja *commun*, o effeito será o mesmo. As uniões conjugaes serão ali egualmente prohibidas. Assim se dissolve a instituição do clan em proveito da associação *territorial*. Precisamente a base do territorio *commun* é que lhe faltava, desde que da phase natural de aggregado de parentes ligados á mãe passou á phase mystica de sociedade totemica, amorpha, indefinida, sem contornos materialmente marcados sobre o solo, como suggestivamente se exprime o escriptor que temos seguido. Cada clan, pelo casamento exogamico, passa constantemente por um movimento de integração

e de desintegração, recebendo elementos estranhos e emittindo elementos seus. Os fragmentos de clans diversos, reunidos assim no mesmo lugar, vivendo a mesma vida, constituem naturalmente uma sociedade de nova especie, independente do laço totemico.

É assim perfeitamente exacto que a organização do clan encerrava desde a origem os germens da sua dissociação. «Á proporção que o clan se fixa no territorio, o *totem* perde o caracter primitivo; acaba por não ser mais que um emblema collectivo, um nome particularmente venerado. O clan vem a ser a *aldeia*; quer dizer que o seu caracter de sociedade domestica liga-se apenas a uma recordação»¹.

«Desde o momento, diz tambem SUMNER MAINE, em que uma tribu se fixa com permanencia e definitivamente numa determinada extensão de territorio, a terra, o solo, faz as vezes do parentesco, como fundamento da organização social. Esta substituição é extremamente lenta; a certos respeitoos não é completa ainda hoje; mas o progresso d'ella tem sido continuo através das edades. Evidentemente a constituição da familia pelo parentesco consanguineo salta aos olhos de todos; mas, entre os agrupamentos humanos mais consideraveis que a familia, o solo em que vivem tende a formar um traço de união, á custa do parentesco, cuja concepção vae sendo cada vez mais vaga»².

26. A tribu. — Contudo fica sempre a tradição, como explicação mythica da alliança ou da cooperação. A propria tribu é dominada pelo *prejuizo theorico*, se-

¹ DURKHEIM, no estudo sobre o livro de GROSSE, *L'Année sociologique*, cit. vol., pag. 331.

² *Études sur l'histoire des institutions primitives*, trad. de DURIEU DE LEYRITZ, cap. III, pag. 91.

gundo a expressão de MAINE, de que todos os seus membros procedem de um tronco commum. Por uma singular associação de ideias a submissão ao mesmo poder confunde-se com o parentesco. A tribu era uma corporação consideravel, formada de elementos variados, em grande parte composta de homens a quem um laço puramente ficticio de parentesco ligava ao chefe e á multidão dos membros livres da tribu. Assim como era um facto trivial recrutar a familia elementos extrahos pela *adopção*, assim tambem era frequente comprehendêr a tribu grande numero de pessoas *theoricamente* unidas a ella por um laço de parentesco, mas não tendo com ella, *de facto*, nada communi senão a obediencia ao mesmo chefe ¹.

Se na constituição da tribu tem grande importancia o factor da *agregação genetica*, que consolida numa união mais estreita hordas parentes, vizinhas durante muito tempo, tambem hordas extranhas entre si podem ser forçadas pelas circumstancias a approximar-se, primeiro passo para se unirem. Além de que, diz GIDDINGS, nas sociedades contemporaneas sob a fórma da tribu, a mistura de elementos mais ou menos dissimilhantes e anteriormente independentes tem sido contínua, pela migração, pela guerra, pela conquista, pela escravidão e pelo rapto das mulheres, e a historia prova que condições similhantes presidiram á genese das tribus que em tempos remotos se transformaram em Estados civilizados ².

27. Caracter e importancia d'estas associações na vida social primitiva e nas origens da justiça penal. — O clan é

¹ SUMNER MAINE, *Instit. prim.*, cap. cit., pagg. 83 e 87, e cap. VII, pag. 232.

² *Obr. cit.*, pag. 250.

que é a associação *juridica* da familia primitiva. Elle é que mantem as regras consuetudinarias sobre o casamento e a adopção; elle é que regula a partilha das terras, a industria e o commercio communs a varias familias. Além d'isso interpõe a sua auctoridade em todas as disputas pessoas de certa gravidade, prohibindo vinganças privadas entre os seus membros, embora as anime entre pessoas de clans distinctos, se não considera preferivel impor uma transacção. Em caso de homicidio o clan da victima reúne-se em conselho, preparando a vingança; o clan do culpado celebra egualmente as suas sessões para se occupar da *composição* a propor, recorrendo por vezes aos bons officios de outros clans da mesma *phratría*, se o homicida e a victima, além de serem de differentes clans, pertencem tambem a differentes *phratrias*. Neste caso as negociações verificam-se entre *phratrias*, não obstante esta associação ter especialmente attribuições religiosas.

Assim, emquanto a familia, o grupo mais restricto, se organiza como sociedade *economica*, para a cultura em commum do lote domestico, que é uma porção da terra collectiva do clan, distribuida a cada *casa*, na qual não raro residem, como acontece nalgumas tribus de indios americanos, varias familias associadas para a produção e para o consumo, o clan representa a organização *juridica*, como a *phratría* a organização *religiosa*, como a tribu a organização *militar*¹.

¹ GIDDINGS, *obr. cit.*, pagg. 252 e segg., 256 e 257.

V

28. Exogamia e endogamia. — O clan é essencialmente caracterizado pela lei fundamental da *exogamia*, como fica exposto. Mas a exogamia tem a sua evolução a par da família, diz DURKHEIM. «Emquanto esta se confunde com o clan, e mais especialmente com o clan uterino, ao parentesco uterino é que tem applicação exclusiva ou principal as interdições sexuaes. Quando o clan paterno faz reconhecer os seus direitos, a exogamia estende-se até elle. Depois que o totemismo desaparece, e com elle o parentesco especial do clan, a exogamia torna-se solidaria dos novos typos de família que se constituem e que assentam noutras bases; e, como essas famílias ficam mais restrictas do que era o clan, mais circunscrita fica a exogamia dentro d'esses círculos menos amplos; diminue então o numero de individuos entre os quaes o casamento é prohibido. Por uma evolução gradual chega-se ao estado de hoje em que a prohibição radical em regra não abrange mais que os casamentos entre ascendentes e descendentes, ou entre irmãos e irmãs»¹.

Segundo esta doutrina, a restricção do impedimento matrimonial de parentesco, em vez de obedecer a causas sociaes independentes, teria acompanhado as transformações da família como organismo juridico-religioso, o que não me parece demonstrado. Durante muito tempo nas civilizações proto-historicas, e ainda actualmente em povos atrasados, a organização juridica e religiosa da família encontra-se em sociedades

¹ *La Prohibition de l'inceste*, por E. DURKHEIM, em *L'Année sociologique*, 2.º anno, pag. 58.

muito mais vastas que o grupo dos parentes entre os quaes o casamento é prohibido. DURKHEIM presume que a prohibição do casamento em razão do parentesco traduz sempre um principio de *exogamia*, e que assim este principio excluirá em regra mais ou menos parentes, consoante maior ou menor numero d'elles estiver incluído na sociedade familiar; quando parece verificar-se, ao contrario, um movimento geral nas sociedades exogamicas, da *exogamia* para a *endogamia*, quaesquer que sejam as causas sociaes, muito discutidas, d'esta transformação. H. SPENCER debate longamente, a este respeito, as hypotheses de M. LEXNAN, e conclue que um grupo primitivo que habitualmente viva em paz com os grupos vizinhos será endogamico, visto que o roubo de mulheres ás outras tribus é ou consequencia, ou causa de guerra; que a endogamia procedente d'esta origem deve ser rara, sendo, por assim dizer, universal a hostilidade das tribus entre si; mas que o rapto de mulheres, como meio habitual de realizar a união sexual, acaba naturalmente, pelas suas consequencias perigosas para a conservação do aggregado, por desaccreditar e fazer prohibir o systema nas tribus de somenos resistencia. Com effeito, o rapto, como provoca a vingança da tribu aggravada, que pôde ser mais forte, tornar-se-ha objecto da reprobção geral, e lentamente se irá estabelecendo o habito de escolher esposa no seio da propria tribu, até que uma lei venha enfim prohibir os casamentos com as mulheres das tribus alieias. A necessidade de conservação tornará a tribu *endogamica*¹. Ficará por muito tempo, a par da endogamia da tribu, a exogamia do clan, mas, como pondera TARDE, o effeito da

¹ *Principes de sociologie*, tom. II, cap. IV, pag. 246.

civilização será, dado este primeiro passo, a despeito das tradições de uma ascendencia commum para a generalidade dos membros da tribu, apertar cada vez mais o circulo exogamico, que, remontando muito alto, é o clan, composto de familias que se consideram parentes, e ampliar inces-santemente o circulo endogamico, até que abranja, se não toda a população humana, pelo menos a dos nacionaes ou dos compatriotas sociaes ¹.

29. Constituição da gens. — A prova de que o circulo de parentes dentro do qual é prohibido o casamento não coincide com o circulo da familia, como organismo juridico-religioso, está em que, enquanto vigora a organização da *gens*, especie de *clan sem exogamia*, o impedimento do parentesco, ainda que tenha grande extensão, ainda que comprehenda os parentes até ao sexto grau da linha collateral, como em Roma em época remota, antes do fim da segunda guerra punica, não é extensivo a todos os *gentiles*.

E a *gens*, em vez de ser uma associação politica de varias familias, originariamente extranhas umas ás outras, conforme um conhecimento imperfeito do assumpto fez erer durante algum tempo, era a familia mesma. «Essa familia indivisivel que se desenvolvia através das edades, perpetuando de seculo em seculo o seu culto e o seu nome, era verdadeiramente a *gens* antiga. A *gens* era a familia, mas a familia que conservara a unidade que a sua religião lhe impunha, e que attingira todo o desenvolvimento que o antigo direito privado lhe permittia attingir» ².

¹ *Études de psychologie sociale*, pag. 307.

² F. DE COULANGES, *La Cité antique*, cap. X, pag. 121.

O laço que fórma a *gens*, diz também IHERING, abraça a existencia inteira do individuo. Todos os interesses que agitam a sua vida o revocam para a *gens*, e nella acham, se não completa satisfação, ao menos alguns pontos de apoio. O culto dos deuses, como o serviço militar e o exercicio dos direitos politicos, incessantemente congregam os *gentiles*, e a propria morte os reúne em sepulturas hereditarias e communs. Unidos e congregados se conservam nos momentos mais sagrados e mais terriveis, no templo como nos campos de batalha; honra e vergonha, felicidade e infortunio, tudo lhes é commum; o lustre e bom nome da *gens* a cada um aproveita, do mesmo modo que os feitos e acções de cada um sobre ella projectam luz ou sombra. Por isso é que a *gens* vivamente se interessa na sorte e nas acções dos individuos, uma vez que estes não tem a prendê-los a ella o frouxo laço de membros de uma corporação, com direitos communs, mas o laço de membros de uma familia, á qual interessam o bem e o mal, a vergonha e a honra individual»¹.

Na Grecia e em Roma a *gens* apparece-nos com uma constituição aristocratica, que contribuiu poderosamente para que os eupatridas athenienses e os patricios romanos conservassem por tanto tempo os seus privilegios. O patricio usava habitualmente três nomes, exemplo: *Publio Cornelio Scipião*. O nome propriamente dito, *nomen*, era *Cornelio*; *Publio* era um *praenomen*; *Scipião*, um *agnomen*. O *nomen*, invariavelmente terminado em *ius* entre os romanos, era a designação patronymica, a primeira em data e em importancia, diz COULANGES²; era a indicação do antepassado co-

¹ *L'Esprit du droit romain*, § 17, pag. 185.

² *La Cité antique*, pag. 424.

nhecido, tronco da *gens*, unida pelo parentesco, pela religião e pela solidariedade familiar. O deus a que ella presta culto é precisamente esse antepassado divinizado, e o altar dos sacrificios é um tumulo.

Em Athenas, como em Roma, cada grande familia venera o heroe de quem recebeu o nome, e a quem faz remontar as tradições que a illustram; aquelle que é o auctor da sua raça (*genus, gens*, em grego *genos*, do sanscrito *dsham*, ser gerado; cf. *giguere, genitor*). Como em Athenas os Eumolpidas veneram Eumolpos, os Phyalidas Phyalos, os Buselidas Buselos, em Roma os Claudios descendem de um Clauso, os Calpurnios de um Calpo, os Clelios de um Clelo¹.

Eis pois um *clan* de nova especie, fundado, não já em superstições animistas e crenças anthropomorphicas de selvagens, mas em tradições heroicas e no orgulho de casta, devendo assim apresentar na sua feição primeira, que não é conhecida, todos os caracteres de uma corporação aristocratica, fechada sobre si.

50. A gens como organização religiosa, moral e juridica da familia. Importancia d'esta associação nas origens da justiça penal. — Mas na *gens* aristocratica, como no *clan* selvagem, é que a familia adquire a sua maior extensão, como associação moral, juridica e religiosa.

«Unidos (os membros de uma *gens*) na celebração das mesmas ceremonias sagradas, ajudam-se mutuamente em todas as necessidades da vida. Toda a *gens* responde pela divida de qualquer dos seus membros; ella resgata o captivo, e paga a multa ao condemnado. Se um dos seus é investido numa magistratura, ella cotiza-se para o pagamento das despesas que isso im-

¹ *Ibid.*, pagg. 117 e 118; IHERING, *obr. cit.*, pag. 185, nota (124); POSADA, *obr. cit.*, pag. 56.

porta. O acusado é acompanhado ao tribunal por todos os membros da sua gentilidade, o que assignala bem a solidariedade que a lei estabelece entre o homem e a corporação a que elle pertence. A religião prohibe pleitear contra um homem da mesma *gens* e até testemunhar contra elle»¹. Refere Tito Livio que, por occasião da accusação do decemviro Appio Claudio, se apresentou para o defender um tal Claudio, homem de valimento, mas *inimigo pessoal* do acusado, e que, dirigindo-se ao povo, fez a declaração de que assim procedia, não por dedicação, mas por um dever.

Os individuos que compunham a *gens* consideravam-se pois ligados por um estreito vinculo moral e juridico de solidariedade, como partes do mesmo organismo. Certas obrigações, inherentes a esta união, não apresentam já no direito romano o character de obrigações juridicas, que importem para terceiros interessados a faculdade de reclamarem em juizo o seu cumprimento; mas era em todo o caso um dever de honra para a *gens* a assistencia a um confrade que d'ella necessitasse, como, por exemplo, quando se achava preso por dividas. Os soccorros obtinham-se por donativos voluntarios, ou então por um decreto da *gens*. Este dever de assistencia reciproca, que LIERING considera como uma especie de seguro mutuo contra a miseria e contra as injustiças, muito concorr. u. como faz notar o mesmo escriptor, para a preponderancia extraordinaria da classe patricia, mais talvez que a situação politica². Esse dever desdobra-se em mutuo auxilio para todas as necessidades da vida, e em mutua defesa no caso de aggressão por parte de um extranho³.

¹ F. DE COULANGES, *obr. cit.*, pag. 114.

² *Obr. cit.*, pag. 190.

³ *Contribución al estudio de la Historia primitiva de España (El Derecho penal en Iberia)* por P. DORADO, pag. 16 (Madrid, 1901).

Collectivas eram as offensas, *collectivas* ficavam sendo as reparações e as represalias. A independência das gentilidades antes da fundação da *cidade*, escreve PEREZ PUJOL, imprime o character de relações *internacionais* em todas as questões de direito que entre ellas se suscitam. Certamente o chefe de cada uma, considerando-se soberano, não reconhece poder superior ao seu, e por isso ou a questão se resolve por uma transacção, um *foedus*, verdadeiro tratado internacional, ou cae-se no *casus belli*. Fundada a cidade, o poder do Estado, *civitas*, colloca-se superior aos chefes agnaticos, e logo intervem nos conflictos inter-gentilicios, a principio como arbitro ou como medianeiro, depois como juiz. Já as questões relativas a gados ou a quaesquer outros valores produziam frequentemente verdadeiras guerras de familias; mais facilmente as provocariam as aggressões ás pessoas. «A segurança pessoal estava então sob a salvaguarda da *gens*, do grupo agnaticio, e a certeza de que qualquer violencia contra um dos seus membros havia de ser vingada pela collectividade, não só era uma garantia de respeito ao direito, senão tambem suscitava o meio de restabelecê-lo, uma vez violado, por meio da composição, transacção ou indemnização. . . A cidade, o Estado, intervem logo no direito de vindicta para regularizá-lo, para facilitar as composições, tarifá-las e impô-las, como meio de extinguir as guerras privadas. Com a *cidade* apparecem os delictos *publicos*, delictos contra o Estado, que se reprimem com a *pena* propriamente dita, imposta pela auctoridade legal; mas então, dada a união do sacerdocio e do imperio, os delictos consideram-se como peccados ainda no foro externo, e as penas são expiações religiosas, assim como no processo penal as provas, denominadas *ordalias*, são *juizos de Deus*, porque se crê ver nellas

uma declaração divina da innocencia ou culpabilidade do accusado.¹

Em Roma á *gens* pertencia vingar a morte violenta de um dos seus membros, quando elle não tinha parentes proximos, ou estes eram incapazes de a vingar. Ainda em época posterior, diz IHERING, era obrigação imposta aos parentes perseguir pelas vias legaes o homicida, mas o que mais tarde se fazia na fórma de uma acção, conseguia-se originariamente pela justiça *privada*. Entre os germanos o dever parental de contribuir para a composição (*Wergeld*) podia ser objecto de uma reclamação de terceiros interessados, e, segundo o direito anglo-saxonico, não só os parentes, mas ainda os *gegyltan*, que estavam em relações analogas ás do *gentiles*, respondiam por uma terça parte, ou eventualmente até por metade, do *Wergeld*².

51. Punição dos delictos intra-gentilicios. — P. DORADO discute, com referencia ao direito penal dos iberos da Peninsula, qual terá sido o systema de punir os delictos *intra-gentilicios*. Parecendo provado que, de *gens* para *gens*, a offensa a qualquer dos *gentiles* era vingada pela guerra privada que cada um e todos os membros de uma corporação moviam contra qualquer e contra todos os membros da outra, ou que se extinguia por meio de uma transacção ou composição, como é que se exercia a justiça penal, quando, no proprio seio da *gens*, algum dos seus membros perturbava a ordem e a paz?

IHERING intende que as relações dos *gentiles* com o poder gentilicio em Roma nada tinham de analogo ás

¹ *Historia de las Instituciones sociales de la España goda*, tom. I, pagg. 56-58.

² IHERING, *obr. cit.*, pagg. 183 e 189, nota (134).

relações dos agnados com o *pater* na sociedade mais restricta da familia. «A *patria potestas* não foi imitada politicamente, nem na *gens*, nem no Estado». Havia em cada *gens* um presidente, um *decurio*, mas, á parte as funções militares, este presidente nenhum poder exercia, limitando as suas attribuições a regular as deliberações da *gens* e a offerecer em nome d'ella os sacrificios. Cada membro da *gens* era o *equal* de todos os outros. Esta constituição que, sendo aristocratica nas relações inter-sociaes pela sua origem e pelo espirito de casta, era todavia democratica pela organização interna dos poderes, não impedia a formação de um direito penal interno, applicavel por decretos da assemblêa, se não por decisão de um magistrado singular. Haveria pelo menos, como em todas as associações privadas, o direito de *excommunhão* ou exclusão do consocio indigno. Um exemplo é conhecido de exercicio da auctoridade censorial da *gens* romana contra um dos seus membros, que depois da morte foi proclamado indigno, o que faz presumir que em vida teria sido punido com a exclusão. Além da exclusão do confrade culpado, havia, como pena mais leve, a simples exclusão do *culto*. «Nenhum testemunho attesta a existencia de outras penas, mas as duas precedentes permitem indirectamente suppor outras como possiveis». Exemplificando com as multas, diz IHERING que, na hypothese de que o culpado se não submettesse á condemnação, a *gens* tinha sempre o direito de declarar que os consocios não estavam dispostos a tolerar a assistencia d'elle ás cerimoniaes do culto, ou ainda a sua presença naquelle gremio. «Esta disposição negativa era um expediente indirecto de coacção para a execução da pena positiva»¹.

¹ IHERING, *obr. cit.*, pag. 191 e segg.

Referindo-se aos Ossetas do Caucaso, que vivem ainda no estado de *gens*, diz DARESTE: «Temos visto que todo o assumpto criminal é uma questão entre duas familias. D'onde resulta que os crimes commettidos *no seio de uma mesma familia* não podem importar o direito de vindicta, o que todavia não é razão para que fiquem impunes. O ancião, o que exerce o governo da familia, exerce tambem um direito de policia interna: pôde *expulsar* o que perturbou a paz e obrigá-lo a exilar-se pela destruição da sua morada; pôde tambem *embargar-lhe os bens* e lançar sobre elle mesmo um *interdicto*, por uma especie de *excommunição* que suspende todas as relações com os outros membros do grupo. O culpado pôde evitar o confisco resgatando-se por uma somma, que não é uma indemnização do damno que causou, pois que por vezes se eleva a vinte e sete vezes o valor d'esse damno; é antes o equivalente da pena»¹.

VI

52. O talião. — O exercicio da vingança privada tem, diz VIDAL, o duplo inconveniente do excesso e de ser uma provocação a novas violencias, determinando assim luctas interminaveis. «A vingança, como escreve HIERING, não conhece outra medida que o grau (puramente accidental e arbitrario) da sobreexcitação do individuo lesado. Em vez de tirar força á injustiça, tem como unico effeito duplicá-la, accrescentando á injus-

¹ *Études d'histoire du Droit*, pag. 448 (Paris, 1889). Vej. KOVALEWSKI, *Coutume contemporaine et loi ancienne. Droit coutumier ossétien éclairé par l'histoire comparée*, pag. 311 e segg., 350 e segg. (Paris, 1893), e P. DORADO, *obr. cit.*, pag. 18 e nota (2).

tiça existente uma injustiça nova. É facil comprehender que deva bem depressa ceder perante a lei da ordem ¹.

A primeira limitação ao exercicio da vindicta privada é a fixação do grau de mal que sería permitido causar a titulo de represalia. É a lei do *talião*, de que ha vestigios em todas as legislações primitivas, e que, antes de imposta pelo legislador como limite á colera dos offendidos, sedentos de sangue, teria sido consagrada pelos costumes. No Levitico encontramos a definição precisa do *talião*: *Qui irrogaverit maculam cui-libet civium suorum, sicut fecit, sic fiet ei: fracturam pro fractura, oculum pro oculo, dentem pro dente restituet; qualem infixcrit maculam, talem sustinere cogetur* ².

Mais de cinco seculos anterior ás leis de Moysés e ao Pentateuco, de que o Levitico faz parte, é o codigo babilonico de Hammurabi, que viveu pelos annos 2285-2242 antes de Christo, codigo descoberto em Susa em dezembro de 1901 e janeiro de 1902 pela missão Morgan, e decifrado pouco depois em Paris por SENEZ, professor na *École pratique des hautes-études*. E este codigo, como diz o professor PIETRO BONFANTE, que publicou uma traducção italiana com algumas palavras sobre a descoberta respectiva, — é este codigo o documento mais importante, que chegou até nós, da civilização babilonica, e tambem o codigo mais antigo, e com distancia de longos seculos, entre os codigos primitivos da humanidade. Ainda, informa o traductor portuguez sr. dr. ALVES DE SÁ, no tempo de Assurbanipal em Ninive, mais de mil annos depois de Ham-

¹ G. VIDAL, *obr. cit.*, pag. 12, n.º 14; IHERING, *obr. cit.*, § 12, pag. 131.

² Cap. XXIV, verss. 19 e 20.

murabi, elle vigorava, como se vê dos fragmentos publicados por RAWLINSON e encontrados na bibliotheca de Assurbanipal. Mas é, como dissemos, muito anterior ás leis de Moysés, mais ainda ás de Manu, que não remontam além do seculo XI antes de Christo, ás de Lycurgo, de Dracon e Solon (seculo VII e VIII antes de Christo). As leis das XII Taboas seriam dois mil annos posteriores¹.

Nesse código, ao lado de um systema penal variado, que por vezes era destinado a proteger e fomentar os mais nobres sentimentos, apparecem, entre as provas, os juizos de Deus, por exemplo — a *prova do Rio*, e, entre os meios repressivos, o *talião*, reconhecido para alguns casos especiaes de offensas corporaes, como nas XII Taboas:

«Se um filho vasa um olho a um homem livre. vassar-se-lhe-ha um olho. — Se alguém quebra um membro a um homem livre, quebrar-se-lhe-ha um membro. — Se alguém quebra os dentes de um homem da mesma condição, quebrar-se-lhe-hão os dentes (artigos 196, 197, 200). São exactamente as previsões do Levitico: *fracturam pro fractura, oculum pro oculo, dentem pro dente restituet*.

Eis o talião. BENTHAM, estabelecendo com notavel lucidez as qualidades das penas, considera o talião *admiravel* sob o ponto de vista da sua *comprehensibilidade* ou da sua relação directa com o delicto. «*Olho por olho, dente por dente*. . . a intelligencia mais rudimentar é capaz de ligar estas ideias». Mas conclue que o talião é raramente praticavel.

¹ *Código das Leis de Hammurabi*, trad. do fr. com noticia preliminar pelo dr. EDUARDO ALVES DE SÁ, pag. 4 e segg.; vej. PIETRO BONFANTE, *Le leggi di Hammurabi, re di Babilonia* (a 2285-2242 a Ch.) con *prefazione e note* (1903).

Sem dúvida a intensidade de uma dor só pôde ser avaliada por quem alguma vez a soffreu. Só sabe apiedar-se o que algum dia sentiu a ferrea pressão da desgraça. E, se ao mundo moderno não é licito exemplificar na pena a ferocidade do criminoso, corre-lhe o dever de aperfeiçoar os systemas penaes no sentido de tornar cada vez mais comprehensivel ao condemnado a grandeza do mal que causou ¹.

VII

55. Composição pecuniaria. Sua origem. — «O correctivo da vingança do sangue é, diz AD. PRINS, a reconciliação do sangue, que põe termo á lucta, e dá direito á reparação do damno causado. A auctoridade, que vae fortalecendo-se, tenta moderar as paixões individuais que tem livre desaforo nas guerras privadas; defronta-se com o direito de vindicta; começa por favorecer a reconciliação; limita a duração das luctas pelas treguas, de geito a dar tempo aos resentimentos para que se acalmem. Acaba por obrigar o culpado a pedir a reconciliação, e o lesado a acceitar o preço d'ella. Assim vae substituindo, pouco e pouco, o elemento ethnico da vingança pelo elemento economico da *compositio* ².

No dizer de TARDE, «a composição pecuniaria devia ser invenção de homens frios, calculistas, práticos, que teriam difficuldade em fazer prevalecer a sua maneira positivista de tirar proveito dos crimes sobre o sentimento innato de indignação e de justiça vindicativa» ³.

¹ BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale* — *Principes du code pénale*, 3.^e partie, chap. VI.

² *Obr. cit.*, n.^o 14, pag. 6.

³ *La Philosophie pénale*, pag. 479, nota (2).

Nas offensas mais graves, a vingança, que brota do instinto de *reacção*, mas que se ligava também a um sentimento elevado de brio — a defesa e desagravo da familia, sendo assim um dever de honra, difficilmente seria renunciada. Nas raças semiticas, segundo a observação de THONISSEN, ficavam marcados com indelevel mancha de infamia os parentes que, a troco de dinheiro, desistiam da vindicta. Num canto popular da Dinamarca um guerreiro, revoltado contra os *novos* costumes, exclama: «Quem noutro tempo se atreveria a receber dinheiro como preço de um pae assassinado?»

A composição era um meio pacifico de pôr termo ás guerras privadas, mas era um *privilegio* de ricos. Quando a politica a fomentou, desenvolveu e decretou como systema geral de satisfação pelas offensas, os que, por falta de meios, não podiam resgatar-se, eram sujeitos á morte ou á escravidão. O systema é pois uma fórma de oppressão da miseria, e, para explicá-lo historicamente, não basta suppôr a perda da primitiva pureza dos sentimentos impetuosos do selvagem, um desenvolvimento das faculdades reflexivas, um espirito precocemente calculista até ao cynismo para sacrificar ao interesse o nobre resentimento da honra offendida ou do coração ferido nos seus affectos mais profundos: é mister entrar em linha de conta com as necessidades imperiosas da ordem em sociedades politicas que iniciavam apenas a sua organização, com as desigualdades economicas da população, com as tendencias oppressivas das classes dominantes, com a triste condição do trabalho e com o alto valor da propriedade nas primeiras edades da humanidade.

«Quando a fortuna, escreve HIERING, sobe tão alto na estima do povo, que a lesão d'ella arrasta para o

ladrão a perda da liberdade e para o devedor insolvente a perda da vida; quando, partindo de considerações pecuniarias, se chega a comminar as penas mais graves, é comprehensivel que se invertam os papéis, e que se reduza a pena merecida ao pagamento de uma quantia. O lesado renunciava á pena de talião, mediante o pagamento de uma somma consideravel. A sua sêde de vingança aplacava-se tão facilmente, quando o adversario era forçado a abandonar-lhe o que tinha de mais precioso no mundo, como se elle proprio lhe infligisse alguns ferimentos graves. Actualmente, por cúpida e avara que seja a nossa época, o laço da propriedade com a personalidade é infinitamente mais frouxo, do que habitualmente o é nas phases primitivas da civilização. O valor que um individuo ou uma época attribue á fortuna determina-se experimentalmente pelas difficuldades da acquisição. O que um homem adquiriu á custa do seu corpo e da sua vida, ou com o suor do seu rosto, torna-se como uma parte de si mesmo. O que ataca essa propriedade, pague; se não pôde restituir, o seu corpo é que responde pelo prejuizo. Sob este respeito não é para admirar que contra a *pessoa* se reclame a satisfacção por uma *lesão pecuniaria*, ou que a *fortuna* do adversario seja trazida a pagamento da pena de uma *lesão pessoal*. Em vez do dinheiro, os membros do corpo (*in partes secare*); em vez dos membros do corpo, o dinheiro»¹.

54. O systema compositorio no direito romano. — Na época da vindicta a composição pecuniaria afastava por vezes o exercicio effectivo da vingança, variando

¹ *Obr. cit.*, § 12, pag. 135.

segundo os casos a importância d'esse resgate, para cujo pagamento se cotizariam, em caso de necessidade, os parentes e os amigos. A fixação do resgate era então objecto de um debate entre as partes. Esta negociação exprimia-se entre os romanos pelos verbos — *pacere*, *pascici*, *depescici* (raiz sanscrita *pac*, ligar). O accordo era um *pactum*, contracto da paz (*pax*), porque punha termo ás discordias.

Se originariamente a composição resultava de um debate livre entre as partes, que chegavam a accorder-se sobre o preço da paz, tendo porventura recorrido para esse effeito aos bons officios de um mediador, ou que se compromettiam numa arbitragem, é natural que no decurso do tempo alguns costumes se fossem estabelecendo, fixando pelo menos algumas normas geraes de indemnização dos crimes mais frequentes, como — tantos bois ou carneiros, ou o duplo, o quádrupulo do damno.

Quando enfim uma jurisdição criminal nasceu, e o juiz, em vez de pronunciar a pena de talião, fixava o preço da paz, sem dúvida se regulava por esses costumes, seguidos e respeitados entre particulares. O resgate fixado pelo juiz era o que, na acceção primitiva, se designava em Roma pelo substantivo — *poena*, e neste sentido devem ser entendidas as phrases latinas: *poenas dare*, *solvere*, *pendere*, *petere*, *exigere*, *sumere*, *capere*¹. É tambem esse direito consuetudinario o que as primeiras leis escriptas veem depois firmar, precisar e completar. Nas XII Taboas o direito á vindicta é ainda expressamente reconhecido para alguns delictos, embora subordinado, quanto ao exercicio, á auctorização do magistrado (pena de talião para o

¹ IHERING, *obr. cit.*, pag. 134 e segg.

membrum ruptum, a addicção para o *furtum manifestum*). Em relação a outros delictos, uma remissão fixada pela lei devia substituir a vingança.

Pouco e pouco todas as lesões criminaes foram passando, em Roma como em todos os povos em analogia phase de civilização, para a categoria dos *delictos civis*. No periodo da vindicta as lesões que nós consideramos hoje como delictos ou quasi-delictos civis, não sendo apreciadas senão pelo lado exterior e objectivo, davam direito a actos de força sobre o lesante. O sentimento juridico brutal via, como nota IHERING, em toda a contestação ou retenção do direito, uma lesão *pessoal*, um delicto que reclamava, portanto, não só o reconhecimento e restabelecimento do direito, mas ainda uma *satisfacção pessoal*: a punição do adversario. Era punido o devedor insolvente; em Roma o possuidor de boa fé que decaísse na acção de reivindicação era punido, como se fôra ladrão dos fructos de que se tinha apropriado, com a pena do duplo, exactamente do mesmo modo que o auctor de um furto, quando não surprehendido em flagrante (*fur nec manifestus*); e identica pena tinha o vendedor de cousa evicta, que era sempre tratado como se fraudulentamente subtrahisse o preço da venda. Estas penas pecuniarias recordam um periodo anterior em que aquellas lesões eram motivo para represalias violentas.

Se no systema da vindicta todas as lesões ou contestações tinham character criminal, no systema compositorio posterior todas eram comprehendidas sob o principio exclusivo da responsabilidade civil. As offensas que estamos acostumiados a considerar como crimes, eram tidas por meros delictos civis, dando origem a uma obrigação ou *vinculum juris*, a que se satisfazia pelo pagamento de uma somma de dinheiro. «O offendido ataca o offensor por uma acção civil ordinaria, e,

se vence, obtem uma compensação na fórmula de perdas e damnos»¹.

33. O systema compositorio no direito germanico. — As collecções de leis das tribus germanicas, que foram noutro tempo objecto da admiração de varios sabios allemães, nada offerecem de original sobre este assumpto. O systema das composições pecuniarias, diz LETOURNEAU, e as tarifas penaes acham-se universalmente vulgarizadas no mundo, mas poucos povos, de facto, fizeram d'este systema uso tão geral como os germanos, traço que aliás não denota nenhuma superioridade².

«Na lei anglo-saxonia, escreve KEMBLE, a vida do homem livre era estimada numa quantia, variavel segundo a sua classe; uma quantia era a compensação dos ferimentos que lhe fossem infligidos, assim como de todos os damnos que elle podia soffrer nos seus direitos civis, na honra e na tranquillidade, augmentando a quantia conforme as circumstancias que acompanhavam a offensa»³.

Já antes do apparecimento das *Leges Barbarorum* a composição era largamente usada como meio de restabelecer a paz entre as familias. As informações de TACITO sobre a Germania assignalam essa phase de civilização em que começa já a manifestar-se a acção da *cidade* ou do poder publico. Nas assembleias geraes podiam instaurar-se accusações capitaes, sendo o genero da pena accommodado à natureza do crime: os traidores e os desertores eram enforcados nas arvores; os covardes e os infamados por torpeza immergiam-nos

¹ SUMNER MAINE, *L'Ancien droit*, cap. X, pag. 350.

² *L'Évolution juridique*, etc., pag. 428.

³ Apud MAINE, *obr. cit.*, pag. 350.

nos pantanos e enxurdeiros, sob enredados espinhaes. Queria assim a lei, com a diversidade dos supplicios, tornar visivel a punição dos crimes e sepultar no esquecimento os vicios infames. Mas aos delictos mais leves, á maneira de penas, applicavam-se multas, pagaveis em cabeças de gado ou em cavall'os, parte para o rei ou para a cidade, outra parte para o proprio que se desaggravava ou para os seus parentes¹. TACITO, que nos dá esta resenha do systema penal dos Germanos, accrescenta que cada um fazia tão necessariamente suas as inimizades de seu pae ou de um parente seu, como as amizades ou allianças; sem que todavia os odios fossem implacaveis, pois que o homicidio mesmo se pagava com numero certo de cabeças de gado grosso ou miudo, que toda a familia recebia como satisfação; e ainda bem no ponto de vista do interesse publico, pelo grave perigo que havia nas inimizades ao sabor de impulsos livres².

Estes notaveis trechos da *Germania* de TACITO revelam que o poder social intervinha já nas guerras privadas para terminá-las por uma composição, que restabelecia a paz entre as familias e na cidade; que o rei, onde estava estabelecido o regimen monarchico, ou a cidade recebia uma parte da multa, como sendo o garante da paz; que o systema compositorio se ia generalizando a todas as offensas *particulares*, incluindo o homicidio, e que isto se considerava um progresso sobre o systema anterior das luctas entre familias, o que mostra que o poder social, interprete dos interes-

¹ TACITO, *Germania*, cap. XII.

² *Suscipere tam inimicitias seu patris seu propinqui quam amicitias necesse est. Nec implacabiles durant. Luitur enim etiam homicidium certo armentorum ac pecorum numero, recipitque satisfactionem universa domus; utiliter in publicum, quia periculosiores sunt inimicitiae juxta libertatem.* — *Germania*, cap. XXI.

ses sociaes, devia ver com *sympathia* o desenlace da composição; emfim que havia *crimes publicos*, e eram aquelles em que não havia parte particularmente offendida, e que directamente affectavam a segurança publica, como a traição e a deserção; ou o brio e o decoro da raça, como a covardia e a torpeza de corpo (*corpore infames*). É para notar-se, diz PÉREZ PUJOL, vemos assim incluir na categoria de crimes publicos e capitaes os factos que denunciam uma condição abjecta e vil ¹.

Salienta-se tambem, nesta phase do direito germanico, o character colectivo e familiar das offensas e dos desaggravos. A solidariedade na defesa ligava contudo os parentes em geral, ainda que extranhos ao grupo da familia. *Suscipere tam inimicitias seu patris seu propinqui quam amicitias necesse est. Propinquitates* eram os grupos dos parentes, as gentilidades, em que todavia não apparecem vestigios do culto dos antepassados e dos *sacra gentilia* ². A *gens* ou *sippe* germanica teve a propriedade collectiva; no tempo de Cesar ainda não era conhecida a propriedade territorial privada; os magistrados procediam annualmente á divisão dos campos pelas familias da mesma origem que fizessem vida em *commum*. No tempo de Tacito apparece já a propriedade individual da terra; mas as *propinquitates*, que este historiador distingue das familias na expressão — *familiae et propinquitates* ³, continuaram solidarias nas luctas privadas, nas inimidades, e congregavam-se na guerra, para que os parentes se animassem e soccorressem mutuamente. Os delictos *interiores* que affectavam a honra da familia eram punidos

¹ *Obr. cit.*, tom. I, pag. 569.

² PÉREZ PUJOL, *ibid.*, pagg. 512 e 604.

³ TACITO, *ibid.*, cap. VII.

na presença da *sippe* ou *gentilitas* familiar (*coram propinquis*). O adaltherio, segundo o testemunho de TACITO, era caso muito raro em tão numerosa raça. Era punido de prompto pelo marido, que na presença dos parentes cortava os cabellos da criminosa, e desnudada a punha fóra de casa, levando-a por todas as ruas da aldeia debaixo de pancadas ¹.

VIII

56. O crime como facto colectivo-objectivo. Observações no velho direito dos Ossetas. Distincção historica entre furto manifesto e não manifesto. Tendência regressiva das novas escolas penaes, segundo TARDE. — O que deixamos exposto é mais que sufficiente para a comprehensão do character *collectivo* com que nos apparecem as offensas e as reacções criminaes correspondentes, nos tempos proto-historicos da humanidade.

Algumas palavras ainda, principalmente ácerca de outro aspecto já conhecido da concepção primitiva, o aspecto materialista, objectivo.

Das generalizações a que investigações conscienciosas conduziram o escriptor russo KOVALEWSKI, no estudo que fez dos Ossetas, aryas do ramo iraniano, que habitam no Caucaso, e que tem conservado maravilhosamente certas instituições primitivas que ha seculos desapareceram na maioria dos outros povos de origem aryana, — d'aquellas generalizações, diz TARDE, parece resultar com evidencia que em todas as nações

¹ *Ibid.*, cap. XIX — *Paucissima in tam numerosa gente adulteria; quorum poena praesens, et maritis permissa. Accisis crinibus nudatam coram propinquis expellit domo maritus, ac per omnem vicum verberare agit.*

antigas que vivem no estado de clan e de tribu, ou ainda no estado de cidade na primeira época do estabelecimento urbano, o crime era concebido: 1.º não como acto individual, imputavel ao agente, mas como facto colectivo, imputavel a uma collectividade humana; 2.º não como a violação voluntaria de um direito, mas como um damno material, indifferentemente voluntario ou involuntario ¹.

Quanto ao primeiro aspecto, o direito ossetiano nenhum traço novo apresenta: a responsabilidade criminal é collectiva, como em todos os povos primitivos, a despeito do odio particular votado ao homicida e de alguns casos de extradição familiar, que isentava os innocentes. Nas aldeias ossetas os parentes participavam do encargo da composição, e até os mais remotos tinham uma participação complementar, em proporções mais favoraveis. Pago o resgate, ainda todos os parentes se cotizavam para a offerta de um presente (*bongan*) em vaccas e carneiros. Se o homicida andava foragido, a familia pagava uma remissão, embora menor, e todos os parentes pagavam o *bongan*, terminando a perseguição e a inimizade pelo *banquete da paz*, cujas despesas eram custeadas pela familia do offensor, e para o qual eram convidados todos os parentes da victima, ás vezes mais de cem.

Da concepção objectiva e materialista da offensa sujeita á reacção punitiva, tambem os costumes ossetianos primitivos offerecem curiosas exemplificações. Na época das carreiras, se alguém atropelava e accidentalmente matava uma pessoa, os parentes da victima votavam á morte o cavalleiro imprudente, como se o

¹ *Problèmes de criminalité*, I, nos *Archives d'anthropologie criminelle*, etc., tom. XIII, pag. 369 e segg.

homicídio tivesse sido premeditado, e o costume impunha a composição integral do sangue derramado. Se um ladrão, levando roubada uma espingarda, que inesperadamente se disparasse, ficava ferido ou morto, os parentes perseguiam o dono da arma, como se fosse auctor intencional de um crime. O homicídio em legitima defesa era punido do mesmo modo que o homicídio sem provocação. O homicídio do seductor, surpreendido em flagrante pelo marido ou pelo pae da sua cumplice, tinha as mesmas consequencias que o homicídio voluntario. Nenhuma pena para os instigadores de um crime, quando extranhos á familia co-responsavel; nenhuma pena para a simples tentativa, qualquer que fosse o grau de perversidade que ella revelasse. Não se póde ser mais *positivista*, exclama TARDE, e é de crer que estes primitivos pudessem dar lições ao proprio FERRI¹.

O lado *subjectivo* da offensa está fóra da apreciação de cerebros dominados pelo reflexo, por impulsos ir-reprimiveis, reagindo segundo o grau de irritação do momento, perseguindo criminalmente actos, ou ainda agentes insusceptiveis de imputação, como os animaes maleficos.

E o direito historico, quando já elevado á phase da legislação escripta, accusa ainda a influencia d'aquelle estado mental. A pena proporciona-se, não ao grau de *culpabilidade*, como quer a escola classica, nem tão pouco ao grau de *perigo social* que a tendencia revelada no acto faça reccar, como intende a escola positiva, mas ao grau de *irritação* que a injustiça produz naturalmente no lesado. O ladrão descoberto depois do crime (*fur nec manifestus*) satisfaz em Roma com

¹ *Ibid.*, pag. 373.

a pena do duplo; supprehendido em flagrante, isto é, na propria casa em que acabasse de commetter a subtracção, ou quando fugisse com a cousa alheia, era punido de morte, se fosse escravo, e, se fosse livre, tornava-se escravo do lesado; se o criminoso reagiu, ou se o crime era commettido de noite, podia sêr morto¹. Na época de Gaio, a severidade da lei das XII Tabuas para o furto *manifesto* estava já suavizada, mas conservava-se ainda a antiga distincção, porque, se o auctor do furto não manifesto continuava a pagar o duplo, o furto manifesto importava responsabilidade pelo quádrupulo do valor da subtracção. «Porque será esta differença, pergunta IHERING, quando afinal a culpabilidade é precisamente a mesma? É porque num caso o criminoso soffre o arrebatamento e a impetuosidade do primeiro sentimento, ao passo que no outro aproveita-se da influencia pacificadora do tempo e da alegria do proprietario por achar o que mais ou menos considerava perdido».

Analoga distincção apparece nas leis germanicas, refere MAINE, as quaes admittem que o ladrão perseguido e apanhado com a sua presa seja enforcado ou decapitado immediatamente, enquanto infligem a pena applicavel ao homicidio a quem o matar depois de abandonada a perseguição².

TARDE confunde o *objectivismo* do direito penal primitivo com o *positivismo* das modernas escolas de criminologia, e diz que o confronto das duas orientações, se a das novas escolas houvesse de prevalecer, offereceria uma confirmação singular do proverbio — que os extremos se tocam, e da hypothese da fórmula espi-

¹ IHERING, *obr. cit.*, pag. 129; SUMNER MAINE, *L'Ancien Droit*, pag. 358.

² *L'Ancien Droit*, pag. 358.

raloide da linha de evolução das sociedades humanas. Com effeito, enquanto os socialistas imputam os crimes á sociedade, com a sua injustiça organizada, collectivizando assim a criminalidade e a responsabilidade correlativa, os partidarios da anthropologia criminal, considerando a *vontade*, do mesmo modo que a consciencia, como um *epiphénomeno*, simples resultante de causas organicas e inconscientes, unicas com valor, materializam o crime. Se a vontade é apenas um caso da lei universal da transformação das forças, se é apenas uma illusão o livre arbitrio, pouco importa que o homicidio seja commettido por um louco, ou premeditado por um assassino. A sociedade (em ultima analyse, o verdadeiro culpado) defende-se como póde, *objectivamente* ¹.

57. Critica. A fórma espiraloide da evolução social e a concepção collectivista da moderna sciencia criminal. — No ponto de vista da attribuição de uma parte da responsabilidade criminal ao meio social, a orientação moderna é realmente, em certo modo, *regressiva*. Muitos escriptores consideram o movimento regressivo para as fórmas sociaes primitivas como uma lei sociologica, verificavel nas varias manifestações da vida collectiva. FERRI procura esclarecê-la com a trilogia hegeliana da *these*, *antithese* e *synthese*. Os elementos ou traços fundamentaes de um arranjo social são primeiramente apprehendidos por intuição, por juizos espontaneos. Em seguida, aquelles elementos passam por um desenvolvimento *analytico*: a primitiva unidade, indistincta e vaga, differencia-se, e cada elemento, destacando-se e evolucionando independente, adquire, pela

¹ *Problèmes de criminalité*, loc. cit., pag. 374.

rivalidade e pela lucta, o maximo de energia, chegando a ter a sua época de *predominio*. Como o espirito *analyza* na construcção scientifica, a sociedade *analyza* no trabalho evolutivo para chegar á *organização*. Emfim, a humanidade consegue reunir numa synthese final esses elementos dispersos, inlectindo no sentido do seu ponto de partida, isto é, realizando a unidade inicial, não já uma unidade indistincta, mas uma unidade com differenciação, uma unidade *organica*. Voltando na direcção do ponto inicial da sua evolução, encontra-se todavia *mais alta*, como senhora do progresso realizado; o seu movimento é, ao mesmo tempo, *regressivo* e *ascencional*.

«Com a tradição imperial, escreve o eminente professor belga AD. PRIXS, nós ainda consideramos como incompativel com o direito e a equidade, como contrario ao principio da personalidade da pena e á essencia da pessoa moral, admittir-se que esta possa tornar-se auctor responsavel de uma infracção; theoria que é a antithese do antigo direito, e flagrantemente da concepção do direito germanico. No direito escandinavo, franco, anglo-saxonio ou no allemão, a unidade não é o individuo, mas a collectividade (familia, clan, gilda, communidade), cujos membros formam um todo organico, indivisivel, indissolovel. A obrigação de respeitar a ordem e a paz e de responder por qualquer perturbação é uma obrigação solidaria. . . O direito canonico tambem por vezes admittiu o principio da responsabilidade collectiva, e desde o seculo XI os interdictos não raro caíam sobre Estados ou sobre cidades»¹. Refere-se PRIXS a uma *ordonnance* de 1670, que reconhece a doutrina de que as cidades, burgos, aldeias, corporações e outras entidades moraes podem commet-

¹ *Science pénale et Droit positif*, II.ºs 195 e 196.

ter crimes, e á lei de *vendémiaire* do anno IV sobre a responsabilidade das communas, em vigor na Belgica, lei que, no caso de desordens e saques, impõe, sob certos requisitos, á communa territorial o pagamento do duplo do damno. «Hoje que a legislação social, continúa PRIX, tende para a reconstituição dos aggregados organicos (syndicatos, uniões profissionaes, trades-unions, Innungen, etc.), parece racional não desconhecer a possibilidade de delinquir a quem se reconhece, com a propriedade, a realidade da vida organica e uma capacidade juridica, expressão da vontade collectiva... A sciencia penal vae mais longe ainda: instruida pela estatistica, pelos estudos sociologicos, pela experiencia, volta a admittir a responsabilidade do *meio* social, pela verificação da acção preponderante, boa ou má, que este meio exerce. . . Finalmente, a sciencia penal contemporanea, distanciando-se, até ao extremo, do principio de que só o individuo pôde ser o sujeito de uma infracção, affirma a concepção opposta da *multidão criminosa*. Da individualização da culpabilidade regressamos neste caso á ideia de uma culpabilidade collectiva. Contrariamente á theoria de H. SPENCER, admitte-se que a multidão é um ser differente dos individuos que a compõem, e que, na multidão, a personalidade dos individuos se apaga para deixar apparecer uma alma collectiva ¹.

58. Confronto com o collectivismo penal primitivo. — É facil, todavia, notar uma differença fundamental entre esta concepção da responsabilidade criminal collectiva e o collectivismo penal primitivo, que só podia verificar-se a respeito das offensas *exteriores*, isto é,

¹ *Obr. cit.*, n.º 196 a 201.

commettidas por pessoa extranha ao aggregado social do lesado. Numa aggremação extranha e independente como discriminar as individualidades nos casos duvidosos? Como distinguir o culpado do innocente? E, conhecido que seja o culpado, como tornar effectiva a sua responsabilidade individual, se o grupo a que elle pertence o não expulsar, o não extraditar (como por vezes succedia) ao grupo do offendido, e, ao contrario, o encobrir e o proteger? Ainda hoje o principio corrente em direito internacional é que um Estado não concede a outro a extradição dos seus *nacionaes*; póde obrigar-se a puni-los, sim, pelos crimes que commetterem fóra do territorio da sua nação, mas, em regra, não se reconhece obrigado a extraditá-los a uma justiça que não lhe inspira confiança, e a punição pelos tribunaes nacionaes é ainda assim dependente de condições e limitações ¹. Não desappareceu completamente do direito moderno a desconfiança de Estado para Estado, embora em identico grau de civilização, nem tão pouco o sentimento que criou o direito de *asylo* contra uma perseguição de extranhos.

Actualmente, com a organização politica, que sujeita *ao mesmo poder* todas as familias e todas as corporações constituidas dentro do territorio em que a soberania é exercida, o magistrado obriga a comparecimento todos os individuos, e faz abrir todas as portas deante da sua jurisdicção, no desempenho da função investigatoria criminal. Se as familias são independentes entre si, todas estão contudo na dependencia da auctoridade *commun*. Essa auctoridade *commun* a todos os grupos de parentes não existe no mundo primitivo. Ella é que, sujeitando todos os cidadãos e

¹ Como exemplo, *Codigo penal*, art. 53.º § 2.º

todas as corporações internas á punição decretada pela soberania e ás investigações das auctoridades administrativas e judiciaes, torna possível a averiguação do agente individual de cada crime, e até das suas intenções, porque nenhum individuo e nenhum aggregado goza de immunição ou de independencia bastante para que logre subtrahir logares ou pessoas, dentro do territorio nacional, ás pesquisas e ao poder da justiça social. Por outro lado, a qualidade de cidadão de uma patria commum aos offensores e aos offendidos dá o maximo interesse áquellas averiguações, pelo sentimento natural de protecção para com os membros do mesmo organismo, elementos de produção da utilidade commum, collaboradores da segurança e da prosperidade collectiva. Aquelle sentimento restringe as perseguições criminaes, tanto em relação ás pessoas, como á natureza e quantitativo da coerção penal, nos limites do' estrictamente necessario á defesa social.

Eis por que o criterio do direito penal primitivo não era, nem podia ser, individualista e subjectivo.

A responsabilidade criminal era collectiva, porque nem havia a *possibilidade* nem o *interesse* de a *individualizar*; não porque os homens das primeiras edades da civilização comprehendessem já a mysteriosa trama de influencias multiplas de que brota a acção criminosa individual, como da trama occulta das raizes rompe da terra o caule singular da planta. A lenta infiltração pela qual o veneno criminal vae chegando, do meio involvente, ás profundezas da alma do individuo, até determinar os paroxysmos e movimentos anti-sociaes, só a sciencia experimental do nosso tempo podia percebê-la.

Portanto a concepção collectivista da sciencia criminal de hoje nada tem realmente de commum com as

regras do desagravo das offensas inter-familiares ou inter-gentilicias no mundo primitivo.

Nem a collectivização da responsabilidade criminal importa hoje o direito de pedir contas da lesão a toda a sociedade e a cada um dos seus membros. Exige-se que a certas pessoas, directamente obrigadas a exercer vigilancia sobre os incapazes (paes, tutores, curadores) seja principalmente imposta a reparação civil do prejuizo causado por actos d'esses incapazes, quando, por culpa ou negligencia no cumprimento d'aquelle dever de vigilancia, não hajam evitado a injustiça (Codigo civil, artt. 2377.º e 2379.º), ou que á responsabilidade civil accresça ainda uma pena pecuniaria, ou a destituição do poder paternal, verificada a incapacidade educativa, etc. Mas, apesar de não ser possivel levar muito mais longe, *para effeitos punitivos*, o principio da responsabilidade collectiva por factos de um agente individual, este principio não deixa de ter, considerado na maxima latitude, um alto alcance sociologico. Affirmar a corresponsabilidade da sociedade pelos delictos dos individuos é affirmar que a necessidade de actuar sobre o meio social, para saneá-lo, é tão real e instante, como a de actuar sobre o individuo delinquente, para torná-lo inoffensivo. Os modos de tornar effectivas as duas responsabilidades é que não podem deixar de ser differentes. Pelo aperfeiçoamento da organização viciosa de que brotam os crimes, é que podemos conseguir eliminar ou attenuar as causas sociais da criminalidade; mas é actuando directamente sobre a má tendencia, criada e desenvolvida nesse meio (de que é indispensavel começar por segregar o delinquente, tanto para suspender a acção corruptora, para a qual elle tem receptividade anormal, como para evitar a reacção criminosa e perturbadora) que lograremos prevenir novos attentados e assegurar a defesa da ordem.

59. O materialismo do direito primitivo e o positivismo moderno. Condições subjectivas da responsabilidade criminal. — Menos exacto é ainda que a sciencia contemporanea realize um movimento regressivo, pelo desprezo das condições *subjectivas* da infracção penal, que a escola classica tinha por essenciaes.

A energia que FERRI desenvolve na repulsa da doutrina classica da culpabilidade moral, como base e condição da responsabilidade penal, dictou a este insigne interprete do positivismo em criminologia certas phrases que, destacadamente, se prestam a equívocos e a conceitos inexactos sobre os criterios da escola positiva. Assim é que TARDE foi levado a confundir o positivismo moderno com o materialismo do direito primitivo.

Não sómente se acham transformados pela evolução os sentimentos para com o criminoso, mas ainda foi profundamente alterado o proprio conceito do crime, e em sentido subjectivista. TARDE tinha d'isso a prova nas soluções perfillhadas pelos escriptores da escola positiva sobre a punibilidade da instigação ao crime e da tentativa, que o materialismo dos Ossetas do Caucaso não reconhecia.

A vingança animal, instinctiva, tornou-se defesa humana, racional. O sentimento para com os criminosos, como para com os loucos, que até aos fins do seculo xviii foram perseguidos como criaturas diabolicas e maleficas, é hoje, quando muito, essa invencivel repugnancia pelas inferioridades bio-sociaes, que, em vez de ser odio, se adoça numa enternecida piedade, e essa consciencia do *perigo*, que, em vez de ser violencia cega e desordenada, é apenas firmeza intransigente, mas esclarecida.

E o crime, em vez de valer hoje só pelo que é para o offendido, — isto é, como lesão material, vale prin-

cipalmente pelo que *significa* para a sociedade, — isto é, como ameaça de lesões.

Ora, para lhe comprehender a significação, não basta considerá-lo exteriormente, nas relações objectivas com os direitos privados ou sociaes: é mister estudar o phenomeno intimamente no agente, de modo a conhecer todo o dynamismo psychico a que a actividade externa obedeceu. Estamos pois bem longe do conceito materialista dos primeiros tempos da vida social. Interpretar de outro modo os escriptores modernos da escola positiva é fazer-lhes injustiça.

40. Doutrinas de Ferri e da escola classica. — Certo é dizer FERRI que, resultando da evolução uma mitigação e restricção continua do principio religioso e ethico imposto ao magisterio punitivo pelo predominio sacerdotal, «é facil ver que o passo que se deseja agora na sciencia e na legislação é um novo progresso que, derivando dos graus precedentes, vem completar o cyclo evolutivo, reduzindo o magisterio punitivo ao character *natural e espontaneo* de simples função social que *tinha no ponto de partida*, e que por isso é o unico verdadeiramente comprehendido pela *consciencia popular*»¹. Estas palavras, sem dúvida pouco meditadas, auctorizariam a affirmação de que o illustre sociologo pretendia o regresso do direito penal moderno ao ponto de partida, ás fórmulas de reacção *natural e espontanea* dos homens primitivos, desejando tambem que os criterios da sciencia se identificassem com a *consciencia popular*. Mas o confronto com outras passagens da *Sociologia Criminal* convence de que está fóra do pensamento do preclaro organizador d'esta sciencia a

¹ *Obr. cit.*, ed. fr., pag. 306; 4.^a ed. ital., n.º 49, pag. 522.

apreciação criminalista de um facto anti-social só pelo aspecto exterior e objectivo d'este.

A primeira condição evidente da responsabilidade é que o crime, diz elle, haja sido perpetrado pela pessoa que vae ser julgada: é a imputabilidade *physica*. A acção deve ser realmente do que se presume *agente*, e, para que o seja, não basta que elle a tenha executado *materialmente*, mas é mister que o acto constitua a ultima phase, externa e muscular, de um *processo physio-psychologico seu*, e physicamente livre. Aquelle que, por coacção alheia, commette ou omitta qualquer acto é apenas um instrumento material nas mãos de outrem; *paciente*, não *agente*, — *agitur, non agit*. Não é responsavel pela acção ou pela omissão, não já porque a não tenha querido, com ou sem livre arbitrio, mas porque ella lhe não pertence, não é o indicio e o effeito da sua personalidade, do seu modo pessoal de reagir contra o meio. Mas, verificada a imputabilidade *physica*, bastará essa relação de causalidade *physio-psychica* entre o facto e o agente para que este fique constituido em responsabilidade penal? Conduzirá a imputabilidade *physica* directamente á imputabilidade *politica*? Esta é que é a questão, accentua FERRI. A escola classica interpõe a uma e outra, como nexos essencial e condição *sine qua non*, a imputabilidade *moral*, ou *culpabilidade*, que deriva da vontade livre e da intelligencia ou consciencia normal no agente do crime. Contrariamente, sustenta a escola positivista que, visto estar provado que não existe livre arbitrio ou vontade livre, tambem não existe imputabilidade ou responsabilidade *moral* ou *culpabilidade*, o que não significa que a responsabilidade penal ou legal desaparece. A innovação radical d'esta escola está precisamente em affirmar que, para esta responsabilidade, é *sufficiente a imputabilidade physica* do delicto, á parte natural-

mente outras condições *objectivas* e *subjectivas* para adaptação das fórmulas práticas da penalidade, ou antes da defesa social, ás varias categorias dos delinquentes e dos delictos ¹.

D'estas afirmações não póde concluir-se que a escola anthropologica pretenda materializar a apreciação do crime. A phrase — *imputabilidade physica* é evidentemente infeliz, tanto mais que FERRI, esclarecendo-a, mostra que aquella condição directa da responsabilidade criminal não resulta de uma simples relação *material* e *exterior*, mas antes de um processo *physio-psychico*, pessoal ao delinquente e tendo como ultimo momento o facto anti-social.

Mencionaremos ainda as declarações de FERRI em resposta á critica de GUYAU, que extranhou á escola italiana a pretensão de excluir da pena todo o elemento volitivo e intencional e o não dar a devida importancia ao determinismo interno e psychologico do agente. A objecção, escreve o sociologo italiano, assenta sobre um equivoco e uma confusão — entre a liberdade e culpabilidade moral do delinquente, a qual excluimos, e as suas condições psychicas, que não excluimos, nem poderíamos excluir. Uma cousa é dizer que o homicidio, quer por interesse, quer por negligencia, ou ainda por loucura, deve sempre importar responsabilidade perante a sociedade, á parte quaesquer condições ou qualquer medida da pretensa liberdade e da consequente culpabilidade ou responsabilidade moral do matador; outra, bem differente, seria sustentar que a sociedade, na reacção contra a tendencia homicida, não devesse adaptá-la ás condi-

¹ *Obr. cit.*, 4.^a ed., pag. 560; ed. fr., pag. 323.

ções *physio-psychicas* do agente, ás circumstancias do acto e ás suas proprias condições de existencia ¹.

«Uma das tendencias mais caracteristicas da escola positiva é até considerar, para a sanção social, os elementos subjectivos dos motivos determinantes e dos caracteres pessoaes bio-psychicos, a par com os elementos materiaes, objectivos, do acto em si mesmo, aos quaes a escola classica tem dado uma importancia quasi exclusiva, materializando, ella sim, a justiça penal, sem embargo do espiritalismo das suas premissas» ².

41. A reponsabilidade criminal independente de culpabilidade. — Pouco importa, com effeito, como TARDE concluia, com estranheza, das premissas positivistas, que o homicidio seja commettido por um louco, ou premeditado por um assassino, uma vez que um e o outro são egualmente determinados. Pouco importa — para a *existencia* da responsabilidade criminal, isto é, para que a sociedade tenha o direito de sujeitar o homicida ás cautelas que repete indispensaveis á sua efficaz preservação; não assim, para a *escolha* do meio defensivo.

Como dizia SENECA, não se pune (*punir* é reagir contra o agente de um facto previsto na lei como perturbador e anti-social, não é *castigar*) não se pune —

¹ *Obr. cit.*, 4.^a ed., pag. 673; ed. fr., pag. 395.

² Ed. fr., *loc. cit.* — O remoque tem muito de justo, com applicação ao ramo *objectivista* da escola classica, que differencia na *punição* o crime frustrado do consummado, em nome de uma circumstancia *accidental, independente da vontade do agente*; e o cumplice, do auctor, pelo facto de *ter sido* meramente secundaria a cooperação do primeiro na realização do crime, ao qual se dirigia a sua *intenção*, porventura por motivos mais immoraes que os do auctor, e qualquer que seja a sua capacidade para representar papel mais importante numa empresa futura. Vej. *Codigo penal*, artt. 103.^o e 104.^o

quia peccatum est, mas -- ne peccetur. O sentimento do perigo desperta com o instincto da defesa, ao qual as leis penaes e a organização de tribunaes e de outros serviços publicos devem garantir inteira satisfação. Ora o sentimento do perigo não é suscitado pelo facto em si, considerado á parte das tendencias que exterioriza. O criterio pois da sciencia penal tem de ser *objectivo e subjectivo*, como o é o proprio criterio popular, mais impressionista e sentimental contudo.

Todo o facto humano é *determinado* por um conjunto empolgante de impulsos organicos e de motivos (os primeiros agitando-se muitas vezes abaixo da zona illuminada da consciencia), ou por forças exteriores irresistiveis. O problema da *causalidade* é de importancia primacial para o criminalista. Se a causa é interna, psychologica, o que importa distinguir não é se o facto resultou de um processo regular de deliberação e determinação volitiva. A vontade não é uma entidade autónoma, mas um *producto* em que se reflectem o *estado do organismo* e o *character*. O complexo de tendencias e qualidades que *produziram* a vontade ou volição do facto, se voluntario foi, ou que *impulsivamente* o determinaram, ou que impediram que o agente, quando bem intencionado, o prevenisse, isso é que o criminalista precisa de conhecer. Essas causas internas de acção ou de inacção é que, constituindo um *fundo pessoal de delinquencia* ou um *temperamento criminal*, suscitam o *sentimento do perigo*. Para este effeito é indifferente que a origem do facto punivel vá encontrar-se no *proposito deliberado* de o commetter, determinado por motivos anti-sociaes, ou no *automatismo morbido*, ou até na *imprevidencia* ou na *imprudencia*, por vicio do intendmento, por falta da attenção ou da diligencia normal. Um *accidente* inevitavel, por isso que é accidente e inevitavel, é que não póde basear responsabilidade

criminal, por não accusar o predomínio de tendências anti-sociaes no agente, por não ser a manifestação de um temperamento criminal, em summa. Similhante facto não auctoriza a affirmação, nem a suspeita, de que a pessoa por intermedio de quem foi produzido um damno social, seja *inadaptavel* á vida da associação.

A responsabilidade criminal, como sujeição á coerção social defensiva, é tão independente da ideia de liberdade e culpabilidade, ou simplesmente do poder de *voluntariedade* — isto é, da faculdade de apreciar preliminarmente o acto pela ponderação dos motivos que solicitam o homem para praticá-lo ou omiti-lo, e de conformar com esse juízo a resolução final —, que todos concordam em que a loucura criminoso seja submettida a um regimen *coercitivo* de defesa, em manicômios especiaes (regimen certamente diverso do applicavel aos delinquentes communs ou pre-meditativos, o que não prejudica o rigor da conclusão), sem embargo de fallecerem no louco as condições de funcionamento normal da actividade mental; e, ao contrario, é, por accordo dos proprios criminalistas classicos, isento de responsabilidade penal o facto incriminado, quando commettido por *coacção moral*, isto é, por virtude da ameaça de um mal imminente, de certa gravidade, ameaça que, actuando como *motivo*, embora preponderante, não prejudica a *voluntariedade* do acto (pelo qual *reflectidamente* o agente *resolve* sair do dilemma da coacção), em harmonia com a velha maxime: *correcta voluntas semper est voluntas*. Nem a legislação confunde esta circumstancia dirimente com a privação accidental do exercicio das faculdades intellectuaes¹.

¹ *Codigo penal*, artt. 44.º n.º 2 e 43.º n.º 3.

IX

42. Origem historica da concepção individualista-subjectiva do crime. Distineção de Tarde. — Qual a origem da concepção *individualista-subjectiva* do crime?

Os homens primitivos, segundo a annotação de TARDE, podem dar origem aos juizos mais contradictorios, conforme os observamos nas relações com extranhos, relações mais facéis de perceber e mais accessiveis á curiosidade dos viajantes e dos eruditos, ou nas relações com os membros do seu aggregado parental. Nestas sociedades ha o que se vê, e o que se não vê. O que se não vê são as relações *internas*, os remorsos, os terrores supersticiosos, a indignação, a vergonha, que agitam os corações por occasião de um fratricidio, ou de qualquer outro crime em prejuizo de um consocio. Referem-se os livros sagrados e as lendas ao remorso vingador e á maldição indignada que castigam os Cains, os Eteocles e os Polynices, e sobretudo os parricidas, ainda que o seu crime seja, como o de Orestes, ordenado pelos deuses. Os tribunaes de familia, com o character sentimental e moral da sua justiça e da sua penalidade, encontram-se nos primordios de todos os povos indo-europeus e semiticos; funcioenam ainda entre os Berberes e entre os Ossetas do Caucaso, e até na China, onde os tribunaes imperiaes, que os tomaram por modelo até certo ponto, os não substituiram inteiramente, ao contrario do que acontece com os tribunaes monarchicos nos países civilizados¹. O silencio das antigas legislações sobre alguns attentados da maior gravidade, quando envolviam uma

¹ *Les Transformations du droit*, cap. I.

violação das leis naturaes do sangue, como o parricidio, explica-se, segundo TARDE, pelo facto de continuarem ainda esses crimes pertencendo á jurisdicção domestica ¹. É conhecido o caso de Horacio, que, depois da victoria sobre os Curiacios, assassinou sua irmã Camilla, desejando o fraticida que assim percesse toda a mulher romana que chorasse por um inimigo. O criminoso foi condemnado no tribunal dos duumviros a varadas e a ser pendurado da arvore nefasta, *infelici arbori*. Mas o pae protestou energicamente, em nome do *direito antigo*, contra aquella usurpação da jurisdicção paterna, e appellou da sentença para as curias. Os comicios absolveram Horacio, obrigado apenas, como seu pae, a celebrar os sacrificios expiatorios exigidos pelo collegio dos pontifices ².

TARDE julga descobrir duas evoluções parallelas, coexistindo na historia da penalidade, penetrando-se e reagindo uma sobre a outra: ao lado da concepção *collectivo-objectiva* do crime, á qual corresponde a penalidade vindicativa, — a concepção *individualista-subjectiva*, a que corresponde uma penalidade espiritual, antes depurante, reparadora e penitenciaria, que vindicativa. A primeira penalidade tem applicação primitivamente aos crimes *inter-familiares*, que alarmam mais do que indignam, e é analoga ás violencias e represalias entre exercitos belligerantes ou entre partidos politicos em lucta. A segunda, que corresponde á indignação (despertada por uma violação de *confiança*), applica-se primitivamente aos crimes *intra-familiares*, punidos no recinto murado da fortaleza domestica, e irradia successivamente para o dominio mais vasto da

¹ *Problèmes de criminalité*, loc. cit., pag. 376.

² LETOURNEAU, *obr. cit.*, pagg. 359 e 365.

Cidade, do pequeno *Estado* e da *Nação*, para onde leva a sua influencia clemente, suavizadora e paternal, embora os reis, como depositarios da justiça e ao mesmo tempo chefes militares, não raro tratassem os criminosos antes como inimigos a dominar e a abater, do que como rebeldes a reconduzir ao dever, tomando a justiça real o caracter de vindicta publica ¹.

Os costumes dos Ossetas offerecem pormenores de grande valor e muito instructivos, embora ainda insufficientes. No seio da familia ou do clan, o crime é imputavel apenas ao seu auctor, nunca a outra pessoa, além de que só é punivel, quando intencional.

43. Objecções e hypothese de Ferri. — FERRI faz uma ligeira referencia á distincção estabelecida por TARDE, dizendo que este escriptor, seguindo a Post, embora o não cite, relativamente á função da associação familiar na humanidade primitiva, sustenta que os factos relativos á vindicta defensiva, referidos pelos observadores das tribus selvagens, pertencem ás relações *exterior*es, ao passo que a verdadeira justiça primitiva se desinvolvia nos intimos recessos da familia, e a pena appareceria ahi sempre fundada na retribuição da culpa moral. FERRI accrescenta que essa doutrina historica da retribuição moral na penalidade familiar, á falta de documentação, não passa de phantasmagoria ². A culpabilidade, como caracter de perversidade moral, escreve o professor italiano, é um elemento

¹ *Problèmes de criminalité*, loc. cit., pag. 379 e segg.

² *Obr. cit.*, 4.^a ed., pag. 508, nota (2). — É para notar-se que FERRI aprecia a doutrina de TARDE pelo livro — *Les Transformations du droit*, e pela 1.^a edição (1893), não alludindo ao importante estudo publicado no tom. XIII dos *Archives d'anthropologie criminelle* (1898), que temos citado, e em que TARDE assenta as suas conclusões nas informações directas de KOVALEWSKY sobre os Ossetas.

desconhecido na reacção defensiva *individual*, não apenas na phase primitiva e selvatica da humanidade, mas ainda nas mais adeantadas sociedades. Como é que o exercicio da legitima defesa poderia estar dependente da condição de que o aggressor estivesse *compos sui* no momento do ataque, e fosse capaz de responsabilidade? Mas até a reacção *social*, no inicio das civilizações, quer seja exercida directamente pela collectividade, quer indirectamente pelo chefe da da tribo, a um só pensamento se subordina: o da utilidade social, o da necessidade de preservar o grupo, sem attenção ao elemento moral da culpabilidade. Ainda mesmo nas sociedades modernas a defesa social é independente d'este elemento, e em geral das condições psychicas do aggressor, sempre que se tem de desviar uma aggressão *presente*, como acontece num caso de revolta, ou na prevenção urgente e directa de um delicto pelos agentes policiaes. Só na reacção *indirectamente* defensiva, ou *repressiva*, por parte da sociedade contra o delinquente, é que o principio da culpabilidade moral assume um predomínio absoluto, como condição essencial de punibilidade. A razão, segundo a escola criminal classica, seria que numa hypothese ha verdadeiramente a situação da *defesa*, visto que o ataque é imminente: impera a necessidade, que não tem lei; ao passo que no caso em que a reacção é indirecta, ou em que deve intervir o magisterio punitivo, a preocupação não é a da defesa, visto que a lesão está realizada, — o que importa é fazer justiça *retributiva* ou *reparadora*, medindo o castigo pela culpa; avaliação, aliás, chimerica ou impossivel, nota FERRI; fonte de contradicções e de perigos.

A doutrina da culpa é ainda, pensa elle, um residuo do direito sacerdotal. Os chefes das tribus revestem a principio o duplo character de guerreiros e sa-

cerdotes, assim como os ministros, seus delegados. Por um movimento de diferenciação, os juizes sacerdotes separam-se dos guerreiros, e, conquistando esse predominio que é um caracter sociologico da humanidade primitiva em todas as variedades ethnicas, avocam a si a repressão, primeiramente dos actos anti-religiosos, depois dos actos anti-sociaes ou criminosos. E então a reacção defensiva ou repressiva, que no individuo offendido tinha o caracter de vingança privada, na familia d'este o de vingança do sangue, na collectividade e o no chefe da tribu o de vingança publica, toma, quando exercida pela casta sacerdotal, o caracter de vingança divina, convertendo-se, de funcção meramente defensiva, em funcção religiosa e moral, com o sequito, natural a todas as religiões, de um formalismo rigoroso e do espirito mystico de penitencia e purgação. O crime confunde-se com o peccado; a pena tem um fim expiatorio. Quando o magisterio penal, com esta feição religiosa e ethica, teve de ceder, a principio em relação aos crimes politicos, depois em relação aos communs, ás reivindicações do poder leigo e civil, deixou como residuo tradicional (uma vez que a dissolução é gradual como a evolução) a ideia de que o ministerio repressivo é uma funcção moral e moralizadora, e de justiça retributiva ¹.

44. Critica. — Nas generalizações de TARDE a respeito da influencia benefica da justiça domestica sobre o caracter das penalidades applicadas na sociedade politica e sobre a espiritualização dos criterios da justiça social, ha muito de phantasia, segundo parece.

¹ FERRI, *obr. cit.*, 4.^a ed. it., pag. 519; ed. fr., pag. 304; *La Justice pénale, Résumé du cours de sociologie criminelle*, pag. 8.

Mas FERRI, contradicção das afirmações de TARDE, transferindo para os sacerdotios parte da influencia que este attribuia á magistratura familiar, parece desconhecer a feição objectiva do primitivo direito sacerdotal. Um e o outro concebem instituições (familia ou sacerdotio) em desaccordo com o estado mental e com os costumes da phase correlativa de civilização : TARDE concebe, no recinto da sociedade domestica, uma justiça clemente, equitativa, espiritual, a contrastar com a rudeza, a violencia e a materialidade characteristics da moral das tribus ; FERRI imagina uma theologia primitiva, espiritualista e, por assim dizer, christã, a dictar as regras do que elle mesmo denomina — *vingança divina*.

Como verificar nas penalidades do Estado o influxo suavizador e paternal da magistratura familiar, se o direito consuetudinario reconhece esta auctoridade com amplitude para os actos mais atrozes ? O *paterfamilias* em Roma é o proprietario, o juiz e o sacerdote em sua casa : « proprietario unico, não só do producto do trabalho dos escravos, da mulher e dos tilhos, mas propriamente de tudo, incluindo a mulher e os filhos, que elle póde vender, como vende os rebanhos e os escravos ; sacerdote, a quem pertence a sustentação do culto domestico, dos sacrificios aos antepassados ; juiz, se não em materia civil, em que não ha direitos distinctos, nem portanto pleitos possiveis entre as pessoas da casa, ao menos em materia penal, em que póde infligir todas as penas, incluindo a morte, aos escravos, á mulher ou aos tilhos, embora nos dois ultimos casos o costume lhe imponha a consulta de um conselho de familia, cujo parecer não é todavia obrigado a seguir » ¹.

¹ P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2.^a ed., pag. 11.

Na Germania o pae de familia tinha tambem aquelle mesmo *jus vitae ac necis* para com os filhos, embora só em casos especiaes pudesse matar a esposa, na época a que remontam as primeiras informações historicas. A adúltera era, como já dissemos, expulsa da casa, com os cabellos cortados, e levada nua, em exposição vergonhosa pelas ruas da aldeia, debaixo de pancadas. O ponto de partida da auctoridade judicaria do *rajah* indiano e do *rei* entre os gregos e entre os romanos, instituição antiga de origem aryana, commum a todos esses povos, era, diz um escriptor, o estado de pae de familia ¹. A administração da justiça patriarchal foi o principio e o modelo da jurisdição despótica do chefe da tribu; o poder supremo, desinvolvendo-se, tornou-se uma auctoridade illimitada, que dispunha da vida e dos bens dos seus vassallos ².

A excommunhão familiar, com que muitas vezes se satisfaz a justiça domestica, é, diz TARDE, o supplicio mais cruel e mais humilhante d'esses tempos. O bandido é um *rejeitado*, um *isgoi* entre os Ossetas, o que quer dizer: *separado da vida*.

Por outro lado, o systema de penas em uso, quer na phase religiosa da expiação, quer no periodo monarchico da vindicta publica, de cujas atrocidades, em plena civilização christã, diz PESSINA que só o *Inferno* de DANTE póde dar idéia, e que tantas vezes desprezava o elemento da intencionalidade, e até punha de lado a condição do discernimento no delinquente, como nos crimes privilegiados de lesa-majestade, não permite descobrir a influencia, encarecida por TARDE, de

¹ JULIUSZ MAKAREWICZ, *Évolution de la peine*, nos *Archives d'anthropologie criminelle*, etc., tom. XIII, pag. 170.

² *Ibid.*, pag. 171.

uma justiça domestica equitativa, paternal, sobre as penalidades do Estado.

Certo é que o despotismo patriarchal era limitado pelos costumes e pela opinião, e que da brandura progressiva d'estes resultava a suavização crescente da auctoridade domestica, que se foi tornando mais protectora e mais paternal. Mas então é aos progressos da cultura moral, como influencia geral, que a critica historica deve attribuir a humanização da justiça, tanto domestica como religiosa e politica. D'este modo se mantem a concordancia de cada instituição em particular com o estado social em geral.

Sempre e por toda a parte, escreve TARDE, existe uma concepção collectiva e meramente objectiva do crime, e uma penalidade vindicativa que lhe corresponde; mas egualmente, sempre e por toda a parte, ainda nas épocas e nos países mais selvagens, existe uma concepção individual e subjectiva do crime, á qual corresponde uma penalidade espiritual, antes purificadora, ás vezes reparadora e *penitenciaria*, que vindicativa; e esta nasceu no recinto murado da fortaleza domestica.

Que a jurisdição familiar procurasse, desde todo o principio, *individualizar* a culpa, comprehende-se, — pela razão inversa da que apontámos para explicar o character collectivo dos desaggravos inter-familiares ¹. Aqui ha a *possibilidade* e o *interesse* de extremar o culpado para sobre elle exclusivamente fazer incidir o rigor penal: a possibilidade, pela sujeição de todos os parentes a uma magistratura commun, que investiga, sentenciam e executa; o interesse, ao mesmo tempo economico e affectivo, pela vantagem e pelo desejo natu-

¹ Pagg. 133 a 135.

ral de proteger e poupar o consocio ordeiro e bem procedido, que, longe de embaraçar a felicidade commum, coopera nella. O criterio subjectivo porém depende de um desinvolvimento intellectual, de um predominio da reflexão sobre o automatismo, de um grau de serenidade na apreciação dos factos, que não é compativel com a impulsividade de cerebros primitivos. Do subjectivismo da justiça domestica, no periodo da vindicta, póde dar ideia o exemplo, que devia de reproduzir-se frequentemente, d'aquelle pescador, de que falla DARWIN, que na presença de um estrangeiro esmigalhou contra a rocha o craneo de uma criança, seu filho, só porque deixou cair ao mar os molluscos contidos num cesto que estava encarregada de guardar ¹.

Por isso dissemos que havia bastante de phantasia na doutrina de TARDE.

FERRI, como vimos, descobre a origem historica do criterio subjectivo da culpabilidade no espirito mystico de penitencia do direito sacerdotal.

Não ha dúvida de que as ideias de culpa, castigo, expiação, as recebemos da educação religiosa. Os sacerdocios, não podendo elevar-se acima das concepções anthropomorphicas, concebem deuses colericos e irritados como o homem, quando recebe uma offensa. Esses deuses vingam-se, como o homem, e, como elle, são sedentos de sangue. O povo receia calamidades publicas infligidas pela colera divina em razão da culpa de um só (concepção collectivista), e para aplacarem a divindade offendida os sacerdotes sacrificam o culpado, e recommendam penitencias publicas de desagravo. Mas a culpa não é ainda, no theologismo pri-

¹ Vej. pag. 79.

mitivo, um estado da alma conspurcada por um mau pensamento; vem da prevaricação exterior, do contacto vedado com certos objectos, da prática de certos actos, embora accidental e de nenhum modo voluntaria.

«O serviço divino, diz IBERING a respeito de Roma, era uma instituição publica; como qualquer outra, era protegida por uma obrigação juridica. De facto o povo era responsavel para com os deuses, até pelo individuo isolado; sobre todo o povo se vingavam as faltas, as negligencias, assim como os ultrajes do individuo». E mais adiante: «Os deuses irritados deviam ser aplacados, sob pena de fazerem incidir a sua colera sobre a communitade inteira. Realmente esta é responsavel para com os deuses, como para com os povos estrangeiros, pelas faltas dos seus membros; se os não abandona (em direito internacional, pela *deditio*; em materia religiosa, pela *aquae et ignis interdictio*, etc.), adopta a injustiça como sua. Castigando o criminoso que se tornou impuro pelo maleficio, purifica-o, e purifica-se a si mesma»¹.

A diminuta importancia que o direito sacerdotal, nos primeiros tempos historicos, attribuia aos elementos subjectivos do crime, salienta-se bem no facto de que, segundo a Iliada, aquelle cuja razão estava offuscada, e cujo coração era inclinado ao mal pela irresistivel Ate, ficava ainda assim exposto á vindicta e ao castigo. Já quando o espirito grego concebia o delicto como effeito do livre arbitrio, a Ate irresistivel era considerada como uma pena infligida por Zeus e pelas Eumenides por uma culpa anterior².

FERRINI sustenta que vindicta e expiação não assi-

¹ *Obr. cit.*, pagg. 270 e 278.

² CONTARDO FERRINI, *Diritto penale romano*, no *Completo trattato theorico e pratico di diritto penale*, de P. COGLIOLO, vol. I, pag. 6.

gnalam duas phases successivas na historia da penalidade, mas que coexistem e se sobrepõem em varios povos, como no povo hebraico. A vindicta pelo homicidio era um dever que pesava sobre a familia e em geral sobre todos os consanguineos da victima, coadjuvados por clientes e amigos; dever que dava gloria e prazer, como o esquecimento d'elle importava infamia e vituperio, porque se considerava uma satisfação com que o morto exultava; a maior desgraça era, segundo a Odysseia, morrer ás mãos de um assassino sem deixar quem a morte pudesse vingar. Mas nesta moral da familia involvia-se tambem a ideia religiosa: o crime offendia a ordem divina, e o vingador era o instrumento de que Zeus se servia ordinariamente para castigar o homicida ¹.

A coexistencia da vindicta, toda objectiva, com a influencia sacerdotal accusada no caracter religioso attribuido áquelle dever de piedade familiar, mostra bem quanto as primitivas normas do direito penal theocratico estavam longe d'esse subjectivismo mystico a que FERRI se refere.

As instituições, em qualquer phase da civilização humana, necessariamente se impregnam do caracter inherente ao estado geral, mental e moral, da sociedade. A ideia de *imputabilidade subjectiva*, e sobretudo a ideia opposta de *irresponsabilidade subjectiva*, não são productos essenciaes das concepções theologicas: como o egoismo primitivo, insofrido e brutal, as desconhece, — tambem o theologismo grosseiro e feroz, que considera o louco como um precito, é impotente para elevar-se até ellas. Emquanto a justiça está entregue á paixão impulsiva do offendido, ao espirito in-

¹ FERRINI, *obr. cit.*, pag. 7.

teresseiro do particular lesado, ao fanatismo obcecado dos sacerdotes, á crueldade desconfiada dos reis, põem-se sempre, ou frequentemente, de lado as condições essenciaes da imputabilidade.

A ideia de culpa *interior*, tal como veio até nós por intermedio da escola classica de direito penal, é um producto da psychologia espiritualista, dominada pela doutrina do livre arbitrio, e foi humanizada pelo christianismo com as maximas do perdão e com o valor que attribuiu ao arrependimento e á penitencia voluntaria. Mas a efficacia prática do principio da culpabilidade na administração da justiça, emquanto este conduz ao reconhecimento de certas circunstancias dirimentes ou modificadoras da responsabilidade, tem como condição na historia o apparecimento de magistraturas, que, em vez de representarem o papel de uma das partes, pelo seu interesse na causa, fiquem acima d'estas e eguaes entre o accusador e o accusado.

X

45. A justiça penal na phase theologico-ethica. Direito sacerdotal. — Ao mesmo passo que o delicto é um attentado contra a independencia dos agrupamentos familiares, e antes que seja considerado como um ataque ao direito social, com o extenso significado que hoje tem esta expressão, antes mesmo que seja havido por offensivo das leis intellectuaes da ordem e do bem, é elle concebido como violação dos decretos da divindade. A concepção *theologica*, de que evolutivamente nasceu o conceito *ethico*, pela substituição das divindades por entidades abstractas da razão (passagem do estado theologico ao estado metaphysico), coexiste ainda com a propria vindicta privada, como já ponderámos.

No direito hellenico, tal como elle se colhe nos poemas de HOMERO, direito que mais de perto representa as condições sociaes dos italos primitivos, o delicto apparece como uma perturbação da ordem divina no universo. Zeus, divindade suprema e tutelar, é, pelas suas diversas personificações, o vingador d'essa ordem universal. O homem que, por si e pelos seus, exercia uma represalia violenta, era um instrumento da justiça divina. As cidades onde o criminoso ia procurar asylo contra uma perseguição atroz, apesar da commiseração havida para com o estrangeiro, porque, diz a Odysseia, «é sempre veneravel o misero errante», sujeitavam-no por vezes a uma expiação religiosa, embora nunca o punissem nem expulsassem.

Em Roma, no tempo dos reis, para varios crimes de character publico, a pena era imposta pelo Estado; mas este mesmo, exercendo já parcialmente o magisterio punitivo, considerava-se ainda como ministro das divindades nacionaes ¹. A palavra *poena*, que significou a composição ou satisfacção privada, etymologicamente contém a ideia de pureza, como *castigatio* (*castum agere*). O *incastus* (*incestus*), o homem maculado, pela punição se purifica, e *luere*, expiar (d'onde: *poenas luere*), é, diz IHERING, *lavere, lavare*, lavar (cf. *lustrum, lustratio*). *Supplicium* conduz etymologicamente á ideia de pacificação dos deuses (cf. *subplacare, supplex*) ².

Se bem que, conforme adverte RENÉ ROLAND, o sacerdote não teve em Roma a preponderancia governativa que é conhecida noutros povos antigos, foi todavia enorme a sua influencia. O sacerdote dava ás sentenças condemnatorias da justiça real ou comicial a

¹ FERRINI, na *obr. cit.* de COGLIÓLO, vol. I, pag. 5 e segg.

² IHERING, *obr. cit.*, tom. I, pagg. 278 e 279.

sancção suprema, quando pronunciava a fórmula terrível da *consecratio*: *Sacer esto Jovi Capitolino* ¹.

O *homo sacer*, votado á vingança da divindade que ultrajara, era um miseravel proscripto, excluído de todo o convívio humano, privado dos seus bens, podendo ser morto por quemquerque fosse, que d'este modo bem merecia dos deuses. A situação do *sacer* era o grau extremo da perseguição e da humilhação para o infeliz que passava, execrado dos homens e maldito dos deuses, objecto de horror, como os empestados, a viver com os animaes nas luras do ermo, enquanto alguém se não apiedasse da sua sorte, privando-o da miseravel existencia ².

O *homo sacer* era um condemnado sem remissão: como os do Inferno de Dante, deixava atrás de si toda a esperança; tendo de expiar perpetuamente o seu crime, morreria irreconciliado com Deus e com os homens. Segundo as *Leis regias*, incorriam na irremissivel condemnação os filhos que exerciam sevicias sobre seus paes (*si puer parentem verberit*), os clientes que traiçoavam os seus patronos, etc. O arrancamento de marcos importava a *consecratio* ao deus *Terminus*.

Mas, de resto, todo o delicto era um ultraje aos deuses, comquanto só os de certa gravidade tivessem em Roma a comminação da *consecratio*, conforme aquellas Leis, que, sejam o que forem, traduzem importantes recordações de vetustissimas ideias, diz FERRINI, ou os costumes da mais alta antiguidade, como escreve IHERING ³.

¹ *De l'Esprit du droit criminel*, pag. 257. A declaração solemne — *Sacer esto* — tambem seria nos crimes publicos proferida pelo chefe do Estado, e nos delictos familiares pelo *pater-familias*, o que não prejudica o character religioso da pena. — FERRINI, *obr. cit.*, pag. 11.

² IHERING, *obr. cit.*, pag. 280.

³ IHERING, *obr. cit.*, pag. 281; COGLIOLO, vol. I, pag. 11.

A Republica, accrescenta este investigador, considerou outros casos ainda nas *leges sacratae*; a comminação do *sacer* era então empregada como meio de attingir fins politicos, principalmente para prevenir pela intimidação a violação das concessões feitas aos plebeus. Qualquer que fosse porém o proveito que o legislador romano tirasse d'esta penalidade tradicional, é certo que instituições como esta não as cria a legislação: brotam da propria consciencia popular. IHERING encara a condemnação *sacer esto* como um «fragmento da vida primitiva dos povos indo-germanicos». Na antiguidade germanica e escandinava o equivalente do *homo sacer* apparece-nos no solitario das florestas (*wargus, vargr*, o lobo, e no sentido religioso: o lobo santo, *vargr y veum*).

O espirito theocratico do direito penal romano revela-se em varias outras penalidades: o homem pubere que devastasse, incendiasse ou conduzisse o rebanho a um campo cultivado incorria em sacrilegio para com Ceres, e tinha pena capital, como o que, por sortilegios, esterilizasse um campo alheio; á vestal que violasse o voto de castidade, é sabido o terrível destino que a esperava: ser sepultada em vida. É conhecida tambem a influencia dos augures, que faziam dispersar as assembleias legislativas com a simples fórmula augural: «Outro dia», que podiam fazer abdicar os consules, e abolir as leis irregularmente propostas ¹.

O fim das penas era purificar o criminoso, reconciliá-lo com os deuses e com os homens. Só o *homo sacer* era um eterno precito. Havia crimes que maculavam a cidade, e todos os cidadãos deviam então

¹ RENÉ ROLAND, *obr. cit.*, pag. 257.

purificar-se consoante os ritos expiatorios, lavando no sangue das victimas o sangue humano que houvesse corrido ¹.

Expulsos os reis em Roma, ao passo que a jurisdicção popular ganha terreno, podendo até intervir em primeira instancia pela lei Valeria *De crimine adfectati regni* (alta traição), restringe-se a jurisdicção sacerdotal. Mas ainda nas XII Taboas em cujo direito penal mais difficilmente póde descobrir-se a influencia hellecnica, as penas pelos crimes publicos conservam em grande parte o cunho religioso: como sendo sacrificios expiatorios offerecidos pelo povo á divindade suprema, protectora da ordem universal, conforme indicam as denominações de *suspensio Cereri*, *arbor infelix* (que recorda uma distincção de direito pontificio), *execratio capitis*, *consecratio bonorum*, etc. ².

A legislação decemviral todavia mostra já que o poder do Estado vae ganhando terreno á custa da influencia religiosa, e esta evolução vae-se completando no periodo republicano, por maneira que nos fins d'este periodo mal se descortinam vestigios da feição religiosa das penalidades, cujo conjunto accusa um movimento de progressiva suavização, que chegou até ao ponto de ser isento o cidadão romano de penas corporaes, e ainda da pena capital, de facto pelo menos.

O desaparecimento da pena de morte do systema penal da republica romana foi frequentemente lembrado pelos theoreticos do abolicionismo, como um notavel exemplo historico da moderação das democracias. MAINE comtudo, considerando este facto como uma anomalia que não mereceu á antiguidade a mesma

¹ *Ibid.*, pag. 258.

² COGLIOLO, pag. 12.

sympathia com que foi encarecida pelos modernos, procura explicá-la historicamente pelo character dos comicios por tribus, a assembleia legislativa mais democratica entre os romanos, e que nos fins da republica se tornou a legislatura ordinaria. Por muito tempo a jurisdicção relativa aos crimes publicos foi exercida em Roma directamente pela assembleia popular, como em muitos outros povos antigos, passando mais tarde para commissões criminaes, delegadas do corpo legislativo, a principio temporarias, por fim permanentes (*quaestiones perpetuae*). Emquanto a jurisdicção criminal pertenceu ás assembleias, e os comicios das centurias e das tribus exerceram poderes coordenados, diz MAINE, era facil instaurar os processos pelos crimes mais graves perante os *comitia centuriata*, que representavam a cidade como corpo militar, e que assim tinham a latitude de poderes de um general commandando um exercito, e, entre elles, o de submeter os culpados ás severidades penaes applicaveis ao soldado por quebra da disciplina, inclusivamente á pena capital; ao passo que os *comitia tributa*, limitados pelo character sagrado attribuido pela religião e pelo direito ao cidadão romano dentro dos muros da cidade, apenas impunham multas. Nos ultimos tempos da republica tinham porém as tribus substituido quasi inteiramente as outras assembleias, e do seu seio saíam as commissões judicarias investidas da jurisdicção criminal, as quaes, pela auctoridade limitada do corpo delegante, que não podia em sessão ordinaria punir de morte um criminoso, ficavam incompetentes para infligir a pena capital.

Commentario de MAINE: É duvidoso que esta anomalia contribuisse para melhorar o character romano, e de certo foi nociva á constituição de Roma. «Como todas as instituições que acompanharam o genero hu-

mano no curso da sua historia, a pena de morte é uma necessidade social em certo estado de civilização. . . A incapacidade dos tribunaes romanos para pronunciarem a pena de morte foi a causa evidente e directa d'esses horribes expedientes revolucionarios conhecidos pelo nome de *proscripções*, durante os quaes toda a lei era suspensa, simplesmente porque a violencia dos partidos não achava outro meio de satisfazer a sua sêde de vingança. . . Se a prática dos tribunaes pudesse dar satisfação á paixão popular, as fórmulas do processo seriam com certeza pervertidas, como aconteceu em Inglaterra no reinado dos ultimos Stuarts, mas o caracter da nação não seria tão profundamente affectado, nem a estabilidade das instituições romanas tão seriamente compromettida¹.

Se nos ultimos tempos da republica romana se apagam os ultimos vestigios do caracter religioso das penas, tambem por esta época a antiga religião dos Quirites havia perdido, ainda para os espiritos menos illustrados, a majestade que se impõe á crença e á veneração. Com a invasão da dúvida e da incredulidade naturalmente fôra enfraquecendo a influencia e auctoridade sacerdotal, e o facto é que nunca a theocracia chegou a dominar a sociedade civil. Os augures, os pontifices, os sacerdotes em geral, eram em Roma escolhidos entre personagens importantes, que continuaram a desempenhar os cargos do Estado, a julgar, a presidir ás assembleias, a commandar os exercitos. Isto explica em parte, conforme SEIGNOBOS, o facto de os sacerdotes em Roma, por muito poderosos que fossem, não chegarem a constituir-se em casta, como no Egypto².

¹ *L'Ancien Droit*, cap. X, pag. 366 e segg.; FERRINI, *obr. cit.*, pag. 43.

² *Histoire de la civilisation ancienne*, pag. 201.

Um periodo theocratico, se não de governo extremamente sacerdotal, ao menos de vasta e profunda influencia dos sacerdocios na direcção das sociedades humanas, se desenha no quadro da historia de todos os povos antigos, o que não admira, visto que, como faz notar GARRAUD, foram os sacerdotes os primeiros civilizadores. Interpretes da vontade dos deuses, tiveram meio de assumir a direcção moral dos instinctos do homem, e conseguiram fazer prevalecer sobre os impulsos naturaes, que levavam á prática da vindicta privada, a noção mais alta de vingança divina.

No Oriente mystico e cruel, nas leis da India, da China, do Iran, da Judeia, do Egypto e de Carthago, no que é conhecido das civilizações mexicana e peruviana, nos costumes gaulêses, etc., apparece claramente a concepção religiosa do delicto ¹.

46. Conciliação do caracter privado do delicto dentro do systema compositorio com o caracter publico que deriva do conceito religioso. Coexistencia ou successão das duas primeiras phases da justiça penal? Doutrina de Garraud. — Se, em conformidade com esta concepção, em todo o delicto ha uma violação da ordem divina no mundo, e assim uma offensa, mais ou menos directa, á divindade, não se explica facilmente como se estabeleceu, durante o predominio do conceito religioso, um systema de *transacções* particulares entre as familias desavindas em razão do aggravo delictuoso, systema que reduzia os desaggravos á reparação economica do damno e a multas, parecendo importar a annullação do dever religioso de expiação.

A difficuldade não existe para aquelles historiadores

¹ GARRAUD, *obr. cit.*, tom. I, n.º 37, pag. 55.

que intercalam o periodo religioso entre um periodo de vindicta familiar e de composições e a phase politica de punição dos crimes pelo Estado. O processo geralmente seguido na discriminação das phases da justiça criminal suppõe uma ordem de successão chronologica, que todavia se não verifica.

FERRINI, recorrendo ás origens gregas do direito penal romano, insurge-se contra a affirmação de ABEGG de que na Italia appareceu primeiramente a vindicta privada, vindo depois a doutrina da expiação religiosa. «A vindicta privada, escreve elle, não se comprehende bem, se a supusermos reacção unica contra a culpa, e a não integrarmos com o conceito da expiação religiosa. Erra tambem REIN, no seu livro sobre direito criminal romano, quando, para explicar a incontestavel coexistencia dos dois institutos na Roma primitiva, attribuiu ás tribus dos sabinos e dos latinos o da vindicta privada, e á dos Luceres ou etruscos o systema punitivo fundado na expiação religiosa. . . Deve comprehender-se, conclue FERRINI, que um instituto se não oppõe ao outro, antes se combinam perfeitamente, e que a união dos dois conceitos offerece o systema mais efficaz para refrear a criminalidade nos povos primitivos. Já o direito mosaico deveria considerar-se testemunho sufficiente»¹.

A ordem de successão historica dos systemas de repressão e dos principios nelles traduzidos é, pouco mais ou menos, para a generalidade dos escriptores, a que resulta da luminosa exposição synthetica de GARRAUD.

Em todos os povos, diz elle, a vingança privada, hereditaria e familiar, foi na organização primitiva a

¹ *Obr. cit.*, vol. I, pag. 40.

salvaguada unica da ordem juridica. O poder mal intervem para regularizar este instincto: limita as represalias pela lei do talião; mais tarde fomenta primeiramente, e depois declara obrigatorias certas composições pecuniarias, que o auctor da offensa tem de pagar, e o offendido de acceitar. Por este modo o poder restabelece a paz privada entre as familias, protege o offensor contra qualquer resentimento, com a condição de pagar á auctoridade o preço d'essa protecção (*fredum, bannum*). Os interessados que violam o pacto ficam fóra da lei. Nesta época as sociedades humanas só conhecem a offensa individual, que dá direito á reparação individual do damno, mas que não confere á commuidade nenhum direito de repressão: a sancção é quasi exclusivamente civil; apenas certos crimes dirigidos contra os seres venerados, a tribu e a divindade, legitimam penalidades propriamente ditas, ordinariamente a morte ou mutilações. Esta parece ter sido em toda a parte a phase primeira da humanidade. Achamos estes costumes nas leis de Moysés, nos livros de HOMERO, nas primitivas práticas de ROMA, entre os Gaulêses e os Slavos. O direito penal germanico é porém onde apparece na fórmula mais completa o systema da vindicta privada. Mas esta concepção não foi, de modo nenhum, particular aos povos da raça arya, porque, segundo o testemunho de differentes viajantes, em certas populações do interior da Africa, nos Achantis, nos Tuaregs, por exemplo, uma composição a dinheiro é que constitue o resgate por um homicidio.

Partindo da ideia de um damno particular, continúa GARRAUD, as sociedades humanas foram-se elevando progressivamente ao principio da justiça social. Um primeiro estadio foi transposto sob a influencia religiosa. Durante o periodo theocratico a jurisprudencia estava incluída na categoria das sciencias sagradas, e

os sacerdotes, por assim dizer os unicos encarregados das funcções de juizes, foram os depositarios e interpretes naturaes da sciencia juridica. Então o delicto, de qualquer especie, era um ataque á constituição religiosa, e a penalidade, destinada á expiação d'elle, revestia um character symbolico e sagrado.

Mais tarde, o direito repressivo emancipa-se da theocracia, e torna-se humano (*jus humanum*). Surge a ideia abstracta de Estado, personificação do interesse de todos; comprehende-se já que o delicto representa uma lesão para o povo sem excepção, e que uma reparação social é tão necessaria como uma reparação privada. Esta phase da evolução destaca nas duas grandes civilizações antigas; vem completar-se na historia dos povos modernos. A Grecia não persiste na concepção religiosa, importada do Oriente, e o Estado (a Cidade), destinado a ser o orgão do direito, apparece já confusamente como sendo o objecto da protecção penal. Na civilização romana mais se accentua a feição *politica* do direito criminal. É certo que esta civilização passou pelas duas phases anteriores; contudo Roma libertou-se, mais depressa e melhor que os outros povos da antiguidade, tanto da concepção privada como da concepção religiosa do delicto, de que apenas ficam vestigios nas leis que chegaram até nós.

Posteriormente as alternativas da historia trazem de novo ao seio dos povos civilizados o systema compositório, eliminado já dos costumes: são os Germanos que produzem este regresso á barbarie. Mas bem depressa a ideia de justiça prosegue no seu desinvolvemento, momentaneamente suspenso. A ideia da composição é a primeira a desaparecer do direito penal dos povos medievaes; a ideia religiosa porém, reavivada pelo Christianismo, perpetua-se, embora enfra-

quecida e depurada, até ás leis dos povos modernos. A Edade-media, com effeito, foi o theatro da lucta entre dois principios, entre duas auctoridades: a Igreja com o seu direito, *jus divinum*; o Estado com o seu, *jus humanum*. No direito canonico lá volta a apparecer o velho conceito oriental: a infracção é uma offensa a Deus, e a pena, meio de expiação e de reconciliação com elle. O movimento philosophico do seculo xviii é que, investigando os titulos do direito penal, salientou esta ideia: que o fundamento do direito de punir é a protecção social, e que o fim da pena é assegurar essa protecção ¹.

GARRAUD suppõe assim uma primeira época em que as sociedades humanas só descobriam no delicto a offensa individual, que dava unicamente direito á vingança privada, ou á reparação particular do damno, limitando-se então a intervenção do poder social a cohibir os excessos da primeira, ou a impor a segunda fórma de desaggravo, salvo casos excepcionaes em que, não havendo queixoso particular, a comunidade infligia penas rigorosas; suppõe ainda que d'esta primeira phase saiu a humanidade para a phase actual da justiça pela pia ficção sacerdotal, que foi o primeiro passo para a criminalização de todos os delictos, descobrindo nelles, a par com o aspecto particular, o character, já publico, de offensa reflectida sobre terceiro, protector eminente da comunidade, e que, pelos seus procuradores, os sacerdotes, funcionarios publicos, reclamava o desaggravo a que tinha direito, sem embargo das transacções e composições entre os individuos e as familias directamente interessadas.

¹ GARRAUD, *obr. cit.*, tom. I, n.º 37, pagg. 54 a 57.

47. Refutação. Direito hellenico, italico, hebraico e germanico. — Isto seria realmente uma apreciavel simplificação para esclarecimento das obscuridades da historia, se ali não estivesse, bem patente, o direito mosaico, lembrado por FERRINI, e se este exemplo não tivesse confirmação no antigo direito hellenico, que este escriptor reputa mais approximado do estado dos italos primitivos, attendendo a que a unidade celto-italo-grega foi a ultima a romper-se; e no direito de outros povos ainda, a que faremos ligeira referencia.

«No povo hebreu, como em todos os povos antigos, escreve RENÉ ROLAND, a theocracia tudo dominava na vida social, e o exercicio do direito de punir era, em toda a força dos termos, uma delegação do poder divino. Nas alturas ardentes do Sinai, como nas aridas planicies do deserto, Jehovah, o chefe supremo e invisivel do povo escolhido, dicta a Moysés as leis immutaveis que deviam regular a vida publica e a vida privada dos descendentes de Jacob. É o proprio Deus que formúla os preceitos, que define os delictos e determina as penas. Os juizes, quando castigam os culpados, são os delegados, os representantes do Eterno, realizam o julgamento de Deus. Comparecer perante a justiça é apresentar-se na presença d'elle. Todo o delicto é um peccado que os magistrados reprimem, como logar-tenentes do Eterno»¹.

Em pleno dominio da auctoridade sacerdotal, em pleno vigor do conceito religioso, nós temos assim um povo em que a vindicta na fórma do talião, cuja definição já conhecemos pelo Levitico², e as composições pecuniarias coexistem com penalidades expiatorias,

¹ *Obr. cit.*, pag. 46.

² *Supra*, pag. 117.

como a morte, ordinariamente por lapidação popular, tambem pelo fogo e pela espada (pelos crimes de apostasia, magia, sortilegios, prostituições, adulterio, violação, sodomia, bestialidade, certos incestos), a mutilação e a flagellação. O talião applicava-se ao homicidio, ás mutilações, aos ferimentos, ao falso testemunho¹.

A fórma imperativa da lei do talião no direito mosaico² parece que exclue a possibilidade de remissão do culpado por *composição* com o queixoso. Comtudo Moysés apenas exceptua da composição o crime de homicidio, prohibindo-a formalmente neste unico caso: *Non accipietis pretium ab eo qui reus est sanguinis, statim et ipse morietur . . . nec aliter expiari potest, nisi per ejus sanguinem, qui alterius sanguinem fuderit*³. A morte de um nascituro, resultante de aborto provocado por ferimentos feitos a uma mulher por occasião de uma rixa entre dois homens, essa mesma é remivel por composição: *subjacebit damno quantum maritus mulieris expetierit, et arbitri judicaverint*⁴. Podemos pois affirmar, com RENÉ ROLAND, que a pessoa ferida ou mutilada tinha sempre «o direito de subtrahir o

¹ *Si steterit testis mendax contra hominem, accusans eum praevagationis, stabunt ambo, quorum causa est, ante Dominum in conspectu sacerdotum et judicum qui fuerint in diebus illis. Cumque diligentissime perscrutantes invenerint falsum testem dixisse contra fratrem suum mendacium, reddent ei sicut fratri suo facere cogitavit, et auferes malum de medio tui: ut audientes ceteri timorem habeant, et nequaquam talia audeant facere. Non misereberis ejus, sed animam pro anima, oculum pro oculo, dentem pro dente, manum pro manu, pedem pro pede exiges.* — Deuteronom., XIX, 16-21.

² *Supra*, pag. 117, e a nota anterior a esta. Vej. ainda Exod., XXI, 22-25: . . . *reddet animam pro anima, oculum pro oculo, dentem pro dente*, etc.

³ Numer., XXV, 31 e 33. No mesmo capitulo se lê: *Siquis ferro percusserit, et mortuus fuerit qui percussus est: reus erit homicidii, et ipse morietur. Propinquus occisi homicidam interficiet; statim ut apprehenderit eum, interficiet. . . Cognatus occisi, statim ut invenerit eum, jugulabit.* — *Ibid.*, 16, 19 e 21.

⁴ Exod., XXI, 22.

aggressor á acção da justiça repressiva, acceitando uma compensação pecuniaria; tinha incontestavelmente esse direito, porquanto Moysés não prohibiu as composições senão por homicidio. Mas o que se affirma tambem é que a victima podia exigir a applicação rigorosa da pena de talião, e rejeitar todas as offertas de reparação pecuniaria.¹

Sabemos já que o direito germanico se notabilizou pela extensão que deu ao systema das composições pecuniarias, que se tornou o systema geral de desagravo de qualquer offensa em que houvesse parte queixosa, incluindo o homicidio. Na época a que se referem as preciosas informações de TACITO, o poder social, como dissemos², intervinha já nas guerras privadas para terminá-las por uma composição, que restabelecia a paz entre as familias, recebendo o rei, ou a cidade, como garante da paz, uma parte da multa. O proprio TACITO vê neste systema de resgate penal uma vantagem publica, para evitar o perigo das inimizades e das luctas que tinham em desordem permanente o Estado nascente³.

Ao mesmo tempo o cunho *theocratico* da repressão entre os Germanos apparece bem perceptivel no livro de TACITO. Infligir penas é uma attribuição sacerdotal: *Ceterum neque animadvertere, neque vincire, neque verberare quidem nisi sacerdotibus permissum; non quasi in poenam, nec ducis jussu, sed velut deo imperante, quem adesse bellantibus credunt.* Os sacerdotes, punindo, não pretendem satisfazer á justiça dos homens, nem executar as ordens do general, mas os decretos

¹ *Obr. cit.*, pag. 89.

² *Supra*, pag. 125.

³ *Germania*, cap. XXI.

do deus tutelar dos exercitos ¹, decretos que por vezes se revelam aos ministros dos deuses pela voz dos animaes e por outros presagios. O cavallo é para este povo de guerreiros o orgão de que os deuses muitas vezes se servem para fazer conhecer a sorte da guerra ².

Parece que na época da invasão do imperio romano o sacerdocio entre os germanos tinha já perdido grande parte dos seus poderes. «Não ha noticia, pondera PEREZ PUJOL, de sacerdotiza que acompanhasse os exercitos germanicos, nem de que os sacerdotes interviessem na correcção e castigo dos soldados naquelles povos que penetraram no Imperio conservando-se ainda pagãos. Os sacerdotes não constituíam classe, como os druidas nas Gallias; não havendo agglomerações urbanas na Germania, tambem o culto não chegou á magnificencia e riqueza de outros povos, nem as prophetizas formaram collegios como as Vestaes, nem os sacerdotes se organizaram em corporações hierarchizadas como em Roma; e esta falta de cohesão, de energia social nas instituições religiosas explica bem a decadencia do sacerdocio pagão, que parecia providencialmente preparada para facilitar a conversão dos Barbaros ao Christianismo» ³.

48. Solução da difficuldade. Independencia entre o desaggravo religioso e o desaggravo do offendido. — A doutrina criminal theologica, vendo no delicto, além da lesão á parte queixosa, uma offensa aos deuses prote-

¹ *Ibid.*, cap. VII.

² *Proprium gentis, equorum quoque praesagia ac monitus experiri. . . Nec ulli auspicio major fides non solum apud plebem, sed apud proceres, apud sacerdotes: se enim ministros deorum, illos (equos) conscios putant.* — *Germania*, cap. X.

³ *Historia de las Instituciones sociales de la España goda*, tom. I, pag. 600.

ctores da tribu ou da cidade, *desparticularizava* em certo modo o delicto, como já dissemos. Bem podia a parte desistir da perseguição vindicativa, contentar-se com a composição, ou mesmo renunciar a ella, perdoadando a offensa. Não era por isso menos necessario aplacar os deuses irritados, a não ser que estes perdoassem tambem pela voz dos sacerdotes.

As religiões, as mais terriveis, as mais inacessiveis á piedade, tinham os seus momentos de brandura e de clemencia. Nos grandes dias solemnes consagrados á religião os sacerdotes eram para os condemnados da justiça de uma generosidade enternecida. «Nas *saturnaes*, festas do deus que derramava as bençãos e as alegrias da vida, permitia-se aos escravos e aos delinquentes tomar parte na alegria universal. Aquelles experimentavam por um momento as doçuras da liberdade, estes viam-se para sempre livres das suas cadeias, que depois costumavam offerter ao deus que os libertara ¹. Nos *lectisternios* romanos ² havia tambem uma trégua religiosa para os criminosos. TITO LIVIO deu no livro V a narração de uma d'essas solemnidades. Após um inverno rigoroso, a intemperie do ceu e as bruscas mudanças da atmospherá, ou qualquer outra causa, diz o historiador, determinaram um estio pestilencial e funesto para todos os seres vivos. Como se não achava a causa nem o termo d'este mal insana-

¹ IHERING, *obr. cit.*, pag. 290.

² Segundo uma nota de NISARD ás obras de TITO LIVIO, eis o que era o *lectisternio*. Em circumstancias dificeis ou nas épocas memoraveis offerciam-se aos deuses banquetes solemnes, a que presidiam magistrados especiaes. A mēsa erguia-se no templo, e á volta havia leitos e cadeiras em que tomavam logar as estatuas dos deuses e das deusas que tinham convite. Diz VALERIO MAXIMO que nestas ceremonias se observavam com as divindades os usos humanos: os deuses assistiam deitados nos leitos, as deusas accomodadas mais decorosamente nas cadeiras.

vel, recorreu-se, em virtude de um *senatus-consulto*, aos livros sibyllinos. Os duumviros que tinham a seu cargo as ceremonias sagradas fizeram então pela primeira vez um *lectisternio* na cidade de Roma. . . Os particulares celebraram tambem esta festa sagrada. Em toda a cidade se abriram as portas das casas de par em par, e todos podiam servir-se de qualquer cousa em *commum*. Os estrangeiros, conhecidos ou não, recebiam convite de hospitalidade, e para os proprios inimigos havia só palavras de doçura e benignidade. Desistiu-se de disputas e demandas; os presos foram libertados das algemas durante estes dias, e depois não houve mais coragem para novamente opprimir com ferros aquelles a quem os deuses tinham feito esta graça ¹.

Fóra d'esses casos excepcionaes de clemencia, a composição remia o delicto para com os particulares offendidos, mas certamente não suppria a expiação para com a divindade, expiação imposta até para os *damnos involuntarios*. Uma lei attribuida a Numa ordenava que todo o homem que tivesse commettido um homicidio involuntario offerecesse um carneiro aos deuses para dar satisfação á vingança divina e para resgatar-se da perseguição dos parentes da victima ². Na Grecia protohistorica as cidades em que se refugiava o estrangeiro fugido á vindicta não o expulsavam nem o puniam, mas ordinariamente sujeitavam-no a uma expiação religiosa, como já referimos. Na historia celebre do vencedor dos Curios, condemnado este no tribunal dos duumviros e tendo appellado para o povo, foi absolvido. «Comtudo, para que este crime

¹ *Tit. Liv.*, V, 43.

² DINIS D'HALICARNASSO, V, 57, apud LETOURNEAU, *obr. cit.*, pag. 359, e RENÉ, pag. 258.

manifesto, diz Tiro Livio, fosse expurgado com algum sacrificio, decretou-se que o pae expiasse o filho com uma multa. Depois de celebrar algumas ceremonias expiatorias, de que a familia dos Horacios conservou a tradição, o velho atravessou na rua uma viga, especie de jugo, por baixo do qual fez passar o filho com a cabeça coberta. Este pau, conservado pelos cuidados da nação, ainda existe. Chama-se *Sororium tigillum* ¹. Moysés organizou os sacrificios expiatorios, a que era obrigado todo o hebreu, não condemnado á pena capital, mas á de açoutes ou ao talião, e com que devia expiar o seu delicto antes de reentrar na sociedade. Todo o povo se associava áquelle acto de religiosa reparação. « Assim como, diz o Levitico, se offerece uma victima pelo peccado, assim tambem pelo delicto. A mesma lei regulará as duas victimas: pertence cada uma ao sacerdote que a offerecer » ².

A expiação pois accumulava se com a pena ou com a composição. Até para o furto, que obrigava á restituição e a uma composição, a expiação era imposta. O furto não era considerado em Roma como simples damno, mas como uma falta moral, como infracção á lei divina, o que todavia não é commum nas legislações primitivas ³.

No catholicismo, em que o delicto é tambem peccado, o sacerdote impõe ainda, na confissão sacramental, a penitencia por factos de que a justiça social tomou ou ha de tomar conhecimento, mas o poder publico é que se desinteressa completamente d'essa especie de sancções, e nisto está a differença entre o mundo moderno e as antigas sociedades theocraticamente orga-

¹ *Tit. Liv.*, I, 16.

² *Levit.*, VII, 7.

³ LETOURNEAU, *obr. cit.*, pag. 274; IHERING, *obr. cit.*, pag. 277.

nizadas. Chega um momento na historia em que o poder politico se emancipa do poder sacerdotal, curando aquelle do *desaggravo social*, extensivo embora a determinados crimes religiosos, previstos como crimes publicos nas lei das nações em que uma religião é protegida pelo Estado, e ficando os sacerdotes juizes unicos do *desaggravo divino*.

Mas, durante muito tempo ainda, o desaggravo social para grande numero de delictos limita-se ao *desaggravo do offendido*, por uma desaffronta permittida dentro da medida do talião, ou por uma composição obrigatoria para o delinquente, como entre os Germanos, e uma multa em beneficio do Estado, em paga da garantia da paz.

49. Função protectora dos sacerdocios decaidos da primitiva supremacia. — Quando aquella separação entre o poder leigo e o poder ecclesiastico se realiza, dá-se este phenomeno caracteristico do egoismo das collectividades, do orgulho cioso das soberanias em frente de outras soberanias: a soberania vencida para a preponderancia attribue-se uma função sympathica de protecção dos opprimidos perante a soberania rival. É ainda manifestação de força, mas em sentido benefico. Os sacerdocios, crueis e por vezes ferozes, emquanto dispõem da jurisdicção e dos tormentos, reservam-se o amparo dos fracos contra a auctoridade politica, desde que deixam de poder opprimí-los.

«Os deuses de Roma, diz IHERING, vingavam com uma das mãos as injurias que recebiam, mas estendiam a outra para proteger quem era perseguido e sem defesa. Havia logares e épocas sagradas em que a perseguição e a pena eram suspensas. . . Quando um sacerdote de Jupiter (*flamen dialis*) entrava numa casa em que um homem se achava preso, o *fas* (direito

religioso) mandava tirar-lhe as algemas e fazê-lo sair pelo tecto; quando um condemnado, conduzido á flagellação, encontrava esse sacerdote, e se lhe lançava aos pés, devia suspender-se a execução. A religião abria assim caminho, em outros casos ainda, através da ordem rigorosa do direito e da vida civil, e um raio de humanidade, reflectido da imagem dos deuses, vinha aquecer a superficie gelada do mundo juridico de Roma»¹.

50. Principio ethico da expiação. — Do direito sacerdotal a doutrina da expiação passou para o campo das theorias, onde teve notaveis defensores. Simplesmente os philosophos substituiram a divindade pelo *principio moral*, e em vez do desaggravo dos deuses assignaram como fim ás penas o restabelecimento da ordem moral.

Ha quem, no movimento philosophico da civilização greco-latina, encontre na escola socratica, interpretada pelos Dialogos de Platão, os traços caracteristicos da theoria expiatoria. Com effeito, no Protagoras e no Gorgias encarece-se o proveito que o proprio criminoso póde tirar da punição, como meio de rehabilitação e purificação interior, e ainda de pacificação da consciencia perturbada pelos remorsos. É em parte a these de alguns psychologos modernos, como Dostoïewsky. O criminoso, atormentado pela tempestade interior, chega a sentir, imperiosa, irreprimivel, a tentação de denunciar-se, pela necessidade de restabelecer o seu equilibrio psychico, como um devedor opprimido aspira a tranquillizar-se saldando as suas dividas e restabelecendo o seu equilibrio economico.

¹ *Obr. cit.*, pag. 289 e 290.

Isto é porém na doutrina de Platão um simples *effeito* moral e interno da pena, muito recommendavel aos condemnados, para que se conformem com as durezas da punição; outro é o *fim* exterior e social, recommendavel ao legislador. Esse fim é meramente politico: prevenir a reincidencia dos que uma vez prevaricaram, e a imitação por parte de quantos possam vir a prevaricar. — Punir o auctor de uma injustiça só porque elle a commetteu, é brutal e contrario á razão. Quem a razão escutar não castiga por causa da falta passada, indestruivel como factó realizado, mas sim por causa das faltas futuras. — Tal é a ideia de um trecho do *Protagoras*, depois reproduzido por SENECA no seu livro — *De ira*¹: *Nam, ut Plato ait: «Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur; revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur, etc.*

Differentes passagens de DEMOSTHENES (*Oratio in Neaeram*) e de PLUTHARCO (*De exsilio*) parece comtudo attribuirem como fim ás penas a expiação dos crimes.

Em Roma, como já na Grecia, o principio *politico* e utilitario da defesa do Estado pela justiça penal cedo se desinvolveu na legislação, á custa da influencia sacerdotal e dos direitos dos particulares aggravados pelo delicto. Em concordancia com a orientação do legislador vinha a doutrina preconizada pelos philosophos. SENECA adoptava os principios politicos do *Protagoras*, como acabamos de ver. O fim supremo das penalidades é a segurança social: *ut securiores caeteri vivant*². Para conseguilo, deve a punição mirar á emenda do delinquente e ao exemplo: *ut eum quem punit, emendet, aut ut poena ejus caeteros meliores red-*

¹ I, 46. Vej. *Des délits et des peines* por BECCARIA, trad. de FAUSTIN HÉLIE, introdução, pag. XXI e segg.

² *De clementia*, I, 22.

dat; e, quando estes effectos se não produzam, o que a paz publica impõe é a eliminação dos scelerados (*sublatis malis*)¹. CÍCERO (*De Officiis*) tambem formalmente proclama, como fundamento de qualquer especie de castigo, a utilidade da republica: *Omnem animadversionem et castigationem ad reipublicae utilitatem pertinere*. No mesimo sentido escreveram QUINTILIANO e AULO GELLIO. Os jurisconsultos romanos, esses attendiam unicamente ao effecto intimidativo das penas; a sua preocupação era a defesa da ordem publica pelo terror. A reforma moral do criminoso, a qual SENECA inculcava a par com o exemplo, os jurisconsultos, mais práticos, desprezavam-na. Foram estes os inspiradores dos legistas medievaes que prepararam a concentração monarchica dos tempos modernos, e que accenderam a ferocidade real na defesa da religião e da auctoridade majestatica, nesse ominoso e sombrio periodo, vergonha da humanidade, que terminou tragicamente pela mais alta e mais fecunda affirmacão das consciencias revoltadas, que jámais a Historia tem visto até á formidavel crise do momento actual². Unicamente num fragmento de Paulo, escripto no intuito de estabelecer que a pena não passa aos herdeiros, se lê: *Poena constituitur in emendationem hominum*. Mas, como interpreta G. VIDAL, refere se provavelmente á emenda do publico pelo exemplo da condemnação do accusado³.

Com o christianismo resurgiu, como refere GARRAUD, nos Padres da Igreja e nos theologos a doutrina da

¹ *Ibid.* e *De ira*, I, 16.

² *Quod quidem faciendum est, ut exemplo deterriti, minus delinquant*. — D. de poen., 48, 49, § 1º (fr. Ulp.). Os imperadores tiravam as illações d'esta doutrina: *Cum vehementia corrige... Acerbe punito, ut paucorum hominum supplicio omnes reliquos continue castiget*. — Nov. XVII, cap. v; XXX, cap. xi.

³ *Obr. cit.*, n.º 15, pag. 14.

expição na fôrma religiosa. SANTO AGOSTINHO equipara a pena á penitencia, e define a pena, propriamente dita, um soffrimento que expia a má acção. TERTULLIANO e outros Padres consideram o delicto como uma especie de *divida* exigivel em juizo ¹. Sob a influencia das mesmas ideias escreveu, pelos meados do seculo XVI, o monge de Salamanca ALPHONSO DE CASTRO o seu livro — *De potestate legis poenalis*, em que attribue character identico á penitencia imposta ao peccador e ao castigo infligido ao delinquente. Contrariamente a SENECA, affirma que a pena imposta é vindicta e punição *propter peccatum praeteritum*, devendo ter por effeito o regresso á mesma ordem que o delinquente abandonara pelo delicto ². Aparece já aqui, ainda pouco explicita, a ideia de *ordem moral*, metamorphose ethica de uma noção theologica. Nos principios do seculo XVII, GROTIUS caracterizava a pena como retribuição do mal pelo mal: *malum passionis quod infligitur ob malum actionis* ³. Para SELDEN, que veio quasi logo depois, a pena é um meio de reparação ou de retribuição, e, além d'isso, de expiação e purificação, comquanto deva ser simultanea e socialmente medicinal ⁴. Segundo LEIBNITZ, esta retribuição é reclamada por um sentimento moral de *harmonia*, analogo ao sentimento esthetico. Não é só o offendido que fica satisfeito pela applicação da pena merecida: todo o espirito bem formado participa do mesmo prazer, como quando se ouve uma bella musica ou se admira uma boa architectura.

¹ FAUSTIN HÉLIE, *obr. cit.*, pagg. XXV e XXVI.

² *Ut ad eundem ordinem per poenam redigatur quem peccando deseruerat* — *De potestate leg poen.*, pag. 37 e segg. (Lugduni, 1556); F. HÉLIE, *obr. cit.*, pag. XXIX.

³ *De jure belli et pacis*, lib. II, cap. XX.

⁴ *De jure naturali et gentium*, lib. I, cap. IV, apud F. HÉLIE, *obr. cit.*, pagg. XXX e XXXI.

A *harmonia das cousas* exige um mal de paixão ou de soffrimento que faça sentir ao espirito a sua culpa no mal da acção voluntaria em que pusera as suas complacencias. Este restabelecimento da harmonia moral pertence a Deus, que se reserva, com effeito, em muitos casos a justiça *vindictiva*, sem deixar tambem de a communicar áquelles que teem o direito de governar os outros, comtanto que a exerçam segundo a razão e não ao sabor das paixões ¹.

Onde porém o principio ethico da expiação teve o seu córte mais geometrico, por assim dizer, foi no systema do grande metaphysico de Koenigsberg, KANT.

JOSÉ DE MAISTRE é um sombrio ultramontano, que malbaratou o seu talento e a sua eloquencia selvagem, como a qualifica AD. FRANCK, na defesa da Inquisição, do direito divino dos reis e dos privilegios hereditarios da nobreza, isto é, da sua casta. A admiração de que foi objecto deve-a quasi só á sua imaginação, fertil no colorido phantastico á Rembrandt, aos movimentos energicos e sacudidos da sua eloquencia desgrenhada, ao seu estylo inconfundivel.

MAISTRE reviveu o velho conceito theologico de SANTO AGOSTINHO e TERTULIANO.

A Providencia, affirma elle, não se manifesta no mundo moral sómente pelas faculdades que deu ao homem; a sua acção é directa e constante na ordem civil e politica, e a humanidade debater-se-ha numa impotencia absoluta, emquanto se não submeter com inteira renuncia á vontade divina. Os reis legitimos, representantes e ministros de Deus, teem como primeira attribuição ferir com penas os que o merecerem,

¹ *Essais de théodicée*, § 73: notas ao livro *Origem do mal*, pag. 60, apud F. HÉLIE, *obr. cit.*, pagg. XXXI e XXXII.

ordenar supplicios, exercer severamente o direito de vida e morte ¹. O carraseo é um instrumento providencial, expressamente criado para facilitar aos príncipes a sua tarefa de sangue e exterminio; seria incompreensível que alguém escolhesse semelhante profissão, se não fôra uma vocação especial e extraordinária. «Para que este ser monstruoso exista na familia humana, é mister um decreto particular, um *fiat* do poder criador ². A *expição* é a lei suprema, fóra da qual o mundo não pôde subsistir; é forçoso que esta lei se cumpra, ou pela mão dos homens, ou pela mão de Deus. Todo o mal é expiado neste mundo; nenhum fica nem deve ficar impune. O sangue tem uma virtude purificante, e por isso é que o sangue criminoso pôde ser remido pelo sangue innocente. Ferir sempre, como dizia um legado de Roma na matança dos albigenses; Deus saberá reconhecer os seus.

Se abstrahissemos das circumstancias que convulsionavam os espiritos nesse fim do seculo xviii, que é tambem o fim de um periodo plurisecular de privilegios, diriamos hoje que J. DE MAISTRE não passava de um epileptico com faiscas de genio e com um poder terrivel de suggestão.

Se MAISTRE baseava a lei da expiação na absorpção completa do homem em Deus, KANT, ao contrario, deduzia-a de um principio individualista, que procurava assegurar, até na justiça punitiva, a autonomia da pessoa humana.

Eis, muito summariamente, as ideias expostas nos *Principios metaphysicos do direito*, 2.^a parte, § 49:

As penas *judicarias*, que devemos distinguir das

¹ AD FRANCK, *Philosophie du droit pénal*, 2.^a ed., chap. IV, pag. 29.

² *Œuvres de Saint-Petersbourg*, tom. I, pag. 38 e segg. (Lyon, 1843); FRANCK, *obr. cit.*, pag. 31.

penas *naturæ*, não podem ser consideradas como *meios*, mas devem sê-lo como *consequencias jurídicas* do crime. O delinquente não é uma *cousa*, e, ainda que perca a sua personalidade civil, conserva a sua personalidade *natural*. Um homem não pôde tomar-se como instrumento d'outro homem, para a realização de qualquer *utilidade*, ainda que esta reverta em benefício do primeiro ou da sociedade. A justiça também não é *cousa* que se sujeite a preço. Faz-se justiça porque o é; na utilidade pensa-se depois. A retribuição do mal pelo mal é um *imperativo categorico*, isto é, uma ordem absoluta com que a razão domina a vontade humana. Se uma ilha habitada estivesse para ser abandonada, e a sociedade nella estabelecida estivesse para dissolver-se, o ultimo condemnado devia, apesar d'isso, ser executado, para que o crime não ficasse impune, e para que o povo que deixasse escapar o criminoso se salvasse da vergonha de tornar-se cúmplice d'elle. Desgraçado do que se perder pelos atalhos tortuosos do *eudemonismo* (isto é, da utilidade, ou ainda da piedade), para alliviar o culpado da pena merecida! O interesse é consideração de phariseus. Desde que a justiça é desconhecida, os homens não tem já razão de viver. Ora antes pereça um homem, do que todo um povo ¹.

A expiação é assim o mal retribuido pelo mal no interesse da ordem universal, ou da harmonia eterna que a razão categoricamente impõe entre o mal moral e o soffrimento, como entre a virtude e a felicidade. Como é porém que ha de achar-se a dóse de pena

¹ Vej. J. WILM, *Histoire de la philosophie allemande depuis Kant jusqu'à Hegel*, tom. 1, pag. 455 (Paris, 1846); AD. FRANCK, *obr. cit.*, pag. 80.

precisamente correspondente á quantidade de mal contido no delicto? Quando diremos que está integralmente satisfeita a justiça retributiva, sem falta que deixe o delinquente na insolvencia, e sem excesso que perverta essa pretendida justiça em oppressão?

KANT atacava de frente a difficuldade: a relação entre a culpabilidade e o castigo deriva de um principio tão absoluto e tão evidente como o dever de punir; esse principio é o da *egualdade*, que na historia, onde elle nos apparece bem proximo, escreve FRANCK, do berço da sociedade humana, tem o nome de lei do *talião*. «O mal não merecido que a outrem fazes, diz com clareza o philosopho, fáze-lo a ti mesmo; se o deshonras, a ti proprio deshonras; se o roubas, roubas-te; como se o ferires ou fizeres morrer, é a ti que feres ou matas. Só o direito de talião póde determinar de modo preciso a qualidade e a quantidade da pena nos tribunaes de justiça. . . Todos os outros direitos são oscillantes e, em razão das considerações estranhas que os complicam, insusceptiveis de harmonizar-se com o dictame de uma justiça pura e rigorosa».

A unica relação justa entre o castigo e o delicto é pois, segundo KANT, a perfeita egualdade, uma similhaça material entre a lesão que se fez, ou que se intentou fazer a outrem, e o damno que o culpado deve soffrer a titulo de expiação.

Inutil é accentuar como nesta parte do seu systema o metaphysico allemão, perdendo-se nas regiões do abstracto, se afastava dos caminhos planos do simples bom senso, esquecido das condições praticas da vida social, do papel que nella desempenha o sentimento, das necessidades criadas pela civilização. É um cabeçudo philosopho que, no seu gabinete, seguindo o traço rectilíneo da logica inflexivel, deslembado dos

movimentos tortuosos de que resulta o progresso humano, e das epicas luctas que custou a civilização interiormente reflectida nessa *razão pratica* que lhe dicta o dever desinteressado, a qual erradamente elle suppõe ser oraculo infallivel e universal da humanidade, tem a ingenua pretensão de estabelecer na terra o equilibrio moral, por uma perfeita equivalencia entre os actos de cada um, criações do livre arbitrio, e o grau de felicidade que cada um desfructa!

Herculea empresa essa a que a sociedade votaria os seus esforços! Colossal e cyclopica fabrica que o Estado tomaria sobre os seus hombros! Porque, se é verdade que o Estado deve, *sem pensar sequer nos interesses publicos*, decretar o soffrimento para todo o que fez mau uso do seu livre arbitrio, incumbe-lhe, por egual, outorgar a felicidade a quem rectamente empregou essa livre actividade! Uma justiça de expiação e de castigos seria uma impostura philosophica, mera dissimulação do sentimento de conservação e de defesa, se não fosse tambem justiça de remuneração e de premios. Tanto triumphará o mal no mundo, se a maldade se refocillar, impune e jactanciosa, com os lucros do proprio maleficio, como se a virtude estanciar, esquecida e obscura, nos recantos da miseria, ou andar, corrida e perseguida, entre os precipicios do desespero,

Equilibrar a felicidade com o mérito! Extranha e ridicula pretensão num mundo em que tanta vez a insignificancia audaz e a improbidade sem escrupulos sobem triumphantes ás culminancias do poder e da riqueza, emquanto o talento modesto e o altruismo desinteressado vagamente se arrastam na sombra da via da amargura num lidar sem descanso para a conquista do pão! Se Deus confiou a alguem na terra a justiça retributiva, a quem foi que a confiou, e que

meios deixou para que se realize? aos sacerdotes que só teem a inquisição e a fogueira? aos reis, que só dispõem da tortura e do cadafalso? aos governantes, que só sabem fechar sobre os maus as portas dos carceres e abrir para os bons as guelias do Fisco em proveito de oligarchias absorventes?

Mas, se essa justiça retributiva, confiada ao poder social, é justiça unilateral, que só tem balança para a pesagem dos maus, e não tem desafogos para a recompensa dos bons, é mister que esse olho austero penetre tambem nos segredos da vida privada, que lhe não escapem os actos de immoralidade mais pessoal, porque nenhuma infracção á lei moral, de qualquer natureza que possa ser, pondera Ad. FRANCK, deve ficar impune. É necessario variar ao infinito os supplicios para realizar uma punição proporcional a crimes igualmente variados, «O parricida, morrendo, deve soffrer mais que o incendiario, o incendiario mais que o assassino vulgar, o que matou a fogo lento mais que o que matou de um só golpe». «Desde que se passa álem ou se fica, pouco ou muito, áquem da quantidade de carne que a lei do talião nos permite arrancar ao nosso inimigo, desde que esta não realiza a estricta, a absoluta egualdade, cae na iniquidade e no arbitrio»¹.

E esse talião que seria, se não a exemplificação repellente da ferocidade, do egoismo e da immoralidade dos criminosos, aos olhos da sociedade horrorizada, que retrogradaria para a barbarie, á plena luz do sol, em nome de uma lei eterna de justiça?

Por todos os lados, consequencias absurdas e monstruosas.

¹ Ad. FRANCK, *obr. cit.*, pagg. 73, 83 e 91.

ELEMENTOS

DE

SOCIOLOGIA CRIMINAL E DIREITO PENAL

Dr. Henriques da Silva

ELEMENTOS

DE

SOCIOLOGIA CRIMINAL E DIREITO PENAL

Lições do anno lectivo de 1905-1906 na 14.^a cadeira
da Faculdade de Direito na Universidade de Coimbra

FASCICULO II

(Apontamentos)

COIMBRA

IMPRESA DA UNIVERSIDADE
1906

PARTE PRIMEIRA

A evolução da justiça e da sciencia criminal

CAPITULO II

Introducção historica ao estudo do direito penal português

I

1. Dificuldade de reconstituir a vida juridica dos povos peninsulares no periodo pre-romano. Utilidade destas investigações. — O periodo proto-historico que se protrahia até ao dominio romano foi por muito tempo desprezado pelos historiadores do direito peninsular, a pretexto da sua apagada influencia nas instituições que caracterizam o direito propriamente historico da Peninsula hispanica e da obscuridade d'esses tempos primitivos. Mas actualmente, á custa de muito trabalho e de incessantes rectificações, e mercê das descobertas da archeologia, da ethnologia, da philologia, da numismatica, da jurisprudencia comparada e de algumas noticias historicas fragmentarias dos escriptores gregos e latinos, procura-se reconstituir a vida social dos mais longinquos povos peninsulares.

Todavia é sempre arrojado fundar em dados incertos, como esses não podem deixar de ser, conclusões scientificas geraes, e por isso raras vezes poderemos passar do terreno conjectural para o das generalizações positivas, sobretudo pelo encontro de numerosas raças no vasto territorio da Peninsula.

Bem-merecem, na empresa de reconstituição dos tempos proto-historicos da Peninsula, escriptores como PEREZ PUJOL ¹, D'ARBOIS DE JOUBAINVILLE ², JOAQUIM COSTA ³, HINOJOSA ⁴ e ALTAMIRA ⁵.

Todos se serviram do methodo comparativo para determinar quaes fossem os costumes e instituições primitivas da Peninsula.

PEREZ PUJOL conclue pela existencia provavel entre os celtas hespanhoes de certos costumes e instituições observadas por SUMNER MAINE entre os celtas da Irlanda, presumidos irmãos dos celtas da peninsula.

JOAQUIM COSTA e tambem PEREZ PUJOL serviram-se dos estudos feitos nos kabilas berberes do norte da Africa que, segundo todas as probabilidades, tem parentesco ethnico e analogia de situação social com os iberos.

Seguem a mesma orientação os escriptores já citados — D'ARBOIS DE JOUBAINVILLE, HINOJOSA e ALTAMIRA.

O estudo e a reconstituição historica da vida e costumes juridicos primitivos dos povos da peninsula, se

¹ PEREZ PUJOL, *Historia das instituições sociaes da Hespanha goda.*

² D'ARBOIS DE JOUBAINVILLE, *O duello convencional no direito irlandês e entre os celtiberos; Os celtas na Hespanha; Estudos sobre o direito celtico, etc.*

³ JOAQUIM COSTA, *Collectivismo agrario em Hespanha; Estudos ibericos; Ithas lybicas (geographia da Atlantida); Poesia popular hespanhola e Mythologia e Litteratura celto-hispanicas, etc.*

⁴ HINOJOSA, *Historia geral do direito hespanhol e A Origem do regimen municipal.*

⁵ ALTAMIRA, *Historia da propriedade communal.*

é difficil, como acabamos de dizer, não deixa porém de ter grande utilidade.

É por meio d'estas investigações que nós chegamos a explicar certas particularidades da historia do nosso direito que até aqui tinham sido mal interpretadas.

Assim, por exemplo, julgou-se durante muito tempo que algumas instituições anómalas, tanto civis como penaes, apparecidas com os foraes dos municipios depois da queda da monarchia wisigothica, que pareciam regressivas, eram devidas simplesmente ás circumstancias criticas da Hespanha durante a reconquista.

Está hoje demonstrado que essas instituições eram a reproducção de outras, que tinham existido anteriormente á dominação extranha, e que, quebrada a unidade legislativa dos godos, resurgiam nos foraes com a espontaneidade da legislação local.

Todavia, diz DORADO, «se é difficil reconstruir, por falta de elementos e meios de informação, as differentes manifestações da vida social dos primeiros habitantes da Hespanha, ou dos que por taes são havidos, mais difficil é ainda, por identica razão, reconstruir a sua vida *juridica*»¹.

II

2. O problema ethnologico da primitiva Iberia occidental. — Procurando estudar os costumes juridicos dos povos que habitaram a Peninsula, natural é que primeiro saibamos quaes foram esses povos.

¹ PEDRO DORADO, *Cotribución al estudio de la historia primitiva de España*, pag. 13.

A principal difficuldade d'este estudo provém precisamente do grande numero de raças que aqui vieram estabelecer-se, e da impossibilidade portanto de nos servirmos com segurança do methodo comparativo.

A primeira questão que se nos offerece é se houve na Hespanha uma raça aborigene, ou se a primitiva raça proveio de antigas migrações.

Ha sobre o assumpto grande diversidade de opiniões.

GUILHERME DE HUMBOLDT, sabio naturalista allemão, intende que houve na Peninsula uma raça primitiva ou aborigene, successivamente repellida pelas invasões de novas raças. E sa raça seria a dos vasconços, bascos, ou euskaros, acantonados nas vertentes dos Pyrineus, cuja lingua diverge profundamente dos modernos idiomas germanicos e novi-latinos.

Os iberos, ou autochtones ou por virtude de migrações para occidente, teriam occupado não só a Hespanha mas tambem as tres grandes ilhas do Mediterraneo (a Sardenha, a Corsega, a Sicilia) parte das Gallias e talvez a Italia Septentrional, além de outras regiões.

Ha escriptores que sustentam a identidade de origem entre os iberos e os povos americanos, fundando-se na commumidade do character dolicocephalo peculiar aos habitantes da Corsega e ás raças da Africa do Norte, e descoberto por MORTON nas populações da America, e ainda na analogia dos idiomas segundo o testemunho de alguns linguistas.

Para isso suppõem que a Europa e a America estiveram ligadas por outro continente, a Atlantida.

Outros ainda, fundando-se em dados anthropologicos, adoptaram a explicação de uma raça turaniana, anterior ás civilizações semiticas e indo-europeias, que fez

viagem pelo norte da Africa, veio até á Europa, e de que o povo basco é o actual representante.

OLIVEIRA MARTINS é de opinião que os iberos teriam origem kamita. O ibero, de téz morena e cabellos crespos, teria, como os siculos e ligures, a mesma origem kamita ou afro-semite dos tuaregs, berberes, coptas e egypcios.

São elementos em favor d'esta opinião a subsistencia do suffixo *tani*, que serve tanto na Africa como na Hespanha para indicar os nomes dos povos: *lusitani*, *turdetani*, *mauritanii*; as similhaças entre o alphabeto tuareg do norte da Africa e o alphabeto turdetano adoptado na Peninsula, ambos differentes do dos phenicios; a analogia dos caracteres anthropologicos, como a dolicocephalia, commum aos habitantes da Hespanha e aos do norte da Africa, e ainda os monumentos megalithicos de ambas as regiões.

A hypothese dos que suppõem os iberos de origem asiatica, descendentes dos turanianos, que atravessariam a costa septentrional da Africa até chegarem á Europa, não desfavorece a doutrina de OLIVEIRA MARTINS, pois, como este diz, se os berberes do Atlas são um ramo dos turanianos, demonstrado está que os iberos e os africanos septentrionaes tem entre si grandes affinidades ¹.

Em seguida aos iberos vieram os celtas, de origem indo-europeia, e os phenicios não se sabe se antes se depois dos celtas.

OLIVEIRA MARTINS intende que os celtas são anteriores aos phenicios, e que o encontro dos iberos com os celtas (facto anterior aos tempos historicos) foi o prenuncio das differentes invasões que se succederam, das quaes a primeira é a dos phenicios.

¹ *Historia da civilização ibérica, Introdúcção.*

Os phenicios, povo navegador e aventureiro, percorreram o Mediterraneo e, transpondo o actual estreito de Gibraltar (Columnas de Hercules), foram até á Grã-Bretanha, chegando, dizem alguns escriptores, ao mar Baltico, como se crê terem feito a circumnavegação da Africa.

Estabeleceram-se na Peninsula e ahi fundaram Gades (Cadiz), Malaga, Tartesso, etc.

Os kabilas são os actuaes representantes dos numidas de Massinissa, Syphax e Jugurtha que se tornaram celebres na lucta contra os romanos.

Abandonando a sua religião primitiva, converteram-se ao islamismo, conservando porém a sua lingua, e até certo ponto as suas instituições sociaes.

«E nestas é, diz OLIVEIRA MARTINS, «que nós vamos encontrar singulares traços de afinidade entre os kabilas, entre o que a historia nos diz da Hespanha, e o que, por debaixo das fórmulas sociaes impostas pela civilização romana e germana, encontramos ainda hoje no character e nos costumes peninsulares»¹.

3. Confronto das instituições ibericas primitivas com as das tribus do Atlas. A aljama kabila e o concilium iberico. Presumidas sobrevivencias d'esta assembleia no direito e costumes peninsulares. — No confronto d'essas instituições com as da Peninsula primitiva, começaremos pelas assembleias do povo.

A *aljama* (*djamáa*, como a chamam os francezes) é a aldeia das tribus do Atlas, e tem tanta semelhança com o *pueblo* hespanhol, que é licito suppôr na Hespanha pre-romana *djamáas*, convertidas pelos conquistadores em municipios, e que, sob esta fórmula, chegaram até nós.

¹ *Obr. cit.*, Introd., pag. XXVIII.

A aljama é, nos kabilas, a assembleia de todos os habitantes de maior idade, concentrando em si todos os poderes.

Não ha hierarchia judicial. O *amin* (o *alcaide* de Hespanha) instrue o processo, e a aljama decide em julgamento oral. Se a sentença é de morte, o reu é lapidado, atirando simultaneamente uma pedra todos os habitantes do logar.

Na Hespanha encontramos os *concilia*, frequentemente mencionados nos escriptores latinos da época da conquista romana.

Quer sejam uma sobrevivencia do direito publico ibero-lybico, quer se trate apenas de uma coincidencia fortuita, por anaiogia de circumstancias, de cultura, etc., correspondem, na opinião de J. COSTA, ás *aljamas* e *mia'ad* berberes.

HINOJOSA e PEREZ PUJOL admittem a existencia no governo da Hespanha de duas classes sociaes, a dos patricios e a dos plebeus, e assim a co-existencia de duas assembleias distinctas — o *Senatus* e o *Concilium*, sendo este uma assembleia popular e aquelle a assembleia dos patricios, dos chefes ou representantes das gentilidades.

JOAQUIM COSTA sustenta que a palavra *concilium* tem a mesma significação de *senatus*. Pelo estudo de varias passagens de TITO LIVIO, parece-lhe que a palavra *senatus* tem o mesmo sentido da palavra *ayuntamiento* (governo da cidade), e que *populi concilium* é o mesmo que a multidão irregular, agrupada em frente do palacio consistorial.

O motivo d'aquella distincção foi uma passagem de APPIANO¹, onde se diz que o povo tinha lançado o

¹ *De rebus hisp.*, cap. 100.

fogo á casa onde o senado estava reunido, concluindo-se d'ahi que *povo* e *senado* exprimiam ideias diferentes.

Para PUJOL o concilio é talvez a origem do *conventus publicus vicinorum* da época goda (subsistindo ainda hoje nas povoações ruraes de Hespanha, sob o nome de *concejo de vecinos*) constituído por todos os aldeãos livres, chefes de familia, com attribuições administrativas, legislativas e judiciaes.

Tem-se discutido o exercicio d'esta ultima funcção, não havendo, porém, duvida de que ella era exercida pelo *conventus* em certos casos determinados, como, por exemplo, no julgamento dos servos fugitivos.

O *concilium* tem analogia tambem com as *assembleias judiciaes* dos primeiros seculos da reconquista, e com o actual *concejo* das montanhas de Leão e de outras provincias de Hespanha, que julga as infracções do *livro do povo*, as questões de regas e os danos nos campos causados pelas pessoas e pelos gados. O *concejo* compõe-se de todos os chefes de familia, não incluindo os filhos ou individuos que vivam em companhia dos chefes, embora sejam maiores, e reune-se ao toque da sineta na *casa del concejo*.

O *concilium* tem egualmente pontos de contacto com as *comunidades agricolas* dos Pyreneus, tanto do lado da França como do de Hespanha, que se reúnem ao ar livre, com a intervenção de todos os chefes de familia de ambos os sexos, e onde se discutem todos os assumptos communaes; assimilhando-se ainda ás *comunidades agricolas* da Suissa ou *Landsgemeinde*¹.

A civilização europeia creou o Estado, mas no *ayuntamiento* não ha sequer representantes d'elle. O

¹ PEDRO DORADO, *obr. cit.*, pag. 44.

ayuntamiento, conservado através da centralização romana e catholica, é ainda hoje, diz O. MARTINS, a molecula social.

O *ayuntamiento* goza de grande independencia e autonomia administrativas.

Como a *djamáa*, o *ayuntamiento* é uma caixa de socorro mutuo; e, se para cá do Mediterraneo não se encontra a distribuição de carne dos kabilas, encontra-se no *pueblo* o celleiro collectivo e a *debesa* common onde os municipales mandam pastar o seu gado, porque todos teem um porco e um burro, e a *suerte*, onde cada qual lavra o seu pão.

Com a anarchia dos tempos da reconquista parecem ter despertado os velhos usos esquecidos sob a dominação romana e wisigoda. É nas regiões da lingua basca e no Aragão tambem, ou na Hespanha do Ebro, que se julga existir o resto das primitivas tribus peninsulares; é tambem o povo d'essas regiões que mantem um amor quasi religioso á sua lingua ¹, o culto pelos seus *fueros*, sentimentos tão enraizados, que a civilização hespanhola não conseguiu extinguí-los ².

4. Jurisdição criminal dos concilia. Primeiras magistraturas criminaes. — Em épocas remotas e nas tribus mais atrasadas, a função criminal dos concilios era pouco complexa. O poder social intervinha apenas nos poucos crimes considerados publicos, isto é, perigosos para a collectividade. Para esse fim o povo reunia-se em assembleias periodicas.

Mais tarde, como se foi tornando difficil a frequencia dos concilios ou aljamas, pelo desinvolvimento da

¹ Dizia a OLIVEIRA MARTINS, um lavrador byscainho, referindo-se á sua lingua: *Le quiero mas que á mi sangre.*

² OLIVEIRA MARTINS, *obr. cit.*, pag. xxx e xxxii.

vida social e por outras circunstancias, e como ia crescendo o numero dos crimes publicos que escapavam á vingança privada, instituiram-se orgãos especiaes que os julgassem. As causas maiores ficaram reservadas á assembleia do povo, que se reunia uma ou duas vezes por anno, e que nomeava os funcionarios que haviam de desempenhar determinados cargos concelhios durante o anno, designando ao mesmo tempo aquelles, que, em nome da collectividade, tratariam dos pleitos e causas, quer como *arbitros* a principio, de jurisdicção voluntaria e livremente accetos pelas partes, quer como *juizes* mais tarde, com jurisdicção obrigatoria para as partes.

Como a parte descontente com a decisão arbitral recorria por vezes á vindicta privada, os arbitros obrigavam os pleiteantes a um compromisso, ou pelo pagamento immediato de parte do preço do sangue, ou por caução, ou por juramento promissorio, ou ainda pelo deposito das armas como penhor.

Era o que succedia nos ossetas, povo a que neste curso já se fez referencia, e que conserva os costumes tradicionaes dos seus antepassados, tanto quanto lhes é permittido pela legislação russa, introduzida no seu país depois da conquista realizada em 1859.

Os arbitros tornaram-se depois juizes propriamente ditos, ou antes *assessores* do representante do poder central, á medida que o Estado se organiza.

Na Hespanha, durante a dominação goda, os condes, que exerciam, em nome do rei, attribuições de ordem militar, judicial e economica, ou os seus viga-rios, julgavam os pleitos assessorados (assistidos, auxiliados) por um numero variavel de individuos chamados juizes nos documentos da época ¹.

¹ HINOJOSA, *El origen del regimen municipal*, pag. 424.

A delegação do poder judicial pela assembleia popular num órgão especial é um phenomeno que se realiza nos iberos, nos germanos, em Roma, nas comunidades dos Pyrineus e na *Landsgemeinde* suissa.

3. Os delictos privados. Familia; gens; offensas interiores e exteriores. Hospitium e devotio. — Antes da dominação romana a Peninsula era habitada por tribus heterogeneas e povos de differente grau de civilização.

É impossivel por isso determinar de uma maneira geral as suas instituições sociaes, visto que devia naturalmente haver grande differença de tribu para tribu.

É verdade que, por vezes, differentes povos se reuniam no intuito de defesa commum. Todavia essas allianças, além de serem temporarias, não abrangiam na maioria dos casos senão os limites da tribu ou das cidades.

Tanto antes, como ainda depois do estabelecimento das cidades, a familia e a *gens* eram dois grupos sociaes preponderantes tambem nos iberos.

A *gens*, fórmula social commum a todas as raças primitivas, principalmente ás indo-germanicas, era entre os iberos, da mesma fórmula que em Roma, constituida pelo grupo de individuos que podiam provar a sua descendencia de um tronco commum.

Os membros das diversas gentilidades distinguiam-se pelo appellido gentilicio, restringido pelo appellido familiar e precedido do nome individual.

Mais tarde alargou-se grupo natural em virtude dos laços artificiaes da adopção. Todavia a *gens* ficava sempre uma instituição de mutua defesa, solidaria na guerra e na vingança.

Assegurava a defesa pessoal de cada um dos seus membros ou por meio das armas, ou por meio de um

accordo de arbitros, ou ainda por qualquer fórma de composição,

Se exceptuarmos alguns casos especiaes em que intervinha a assembleia popular, a justiça entre os iberos, como acontecia em todos os povos de civilização primitiva, tinha um caracter essencialmente privado.

Os crimes intra-familiares e intra-genticios eram punidos de differente maneira.

Quando algum membro da *gens* perturbava a ordem e a paz no seio d'esta, era immediatamente expulso do gremio.

Tal é a conclusão a que chega HINOJOSA, não obstante o caracter impenetravel da vida interior da *gens* e da familia.

Proceder-se-ia á similhaça dos ossetas, onde o ancião, como já vimos, podia expulsar do seio da familia o membro perturbador da ordem, confiscar-lhe os bens e interdizer-lhe todas as relações com o resto da familia.

Constituidas as cidades, o alargamento do grupo social, poz em contacto individuos de gentilidades diversas, e a continuidade das relações deu motivo a acabarem grande numero de guerras e conflictos privados.

Para augmentar esta corrente de solidariedade muito contribuíram as duas instituições que então appareceram — o *hospitium* e a *devotio*.

O *hospitium*, ou pacto de hospitalidade, consistia no facto de os individuos pertencentes a diversos grupos que andavam em guerra se protegerem mutuamente nos respectivos aggregados.

Este costume era conhecido tambem entre os ossetas e mantido até com caracter religioso. Cada qual era obrigado a proteger o seu hospede, muito embora elle pertencesse a uma tribu inimiga.

A *devotio*, conforme a explanação de P. DORADO, «era uma especie de *commendatio*, como a da Edade-media, pela qual homens livres e pobres adheriam e como que se entregavam a um potentado ou a um guerreiro, a quem serviam e por quem eram protegidos contra violencias e injustiças dos poderosos» ¹.

Sertorio era acompanhado por escudeiros, homens d'armas (*stipatores*) e por *socii*, unidos a elle pelos vinculos da *devotio*. Compunham a sua comitiva, escolta ou guerrilha, e estavam apostados a morrer juntamente com elle.

Na Aquitania (habitada tambem pela raça iberica) existia igualmente esse costume, segundo o testemunho de CESAR (*De bello gallico*, III, 22), referindo-se a Adiatunnus, chefe gaulês.

Os clientes, pondo-se voluntariamente ao serviço de um guerreiro ou potentado, tinham direito a receber d'elle protecção e amparo, prestando-lhe em troca certos serviços, e sobretudo fidelidade e adhesão absoluta.

A instituição da clientela encontra-se em todos os povos antigos e modernos em identico grau de cultura, notavelmente entre os germanos. A sua razão de existencia está no pouco desinvolvimento da noção de Estado; na insufficiencia d'este para proteger a ordem social e os direitos dos individuos que constituem a collectividade politica; na frequencia das guerras, que traziam os individuos em luctas continuas, e na fraca competencia dos tribunaes de justiça, o que obrigava frequentemente o fraco a ir procurar auxilio e apoio na protecção do mais forte (HINOJOSA).

¹ *Obr. cit.*, pag. 35, nota (3); vej. tambem as pagg. 19 e 20, e os logares de HINOJOSA e PEREZ PUJOL ahi citados.

Na Edade media, a analogia das circumstancias, a falta de um poder central forte e as luctas incessantes criaram uma fórma de clientela ou de *devotio*, o feudalismo. JOAQUIM COSTA considera este na Hespanha, não uma criação original ou uma importação exotica, mas uma sobrevivencia, uma *juris-continuatio* ou resurgimento das velhas instituições dos povos iberos.

6. Crimes publicos. Bandoleirismo iberico, abigeato.

— Os povos começam por considerar crimes *publicos* sómente as offensas de incidencia collectiva, ou em que não ha queixoso particular, mas pouco e pouco o poder social vae-se interessando na repressão dos delictos privados, a começar pelos que apresentam maior gravidade segundo o criterio da época. Este interesse, que se manifesta primeiramente pelas limitações do talião, pela sujeição das partes á auctoridade judicaria, pelo reconhecimento da composição e fixação da importancia a pagar, chega até á *criminalização* progressiva dos delictos privados.

Consoante as informações que nos legaram os escriptores latinos, eram considerados publicos na Peninsula os seguintes crimes:

1) *Parricidio*, punido pela lapidação, segundo ESTRABÃO affirma.

2) *Delictos contra a communhão*. DEODORO DA SICILIA diz a respeito dos vacceos (tribu celtiberica): «Distribuem annualmente as terras, e, pondo a colheita em commum, entregam a cada um a sua parte. Os cultivadores que sonegam qualquer cousa em proveito proprio são condemnados á morte: *supplicium capitis*»¹.

¹ DEODORO DA SICILIA, *Bib. Hist.*, liv. V, cap. XXXIV, § 3.º *apud* DORADO, *obr. cit.*, pag. 28.

3) *Furto, abigeato e roubo*. O furto é um dos delictos mais frequentes no estado social que estudamos; porém, como é natural, só muito tarde foi tido por crime publico. Na região da Extremadura e noutras do Portugal de hoje invocava-se a deusa indigena *Ataecina*, para a descoberta de objectos furtados, e confiavam-lhe a perseguição do criminoso. Numa inscrição de Villa Viçosa lê-se a seguinte fórmula de invocação: «*Dea Ataecina Turibrigensi Proserpina, per tuam magestatem, te rogo, oro, obsecro, uti vindicis quod mihi furtum factum est. . . In noxium, cujus ego nomen cum ignoro, tamen tu scis, jus vindictamque a te peto.*»

D'aqui conclue P. DORADO o seguinte: 1.º que era conhecido o crime de furto, praticado contra particulares; 2.º que este delicto não era punido pelo poder social, pelo que a victima do furto implorava o auxilio da deusa; 3.º que o castigo consistia n'uma vingança.

O roubo á mão armada era frequentissimo e muito caracteristico dos iberos. Os homens passavam o tempo em correrias armadas, em depredações, no abigeato ou roubo de gado, que era a principal fonte de riqueza movel, enquanto as mulheres cuidavam da casa e da lavoura.

A frequencia do roubo e do bandoleirismo entre os iberos tem-se explicado por tendencias ethnicas e por circumstancias economicas.

Analogos costumes descobre-os DARESTE entre os iberos da Georgia; mas J. COSTA attribue o espirito de pilhagem dos iberos da Hespanha sobretudo á sua situação economica depois da conquista celtica, que determinou o apparecimento d'uma classe pobre, a dos vencidos. O roubo foi uma consequencia do odio radicado e profundo entre pobres e ricos, que se observou depois em Roma, entre plebeus e patricios. «A guerra

de Viriato, diz elle, não é uma guerra pela independencia, mas um movimento social».

O roubo não era então deshonroso; pelo contrario, era uma façanha meritoria, mais que um acto lícito, principalmente quando recaía sobre individuos pertencentes a grupos extranhos. Como tinha a feição de feito de guerra ou de heroismo, era até glorioso; e a gloria do roubo media-se mais pela grandeza dos despojos e pela astucia desinvolvida em illudir a vigilancia, do que pela resistencia offerecida pelo inimigo. As mulheres saiam a despedir-se dos expedicionarios com cantos épicos, e era entre cantos que os recebiam, quando victoriosos.

Para se defenderem contra as arremettidas de outras tribus e contra os assaltos e incursões dos ladrões, é que se edificavam as cidades nos montes e logares inaccessiveis, e as aldeias eram bem defendidas de torres e fortalezas. Segundo Tito Livio, as torres e atalayas dos iberos serviam, com effeito, *adversus latrones*, e, no dizer do auctor anonymo dos *Commentarii de bello hispaniensi*, o motivo da existencia d'ellas era *propter barbarorum crebras excursiones*¹.

Com o desinvolvimento social, e sobretudo pelo incremento do commercio, esta situação mudou.

A invasão de povos extranhos, que fundaram colonias e permutavam os seus productos com os indigenas, trouxe a necessidade de proteger os viajantes contra a contingencia dos roubos, e para esse fim se criaram as duas instituições a que já nos referimos, e se estabeleceu a responsabilidade collectiva das populações pelos roubos praticados nas suas terras.

Quando foi o roubo considerado crime publico?

¹ *Obr. cit.* de P. DONADO, pag. 29 e segg.

Sabemos que o roubo de tribu para tribu se vingava por meio da guerra, e que o furto praticado contra individuos da mesma tribu, em bens *communs*, por sonegação, era castigado com a pena de morte. Recaindo o furto em cousa privada, a repressão e a vindicta devia ser exercida pelos individuos, e recorria-se tambem, como vimos, ás sancções religiosas. Para o roubo de gado ou abigeato conhecemos o rescripto dirigido por Adriano á Deputação provincial da Betica, considerando especial aquelle crime, sujeito á pena de morte ou de trabalhos forçados.

4) *A cobardia* é um dos poucos actos tidos por delictos publicos nas sociedades primitivas. Na Hespanha a punição tinha tambem character religioso.

5) *Não cumprimento de serviços publicos*, arrendados ou concedidos em monopolio, que depois encontramos por sobrevivencia na administração romana da Peninsula.

7. Influencia do espirito ibero-celta na historia da Peninsula. — «O character energico, indisciplinado, altivo, este sentimento poderoso da independencia, de liberdade individual, refractario á acção do Estado, susceptivel de sujeitar-se apenas pela fé voluntariamente jurada, veio a constituir a final, — diz PEREZ PUJOL — o espirito proprio das raças ibera e celta do norte da Peninsula, onde, ao abrigo e no isolamento das montanhas, atravessou, quebrado mas não extincto, o longo periodo da dominação dos romanos, e onde renasceu nos tempos da invasão, ao partirem-se as cadeias com que o Imperio o opprimia, e ao pôr-se em contacto com o espirito germanico, seu congenere.

«D'este modo exerceu uma influencia permanente na nossa historia, e pôde dizer-se que a exerce ainda, porque as qualidades predominantes do character hes-

panhol d'hoje consistem numa prodigiosa força de resistencia, talvez não igualada por outros povos de mais larga iniciativa, e num sentimento de independencia indisciplinada, que nos esteriliza, quando não vem dar-lhe vigor um organismo juridico que harmonize a energia da liberdade individual com a ordem e a força da associação.¹

PERES PUJOL accrescenta, como factos que influiram depois na marcha da vida hespanhola, a elevada consideração de que gozava a mulher na familia iberica, a communhão domestica de bens da qual ficaram vestigios nos costumes civis, a propriedade communal dos povos (de que ha restos nas communitades d'áquem e d'além Pyreneus), o espirito da vida municipal, que, assumindo embora uma fórma nova no municipio *urbano*, reorganizado pelos romanos, sobreviveu, em essencia e em fórma tambem, nos concelhos ruraes da Hespanha, como em Leão e noutras regiões, apesar das profundas transformações da Historia.

III

8. O direito phenicio-punico e o direito grego na Hespanha. — Depois da invasão celta outros povos vieram á Peninsula, nomeadamente os phenicios, os carthaginezes e os gregos.

Do direito phenicio-punico em vigor nas colonias peninsulares nada conhecemos, embora se saiba que era applicado em Cadiz, e por certo em outras colonias phenicias, por uma allusão que lhe fez CÍCERO na de-

¹ PEREZ PUJOL, *Historia das instituições sociaes da Hespanha goda* tomo I, pag. 83.

fesa do galitano Lucio Cornelio Balbo (*Oratio pro Balbo*, XIX) sem mencionar contudo nenhuma das disposições d'esse direito.

Os phenicios devem ter desinvolido o direito commercial maritimo, como era proprio do seu caracter ethnico.

Ha mesmo quem affirme que as leis rhodias, applicadas pelos romanos ao commercio do Mediterraneo, e tidas como obra dos gregos, eram de origem phenicia, porque a ilha de Rhodes pertenceu primeiramente aos phenicios. O direito que os phenicios teriam introduzido com texto semita nas costas do sul da Hespanha, o tornaram conhecido os phocenses nos portos do Levante com a redacção grega, que prevaleceu por fim no Mediterraneo.

O direito que os gregos adoptaram nas suas colonias da Peninsula, devia ser pouco mais ou menos o que se observava na Grecia, parecido com o de Roma. Um certo caracter de uniformidade do direito se observa em todos os povos primitivos, e diz PUJOL que ha conformidade fundamental nas leis penaes dos phocenses e dos iberos, isto é, no direito grego e no direito da Peninsula, a julgar pela informação de VALERIO MAXIMO, que refere (*Factorum dictorumque memorabilium libri novem*, lib. II, cap. VI) que em Marselha se conservava desde os tempos da fundação da cidade uma espada para a execução da pena de morte, mas enferrujada.

D'onde deduz PEREZ PUJOL que havia delictos publicos, castigados pela acção official dos juizes, mas poucos, pois que se oxydava a espada que os punia; e ao lado d'estes existiam certamente delictos privados, apenas susceptiveis de punição pela vindicta a principio e depois pela accusação privada, pois que as leis gregas

attribuíam o direito de vindicta particular a todos os parentes sem distincção, fossem ou não chamados á herança do morto ¹.

Nos iberos encontramos a mesma distincção entre crimes publicos e delictos privados.

Para aquelles a punição era o apedrejamento ou delapidação (como, por exemplo, para o parricidio), sendo porém fórma geral da pena de morte, no dizer de ESTRABÃO, o despenhamento de rocha ou logar alto, costume que este historiador attribue a numerosas tribus.

Os lusitanos degolavam os seus prisioneiros de guerra, sacrificando-os nos altares do seu Marte nacional, e os sacerdotes eram augures, que procuravam nas entranhas palpitantes dos sacrificados signaes para os seus agouros.

Os lusitanos tambem consagravam a Marte as mãos cortadas dos prisioneiros de guerra.

De resto, o systema corrente entre os iberos era o das vinganças privadas, como o prova o costume cruel do duello, então muito em voga na Peninsula ².

Os celtiberos matavam-se uns aos outros por simples exercicio sangrento. Conta VALERIO MAXIMO que os numantinos se matavam luctando dois a dois. Outras vezes o duello era, nos povos do centro e norte da Peninsula, onde predominava o direito celtico, uma verdadeira *ordalia* (duello judicial) ³.

¹ PEREZ PUJOL, *obr. cit.*, pag 122.

² DORADO, *obr. cit.*, pag. 21, e PEREZ PUJOL, pag. 122.

³ DORADO, *obr. cit.*, pagg. 38 e 39.

IV

9. Romanização da península hispanica. — No anno 536 da fundação de Roma (218 a. C.), arribaram ao porto de Ampurias (colonia grega alliada) as naus e os soldados de Roma.

Roma sentiu a necessidade de ferir Carthago na propria origem da sua influencia, porque foi de Hespanha que Annibal tirou o exercito e o dinheiro com que fez a guerra da Italia.

A conquista da Peninsula foi favorecida por circumstancias diversas, entre as quaes sobresaem o particularismo das tribus ibericas e celtas, que difficilmente se confederavam, extranhas á ideia de unidade nacional, e o character independente e indisciplinavel, refractario, segundo ESTRABÃO, a toda a empresa collectiva. Não obstante, foram precisos dois seculos para os romanos vencerem e subjugarem a bravura das tribus.

A romanização da Peninsula foi facilitada pela longa paz que ella gozou sob a dominação romana, apenas interrompida por uma invasão de mouros no tempo de Marco Aurelio ¹.

Por outro lado, como nota MOMMSEN, numa região limitada pelo mar, como a Peninsula iberica, não havia meio de evitar o dominio romano, como em Africa, aberta ao sul, para onde se refugiavam todas as tribus independentes que não queriam submeter-se ao Imperio ².

¹ PÉREZ PUJOL, *obr. cit.*, pag. 133.

² MOMMSEN, *As provincias romanas desde Cesar a Deocleciano*, pag. 68 (tradução italiana de HEITOR DE RUGGIERO, Roma, 1887).

Ainda assim a romanização não foi completa.

Apesar de Roma cobrir a Península com uma vasta rede de vias militares, em certas regiões, como no noroeste e nas cordilheiras centraes, onde as terras araveis eram raras e a agricultura era substituída pela vida pastoricia, conservaram-se mais facilmente a lingua, os costumes, as instituições e o caracter dos iberos e dos celtas hespanhoes.

Em todo o caso, verificada a romanização da Península, as populações vencidas ficaram sujeitas ao direito do vencedor, se exceptuarmos os municipios ruraes, em que se conservou o caracter primitivo com pequenas modificações.

10. Invasões dos barbaros. Direito germanico. Caracter do systema penal do Codigo Wisigotico. Estado social a que este codigo corresponde. Persistencia de algumas instituições tradicionaes contra a ordem legal. Direito de accusação. — Nos principios do seculo v foi esta parte do Imperio invadida pelos barbaros, que vinham de assolar as Gallias, e a esse tempo as hordas dos alanos, vandalos e suevos transpuseram os Pyreneos (409), vindo estabelecer-se na Península.

Pouco tempo depois de se fixarem, os suevos absorveram os alanos, e, passando os vandalos em 429 para a Africa, ficaram senhores de quasi toda a Península.

Em 585 os wisigodos, que se achavam ao sul das Gallias, alargaram o seu dominio para a Hespanha, até submetterem inteiramente os suevos.

Assim se formou o Imperio wisigotico, em cujas instituições juridicas vamos encontrar as principaes fontes da antiga legislação penal portuguesa.

Com os wisigodos reaparece a vindicta privada,

transmittida do offendido aos seus parentes, o talião e a composição pecuniaria largamente regulada.

Á vindicta particular e á solidariedade da familia temos a conhecida referencia de TACITO, no seu admiravel livro — *De moribus germanorum*, cap. XII: «*Suscipere tam inimicitias seu patris seu propinqui quam amicitias necesse est*».

A partir das codificações barbaras preponderava o systema das composições, tornadas obrigatorias. Só excepcionalmente, e com muitas restricções nas leis, se admittia a vindicta sob a fórmula de talião.

As razões do desinvolvimento do systema compositorio são já sabidas: era um desaggravo pacifico, compativel com a ordem e favorecido pelas circumstancias economicas dos povos barbaros, que cedo o converteram, de arranjo particular das partes, voluntario, em instituição obrigatoria, legalizada.

O crime, no regimen da composição pecuniaria, é ainda considerado uma offensa particular. A prova de que não tinha adquirido o caracter de aggravo publico está em que o perdão do offendido extinguiu a offensa e assegurava a impunidade do offensor. O magistrado, representando o papel de um arbitro, com funções analogas ás do nosso juiz civil, compunha as partes, limitando-se o Estado a tirar da composição pecuniaria o *fredum* em favor do fisco do principe, como garante da paz, e o *bannum*, que representava a remuneração do juiz.

Com o decorrer do tempo e por uma serie de transformações é que se realiza a passagem da vindicta particular para a vindicta publica, substituindo as penas lentamente as composições,

No codigo wisigothico encontramos uma mistura do systema germanico das composições com o systema penal romano das penas corporaes.

A influencia do direito romano nas leis dos wisigodos explica-se pela facilidade com que estes se adaptaram aos costumes e á civilização latina.

Essa influencia deu um alto grau de superioridade ao código wisigothico. Diz ALBERT DU BOYS que uma das manifestações d'esta superioridade está no critério adoptado para a determinação da criminalidade e para a gradação da pena — a *intencionalidade* do agente, apreciando-se um acto pela *intenção* que o provocou, mais do que pela lesão material, e procurando-se fundar a escala penal, não na condição social do offendido ou do offensor, mas na *intenção moral*, no grau de perversidade que o acto criminoso revelasse ¹.

Assim, o homicidio premeditado tinha pena rigorosissima, ao passo que o homicidio involuntario não chegava a constituir crime (reação excessiva contra o antigo materialismo germanico).

Em geral, no código wisigothico a condição social do offendido pouco influia na pena: os castigos eram os mesmos, quando se tratava de reparar offensas a um homem *livre*, hispano-romano. A base da desigualdade das penas, determinada pela condição social do offendido, estava só na distincção entre livres e servos, entre christãos e judeus.

A condição social do criminoso influia algum tanto na qualidade da pena. Os tormentos não eram applicados aos nobres nem aos officiaes do paço, a não ser por crime de alta traição. Em relação ás classes de condição inferior, os tormentos eram applicados por

¹ ALBERT DU BOYS, *Historia do direito penal dos povos modernos*, tom. I, liv. II, cap. 8.º; *Historia do direito penal de Hespanha*, versão hespanhola de D. José Vicente e Caravantes, appendice sobre o *Fuero Juzgo* (nome da traducção hespanhola do Código Wisigothico, feita no reinado de Fernando III, sec. XIII).

crimes menos importantes, como o roubo de um certo valor. Aos escravos era frequentemente applicada a tortura, já para arrancar a confissão dos crimes proprios, já para os obrigar a revelar os crimes do seu senhor.

O codigo wisigothico reconhece ainda, para um pequeno numero de casos, a vindieta sob a forma de talião, que por leis mais recentes é substituido por multas, embora a incapacidade de pagá-las tornasse o culpado escravo do offendido, e até este pudesse ter sobre aquelle o direito de vida e morte.

Nos titulos sobre raptos, injurias, ferimentos e roubos, sobretudo, era applicavel a composição pecuniaria; noutras materias preponderava o principio romano da expiação social, pela applicação de penas severas.

As penas em uso para os crimes mais graves eram crueis e infamantes, como a *flagellação*, uma das mais frequentes, o que levou ALBERT DU BOYS a dizer, com o orgulho da sua raça, que os francos jámais supportariam a ignominia de taes castigos.

Muitas vezes a flagellação era acompanhada da *decalvação* (*turpiter decalvari*): arrancava-se a pelle da cabeça, onde ficava uma marca indelevel.

No Codigo wisigothico, além das penas de morte e de flagellação, encontramos as mutilações, conhecidas em toda a Europa até ao seculo XIX, a fustigaçào, a infamia, a marca, o confisco, etc.

Neste codigo accentuadamente theocratico os ataques á religião, a desobediencia aos preceitos ecclesiasticos eram perseguidos como crimes contra o Estado. O poder civil concedia todo o auxilio á Igreja na punição das offensas de character religioso. O III concilio de Toledo (589), onde Reccaredo fez abjuração do arianismo, ordenou que o juiz secular ajudasse o bispo

na punição das infracções aos decretos conciliares. A excommunhão era acompanhada de penas corporaes.

Por isso dizem alguns escriptores que se preparava d'esta maneira o terreno para as futuras perseguições e futuros horrores da Inquisição. «*Devemos ao codigo wisigothico, diz MONTESQUIEU, todas as maximas, todos os principios e todos os usos da Inquisição de hoje. Os monges não fizeram mais do que copiar contra os judeus as leis outr'ora feitas pelos bispos*»¹.

A legislação wisigothica resultou da fusão das duas raças, a dos hispano-romanos e a dos godos invasores.

Não foi porém completa essa fusão, como o não tinha sido antes a romanização da Península, e como o não foi posteriormente, muito menos, a união com os arabes.

Não obstante, os godos foram, de todas as raças barbaras, os que melhor se adaptaram á cultura intellectual dos romanos. Naquelle tempo floresceram na Hespanha varios godos, notaveis pelo saber, pela illustração e pelos altos cargos que exerceram. Os godos foram denominados os *gregos dos Barbaros*

Dois factos vieram apressar a união politica e civil das duas raças: a conversão ao catholicismo dos godos com Reccaredo, bem como de alguns leudes suevos que não se tinham convertido em tempo do seu rei Carriarico, e no reinado de Recesvindo (653) a revogação da lei que prohibia os casamentos entre as familias godas e romanas.

A unidade legislativa foi mais completa. E assim o

¹ *Espírito das Leis*, liv. XXVIII, cap. I.

codigo wisigothico, se na ordem politica não correspondia ao estado da época, não reflectindo sequer a vida real dos elementos que constituem o poder publico, na ordem civil correspondia exactamente ás aspirações e necessidades d'aquella sociedade, e de tal modo que, após a queda do imperio wisigothico, e quando sobre as suas ruinas se levantaram os estados christãos, os restos da sociedade antiga que contribuíram para formar as sociedades novas fizeram renascer espontaneamente o direito godo pela radicação que este tinha nos costumes ¹.

Como observa um escriptor moderno ², é preciso não esquecer que em quasi todas as sociedades existe, a par de uma ordem legal representada nos codigos, outra ordem extra-legal, que, por estar em inteira contradicção com aquella, não deixa de ter egual força. O combate judicial, o juramento compurgatorio, o direito de revindicta, são outros tantos costumes de origem germanica, transmittidos ás gerações seguintes, mas de que a lei dos wisigodos conservou rarissimos vestigios, e tão tenues, que mostram bem quanto a lei escripta os reprovava.

Das ordalias ou juizos de Deus, apenas a da agua fervente se encontra no codigo, embora em tempos anteriores á primitiva redacção o clero da Peninsula admittisse a prova do fogo, pois que o synodo de Saragoça, de 592, canon II, mandava que as reliquias encontradas em poder dos arianos fossem levadas ao bispo e passassem por aquella prova.

A prova do juramento, embora admittida em varios

¹ PEREZ PUJOL, *obr. cit.*, tom. II, pagg. 71 e 72.

² FUSTEL DE COULANGES, *Historia das instituições politicas da antiga França*, vol. I, pag. 211.

casos ¹, era recebida, geralmente, só em ultimo logar, e na falta de outra prova.

Quanto á revindicta exercida pelos parentes da victima, a lei parece condemná-la formalmente ².

Apesar de banidos da lei escripta o direito de revindicta e os juizos de Deus, sendo apenas admittido o juramento compurgatorio, e este só em ultimo logar, nós vamos encontrá-los durante a dominação dos arabes. Numa doação á igreja de Oviedo por Ordonho I, em 857, reconhece-se expressamente a legitimidade da prova da agua a ferver; e o concilio de Leão de 1020 admite não só esta prova, mas tambem a do combate judicial, sendo trivialissimo nos costumes e nos foraes o uso do juramento compurgatorio, assim como vemos o direito de revindicta resistir, até ao seculo XIV, aos esforços repetidos do poder central para o debellar ³.

Em consequencia do systema compositorio e do character particular dos crimes na sociedade wisigothica, a accusação pertencia, segundo o *Fuero Juzgo*, ao offendido ou aos seus parentes; sem esta accusação não podia haver perseguição criminal.

¹ Por exemplo, leis 1.^a, 2.^a e 7.^a do liv. V, tit. V, e lei 2.^a do liv. VI, tit. I.

² Lei 7.^a do liv. VI, tit. I. Esta lei diz textualmente o seguinte: «*Omnia crimina suos sequantur anctores. nec pater pro filio, nec filius pro patre, nec uxor pro marito, nec maritus pro uxore, nec frater pro fratre, nec vicinus pro vicino, nec propinquus pro propinquo, ullam calumniam pertimescant: sed ille solus judicetur culpabilis, qui culpanda commisit, et crimen cum illo qui fecerit, moriatur. Nec successores, aut haeredes pro factis parentum ullum periculum pertimescant.*»

³ GAMA BARROS, *Historia da administração publica em Portugal*, pagg. 28 e 29.

Todavia, para alguns crimes mais graves, como o homicídio e o adultério, era admittida a accusação por qualquer cidadão, na falta dos interessados (*accusação popular*); admittia-se tambem noutros casos a perseguição pelos juizes *ex-officio*. Mas, além de serem restrictos estes casos, respeitavam quasi todos a crimes religiosos e a outros em que não havia offensa a particulares (*crimes publicos*)¹.

V

44. Character do direito neo-gothico. Os foraes. — Em 711 feriu-se a batalha do Guadalete, e começa o dominio dos sarracenos na Peninsula.

As leis dos godos e as resoluções dos antigos concilios de Toledo continuaram todavia a regular as relações dos mosarabes, mantendo-se em vigor tambem entre os godos que se refugiaram nas montanhas das Asturias,

A mudança das condições sociaes não permittia porém que continuassem vigorando inteiramente as antigas instituições nas monarchias novi-godas. Outras necessidades e outras circumstancias impunham nova legislação, sobretudo em país agitado por luctas incessantes.

A falta de um poder central que estendesse a sua acção a todo o territorio, e ahí a conservasse firme e permanente; a difficuldade de communicações entre os differentes centros de população; a falta de segurança publica e a rudeza daquelles tempos de barbarie: tudo

¹ SR. DR. DIAS DA SILVA, *Estudo sobre a responsabilidade civil conexa com a criminal*, vol. I, pag. 58.

isso que não permittia em geral que o homem alargasse os seus sentimentos, os seus affectos, os seus interesses para fóra da sua familia e da sua terra — determinou o isolamento de pequenas sociedades, e em resultado a diversidade do direito em cada senhorio, em cada concelho, em cada terra.

Taes foram, na opinião do sr. GAMA BARROS ¹, as causas que produziram o predomínio do *direito consuetudinario*, dos *foraes*, dos *usos da terra*, obedecendo, não ao espirito de unidade que a Igreja e o poder real tinham imprimido na legislação wisigothica, mas ás necessidades e ás circumstancias locais e de occasião, uma das quaes era a de povoar as terras que se iam conquistando em meio da anarchia ou da fraqueza do governo, convidando lavradores, fixando a sorte dos colonos, dando segurança e e-tabilidade aos effectos do seu trabalho.

Foram pois as alterações politicas e moraes do país, os novos interesses e as novas ideias que produziram a substituição das antigas leis por costumes tradicionaes, mais faceis de moldar-se ás circumstancias. A cada passo a lei era excepcionada para aquelle effecto de attrahir povoadores e colonos por meio da concessão de isenções e privilegios. Dahi o predomínio do direito local, como fica dito ².

42. Systema do periodo foraleiro. As leis da revindicta nas Ordenações Affonsinas. — Na maior parte dos foraes a punição dos crimes, ainda os mais graves, parece reduzida a simples composição e multa, com quanto

¹ GAMA BARROS, *obr. cit.*, vol. I, pag. 32.

² COELHO DA ROCHA, *Ensaio sobre a historia do governo e das instituições em Portugal*, §§ 89. 90 e 96.

nalguns appareçam penas severissimas, até para crimes leves.

D'onde a generalidade dos escriptores, antes de A. HERCULANO, ensinando que o fim principal dos foraes era reprimir os crimes e regular as relações civis, deduzia que na jurisprudencia desta época vigorava, quasi exclusivamente, o systema germanico da composição.

«Os nossos escriptores, diz A. HERCULANO, geralmente confundem a calunnia ou tributo criminal com a reparação da offensa. Por outro lado, é opinião commum que a reparação pecuniaria era um principio juridico que abrangia todos os crimes, ainda os maiores, e substituia, ou, pelo menos, podia substituir em todos elles a pena corporal»¹.

As penas corporaes, incluindo a mutilação e a morte, até com circumstancias atrozes, existiam na jurisprudencia municipal, tanto do nosso país como dos outros reinos da Hespanha. O direito local refere-se frequentemente a essas penas. HERCULANO menciona muitas d'ellas, e conclue que as penas corporaes eram impostas durante a época foraleira, se são por virtude dos foraes, pelo menos por applicação do direito consuetudinario ou do codigo wisigothico.

«Se attendermos ao complexo do systema de reparações dos delictos nos nossos concellos durante os seculos XII e XIII, acharemos, affirma o restaurador da historia nacional, que na indole d'elle subsiste a jurisprudencia penal wisigothica, embora houvesse caído em desuso numa ou noutra parte, e se achasse modificada, não só pelas circumstancias do estado social, mas talvez ainda pela influencia dos costumes d'além dos

¹ A. HERCULANO, *Historia de Portugal*, tomo IV, pag. 381.

Pyreneus . . . A pena de morte nos delictos mais graves, os açoites em alguns casos de ferimentos e injurias pessoaes, o anoveado nos roubos, a servidão imposta em certas hypotheses aos delinquentes, e até aos devedores, a mutilação em outros, etc., nada mais são do que tradições dos tempos gothicos, e do que uma prova do predomínio quasi não interrompido da legislação do *Liber Judicum*, que se acha assim revalidada pelos costumes locais»¹.

Contra os que consideram os foraes como breves codigos civis e criminaes, HERCULANO sustenta que elles são antes collecções de direito publico, principalmente fiscal, destinadas a fixar as relações dos municipios com o senhor da terra ou com o Estado, principalmente em materia tributaria².

Se pois os foraes se occupavam da reparação, era só pela relação que ella tinha com os interesses do fisco. A coima ou calumnia é verdadeiramente antes um *tributo sobre a criminalidade*, do que uma substituição da vindicta publica, ou uma pena. A indole de tributo revela-se quando a multa é orçada numa quota da reparação ao offendido. É metade, é um terço, é um setimo que d'aquella reparação se ha de deduzir para o fisco.

A indemnização ao offendido apparece muitas vezes nos foraes, não tanto para a fixar em relação aos diversos delictos, como porque, sendo de ordinario a *calumnia* uma quota parte da reparação, era necessario fixar esta para determinar aquella, o que aliás não impedia a parte lesada de receber maior

¹ *Obr. cit.*, pagg. 385 e 386.

² HERCULANO, *obr. e log. citt.*, pag. 392 ; SR. DR. DIAS DA SILVA, *obr. cit.*, pag. 62.

composição nos casos em que, pelo direito consuetudinario, fosse realmente maior do que a fixada no foral, como succedia, por exemplo, na Guarda, cujo foral fixava a composição para o homicidio em 300 soldos, de que se deduzia a setima parte para o fisco, ao passo que pelos respectivos costumes o homicida era enforcado e os seus bens divididos entre o concelho, os alcaides e a *família da victima* ¹. «A phrase — *não deis por homicidio senão trezentos soldos avaliados pelo concelho, de que se deduz a setima parte para o fisco* — longe de importar uma lei penal, importa uma concessão, um privilegio em materia de tributos. Essa phrase presuppõe justamente a possibilidade de um direito consuetudinario diverso. Seja qual fór o castigo imposto por este aos homicidas, o fisco só pôde exigir como calumnia o setimo de trezentos soldos ou do seu equivalente, embora na praxe sejam diversas as composições» ².

A fixação da composição pelo foral tinha pois unicamente por fim a fixação da calumnia, como quota parte da mesma composição, que ás vezes nem era determinada, porque se considerava conhecida pelo uso, referindo-se apenas o foral á *quota fiscal*.

ALBERT DU BOYS, relativamente ao foral de Najera, diz que elle mandava dar 250 soldos ao rei pela morte de um infanção e 100 pela de um villão. Mas não se pense, observa este escriptor, que tal multa constituía toda a penalidade: representava apenas o antigo *fredum* e os direitos da justiça do rei. Este e varios outros *fueros* tinham por fim principal regular as relações do soberano com o povo. Além desta carta,

¹ Sr. dr. DIAS DA SILVA, *obr. cit.*, pagg. 62 e 63.

² A. HERCULANO, *obr. e tom. cit.*, pag. 397.

estas cidades livres tinham a sua constituição interior, nem sempre conhecida.

Do que expusemos conclue-se a existencia, no systema penal da jurisprudencia foraleira, não só das composições, como affirmavam os escriptores anteriores a HERCULANO, mas tambem das penas corporaes, que se appl cavam por execução do direito consuetudinario ou do codigo wisigothico, se o foral era omisso relativamente a essas penas.

As cartas constitutivas dos concelhos regulavam ordinariamente as multas, a que algumas vezes se ajuntava a composição; mas nem uma nem outra salvavam o delinquente da pena corporal, quer esta fosse applicada pelo poder publico, quer pela usança barbara da vindicta particular.

Effectivamente a vindicta, a *faida*, que o *wergeld* ou composição substituiria, torna a apparecer nos monumentos, se não positivamente como regra juridica, ao menos como direito não escripto, que a lei não ousava condemnar, e que, attenta a propria impotencia, diz HERCULANO, accceitava como meio repressivo.

O historiador attribue a differentes causas esta accumulção de meios repressivos. É provavel que, apesar de predominar na jurisprudencia gothica a ideia contraria ás *faidas*, a violencia das paixões as conservasse na pratica, toleradas pelos magistrados e officiaes publicos, do mesmo modo que o tem sido os duellos nos tempos modernos. Apesar de estabelecida a composição em todos os codigos barbaros, ainda nos fins do seculo viii ou principios do ix as *faidas* subsistiam, como provam os Capitulares de Carlos Magno.

Na Hespanha, entre os godos das Asturias, pelas relações destes com os francos, conserva-se o costume das *faidas*, e fortifica-se, até constituir uma jurisprudencia

dencia consuetudinaria, não sendo de certo indiferente o exemplo dos povos christãos d'além dos Pyreneus.

Por outro lado, accrescenta HERCULANO, é preciso ter em vista o estado social dos godos das Asturias. Como diz Guizor, viviam embrenhados nas serranias, não raro vagabundos ou divididos em mesnadas, retrocedendo naturalmente ao viver dos seus antepassados errantes nas selvas da Germania.

E assim, com os habitos selvagens e ferozes adquiridos em tão precaria existencia e, dada a falta de auctoridade dos chefes (até porque faltavam instituições civis), não admira que apparecessem as *faidas* ou vinganças pessoas e de familia.

A restauração da civilização hispano-goda no reino nascente de Oviedo e Leão não podia, em virtude da guerra incessante com os sarracenos e pela falta de organização social perfeita, sujeitar a punição de todas as offensas á acção do poder publico, o que em épocas mais pacificas se não conseguira.

D'aqui a accumulção monstruosa do *wergeld* ou composição com as penas afflictivas (como a morte, a mutilação e os açoutes), com a escravidão, com a revindicta ou *faida*, com a multa ou *fredum*, — pela recrudescencia da barbarie germanica a par da restauração das instituições wisigothicas, em que predominava, quanto á repressão, a jurisprudencia romana.

Á *faida* se referem as expressões triviaes nos foraes — *sit inimicus*, ou — *et insuper sit inimicus suorum parentum*, synonimas de — *sit homicida*, ou — *sit homizieiro*: seja equiparado ao matador e sujeito á vingança dos parentes, a ser assassinado por elles¹.

Temos documentos que mostram que o exercicio da

¹ A. HERCULANO, *obr. cit.*, pag. 391 e 398, notas.

vindicta se protrahiu entre nós até ao seculo xiv. São as *leis da revindicta*, que apparecem nas Ordenações. Nas Affonsinas, livro V, titulo 53, veem insertas duas leis de D. Affonso iv: a 1.^a das quaes prohibe, sob pena de morte, o exercicio da vindicta particular, e a 2.^a procura determinar os casos em que essa pena se não deve applicar.

A primeira, declarando que no reino era uso que cada um queria encoimar morte e deshonna de seus parentes, segundo lhes pertencia em devido, avoca para as justicas reaes o direito de punir, mandando que o offendido accuse perante ellas; e revoga outra lei, que, tolhendo os homizios, fazia excepção dos fidalgos, entre os quaes e «outras gentes» o costume era mantido. A todas as classes se estendiam agora as providencias desta lei.

A segunda foi determinada pelas queixas e protestos dos nobres, que allegavam em primeiro lugar o costume estabelecido, e em segundo lugar a severidade extraordinaria da pena de morte contra qualquer pessoa que usasse da vindicta. Em virtude dessas reclamações, D. Affonso iv manteve a prohibição da lei anterior, e graduou a pena a applicar contra o exercicio da vindicta, segundo a gravidade desta; mas dependendo tal gravidade da condição da pessoa perseguida (fidalgo, não fidalgo, homem honrado, homem vil), e do facto de sair do reino ou andar escondido o offensor.

D. Affonso v, reportando-se ao direito estabelecido, exceptua a vingança da deshonna no caso de flagrante adulterio, excepção que passou para as Ordenações Manuelinas, e se lê nas Ordenações Filippinas, livro V, titulo 38.º § 1.º: «Achando o homem casado sua mulher em adulterio, licitamente poderá matar assi a ella como o adultero, salvo se o marido for peão, e o

adultero fidalgo, ou nosso desembargador, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando matasse alguma das sobreditas pessoas, achando-a com sua mulher em adultério, não morrerá por isso, mas será degredado para a Africa, com pregão na audiencia pelo tempo que aos julgadores bem parecer, segundo a pessoa que malar, não passando de tres annos».

Ainda hoje o nosso codigo penal isenta de penalidade o homem casado que achar sua mulher em adultério, e fizer a ella ou ao adultero alguma offensa corporal inferior ás declaradas nos artigos 360.º n.ºs 3.º a 5.º, 361.º e 366.º (art. 372.º e § 1.º), não sendo em qualquer caso a pena mais grave que desterro por seis mêses.

45. Vestigios da vindicta nas Ordenações Filippinas.

— Além dos vestigios da vin ficta encontrados nos foraes e nas Ordenações Alfonsinas, outros apparecem ainda nas proprias Ordenações Filippinas.

Taes são:

1) *Cartas de inimizade* — que podiam ser passadas pelos Desembargadores do Paço, conforme a Ordenação, livro I, titulo 3.º § 5.º ¹.

Estas cartas tinham, entre outros, o effeito de dispensar em juizo a prova das contradictas. As pessoas a quem essas cartas fossem passadas podiam com ellas contradictar o depoimento de uma testemunha (Ord., liv. III, tit. 58.º § 7.º).

Filippe II, por alvará de 10 de março de 1608, aboliu as cartas de inimizade.

¹ Entre as attribuições dos Desembargadores do Paço, indica este §: «Item, cartas de inimizade nos casos em que por estylo da nossa Côte se devem dar, etc.».

2) *Seguranças reaes* — de que falla a Orenação no livro V, título 128. Eram uma especie de salvo-conducto, passado pelas justiças da terra ou pelo proprio rei, a uma pessoa ameaçada por outra.

Quando a *segurança real* era requerida ás justiças do logar, o juiz mandava intimar a pessoa de quem o requerente se arreceava, ou ia elle proprio a casa della, ou mandava lá um official. O juiz pedia lle que segurasse o requerente; se accedia, lavrava-se instrumento publico ou titulo da segurança; se não, a justiça segurava-o da parte do rei. *de dicto, feito e conselho*, applicando uma pena, a titulo de desobediencia, ao recusante. Quando este era pessoa nobre, *pessoa de estado*, a pena era pecuniaria, ou o juiz o emprasava a comparecer na côrte para justificar a sua recusa na presença do rei.

Se as discordias eram entre poderosos, de cuja vindicta se poderia seguir «grande damno ao reino, e ao povo e a nosso serviço», não se aguardava que qualquer das duas partes requeresse: o rei mandava comparecer os inimigos, e punha entre elles a segurança (Ord., log. cit., § 5.º).

Podia o rei tambem mandar chamar á côrte aquelles que, embora não sendo da qualidade das pessoas indicadas no § 5.º, *tinham por abatimento pedir a elle ou ás justiças reaes* as seguranças. O rei espontaneamente ordenava que os brigantes se segurassem; se o não fizessem mandava-os encerrar em algum castello ou noutro logar, até que se segurassem, ou dava-lhes outras penas a seu arbitrio (Ord., log. cit., § 6.º).

Quebrantar a segurança aggravava consideravelmente os factos criminosos: em relação a todas as penas, menos á de morte, applicava-se o dobro d'ellas; a pena de morte natural ou civil, ou outra «que se não possa dobrar», era aggravada *a arbitrio* do juiz, que

podia accumular com ella outras penas (Ord., log. cit., § 4.º).

3) *Cartas de perdão* — dadas pelos parentes da victima ao homicida, isentando este da vindicta e das responsabilidades judiciaes.

Nas Ordenações são frequentes as allusões a estas cartas.

4) *Reptos ou desafios* — precedendo *especial licença e auctoridade real*. Eram um privilegio concedido aos filhos legitimos dos reis (Ord. Man., liv. V, tit. 93.º), mais tarde abolido pelas Ordenações Filipinas (liv. V, tit. 43.)¹.

As proprias leis referem-se ás *vinganças reaes*, sem procedimento regular e por impulso colerico.

A Ordenação, liv. V, tit. 137.º, princ., como correctivo á precipitação dos reis, ordenava que a execução da sentença fosse espaçada até vinte dias — «quando nós condemnarmos alguma pessoa á morte, ou que lhe cortem algum membro, per nosso proprio motu, sem outra or-

¹ PEREIRA E SOUSA (*Classes dos crimes*, verb. *Desafio*) define *desafio* — o combate particular entre duas ou mais pessoas.

Distingue-o da *rixa* (*rencontre* dos francezes), combate improviso, e dos combates que se faziam para prova da destreza e em honra das damas, bem como daquelles a que se recorria como prova juridica subsidiaria em juizo. O repto ou desafio era um combate que resultava de differenças particulares, e a que precedia provocação e tratado. PEREIRA e SOUSA dá noticia de duellos travados para resolver até divergencias de opiniões.

Discutindo-se entre juriscultos allemães, se o direito de representação devia ser tambem applicado na linha recta, e, dividindo-se os votos, o imperador Othão ordenou que a questão fosse resolvida por duello. Alfonso VI de Castella, querendo afastar do culto o officio mosarabico, consultou as côrtes, e, não chegando estas a um accordo, ordenou um combate singular entre dois cavalleiros, representando um o officio mosarabico e o outro o officio romano.

dem e figura de juizo, por ira ou sanha que d'ella tenhamos.»

As chronicas referem-se ás queixas que os povos levantavam contra os reis, por estes fazerem justiça por suas mãos.

Pelo exagerado uso que D. Pedro fazia do seu azorague justiceiro, o povo lhe chamava algoz (conta o PADRE BAYÃO na sua *Chronica*, cap. VI). porque «por sua pessoa justificava os homens, o que não convinha a elle fazer, por muito malfeitoses que fossem, pois tinha officiaes e pessoas por quem o mandar fazer.»

VI

14. Natureza do processo criminal no antigo direito portuguez. Processo accusatorio. Sua transformação em inquisitorio; as devassas. Delictos que conservaram o caracter de particulares. A accusação popular. — Passando ao estudo do processo penal durante este periodo, vemos que a justiça não intervinha na punição sem que o offendido ou a pessoa a quem o seu direito se transmittia accusasse o crime. É uma consequencia do caracter dos delictos, considerados então geralmente como offensas particulares.

É verdade que havia no direito portuguez, como no wisigothico, como no de todas as sociedades que temos estudado, crimes publicos, offensas á sociedade. Os proprios delictos privados vão sendo progressivamente *criminalizados*, como o homicidio e o adulterio. Em todo o caso, só confusamente apparece nos foraes a accusação *ex-officio* para o homicidio.

A accusação era pois essencialmente *particular*, pertencendo ao offendido ou aos seus parentes. Os foraes por vezes acautelavam que esta garantia da

liberdade burguesa não fosse infringida. Ninguém podia ser condenado sem accusador: — *sine raucura* ou *sine raucuroso*

D'este caracter particular da accusação derivavam as seguintes consequencias:

a) O processo ficava nullo por falta de citação de algum dos parentes a quem *in solidum* pertencesse o direito de accusar.

b) Não havia perseguição criminal, desde que o offendido e os seus parentes concediam o perdão.

c) Não aproveitava o perdão concedido pelo tutor em prejuizo do direito do menor, ou por algum dos parentes sem consentimento dos outros.

d) Também não aproveitava o perdão do rei sem audiencia dos interessados. O rei mesmo só dava o perdão conditionalmente «se outras partes ahi não ha a que a accusação da dita morte pertença (Ord., liv. V, tit. 130, §§ 1.º e 3.º) ¹.

Havia a perseguição *ex-officio* dos crimes dirigidos contra a sociedade, e, como dissémos, apparece confusamente nalguns foraes esta fórma de perseguição contra os homicidas.

Posteriormente, a accusação officiosa estende-se aos crimes mais graves, quando fossem *manifestos* ou *flagrantes*. Os progressos intellectuaes permittiam já ver nos crimes particulares offensas á sociedade. Por outro lado, reconheceu-se o perigo que resultava da impunidade dos grandes criminosos, ao mesmo tempo que se impunha o interesse fiscal de perceberem os reis ou os senhores as multas e calumnias nas terras foralei-

¹ SILVA FERRÃO, *Theoria do direito penal*. discurso preliminar, pag. 50.

ras. Esta perseguição a principio só era admittida como excepção e por privilegio do monarcha.

Mais tarde, ao systema privilegiado da perseguição dos crimes mais graves, succedeu o systema do *processo inquisitorio*, que se tinha estabelecido na Igreja para a repressão dos herejes, e que praticamente traduz este principio, fixado no tempo de Innocencio III — *Evidentia patratı sceleris non indiget clamore accusatoris*.

Do fóro ecclesiastico, o systema inquisitorio passou para os tribunaes leigos. Os juizes seculares passaram a *inquirir ex-officio* de todos os crimes, por simples denuncia, queixa do offendido ou mera suspeita. Eram as *inquirições* ou *devassas*. A devassa podia ser *geral* ou *especial*: *geral*, para todos os crimes praticados dentro duma determinada circumscripção; *especial*, para certo crime de que havia denuncia ou suspeita.

Na nossa legislação ficaram ainda alguns crimes particulares, isto é, cuja punição era dependente da accusação do offendido ou dos seus parentes. PEREIRA E SOUSA enumera os seguintes:

1) O *adulterio*, excepto se fosse acompanhado de incesto.

O nosso Codigo penal (artt. 401.º § 3.º e 404.º § 1.º) considera tambem este crime como particular, exigindo querela e accusação do conjuge offendido, como condição para a imposição da pena¹.

¹ O Codigo penal encerra duas categorias de crimes: *publicos* e *particulares*, e dois grupos de crimes *particulares*. Quanto ao primeiro grupo, para que a justiça se mova, e para que o ministerio publico tome conta da accusação, basta a queixa do offendido, podendo esta ter a denominação de *denuncia*, *queixa* ou *participação*. Este grupo é o dos crimes *semi-particulares*. Quanto ao segundo grupo, o dos *méramente particulares*, é preciso não só o conheci-

2) As *feridas em rixa nova*, desde que dellas não resultasse lesão ou deformidade.

Pelo Código penal de 1852 era crime particular. Pela Nova Reforma penal e Código penal vigente (art. 359.º) foi considerado crime publico. O decreto n.º 1 de 15 de setembro de 1892 considera-o particular (art. 21.). Pelo decreto (dictatorial) de 22 de maio de 1895 (art. 3.º) só era publico, quando praticado *publicamente*. Mas desde a lei de 4 de maio de 1896 (art. 6.º) é sempre considerado crime publico.

3) A *injuria*, excepto a qualificada de *bofetada*.

O Código penal considera crimes publicos as offensas corporaes. Quando a *bofetada* tem por unico fim injuriar e não maltratar, é crime particular (art. 413.º e 416.º).

4) O *damno*, excepto no caso de arrancamento de marcos, ou cortamento de arvore silvestre, ou sendo feito em horta ou pomar, ou acintemente.

O Código penal considera-o como particular (art. 472.º § 1.º), se não exceder a 500 reis.

5) O *furto modico*, isto é, o que, no dizer das Ordenações, não chegava a 300 reis, excepto se fosse acompanhado de violencia (roubo), ou feito na estrada ou em sitio ermo.

O Código penal considera o furto crime particular nos casos do art. 430.º e §§ 1.º e 2.º¹.

mento á justiça, mas tambem que o offendido seja parte no processo, isto é, que sustente a accusação. O Código penal tem as palavras *accusação*, *requerimento* e *querela* para este segundo grupo.

¹ PEREIRA E SOUSA, *Primeiras linhas sobre o processo criminal*, nota 42; Sr. Dr. DIAS DA SILVA, *obr. cit.*, pag. 67 e segg.

Para que os criminosos fossem perseguidos bastava, no systema inquisitorio, que os crimes fossem denunciados por qualquer cidadão, ou que delles houvesse suspeita, como fica dito, podendo sempre o offendido accusar em juizo, como parte, a não ser que fosse *lançado* da accusação ou prohibido de accusar.

Ao lado da perseguição officiosa e da accusação particular, havia ainda a *accusação popular dos crimes publicos*, herdada do direito romano (Ord., liv. V, tit. 117.º e § 6.º) ¹. As leis fixavam os casos em que esta accusação tinha logar, assim como os casos de devassa. Mas, pela grave responsabilidade em que incorria o accusador popular, se não conseguisse provar a accusação; pela inutilidade desta accusação, attento o grande numero de casos em que o magistrado podia perseguir officiosamente, e pelo odioso de tal funcção, o que é certo é que a accusação popular caiu em desuso. No tempo de MELLO FREIRE quasi não era conhecida, como elle proprio affirma: «*Criminum publicorum per privatos accusatio, vel quia multa secum trahit incommoda, vel quia vulgo creditur officio boni viri parum convenire, hodie fere in foro ignoratur*» ².

15. Precedentes historicos do Ministerio Publico. — O principio da accusação publica deu origem aos promotores de justiça, incumbidos de sustentar a accusação, reunir as provas, disculir e contradizer a defesa, não só para haver um órgão especial para esta funcção, mas para que o mesmo magistrado não fosse juiz e parte.

Os documentos historicos não determinam precisa-

¹ PER. E SOUSA, *obr. cit.*, §§ 29.º a 42.º

² MELLO FREIRE, *Institutiones juris criminalis lusit.*, tit. 13.º § 4.º

mente as funções primitivas dos promotores. Qualquer que fosse porém a latitude da sua intervenção, é certo que a acção dos *procuradores do rei*, cujas attribuições passaram para os promotores, já era mais ou menos regulada no *Livro das leis e posturas*, colligidas em tempo de D. João I, consubstanciando o direito seguido desde as primeiras leis geraes. Estas disposições passaram, ampliadas, para as Ordenações Affonsinas, e d'estas para as Manuelinas e Filipinas.

Com a apparição dos promotores de justiça, a doutrina que derivava do principio anterior da accusação particular inverteu-se.

a) O crime é já considerado como uma offensa á sociedade, e por consequencia o perdão da parte directamente offendida já não pode isentar o criminoso da responsabilidade penal, podendo apenas influir no quantitativo da pena.

b) Separa-se a responsabilidade criminal, dependente da acção publica, da responsabilidade civil, dependente da acção particular.

c) Por outro lado, diz o Sr. Dr. DIAS DA SILVA, a responsabilidade civil, que constituía então quasi toda a responsabilidade, fica agora em plano secundario, abandonada ao interesse directo da parte offendida e não podendo ser objecto do libello do accusador publico, embora fosse exagerada em relação a certos delictos de *damno*, constituindo uma pena em favor do lesado.

A natureza da intervenção dos promotores de justiça nos processos crimes era, na antiga legislação, muito differente do que é hoje. Até á legislação liberal, a acção do promotor era *subsidiaria*, isto é, a accusação publica só tinha logar nos casos de devassa, em que não havia parte, ou quando esta era *lançada* da accusação. Este character manteve-se ainda na lei

de 4 de julho de 1821, decretada pelos reformadores liberaes de 1820.

Só em 1832, pelo decreto n.º 24 de 16 de maio, é que o Ministerio publico foi estabelecido como órgão regular da defesa social, devendo accusar concorrentemente com os offendidos ou com qualquer pessoa do povo não expressamente prohibida por lei; e isto foi ainda accentuado pelo regulamento do Ministerio publico de 5 de fevereiro de 1835, onde se confere ao Ministerio publico a parte principal na accusação dos crimes publicos, poisque deve formar sempre libello separado, sem nunca offerecer o da parte queixosa (art. 11.º).

É tambem esta a doutrina do decreto de 13 de janeiro de 1837 (segunda parte da *Reforma judiciaria*), que diminuiu os casos da intervenção do accusador popular, e ainda pela *Novissima Reforma judiciaria*, artt. 855.º, 856.º 857.º e 865.º ¹.

VII

16. Caracter do direito penal das Ordenações. — Para obviar aos inconvenientes da complexidade e diversidade do direito em vigor, disperso pelos antigos foraes, pelo direito romano e canonico, por um grande numero de leis geraes avulsas decretadas desde o tempo de D. Affonso II, por espaço de quasi dois seculos, e ainda em parte extrahido dos usos e costumes antigos, os povos reclamaram em côrtes um codigo. D. João I, para attender a esses pedidos, mandou publicar a sua collecção das *Leis e posturas*. Mais tarde, no reinado

¹ Sr. Dr. DIAS DA SILVA, *obr. cit.*, pag. 84 e segg.

de D. Affonso V, realiza-se a publicação das Ordenações Affonsinas (em 1446, sendo regente D. Pedro, duque de Coimbra), que podem considerar-se o primeiro trabalho de codificação da legislação portugüesa.

O caracter da legislação penal contida no livro V das Ordenações Affonsinas, é ser barbara e cruel. «O legislador, diz COELHO DA ROCHA, não teve em vista tanto os fins das penas e a sua proporção com o delicto, como contra os homens por meio do terror e do sangue. O crime de feitiçaria e encantos, o tracto illicito de christão com judia ou moura e o furto do valor de marco de prata são egualmente punidos com pena de morte»¹.

Subsistem as distincções medievas de classes para o effeito da applicação das penas, que variavam, consoante o reu era *nobre* ou *plebeu*, *homem honrado*, *de estado*, ou *homem vil*.

Por outro lado, reflecte-se nesta legislação a influencia do direito canonico, pelo processo inquisitorio, e do direito romano, pelos privilegios do crime de lesa-majestade.

A legislação penal das Ordenações apresenta pois todos os defeitos dos codigos criminaes da Edade-média, de mistura com o direito romano e o canonico.

As Ordenações Affonsinas seguiram-se as Manuelinas, publicadas em 1514, em que apenas se notam alterações superficiaes².

Vieram em 1603, sob a auctoridade de Filippe II, outras Ordenações, que são, em grande parte, cópia das antecedentes. No livro V fizeram-se algumas, mas tão insignificantes alterações, que não influiram no sys-

¹ COELHO DA ROCHA, *Ensaio*, § 464.

² COELHO DA ROCHA, *obr. cit.*, § 246.

tema, nem mudaram a natureza da legislação manue-
lina.

Entre as incriminações apparece-nos ainda a da *feitizaria* no livro V, tit. 3.^o — *Dos feiticeiros*, e no tit. 4.^o — *Dos que benzem cães ou bichos sem authoridade real ou dos Prelados*.

Entre as penalidades, tem applicação frequente as *mutilações* dos membros e outras atrocidades, precedidas dos *tormentos* ou *tortura*, tão prodigamente usada nos tribunaes do absolutismo como meio de convicção judiciaria; as *penas corporaes* emparelhando com uma infinidade de *multas*, inventadas, diz MELLO FREIRE, para locupletar o fisco.

Provas *semi-plenas* e simples *indícios*, principalmente nos crimes chamados *privilegiados*, recebem-se como verdadeiras e legitimas provas.

Reconhece-se ainda o uso dos *asylos*, pelos quaes tantos scelerados se furtavam facilmente á pena.

Era esta a legislação penal que vigorou até meado o seculo XIX! Nessa época culta, de revolução, Portugal regia-se ainda por um código barbaro! MELLO FREIRE, na *dedicatoria* das suas *Instituições de direito criminal português*, considerava já abrogadas no seu tempo, pelo não-uso e com adhesão dos proprios imperantes, as disposições injustamente severas e mais desconformes ao espirito da época¹, e lastimava que até então ninguem tivesse apparecido que descobrisse tudo o que havia de anachronico em taes leis, e as reformasse, ou, ao menos, as explicasse pelas suas fontes genuinas, com methodo e ordem, o que só tinha explicação na ignorancia absoluta dos nossos juris-

¹ *Et hinc insequitur, ut leges criminales plus justo severiores, ipsorum imperantium voluntate et conniventia quadam, cum illarum non urgeant executionem, aut per non usum, abrogatae videantur.*

consultos sobre este ramo da sciencia juridica até ao tempo d'aquelle professor.

«Parece-me que nada souberam menos, que esse direito criminal que interpretavam».

O absurdo e atrocidade das penas tinham como effeito natural a impunidade, ou o arbitrio na condemnação dos criminosos.

17. Modificações ao rigor penal do direito filippino por legislação extravagante e pelo não-uso. — Do exposto se deprehende quanta era a necessidade de reformar a legislação penal.

Anteriormente á primeira tentativa reformadora do livro V das Ordenações, por decreto de 31 de março de 1778, e depois della, publicaram-se varios diplomas avulsos, no intuito de modificar o rigor demasiado d'aquella legislação.

O dr. SECCO menciona alguns :

a) *Decretos de 20 de agosto de 1777, de 20 de agosto de 1790¹ e de 13 de novembro de 1790*: que exigem certo numero de juizes para a applicação das penas crueis, e principalmente da de morte, aos militares; e o ultimo, declarando os dois primeiros, dá, além d'isso, ao *conselho de justiça* a faculdade de *minorar as penas impostas pelo regulamento militar*.

b) *Alvará de 5 de março de 1790*, que limita o *segredo* a cinco dias, *por ser uma especie de tormento que ja não tinha logar*, e que adopta diversas disposições para facilitar a commutação das penas em certos crimes.

¹ PEREIRA E SOUSA attribue-lhe a data de 13 de agosto.

c) *Decreto de 27 de janeiro de 1797*, que auctoriza com facilidade a commutação da pena de morte no encargo de executores de alta justiça (carrascos).

d) *Decreto de 11 de março de 1797*, auctorizando a commutação da pena de morte em degredo perpetuo para Moçambique aos reus que tiverem até quarenta annos de idade, *exceptuando porém os crimes atrocissimos, que não são susceptiveis d'esta commutação*, e a de outras penas em degredo temporario para a Índia ou Moçambique.

e) *Decreto de 12 de dezembro de 1801*, que manda rever na Casa da Supplicação os processos de muitos reus existentes nas cadeias publicas, condemnados por sentenças definitivas á *pena de morte e a outras que podem commutar-se em galés, perpetuas ou temporarias*, para que assim se faça. *segundo a grandeza dos crimes*, empregando-os nos *trabalhos publicos da cidade de Lisboa*; que nessa conformidade se *sentenceiem os processos daquelles reus que ainda não estiverem julgados afinal*; exceptuando porém desta generalidade os *reus de crimes enormissimos, nos quaes deve sempre ter logar a execução da pena ultima*.

PEREIRA E SOUSA diz, a respeito d'este decreto, que elle deu um exemplo de moderação que honra a humanidade sem desar da justiça, e immortaliza a memoria da actual regencia (refere-se ao governo do principe real, ao depois D. João VI) ¹.

f) *Decreto de 11 de janeiro de 1802*, que, fixando a verdadeira intelligencia do antecedente sobre quaes

¹ PEREIRA E SOUSA, *Classes dos crimes*, nota 34 a pag. 22.

crimes hão de ser havidos por gravísimos, implicitamente exclue os demais da applicação da pena ultima ¹.

Algumas das penas admittidas pelo livro V não eram já applicadas.

Diz PEREIRA E SOUSA que a pena de mutilação estava de ha muito em desuso entre nós, embora comminada pelas nossas leis em alguns casos graves.

As *marcas* no rosto tinham sido prohibidas por D. João III em 1521. Permaneceu o uso das marcas nas costas, que já não eram applicadas no tempo d'aquelle escriptor. É, diz elle, uma pena que deve banir-se. Se a marca é escondida, é inutil; se é descoberta, não se deixa ao reu outro partido a escolher que o crime, pois que todos o repellirão.

As penas que produziam infamia, adoptadas em Portugal nesta época eram: a forca, as galés, o *cortamento* ou mutilação de membro, os açoutes, a marca nas costas, e o baraço com cadeia pelo pescoço, também chamado *baraço e pregão* ².

A Ordenação (liv. V, tit. 138 — *Das pessoas que são escusas de haver pena vil*), referindo-se ás penas de açoutes ou degredo com baraço e pregão, estabelece varias isenções, attendendo á condição social dos reus. Assim, por motivo de privilegios ou linhagem, não estavam sujeitos a essas penas: os escudeiros dos Prelados e fidalgos, e de outras pessoas que costumam trazer escudeiro a cavallo; os moços da estribeira do rei, da familia real, dos duques, mestres, marquezes, Prelados, condes, ou de qualquer do Conselho Real; os

¹ Dr. HENRIQUES Secco, Estudo sobre o direito criminal português, publicado no anno IV da *Revista de legislação e de jurisprudencia* desde o n.º 185. Vej. pagg. 580 e 581.

² PEREIRA E SOUSA, *obr. cit.*, notas 35 e 38.

pagens de fidalgos com assento nos livros da nobreza ; os juizes e vereadores, ou seus filhos ; os procuradores das villas ou concelhos ; os mestres e pilotos dos navios de guerra, ou em navios de cem toneis ou mais, embora não reaes ; os amos e collaços dos desembargadores ou de cavalleiros de linhagem ; as pessoas que provarem ter cavallo, embora peões ou filhos de peões, e os mercadores com um capital de 100\$000 réis ou mais.

Em lugar de pena de açoutes com baraço e pregão, eram condemnados em dois annos de degredo para a Africa, com pregão na audiencia. Se, além da pena de açoutes, fôr degredado para o Brazil, será o degredo de mais um anno, em vez de açoutes ; e, se o degredo fôr para sempre, não lhe será dada mais pena em lugar de açoutes. Se fôr condemnado sómente em degredo com baraço e pregão e sem açoutes, será, em lugar do baraço, condemnado em mais um anno de degredo, com pregão na audiencia, além do tempo em que vae condemnado para o lugar do degredo. Se o degredo fôr para sempre, como se lhe não póde accrescentar mais pena, será o pregão pela cidade ou villa com uma cadeia ao pé. Porém, de qualquer qualidade ou condição que fossem os reus, não estavam elles isentos daquellas penas infamantes, quando condemnados por crime de lesa-majestade, sodomia, testemunho falso, ou por induzir testemunhas falsas, por moeda falsa, ou por outro crime de falsidade, por furto, feitiçaria ou alcuvitaria, «porque a esses taes não será recebida alguma exceção de abonação, antes serão executados, como qualquer pessoa vil».

VIII

18. Primeira tentativa de reforma do livro V das Ordenações. — Referimo-nos já á primeira tentativa de revisão geral das leis portuguezas. Para pôr termo ao estado de incerteza e arbitrariedade do direito, para evitar a confusão jurídica, devida á promulgação de muitas leis extravagantes, sobretudo depois da extraordinaria actividade reformadora do Marquês de Pombal, foi nomeada, no reinado de D. Maria I, por decreto de 31 de março de 1778, uma *junta* de jurisconsultos encarregada de rever toda a legislação, fazendo um novo Código; e devia esta junta eliminar da nova collecção de leis aquellas *que se achavam antiquadas, e, pela mudança das cousas, inuteis para o presente e futuro.*

Era composta de cinco vogaes, além do presidente, Visconde de Villa Nova de Cerveira, ministro e secretario d'estado dos negocios do reino.

Mais tarde, por decreto de 12 de janeiro de 1784, foi nomeado para a presidencia o dr. José de Seabra da Silva, na ausencia ou impedimento do ministro do reino.

Havia ainda outra commissão revisora composta de 10 membros, dois para cada livro das Ordenações, cabendo a parte criminal (livro V) aos drs. Manuel José da Gama e Oliveira e José de Vasconcellos e Sousa. Esta commissão devia apresentar os seus trabalhos á junta, comparecendo ás sessões della.

A junta pouco fez; apenas reviu a materia de testamentos ¹.

¹ COELHO DA ROCHA, *Ensaio*, § 257; SILVA FERRÃO, *Theoria do direito penal*, discurso preliminar, pag. 52; DR. HENRIQUES SECCO, estudos citt., na *Rev. de Leg. e de Jur.*, pag. 580 do vol. IV.

Por alvitre da propria junta, foram, decorridos cinco annos depois da nomeação, chamados de Coimbra os lentes da Universidade Paschoal José de Mello Freire e Francisco Xavier de Vasconcellos Coutinho.

A resolução régia de 10 de fevereiro de 1783 auctorizou a adjunção dos dois cathedaticos, e, por aviso de 22 de março do mesmo anno, foi a resolução communicada ao reitor da Universidade.

Naturalmente por accordo de todos, ou por offercimento do segundo, coube ao insigne Paschoal José de Mello Freire a organização dos dois codigos — de *direito publico* e de *direito criminal*, correspondentes aos livros II e V das Ordenações.

Em 1789 tinha MELLO FREIRE concluido os seus trabalhos, e por isso o decreto de 3 de fevereiro do mesmo anno nomeou uma commissão, a fim de proceder ao seu exame e revisão. A revisão dos trabalhos de MELLO FREIRE não se fez ¹.

O dr. HENRIQUES SECCO attribue a inutilização dos ensaios d'este illustre sabio á censura que o dr. Antonio Ribeiro dos Santos offereceu ao *Direito publico* e á má vontade de parte ou de todos os revisores. SILVA FERRÃO indica outras rasões: as difficuldades do exame e a ignorancia do tempo em Portugal, o ciume e inveja de parte da magistratura contra o merito transcendente d'aquelle ornamento da Universidade; ou enfim o marasmo geral que produziram na Europa as commoções politicas da França.

Depois as guerras que sustentámos com a Hespa-

¹ É de notar a coincidência d'este movimento reformador em Portugal com o que lá fóra se passava, com a actividade especulativa dos philosophos e criminalistas da época e com o movimento de renovação nalguns estados europeus.

nha e com a França, e a residencia de D. João VI na côrte do Rio de Janeiro contribuíram para que a legislação criminal continuasse estacionaria, arbitrária e obsoleta ¹.

O trabalho de MELLO FREIRE relativo ao direito criminal foi publicado, a primeira vez, em Lisboa em 1823, por Miguel Setáro, com o titulo de — *Ensaio de Codigo criminal, a que mandou proceder a Rainha Fidelissima D. Maria I, composto por Paschoal José de Mello Freire* ².

Neste mesmo anno foi publicada uma segunda edição, que tem por titulo — *Codigo criminal intentado pela Rainha D. Maria I. Author Paschoal José de Mello Freire. 2.^a edição castigada dos erros. Corrector o licencado Francisco Freire de Mello* (sobrinho do auctor).

19. Historia da reforma no ultimo seculo até 1845. Principios fundamentaes da Constituição de 1822 e da Carta Constitucional em materia penal. — Chegamos assim á Revolução liberal de 1820, que alguma coisa fez de aproveitavel. O primeiro cuidado das côrtes constituintes foi occuparem-se da reforma da legislação criminal.

Em 1821 JEREMIAS BENTHAM offereceu a estascôrtes três projectos: de codigo civil, penal e constitucional, offerecimento que o congresso agradeceu com reconhecimento, mas que não foi aproveitado.

Em 23 de novembro do mesmo anno uma Ordem das Côrtes criava uma commissão em Coimbra para a

¹ SILVA FERRÃO, *obr. cit.*, discurso prel., pag. 52.

² Relatorio do Cod. pen. port., pelo Visconde de Paiva Manso, Levy Maria Jordão, pag. 46, nota.

elaboração dos códigos criminal e do processo criminal; mas nenhuns trabalhos saíram d'esta comissão, porque nem chegou a funcionar.

A Constituição de 23 de setembro de 1822, influenciada pelos princípios da Revolução francesa, reproduziu-os nas bases do novo direito criminal, que são: *a*) a afirmação da egualdade de todos perante a lei, e a abolição de todos os privilégios de fóro nas causas cíveis ou crimes, e das comissões especiaes ou alçadas, que eram nomeadas no antigo regimen, para julgar tal ou tal crime (art. 9.º da Constit.); *b*) o principio de que nenhuma lei, e muito menos a lei penal, seria estabelecida sem absoluta necessidade (art. 10.º); *c*) a proporcionalidade da pena ao delicto; *d*) o principio da personalidade das penas; *e*) a abolição da tortura, do confisco dos bens, da infamia, dos açoitos, do baraço e pregão, da marca de ferro quente e de todas as mais penas crueis ou infamantes (art. 11.º).

Na lei de 14 de fevereiro de 1823 as Côrtes ordinarias prometiam um premio a quem apresentasse um projecto de código criminal, conforme ás luzes do seculo e aos principios estabelecidos na Constituição politica da monarchia; projecto que devia ser apresentado ás Côrtes até ao ultimo de fevereiro de 1824.

A reacção absolutista ou contra-revolução de 1823 veio porém frustrar todos estes esforços, sendo abolida a constituição e dissolvidas as camaras pelo decreto de 18 de junho do mesmo anno.

Até 1834 nada se fez tambem.

Todavia, a Carta Constitucional, de 29 de abril de 1826, atacou o direito penal obsoleto das velhas Ordenações por alguns principios fundamentaes, incluidos entre as garantias dos direitos individuaes, e que

se acham distribuidos por varios paragraphos do art. 145.º. Assim :

§ 1.º Substitue ao arbitrio o imperio exclusivo da lei.

§ 2.º Estabelece o principio da não retro-actividade.

§ 3.º Proscreeve a *censura*, e proclama o principio da liberdade de pensamento, salva a responsabilidade pelos abusos nos termos da lei.

§ 4.º Garante-se a liberdade de consciencia, eliminam-se os delictos religiosos e condemna-se a intolerancia religiosa do antigo regimen, uma vez que seja respeitada a religião catholica (religião do Estado, art. 6.º da Carta), e não seja offendida a moral publica.

§ 12.º Proclama-se a egualdade de todos perante a lei.

§ 16.º São abolidos os privilegios de fóro e as alcadas.

§ 17.º Promette-se para breve a organização de um codigo civil e de um codigo criminal, fundados nas solidas bases da justiça e equidade.

§ 18.º São abolidos desde logo os açoutes, a tortura, a marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis.

§ 19.º Estabelece-se que nenhuma pena passará da pessoa do delinquente, prohibindo-se de um modo absoluto a confiscação dos bens, e determinando-se que a infamia do reu nunca se transmittirá aos seus parentes em qualquer grau que seja.

§ 20.º Ordena-se que as cadeias sejam seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos criminosos, conforme as suas circumstancias e a natureza dos seus crimes.

Eram estas as bases fundamentaes do promettido codigo penal.

Para dar execução ao § 17.º do art. 145.º da Carta, foi nomeada, pelo decreto de 18 de agosto de 1832,

uma comissão encarregada de elaborar, além de um código commercial, outro criminal, declarando-se «incompatível com o regimen constitucional, e com as luzes do seculo actual, aquelle monstruoso código criminal da Ord., liv. V, aonde foram a esmo copiadas as leis de Caligula e Nero, e aonde, á força de repetir constantemente — *morra de morte natural para sempre*, ficam os delictos impunes, ou são conduzidos a graves penas por acções inteiramente diferentes das que se figuram no processo» ¹.

Esta comissão nada fez, nem podia fazer. Tão arduo e serio trabalho não se compadecia com as luctas civis que duraram até 1834.

Além d'isso, a mesma comissão tinha, em parte das suas attribuições, caducado desde o decreto de 18 de setembro de 1833; porque, sendo encarregada do projecto de Código commercial, este ultimo decreto havia approved e convertido em lei o projecto apresentado por FERREIRA BORGES.

Entretanto, em 1833, um distincto jurisconsulto, o dr. JOSÉ MANOEL DA VEIGA, offereceu ao governo um projecto de Código penal.

Este projecto ficou esquecido até 1836, data em que o governo, por portaria de 29 de novembro, o devolveu ao auctor, para que este lhe fizesse as modificações que intendessee recommendaveis.

O dr. VEIGA pediu que fosse nomeada uma comissão para o auxiliar.

A portaria de 19 de dezembro de 1836 nomeou uma comissão de três magistrados, que trabalhou na revisão do projecto, e apresentou o seu parecer, favoravel á adopção d'elle.

¹ SILVA FERRÃO, *obr. cit.*, disc. prel., pag. 54.

Rebentou a revolução de 9 de setembro de 1836. Segue-se-lhe a dictadura de Manuel Passos, durante a qual foi approvedo o projecto de Codigo penal do dr. VEIGA, por decreto de 4 de janeiro de 1837.

Anteriormente, a carta de lei de 25 de abril de 1835 tinha aberto concurso, com o premio de oito contos de reis para o auctor de um projecto de Codigo criminal. As condições do concurso eram :

- 1.^a que o projecto fosse apresentado a uma das camaras legislativas até ao dia 10 de janeiro de 1837;
- 2.^a que esse projecto fosse por ambas julgado digno de ser admittido para entrar em discussão ; e
- 3.^a que abrangesse o processo criminal.

O decreto que approvou o projecto do dr. VEIGA declarava que o concurso não ficava prejudicado, e que aquelle codigo vigoraria emquanto as côrtes geraes não approvassem outro melhor, que collocasse a nação a par das mais esclarecidas, não convindo privá-la de um codigo mais justo e humano ; sendo certo que as leis penaes vigentes não estavam em harmonia com as luzes do seculo, e que da obscuridade, multiplicidade e crueldade das leis criminaes procedera a desmoralização publica, a impunidade e a alluvião de crimes que tem inundado a sociedade.

Pela portaria de 7 de janeiro de 1837 foi dissolvida a commissão, que, na linguagem official, se desempenhara com efficacia, zelo e illustração.

Mas o decreto que approvou o novo Codigo não chegou a ter sancção legislativa, porque a carta de lei de 27 de abril de 1837, que confirmou os actos dictatoriaes, não incluiu o Codigo penal, não obstante confirmar a Reforma judiciaria, constituida por dois decretos : um de 29 de novembro de 1836 (primeira parte, divisão e organização judiciaria), e outro de 13 de janeiro de 1837 (segunda e terceira partes, pro-

cesso civil e processo criminal ¹), onde se faziam referencias expressas ao Codigo penal em vigor na distincção entre crimes publicos e particulares (3.^a parte, art. 1.^o), e não obstante haver ainda outras disposições que se referiam ao mesmo codigo, como no decreto de 19 de janeiro de 1837 sobre novos inventos: e isto talvez porque, ainda que até 10 de janeiro não tinha apparecido projecto algum (em harmonia com o concurso da lei de 1835), se esperava que apparecesse.

A anomalia creada pela carta de lei de 27 de abril de 1837 acabou, pelo que respeita á referencia feita á distincção entre crimes publicos e particulares, pela Novissima Reforma judiciaria de 21 de maio de 1841, que estabelece no art. 854.^o as bases d'essa distincção, enumerando os crimes considerados particulares até á publicação do novo Codigo penal.

Até 10 de janeiro de 1837 (prazo do concurso referido) ninguem appareceu, como fica dito. Mas por esta época foi que o celebre criminalista italiano CARMIGNANI offereceu ao governo trabalhos importantes, que não chegaram a ser aproveitados.

Estes trabalhos publicaram-se depois em 1852 em Lucca, sendo insertos nos *Scritti inediti del cav. Carmignani*, tom. V, pag. 251 e segg. ².

¹ Por decr. de 27 de novembro de 1835 havia sido nomeada uma commissão incumbida da revisão de todas as leis promulgadas até ali sobre reforma judiciaria. Essa commissão apresentou os seus trabalhos em menos de um anno. Revistos e examinados por outros juriconsultos, depois da revolução de 9 de setembro, com a assistencia de alguns membros da commissão anterior, tiveram força de lei por decr. de 29 de novembro de 1836 (que approvou a parte relativa á *divisão judicial do territorio e organização do pessoal*) e pelo de 13 de janeiro de 1837 (que approvou a parte respeitante ao processo civil e ao processo criminal). Vej. SILVA FERRÃO, *obr. cit.*, disc. prel., pagg. 55 e 56.

² Vej. *relatorio cit.*, de LEVY MARIA JORDÃO, pag. 13, e *Rev. de leg. e de jur.*, 4.^o anno, pag. 582.

IX

20. Elaboração do Código penal de 1852. Sua promulgação. Modificações ao processo criminal decretadas na mesma época. — Pelo decreto de 10 de dezembro de 1845 foi nomeada uma comissão, composta de seis vogaes e presidida pelo ministro da justiça, encarregada da redacção de um código civil e de um código penal, recommendando-se que se dêsse preferencia a este, como *absolutamente indispensavel*, para que se pudesse, *quanto antes*, propôr á approvação das côrtes.

Este decreto foi publicado pelo governo que restituiu a Carta Constitucional em 10 de fevereiro de 1842, e que promulgou o Código administrativo pelo decreto de 18 de março do mesmo anno. Em 20 de maio de 1846, por virtude do movimento revolucionario da *Maria da Fonte* (15 de abril), esse gabinete caiu.

Eram membros da comissão: Manuel Duarte Leitão, conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, e depois ministro no gabinete presidido por Saldanha (1847); o conselheiro José Maximo de Castro Netto Leite e Vasconcellos, juiz da Relação de Lisboa, e o advogado José Maria da Costa Silveira da Motta. Foram estes os signatarios do relatorio e do projecto que se converteu no Código penal de 1852, e os que mais assiduamente concorreram ás sessões da comissão.

Por decreto de 8 de agosto de 1850 ficou a comissão encarregada apenas da redacção do código penal, confiando-se a do código civil ao illustre juriconsulto Antonio Luiz de Seabra, ao depois Visconde de Seabra, sendo logo nomeada uma comissão de professores da Faculdade de Direito, com quem este discutiu em Coimbra em 1851 os trabalhos preparatorios. Para justificar esta resolução do decreto de

agosto, o relatorio que o precede tem as seguintes palavras: «Os homens de Estado, como os juriconsultos, concordam todos hoje em que a redacção dos codigos, para ser methodica, precisa e clara, deve ser feita por uma só pessoa, e revista depois por commissões compostas de pessoas idoneas para tão importante trabalho».

Só passados sete annos é que a commissão da reforma penal apresentou os seus trabalhos (30 de setembro de 1852).

Pelo decreto de 10 de dezembro d'esse anno mandou-se dar prompta execução ao Codigo penal, mais tarde sancionado pelo *bill* de 1 de junho de 1853.

No relatorio que precede o projecto do Codigo penal, a commissão attribue a causa da grande demora na redacção d'este aos graves acontecimentos politicos no país desde 1845 ¹, ao chamamento de dois

¹ Os graves acontecimentos politicos a que o relatorio allude, são bem conhecidos.

Em 20 de maio de 1846 cãe o ministerio Cabral-Terceira, e é substituido pelo gabinete Palmella que desarmou as juntas revolucionarias que agitavam o país, e decretou o curso forçado das notas do Banco de Lisboa. Em 6 de outubro d'esse anno, Saldanha deu o golpe de Estado de que resultou assenhorear-se do poder e dissolver as camaras. Em 1846 ainda (10 de outubro), o Porto sublevou-se, e criou a Junta do Governo. O ministerio recorre á intervenção estrangeira, decreta o curso forçado permanente das notas do Banco de Lisboa, ao mesmo tempo que as tropas miguelistas entram em Guimarães (25 de novembro), atacam Vianna (4 de dezembro), sendo em 31 trucidadas em Braga, onde morreu Macdonnell. Em 27 de maio de 1847 uma esquadra inglêsa bloqueia o Douro, e em 3 de junho uma divisão hespanhola, commandada pelo general Concha, entra em Portugal e vae occupar o Porto, celebrando-se em 24 de junho a convenção de Gramido, que põe termo á guerra civil, e determina a dissolução da Junta.

Em 1849 (18 de junho) sobe ao poder o ministerio presidido pelo Conde de Thomar, que nelle se conservou até 1 de maio de 1851, em que o pronunciamento militar promovido no norte por Saldanha determinou a queda do governo e a entrega do poder a Saldanha. Este, entrando em Lisboa, proclama a Regeneração, e a 7 de julho constitue ministerio com Rodrigo da Fonseca Magalhães e Antonio Maria de Fontes Pereira de Mello, que pela primeira vez subia aos conselhos da corôa.

de seus membros aos conselhos da corôa e a outros motivos extraordinarios, que fizeram não só que as reuniões regulares da commissão fossem frequentemente interrompidas (sendo-o uma vez por vinte e seis mêses, de outra por dezenove, de outra por oito), mas que á maxima parte das sessões não pudessem concorrer senão os três vogaes signatarios do relatorio e do projecto.

A estas difficuldades accrescia a importancia e complexidade da materia, tratando-se de um codigo penal em que se harmonizem os bons principios com os costumes e com a legislação politica e civil do país.

No relatorio do governo, que acompanha o projecto do Codigo penal, decretado em 10 de dezembro de 1852, se accentúa a necessidade urgente d'este Codigo, destinado a «substituir de prompto a antiga legislação criminal, dispersa e cruenta; acabar de uma vez com o illimitado arbitrio, que necessariamente resulta, não menos da confusão, que da nimia severidade das leis; abrir uma nova época de moralidade e justiça».

Assim, o governo prescindia de novas commissões revisoras e da discussão pelas camaras, que o sancionaram (C. de lei de 1 de junho de 1853), apesar da viva impugnação que teve em ambas as casas do Parlamento.

Com a mesma data de 10 de dezembro de 1852, foi publicado outro decreto, destinado a introduzir algumas modificações na Novissima Reforma judiciaria, a fim de a harmonizar com o Codigo penal, provisoriamente, enquanto se não promulgasse um codigo de processo criminal, que até hoje ainda não appareceu.

O artigo 1.º d'este decreto entrega ao Ministerio publico a accusação de todos os crimes e contravenções de que tratava o Codigo penal, á excepção dos

casos em que o mesmo Código tornava essa accusação, ou a continuação d'ella, dependente da queixa ou do consentimento das pessoas offendidas ou de seus paes ou tutores.

No artigo 2.º determina os crimes em que para a soltura não é necessaria fiança.

No artigo 3.º enumera os casos em que a fiança não é permittida.

No artigo 4.º estabelece a fiança idonea como meio de soltura nos crimes não previstos nos artigos 2.º e 3.º

Ao lado do *processo de policia correccional* (artt. 1251.º a 1262.º da Nov. Ref. Jud.) e do *processo de querela*, o decreto criou um processo intermediario, sem a rapidez do processo de policia correccional nem a morosidade do de querela, destinado aos crimes em que fossem applicaveis penas *correccionaes* para que não era competente o processo de policia correccional.

Este processo intermedio foi revogado pela carta de lei de 18 de agosto de 1853, e finalmente restabelecido pelo decreto dictatorial n.º 2 de 29 de março de 1890 (sanccionado, com algumas modificações, pelo *bill* de 7 de agosto do mesmo anno), tendo este restabelecimento sido proposto em 1870 pelo sr. José Luciano de Castro, então ministro da justiça.

A justificação d'esta fórma de processo era evitar a demasiada benevolencia dos jurados em certos crimes que não eram da maxima gravidade, ficando agora o seu julgamento entregue a juizes singulares.

24. Fontes, divisões e systema d'aquelle codigo. — Voltando ao Código penal de 1852, que vigora em parte ainda hoje, fallaremos das suas fontes, plano e systema penal.

1) *Fontes* ou influencias que determinaram a sua

orientação. Estas podem ser de duas ordens: *legaes e doutrinaes*.

a) *Fontes doutrinaes* — Predominaram na redacção do Código penal as doutrinas de alguns tratadistas estrangeiros de nomeada, como ROSSI, e CHAUVEAU e HÉLIE¹.

b) *Fontes legaes* — Estas são accentuadamente o código francês de 1810 e o código hespanhol de 1848, que, diz SILVA FERRÃO, predominaram no código de 1852, doutrinal e litteralmente. Algumas vezes porém apparecem vestigios do código do Brazil, de 8 de janeiro de 1831, do código de Napoles de 1819, do da Austria de 1803, d'uma lei belga sobre o duello, uma ou outra disposição do direito romano, e muito pouco relativamente das antigas leis patrias².

2) *Plano do Código* — Divide-se em dois livros.

O 1.º intitula-se — *Disposições geraes*, — onde se expõem as regras geraes que dominam todas as materias do Código.

Tem 4 titulos:

O 1.º trata da noção dos crimes, da tentativa, do delicto frustrado (cap. I); das circumstancias que aggravam ou attenuam os crimes (cap. II); e dos criminosos (cap. III).

O 2.º titulo occupa-se das penas (cap. I) e dos seus effeitos (cap. II).

O 3.º titulo trata: da applicação das penas em geral (cap. I); da applicação das penas nos casos em que concorrem circumstancias aggravantes ou attenuantes

¹ Da obra de CHAUVEAU e HÉLIE (*Théorie du code pénal*) havia três edições: uma publicada em 1836 a 1842; outra em 1843 (de que naturalmente se serviram os redactores do Código) sem alterações; e a terceira em 1852.

² SILVA FERRÃO, *Theoria de direito penal*, discurso preliminar, pag. 62.

(cap. II); da applicação das penas nos casos de reincidência, accumulção de crimes, cumplicidade e tentativa (cap. III), e da execução das penas (cap. IV).

O 4.º titulo occupa-se da responsabilidade civil (cap. I) e da extincção dos crimes e penas (cap. II). A materia da responsabilidade civil passou para o Codigo civil.

O livro 2.º, que constitue a parte mais volumosa, intitula-se — *Dos crimes em especial*, e contém as incriminações ou definições de todos os factos puniveis, com a indicação da pena correspondente.

3) *Systema*.

Sobre incriminações o systema foi a mais rigorosa limitação do arbitrio do juiz, conforme o preceito formal do artigo 18.º, transcripto no Codigo actual; mas em materia de penas deixou-lhe o legislador uma certa liberdade, embora temperada pelo maximo e minimo legaes das penas temporarias e pelas regras sobre a applicação e substituição das penas, consoante as modalidades do facto e as circumstancias dos accusados. No reconhecimento judiciario das proprias circumstancias, quer materiaes, quer pessoas, tanto attenuantes, como ainda aggravantes, a mesma liberdade foi outorgada ao julgador, pois que os auctores do Codigo se limitaram a enumerações *exemplificativas* de umas e outras (artt. 19.º e 20.º).

O Codigo penal vigente insere tambem uma enumeração exemplificativa das circumstancias attenuantes (art. 39.º, n.º 23); mas para as aggravantes a enumeração é taxativa, como claramente se vê do artigo 34.º, que começa: «São *unicamente* circumstancias aggravantes».

A razão da alteração foi o respeito pela coherencia: se o juiz não podia conhecer livremente da qualidade do acto para a applicação de uma pena, não devia

tambem ter liberdade para conhecer das aggravantes, tomando-as para base do augmento da pena, sem o reconhecimento expresso da lei.

O Codigo de 1852 supprimiu, como dissemos, todo o arbitrio dos juizes em materia de incriminações, organizando taxativamente a lista dos factos puniveis, sem que se pudesse concluir de um caso para outro por simelhança ou indução, por paridade ou maioria de razão (art. 18.º). Esta taxação legal foi reputada o trabalho mais difficil da redacção do Codigo, como declara o relatorio.

Quanto ao systema de penalidades, deu logo a impressão de um demasiado rigor. As penas eram, como ainda hoje, *maiores, correccionaes e especiaes* (para os empregados publicos). Mas, entre as penas maiores, apparece ainda a pena de *morte*, a respeito da qual diz o relatorio da commissão: «A commissão pensa não ter chegado ainda o tempo em que a pena de morte possa ser de todo eliminada das nossas leis penaes; entretanto, sómente a admite nos muito raros casos em que a justiça e indispensavel necessidade não póde ser rasoavelmente contestada. O Acto Addicional á Carta Constitucional (de 5 de julho de 1852, art. 16.º), decretando a abolição da pena de morte nos crimes politicos, reservou para uma lei a declaração de quaes são estes crimes, e em consequencia a commissão assim se absteve de fazer a enumeração ou classificação dos crimes politicos, mas pensou conformar-se com o espirito da disposição do Acto Addicional, rejeitando a pena de morte nos crimes de rebellião».

Além da pena de morte, admittia, na escala das penas maiores, os *trabalhos publicos*, a *prisão maior* e o *degredo*, que podiam ser *perpetuos* ou *temporarios*, etc.

O relatorio do governo considerava este Codigo

«fructo da illustração e experiencia dos seus auctores, jurisconsultos tão eximios quão zelosos»; no qual «está consignado com precisão e clareza quanto pareceu melhor, em vista não só das regras que a justiça universal tem prescripto para a qualificação dos crimes e para a gradação das penas, senão tambem das doutrinas mais applicaveis á indole, tendencia e habitos da nação; mais adequadas ao systema constitucional da monarchia, e mais seguidas nos differentes codigos penaes, até agora publicados.»

Todavia, não tardou o governo em concordar na insufficiencia da reforma de 1852, acompanhando a opinião hostil manifestada immediatamente na imprensa, na tribuna, na Universidade e no fóro, a qual exigia na lei uma reforma que a elevasse a toda a altura da sciencia penal.

22. Reconhecimento immediato da necessidade de o reformar. — Foi nesta ordem de ideias que o governo nomeou, por decreto de 6 de junho de 1853 (cinco dias depois da sancção legislativa), uma comissão encarregada de rever aquelle Codigo, composta de seis vogaes e presidida pelo ministro da justiça, a qual deveria proceder, com os auctores do Codigo, a esse exame e revisão.

Como se vê, Napoleão agourava maior duração aos seus codigos, quando dizia que podiam subsistir durante trinta annos sem necessitarem de revisão: — *il faudra les refaire dans trente ans.*

Em 10 de julho de 1854, na regencia de D. Fernando, foi expedida uma circular ao Supremo Tribunal de Justiça e aos outros tribunaes judicarios, mandando-se que no seu relatorio annual para o ministerio da justiça o presidente d'aquelle Supremo Tribunal incluisse as ponderações que se lhe offerecessem sobre

as difficuldades e embaraços suscitados na execução do código penal, a fim de se verificar se elles provinham da falta de um código de processo criminal ou de outros motivos, e se convinha alterar e emendar alguns artigos do Código.

Tendo fallecido ou estando ausentes alguns membros da comissão nomeada em 1853, foram nomeados, por decreto de 30 de dezembro de 1857, dois novos vogaes. Seguiu-se o decreto de 3 de fevereiro de 1858, que concedeu a escusa a tres vogaes, substituindo-os por outros ¹.

X²

25. Elaboração do projecto de 1861. — Em 10 de agosto de 1859, foi apresentado ao governo o projecto da primeira parte do código penal elaborado pela comissão e precedido de um *Relatorio* datado de 10 de julho do mesmo anno, assignado por Antonio de Azevedo Mello e Carvalho (presidente), José Antonio Ferreira Lima, Joaquim Pereira Guimarães e Dr. Levy Maria Jordão (secretario e relator), os quaes foram louvados por portaria de 21 de setembro desse anno.

Em 1860 a comissão, tendo já sahido della o

¹ Estes diplomas foram publicados pelo gabinete historico presidido pelo duque de Loulé, que succedera ao ministerio da Regeneração, cahido em 1856. Loulé esteve no poder até 1859, sendo substituido por um segundo governo da Regeneração, tendo a pasta da Justiça Marteus Ferrão. Em 1860 subiu de novo o ministerio historico com Loulé e Lobo de Avila.

² OBSERVAÇÃO. A materia deste e dos seguintes paragraphos, é reprodução, com pequenas alterações, do *Resumo das lições do anno lectivo de 1904-1905 para a 14.ª cadeira da Faculdade de Direito na Universidade de Coimbra* — organizado sobre apontamentos do respectivo professor, o Ex.^{mo} Sr. Dr. Henriques da Silva, por Alberto Dinis da Fonseca e Augusto Cesar Pires de Lima, alumnos do 5.º anno da mesma faculdade.

vogal Joaquim Pereira Guimarães, fez uma segunda edição da primeira parte do projecto, que enviou ao governo por officio de 18 de junho, sendo louvada pela portaria de 30 de junho do mesmo anno.

Por officio de 7 de dezembro de 1861, sendo ministro da justiça Moraes Carvalho, o presidente da comissão apresentou ao governo um projecto completo, intitulado *Codigo Penal Português — Projecto da Comissão* — precedido de um extenso *Relatorio* datado de 20 de outubro e assignado por toda a comissão, mas escripto pelo secretario e relator dr. Levy Maria Jordão, mais tarde visconde de Paiva Manso, *Relatorio* que é um verdadeiro tratado de sciencia penal, unanimemente elogiado no estrangeiro e reputado como o repositório das ideias mais adiantadas e das theorias penaes mais aperfeçoadas da epoca.

Declara o *Relatorio* que valiosos subsidios foram prestados ao projecto por illustres criminalistas estrangeiros, taes como, Mittermaier, professor na Universidade de Heidelberg, e Hermann Schletter na de Leipzig; Boneville, conselheiro na relação de Paris; Ortolan, professor na faculdade de direito de Paris; Molinier, na de Toulouse; Haus, na Universidade de Gand; Eduardo Calmels, advogado na relação de Paris; Bossellini, professor da faculdade de direito de Modena, Francisco Carrara, Ellero, etc. Por propostas da comissão, consignadas nos citados officios de 18 de junho de 1860 e 7 de dezembro de 1861, todos estes sabios foram condecorados por D. Pedro V.

Neste ultimo officio propunha tambem a comissão que, no caso de o projecto ser convertido em lei, fosse denominado *Codigo de D. Pedro V*, em homenagem de gratidão e saúde ao rei bem-amado, pouco antes fallecido (em 11 de novembro de 1861), que tanto se empenhara pelo acabamento desse codigo e tanto

trabalhara para que nelle fossem consignados os principios eternos da natureza, da justiça e da humanidade.

Por portaria de 18 de dezembro de 1861 foi accusada a recepção do projecto e louvados os membros da commissão ¹. Mas o projecto não chegou a ser convertido em lei, e por isso não teve realização aquella proposta, sendo o projecto conhecido pela denominação — *Codigo Penal de 1861* ².

Apesar de não ter passado de projecto, é conveniente fazermos um estudo, embora ligeiro, das bases philosophicas em que assenta este codigo, e do systema das penalidades que adopta, porque esse codigo influuiu consideravelmente na legislação posterior.

24. Bases philosophicas deste projecto. Critica. — Segundo o *Relatorio*, o fundamento do direito de punir está no proprio *fim do Estado*; as penas têm por fim a *correção moral*, e, como consequencia logica, a *intimidação racional*, devendo ser reguladas pela *justiça moral* combinada com o *interesse social*.

Como se vê, este codigo foi largamente influenciado pelas doutrinas dos philosophos allemães, ou antes pelas escolas eclecticas francêsas da primeira metade do seculo XIX, as quaes procuravam conciliar os dois principios: o da justiça absoluta de KANT e o da utilidade social de BENTHAM, dando o predominio ora a um ora a outro.

¹ Vid. SILVA FERRÃO, *obr. cit.*, pag. 59 a 73; Cod. Pen. Port. de 1861, 1.º vol., *Relatorio e documentos* sob n.º 2.

² Ha deste *Codigo e Relatorio* uma nova edição de 1864, com algumas modificações, tanto no *Relatorio*, que é assignado sómente pelo relator, como no *Codigo*. Permaneceu todavia na sua designação a primeira data. Quando citarmos o *Codigo* ou o *Relatorio* sem designação de edição, referimo-nos á edição de 1864.

O redactor do projecto de que nos estamos occupando dava a preferencia e primazia ao principio KANTIANO. Assim, para haver crime, é preciso que haja uma injustiça, uma violação da lei moral, lei que é absoluta e tem a sua origem na razão, tal como o famoso imperativo categorico de KANT: — *o bem é bem pelo que intrinsecamente vale e não pelo bem que produz.* A razão humana, em que o auctor do codigo basea a sua lei moral, não é a *razão individual*, mas sim a *razão humana universal*, aquella que se suppõe existente em todos, pelo simples facto de serem homens.

Cáe por este facto no ambito da doutrina chamada — *auto-morphismo psychico* ou *auto-psychismo* — que attribue a todos os homens as mesmas faculdades, ideias e sentimentos sem distincção de condições e de individuos.

Segundo esta doutrina, todos os homens deverão ter a mesma concepção do bem e a mesma tendencia para elle.

Ora esta doutrina, que largo tempo teve fóros de verdadeira, está hoje abandonada, graças aos estudos da psychologia experimental, que vieram demonstrar que, de homem para homem, de idade para idade, de raça para raça, de país para país, e de sexo para sexo, variam essas ideias e sentimentos e varia a concepção do bem e do mal, do justo e do injusto.

Por outro lado, o codigo de 61 segue tambem as doutrinas de BENTHAM. Com effeito, diz o auctor do Relatorio: «Sómente são puniveis aquelles factos que, além do damno ao offendido, causam um damno moral, um alarme tal na sociedade, que a sua repressão por meio de pena se torna indispensavel á conservação, não sendo sufficiente para destruir o alarme a simples reparação do damno causado ao offendido. E

como a primeira condição para exigir responsabilidade por qualquer facto é a sua injustiça resultante da violação da lei moral, não poderá esta entrar no domínio do direito penal sem que, além da sua moralidade intrinseca, haja um damno causado, um alarma produzido cuja punição seja exigida pelo interesse social ¹.»

Em virtude, pois, deste principio, o fim do Estado consiste no direito e dever de manter a ordem jurídica e de a restabelecer quando alterada, tendo portanto o direito de punir o seu fundamento no fim do Estado conformemente ás doutrinas de KRAUSE e ARHENS, sobretudo deste ultimo, com quem o relator mantinha correspondencia.

Ainda a influencia das doutrinas allemães se manifesta na adopção das ideias de CHARLES ROEDER, professor na Universidade de Heidelberg ². Segundo esta escola, o Estado, ao mesmo tempo que assegura a ordem jurídica, assegura tambem as condições de vida social, visto que o direito é o sustentaculo da sua normalidade. Da realização da justiça, da manutenção da ordem do direito, resulta a vida, a ordem e o progresso da sociedade.

Deste modo procura a escola allemã conciliar os dois principios; restabelecer o direito perturbado, visto que desse restabelecimento resulta a vida normal das sociedades, e promover a prosperidade dessa mesma sociedade porque o seu interesse reclama a realização da justiça.

Não é aqui o logar proprio para apreciação das doutrinas desta escola. Occorre todavia perguntar: o prin-

¹ Relatorio cit., pag. 28.

² Relatorio cit., doc. n.º 3.

cipio da justiça, cuja observancia traz consigo a normalidade da vida social, e o principio da utilidade geral ligado ás condições bio-psychicas, serão independentes ou estarão subordinados um ao outro?

Entendem os philosophos dessa escola que cada um dos principios é autonomo, embora ambos se realizem com uma especie de harmonia preestabelecida.

Mas essa harmonia é facil de explicar, pois que o direito deve ser tanto mais perfeito, quanto melhor se conhecerem e respeitarem as condições de vida dos povos. É do estudo das condições do organismo social que se derivam os preceitos que devem reger o homem nas suas relações sociaes; é pelo conhecimento das leis de conservação e progresso social que se organiza essa justiça de que KRAUSE nos falla como fonte de prosperidade.

O direito, que é a parte da moral garantida pela coacção externa, é susceptivel como ella de aperfeiçoamento e de progresso.

A harmonia existente entre o direito e a utilidade social resulta do facto de as regras juridicas traduzirem as condições de existencia social.

Se reconhecessemos a autonomia das leis moraes e das leis psychicas, a que obedecem os organismos individuaes e os super-organismos sociaes, teriamos de logicamente concluir que ambos os principios andavam sujeitos a leis superiores, taes como dois relógios de egual mechanismo e marcando a mesma hora, mas completamente independentes um do outro.

E assim não chegaríamos a explicar como é que a moral varia com as condições historicas dos povos e das raças.

Continuemos, porém, com a exposição da doutrina do relatorio.

O crime é não só a violação da lei moral, mas ainda

origem de damno moral e social, devendo o Estado repará-lo, como diz o auctor do projecto.

Mas, se a violação é de ordem moral, como ha de ella reparar-se?

A injustiça, muito embora se manifeste por actos, está no sentimento; antes de apparecer no exterior, appareceu no interior.

Temos, portanto, de fazer voltar ao equilibrio natural os sentimentos do criminoso e para isso devemos empregar o *correcionalismo*.

Mas o crime, além de ser uma violação da ordem moral, é tambem uma origem de damno particular ou social e de alarme geral.

É preciso, pois, restabelecer a tranquillidade e confiança publica, devendo para isso a pena ser intimidativa.

A *intimidação racional* é comtudo uma consequencia dos meios empregados pela sociedade, a fim de corrigir o criminoso e de obrigar este a reparar os danos causados á victima ou á familia desta (*meios civis*).

A intimidação não é um fim, ou, pelo menos, não é o fim principal; é antes um *effeito* dos meios penaes empregados para conseguir a *correcção moral* do criminoso.

Estas ideias sobre a natureza da pena, foram evidentemente fornecidas pela escola allemã, como se vê das seguintes reflexões de ROEDER, o illustre criminalista de Heidelberg, a que já nos referimos e cujas opiniões foram perfilhadas por LEVY MARIA JORDÃO.

«A pena deve importar-se unicamente com o criminoso, com o seu estado intellectual e moral, o qual (como o demonstrou o seu modo de proceder, o seu crime), sendo essencialmente doente e anormal, deve ser modificado tanto quanto possivel (para que não tenhamos de esperar delle outros crimes semelhantes),

pela applicação de todos os meios justos e adequados a este fim *unico*, isto é, *immediato* da propria pena.

«Tudo o que se fizer para conseguir este fim, não deixará de *ao mesmo tempo* restabelecer a ordem moral, a harmonia, a segurança publica, etc., de toda a sociedade, de prevenir os funestos effeitos do mau exemplo, e impressionar os espiritos; mas sem empregar de modo algum meios *injustos em si*, sómente para conseguir este effeito, *como um fim à parte*, a intimidação.

«Todos estes effeitos ulteriores, estas *consequencias* salutaes, uteis, mas *indirectas*, da pena, derivam naturalmente desta (do mesmo modo que, curando um membro, se restabelece ao mesmo tempo a saude de todo o organismo)»¹.

Segundo a doutrina de ROEDER, deve attender-se á cura do orgão doente servindo a pena de meio therapeutico, que tem como resultado especifico restabelecer a harmonia interna do criminoso.

Porém, se assim é, quando se tratar dum incuravel, quer dizer, dum criminoso incapaz de correção, que deverá então fazer-se?

Não o diz ROEDER. Mas, para ser logico, devia abandoná-lo, visto que, sendo incorrigivel, nenhum effeito terá a pena sobre elle.

Ora é neste caso que deve adoptar-se a eliminação do criminoso, sacrificando-se assim este, ao interesse e á salvação de todos.

Além do fim *therapeutico*, que é mais difficil de conseguir, a pena tem ainda um effeito prophylatico, isto é, evitar o contagio do mau exemplo e advertir salutarmente todos os predispostos para o crime.

LEVY JORDÃO occupando-se, antes de mais nada, da

¹ Cit. *Rel.*, doc. n.º 3, pag. 223.

correcção do delinquente, não esquece todavia as necessidades da conservação social, e por isso estatue no seu *R latorio* que os criminosos incuraveis sejam internados em manicômios, como já era uso fazer-se em Inglaterra, onde, a par dos hospitaes communs para alienados vulgares, havia hospícios especiaes para os alienados criminosos ¹.

Na 1.^a edição do projecto, artigo 83.^o, a commissão que, segundo as ideias de ROEDER, dava maior importancia á correcção e regeneração do criminoso, do que á intimidação, admittia, por outro lado, a pena de morte, justificando assim esta disposição :

«Entre as ideias de melhoramento e de intimidação, que deverão sempre andar harmonizadas, pôde em casos rarissimos haver *collisão*; pôde o factio incriminado ser tal que, *perdida toda a esperanza de melhoramento* . . . a intimidação exija, para satisfação da lei da ordem, manifestação do justo, o maximo da expiação na vida do criminoso; nesse caso, e só *nesse caso*, e na *impossibilidade de harmonia* dos dois principios, deve o primeiro, que representa o interesse do individuo, *ceder* ao segundo, que representa o da sociedade» ².

Este interesse não é o da correcção do criminoso; é o da conservação social, ao qual aquelle deve *ceder*.

Ha aqui manifesta incoherencia, e tanto que na 2.^a edição do projecto desappareceu a pena de morte — não só por ser contraria á natureza, mas por estar em desaccordo com o principio do direito de punir e com a natureza e fins das penas, e para satisfazer a

¹ Cit. *Rel.*, paginas 58 e 59, e artigos 71.^o da 1.^a edição e 70.^o da 2.^a edição do *Projecto*.

² *Relatorio* da edição de 1861, pag. 58.

vontade nacional, que se pronunciava contra a pena capital — como claramente se diz no *Relatorio* ¹.

25. Organização das penas. Instituições complementares do regimen penitenciario. Precedente nacional do systema da sentença indeterminada. — O codigo de 1852 não continha uma unica palavra sobre o regimen penitenciario, apesar deste ser geralmente adoptado já nessa epoca.

O codigo de 1861 organizava o systema penitenciario, adoptando o regimen cellular contínuo, ainda hoje em vigor, por força da lei de 1 de julho de 1867, publicada em virtude do pessimo estado das cadeias.

O systema adoptado é fundamentalmente o mesmo em amboz os diplomas, podendo o codigo de 1861 considerar-se uma antecipação da lei de 1867.

As penas maiores, enumeradas no codigo de 1852, foram modificadas por aquelle projecto do seguinte modo:

- a) A *pena de morte*, incluída na primeira edição do projecto (art.º 83.º), foi eliminada na segunda edição.
- b) Os *trabalhos publicos*, que, pelo codigo de 1852 (art.º 33.º), consistiam no emprego do condemnado nos trabalhos mais pesados com corrente de ferro ao pé, ou com cadeia presa a outro companheiro, se a natu-

¹ *Rel.*, 2.ª edição, pag. 64. A pag. 225 desta edição encontra-se o documento n.º 4, que é um mappa das execuções capitaes em Portugal desde 1833 a 1846 inclusivé. De 1833 a 1836 inclusivé não houve execuções; de abril de 1837 a abril de 1846, em que se realizou a *ultima execução*, foram enforcados 33 reus e fuzilado um, o celebre *Remechido*, chefe de guerrilhas miguelistas, executado no Algarve a 2 de agosto de 1838. Este mappa encontra-se tambem a pag. 221 do *Relatorio* da 1.ª edição, e a pag. 223 e seguintes encontra-se o documento n.º 4-A, em que se dá uma desenvolvida noticia de algumas execuções anteriores.

reza do trabalho o permitisse, foram abolidos no projecto por serem injustificaveis aos olhos da sciencia penal, e principalmente por attentatorios da dignidade humana. Em França tinha sido abolida essa penalidade pela lei de 30 de maio de 1854.

c) *Prisão e degredo*. O relatorio considera a prisão individual, completada talvez pela deportação, a pena mais racional e a que melhor se harmoniza com os principios da sciencia.

Não obstante, as duas penas apparecem no projecto ainda distinctas. A experiencia de cada uma dellas forneceria depois bases seguras para um systema definitivo de repressão.

Applicava-se a prisão aos crimes que demonstrassem grande perversidade moral; e o degredo aos de perversidade menor ¹.

Tanto a prisão, como o degredo, que eram as unicas penas applicaveis aos crimes, comprehendiam tres classes: na primeira as penas eram perpétuas ou por tempo indeterminado; na segunda a penalidade ia de dez annos (maximo) a seis annos (minimo); e na terceira, de seis (maximo) a tres (minimo) (art.º 83.º e 84.º).

Na primeira edição, o projecto continha as mesmas classes, variando, porém, de duração, que era, na segunda classe, entre quinze annos e nove; e na terceira, entre nove e tres (art.ºs 82.º e 83.º).

A prisão devia cumprir-se no isolamento, ao passo que no degredo seria applicado o systema da separação dos condemnados por categorias. Estas eram tres, segundo a primeira edição do projecto: incorregiveis, duvidosos e melhorados (art.º 134.º). Na segunda edi-

¹ Cit. *Relat.*, paginas 78 e 79.

ção, o termo *incurregíveis* foi substituído pela palavra perversos (art.º 133.º).

Desappareceu assim uma incoherencia flagrante. Não pode haver condemnados incorregíveis num código que considera a correção como fim unico da punição.

O emprego do termo *perpétuas*, applicado ás penas de prisão e degredo, estava em contradicção tambem com o systema seguido, que visava á restituição dos criminosos á sociedade, depois de corrigidos.

Por isso o *Relatorio* deu áquella palavra o sentido de pena *por tempo indeterminado*, dependente do bom comportamento do criminoso, sentido differente do que ella tinha no código de 1852. Pelo projecto de 1861, os condemnados a penas perpétuas podiam livrar-se pela liberdade preparatoria, hoje denominada *liberdade condicional*, e pelo perdão, verificadas certas condições, e pela commutação, não fallando na amnistia, ou liberdade graciosa, concedida pelo poder moderador.

A *liberdade preparatoria*, hoje tão louvada, era concedida ao condemnado, que tivesse soffrido metade das penas de degredo ou prisão, de segunda ou terceira classe, ou dois terços, sendo reincidente, sob as seguintes condições:

1.º Nota de melhorado no livro do registo.

2.º Fiança de pessoa abonada, que se obrigasse tambem a assegurar ao afiançado meios sufficientes de trabalho e a subsistencia durante o tempo da liberdade preparatoria.

3.ª Informação completamente favoravel da administração do respectivo estabelecimento penal e do ministerio publico.

4.ª Obrigação de residir no local marcado pela autoridade administrativa de accôrdo com o ministerio publico.

5.ª Reintegração no estabelecimento, por se tornar

indigno da concessão, não se lhe levando em conta neste caso, para o cumprimento da pena, o tempo que tiver gosado de liberdade (art.º 156.º).

A liberdade preparatoria podia ser tambem concedida, nas mesmas condições, aos condemnados a prisão ou degredo de primeira classe, quando já tivessem soffrido pelo menos dez annos de pena, ou doze sendo reincidentes (art.º 156.º § un.).

A commutação ou redução da pena só podia ser concedida aos condemnados que tivessem nota de grande melhoramento moral, e informação favoravel da administração do estabelecimento penal, e do ministerio publico (art.º 165.º).

A commutação ou redução era sempre condicional: seriam privados de todo ou parte desse beneficio aquelles que não se comportassem bem (art.º 165.º § un.).

Para ser concedido perdão exigiam-se, além das condições necessarias para a commutação, mais duas: 1.ª ter pago o condemnado a reparação do damno e as custas, ou prestar fiança idonea a esse pagamento; 2.ª ter cumprido (sendo reincidente) dois terços da pena temporaria ou doze annos da de prisão ou degredo de primeira classe (art.º 163.º).

O perdão não prejudicava a acção civil pela responsabilidade civil, nem os direitos legitimamente adquiridos por terceiro (art.º 168.º § un.).

A commissão, comprehendendo que a prisão perpétua era incompativel com o regimen cellullar, addicionou ao artigo 119.º, em paragrapho unico, uma disposição com o fim de serem transportados para as colonias penaes os condemnados a prisão de primeira classe, depois de terem soffrido a prisão cellullar até ao maximo da segunda classe, cumprindo nessas colonias o resto da pena. O artigo 121.º da primeira edição

estabelecia esta doutrina, tanto para os condemnados a prisão de primeira como os de segunda classe, que tivessem soffrido prisão cellular por seis annos. Estas disposições tiveram em vista a garantia contra os instinctos perversos dos degredados, fazendo-os passar primeiramente por uma cadeia penitenciaria — *systema gradual*.

Com a concessão da liberdade preparatoria, do perdão, da commutação e redução da pena, mesmo aos condemnados perpetuamente, desappareceram as penas perpetuas e por isso se lhe deu, com razão, o nome de *penas por tempo indeterminado*.

Estava desta maneira esboçado o *systema* das penas indeterminadas, *systema* que é razoavel, admittindo-se um minimo, que se encontra fixado no projecto.

Mas, assim como o alarme desapparece com o melhoramento do criminoso e por isso se faz *cessar* a pena, assim tambem deverá *prolongar-se* esta quando esse melhoramento não se realiza fazendo subsistir o alarme social ¹. Coherente com este principio, o projecto estabelece o *prolongamento* ou *supplemento* da pena, tambem conhecido pelo nome de *detenção supplementar*. Consistia no aggravamento da pena num terço do tempo della, quando qualquer condemnado a prisão ou degredo de 2.^a ou 3.^a classe não mostrasse melhoramento ao findar o tempo marcado na sentença. No caso de reincidencia o supplemento era de dois terços (art.^o 155.^o).

A detenção supplementar era pronunciada pelo juiz de primeira instancia da localidade do estabelecimento penal, a requerimento do ministerio publico, ouvidos o chefe, os capellães do estabelecimento e o condemnado (art.^o 155.^o § unico).

¹ *Relat. cit.*, 2.^a edição, pag. 93.

26. Esboço do systema da condemnação condicional. Peculio. Colonias de refugio penal. — Outras instituições notaveis se encontram no projecto.

Esboça-se ali, por exemplo, o principio da *condemnação condicional* para os reus de bom comportamento que commettessem delictos de gravidade não alarmante.

Relativamente a estes, os juizes poderiam, por seu prudente arbitrio, substituir a reclusão de primeira ou segunda classe e a reclusão policial pelas respectivas multas, tendo em attenção as circumstancias especiaes do processo; ou ainda, em vez de applicar a pena, mandar assignar ao reu termo de bem viver, com a clausula expressa de incorrer como reincidente, quebrando o termo, na pena da respectiva infracção (art.º 117.º).

O projecto de 1861, tanto na primeira como na segunda edição, dividia as infracções em tres grupos, segundo o systema tripartido do codigo penal de Napoleão: *crimes, delictos e contravenções*. As penas correspondentes aos delictos eram a reclusão e a multa, que variavam na primeira classe entre tres annos e um anno, e na segunda entre um anno e um mês. As contravenções eram punidas com a reclusão judicial e multa leve, que variavam entre um mês e tres dias ¹.

Os juizes podiam tambem, no caso de haver circumstancias attenuantes *excepcionaes*, e tendo o reu *comportamento irreprehensivel*, limitar-se a admoesta-lo, advertindo-o de que, praticada nova infracção, incorreria como *reincidente* na respectiva pena. Essa admoestação não tinha o character de reprehensão, mas sim o de uma advertencia, em termos convenientes e

¹ Vid. proj. de 1861, 1.ª edição, artigos 82.º a 88.º; 2.ª edição, artigos 81.º a 87.º

sem *apparato de publicidade*, a um individuo que ainda não *perdeu os sentimentos do dever* (art.º 118.º).

O criminoso não soffria, portanto, cumulativamente as duas penas; e ahí se encontra a differença dessa condemnação da actual condemnação condicional (Lei de 6 de julho de 1893, art.º 9.º).

Tambem se encontra no projecto a instituição do *peculio*, ahí chamada *fundo de reserva*, e que consiste no deposito de uma parte do producto do trabalho do condemnado a prisão para lhe ser entregue quando obtiver a liberdade definitiva, sendo a outra parte destinada a socorrer a sua familia, a obras pias e tambem para reparação do damno aos offendidos (art.º 125.º). Esta instituição passou para a lei de 1867 (art.º 23.º), achando-se em vigor por força do artigo 117.º do codigo penal de 1886.

Pelo projecto de 1861 estadeleciam-se *colonias de refugio penal*, que não possuímos actualmente. O systema das *casas de refugio* é defendido no *Relatorio*, ficando comtudo ao cuidado da caridade particular; pronuncia-se de preferencia pelas *colonias agricolas de refugio penal*, sobretudo no Ultramar, cuja fundação ficava a cargo do governo (art.º 159.º)⁴. Estas colonias serviriam de refugio aos criminosos, depois de terem cumprido a pena, por causa do desfavoravel acolhimento que lhes faria a sociedade; e serviriam ao mesmo tempo para combater os preconceitos sociaes ácerca dos condemnados.

27. Estabelecimentos para menores delinquentes. Abolição da morte civil. O principio da rehabilitação dos condemnados. — Eram creadas no reino colonias agricolas

⁴ *Relat. cit.*, paginas 102 e 103.

para menores de dezoito annos, que alli estariam internados até á idade de 21 annos (art.º 140.º).

Quando LEVY JORDÃO escrevia o *Relatorio*, pronunciava-se uma forte corrente de opinião a favor da correccionalidade familiar, isto é, da instituição de colonias penaes em familia.

«Na Suissa tudo na organização dos asylos recorda a imagem da *familia*. Pequenas quintas (de 18 a 25 hectares), pequeno numero de rapazes (30 em cada asylo), obedecendo a um só mestre encarregado da sua educação e instrucção, pedagogo e agricultor ao mesmo tempo, e uma disciplina toda paternal, são as condições principaes do feliz exito da instituição na Suissa, mas em geral completamente desconhecidas em França, cujas colonias agricolas comprehendem vastas extensões de terreno, cada uma dellas com uma população nunca inferior a 100 rapazes, com um pessoal enorme, e com uma disciplina inspirada, mais pela dos quartéis ou prisões, do que pela da familia»¹.

LEVY JORDÃO accetava, pois, a instituição das colonias agricolas, em conformidade com o methodo traçado por PESTALOZZI e WERLHI na Suissa.

O projecto de 1861 impõe-se á nossa grande admiração, não sómente pela creação das instituições em que fallamos, mas tambem pelo seu character humano, temperado.

Assim, prescreve a *abolição completa da morte civil*, ou perda dos direitos fundamentaes da familia e da propriedade (art.º 152.º), que o codigo de 1852 admitia nos artigos 52.º, 53.º e 54.º; e reconhece direito a uma indemnização aos cidadãos julgados innocentes em processo de revisão (art.º 169.º). O *Relatorio*

¹ Cit. *Relat.*, pag. 87.

defende animadamente esse direito das victimas dos erros judicarios. «Esta questão de justiça começou a preoccupar todos os espiritos generosos, á medida que a acção repressiva se foi concentrando entre as mãos da sociedade, e que a responsabilidade da accusação injusta foi passando do accusador particular, a respeito do qual a resolução era simples, para o accusador publico» ¹.

Aquelle direito foi reconhecido em França pela ordenança de 8 de maio de 1788, durante o governo de Luiz XVI. MELLO FREIRE dizia ser injusto que o reu absolvido fosse obrigado a pagar as custas do processo; e que, portanto, a sociedade devia pagar todas essas despesas e reparar o damno, quer com o dinheiro do cofre do tribunal, quer com o producto das multas impostas aos verdadeiros delinquentes. Do mesmo modo devia ser indemnizado no seu bom nome, na sua honra e em relação a quaesquer damnos o réu (ou os seus herdeiros) que se reconhecesse ser innocente depois de publicada e dada á execução a sentença ².

O codigo penal vigente adopta os dois processos de rehabilitação: a *indemnização moral*, ou restituição á honra e ao bom nome, realizada por meio da publicação official da sentença absolutoria; e a *indemnização pecuniaria*, por perdas e damnos.

28. Reputação de que gosou, e abandono a que foi votado o projecto de 1861. — Não podiam ser mais favoraveis as condições em que appareceu o projecto de 1861. Reclamavam-no os protestos levantados contra as disposições do codigo de 1852, antiquadas e em desaccôrdo com as ideias mais em voga nessa epoca;

¹ *Relat.*, pag. 110.

² MELLO FREIRE, *Inst. Jur. crim. lusitani*, tit. 2.º, § 10.º, nota.

precedia-o um relatorio extenso, que era um estudo notavel e um valioso subsidio para a interpretação das disposições do projecto; fôra elaborado de cooperação com notaveis criminalistas estrangeiros e nacionaes; e, finalmente, estava em harmonia com os principios das sciencias medicas pelo auxilio que lhe prestaram as melhores auctoridades do país neste ramo da sciencia.

Além disso, o projecto levantára no estrangeiro uma corrente favoravel de sympathia entre os criminalistas mais eminentes.

BONNEVILLE, em carta ao relator, dizia que elle «era um verdadeiro tratado de direito penal, o monumento de legislação criminal mais satisfatorio e mais progressivo da epoca», que «fará honra aos seus eminentes redactores e será digno da intelligente e cavalheirosa nação a que é destinado».

BOSELLINI dizia que o *Relatorio* era um *tractado magistral*, e o projecto uma obra notavel para todos os que tivessem de estudar a legislação criminal, a ultima palavra da sciencia, e que tinha sido orientado pelos principios da humanidade, da religião, da ordem publica e da justiça.

HOLTZENDORFF considerava o projecto de 1861, naquillo que d'elle conhecia, um trabalho que alcançara a maior perfeição e que deveria servir de modelo á maior parte das legislações penaes ¹.

Apesar de tão bons auspicios, o projecto de 1861 não chegou sequer a ser discutido em côrtes. Comtudo encontram-se diplomas que se referem a elle, ou que nelle se inspiraram :

a) A portaria de 23 de outubro de 1865, publicada

¹ Estas opiniões podem vêr-se no *Relatorio*, doc. n.º 1.

por Barjona de Freitas, ministro da justiça no gabinete da fusão, sob a presidencia de Antonio Augusto de Aguiar, provoca o parecer dos magistrados, tanto judiciaes como do ministerio publico, e pede a opinião de varias corporações, e nomeadamente da Faculdade de Direito, sobre o projecto em questão ¹.

b) *Relatorio das propostas de lei apresentadas ás côrtes em 28 de fevereiro de 1867*, uma das quaes se converteu na reforma penal de 1 de julho de 1867.

Barjona de Freitas, justificando a sua proposta sobre a reforma das cadeias, dizia que esta era indispensavel, sendo necessario reformar ao mesmo tempo e profundamente o systema penal.

Parecia extranho, continuava elle, vir apresentar ás côrtes uma reforma parcial que devia fazer parte das reformas contidas no codigo de 1861, o qual em breve seria apresentado á discussão das camaras; que se notasse, porém, que a reforma, por elle apresentada, era subordinada ao pensamento e systema do codigo de 1861, e que a morosidade da discussão desse codigo, incompativel com a urgencia da reforma das cadeias, o levava a não esperar mais tempo para apresentar a sua proposta ².

c) *Relatorio que precede as propostas de lei de 13 de maio de 1870*, apresentadas ás côrtes pelo sr. José Luciano de Castro.

Referindo-se ao codigo de 1852, diz o sr. José Luciano: «Logo depois da publicação do actual codigo penal, fôra nomeada uma commissão para entender da

¹ Publicada no *Diario de Lisboa*, que antecedeu o *Diario do Governo*, anno de 1865, n.º 241.

² Publicado no *Diario de Lisboa* de 1867, n.º 49.

sua reforma. Ao cabo de alguns annos, essa commissão deu por terminado os seus trabalhos, offerecendo ao governo um codigo penal, modelado num systema novo, e porventura mais racional e completo do que o da legislação vigente.

Esse trabalho chegou a ser apresentado ás côrtes por um dos meus antecessores, mas nem sequer alcançou parecer da respectiva commissão. Parou ahi a reforma. O projecto, apesar de louvado por nacionaes e estrangeiros, lá jaz esquecido e desamparado nos archivos parlamentares» ¹.

Apesar do destino do projecto de 1861, este trabalho não se perdeu, pois serviu de base a trabalhos posteriores, nomeadamente á reforma de 1867 de Barjona de Freitas ².

XI

29. Reforma penal de 1867. — Na proposta que se converteu na lei de 1 de julho de 1867, Barjona de Freitas, inspirando-se no pensamento de alguns dos seus antecessores, e, querendo continuar a obra por elles iniciada, intendeu que devia reformar as cadeias, tornando-as, tanto quanto possivel, compatíveis com os progressos da sciencia penal, dando a estas as condições indispensaveis de capacidade, segurança e salubridade.

Guiado pelo projecto de 1861, que a esse tempo

¹ *Diario da camara dos deputados*, de 1870, paginas 452 e 453.

² Ha varias leis com a data de 1 de julho de 1867. Interessamos apenas a da reforma penitenciaria, e outra que alterava o artigo 27.º do codigo de 1852, organizando os principios de direito penal internacional, como se encontram no artigo 53.º do codigo de 1886.

estava para ser apresentado ao parlamento, introduziu Barjona na proposta as seguintes innovações :

a) *Abolição da pena de morte nos crimes civis*, já abolida quanto aos crimes politicos pelo acto addicional de 1852.

A pena de morte, diz Barjona, «paga o sangue com o sangue, mata mas não corrige, vinga mas não melhora, usurpa a Deus as prerogativas da vida, e, fechando a porta ao arrependimento, apaga no coração do condemnado toda a esperança de redempção, e oppõe á fallibilidade da justiça humana as trevas de uma punição irreparavel. . . ». «A pena de morte seria legitima, se a justificasse a lei da proporcionalidade da pena ao delicto, e, indeclinavelmente, a reclamasse a necessidade social. . . ». «Onde a estatistica criminal accusa a existencia de crimes de subida gravidade (*augmento progressivo*), onde não bastam as diligencias de prevenção e a severidade das penas que não atacam a vida, onde a instrucção, a moralidade, a brandura dos costumes, não alcançam dispensar o rigor da suprema penalidade, a necessidade social basta a legitimar nos poderes publicos o direito de applicar a pena de morte, quando ella não offende a justa proporção entre o castigo e o crime. . . ». «Com o desenvolvimento, porém, da civilização, dilata-se a força dos governos, armam-se as novas faculdades dos poderes publicos, derrama-se a moralidade, diffunde-se a instrucção, de maneira que a sociedade pode bem defender-se sem immolar á sua conservação a vida dos delinquentes ; e, portanto, a pena de morte é injustificavel. . . ». «Á voz da humanidade e do sentimento associam-se os dictames da sciencia e as tendencias da civilização. Levantam-se as assembleias legislativas contra o carrasco, instrumento brutal nas mãos da lei,

que o obriga a matar sem consciencia, a verter o sangue onde podia lançar balsamo a religião e crear raizes o remorso. Por ultimo vem ainda a estatistica commentar com algarismos a desnecessidade da pena de morte no estado actual da sociedade portuguesa ».

O *Relatorio* prova, com os dados numericos fornecidos pelo registo dos crimes praticados em Portugal desde 1860, que a percentagem dos crimes graves não augmentou, embora a pena de morte estivesse abolida de facto desde 1846, anno em que se realizou a ultima execução.

Para substituir a pena de morte, Barjona adoptou a de prisão cellular perpétua.

É evidente a incoherencia da admissão de uma tal pena num systema que tem por fim a correcção dos condemnados. Barjona justifica-se, dizendo que a prisão cellular perpétua se applicaria no momento em que ia desaparecer a pena de morte, para que não fosse prejudicado o effeito intimidativo desta.

Por outro lado, ficava á clemencia régia a prerogativa do poder moderador, para temperar o rigor da punição, não ficando de todo fechada a porta da esperanza e da rehabilitação.

b) *Abolição da pena de trabalhos publicos.* Esta pena foi supprimida, principalmente, por não satisfazer ao duplo fim da moralização e da intimidação do culpado.

O primeiro fim não era attingido com os *trabalhos publicos*, porque, além, de exporem o criminoso ao desprezo publico, o abatiam aos seus proprios olhos; extinguiam nelle todos os sentimentos de pudor e deste modo tolhiam completamente a sua regeneração, não radicando no seu espirito senão a reacção contra a pena, o amor do crime e o odio á sociedade.

Não se conseguia intimidar com essa pena, porque no nosso país era cumprida, ou nas cadeias, sem trabalho, ou nas obras publicas e municipaes, não se observando o rigor dos artigos 33.º e 78.º § 2.º do código de 1852.

Sob o ponto de vista economico, adverte a experiencia quão esteril é o trabalho do forçado, que, sem dignidade, deixa morrer a espontaneidade das suas faculdades individuaes, sendo o seu trabalho identico ao de um escravo.

Todos esses motivos levaram á substituição da pena de trabalhos publicos perpetuos pela de oito annos de prisão maior cellular, seguida de degredo em Africa por doze annos (art.º 4.º), que corresponde á pena do n.º 2.º do artigo 55.º do código penal de 1886.

A pena de trabalhos publicos temporarios foi substituida pela de tres annos de prisão maior cellular, seguida de degredo em Africa por tempo de tres a dez annos (art.º 5.º).

c) *Prisão maior*¹. Esta pena foi tambem abolida; sendo a perpétua substituida pela de prisão maior cellular por seis annos, seguida de dez annos de degredo (art.º 7.º); e a temporaria pela de dois a oito annos de prisão maior cellular (art.º 8.º).

d) *Degredo*. Pela l-i de 1867 o degredo ficou existindo apenas como pena complementar. Aos crimes a que era applicavel o degredo perpétuo manda esta reforma applicar a pena de degredo por oito annos, precedida da pena de prisão maior cellular por quatro (art.º 9.º).

¹ Vid. cod. de 1852, art.º 34.º

O paragrapho unico do artigo 8.º substitue o degredo temporario pela mesma pena de prisão cellular de dois a oito annos, que substituiu a prisão maior temporaria.

O auctor da proposta confessa que a pena de degredo não era defensavel em face dos mais adeantados principios da sciencia penal; mas pareceu-lhe que, num país colonial como o nosso, não era possivel prescindir dessa pena, como meio de colonização; e, por outro lado, affigurava-se-lhe que a pena de degredo, como complemento da prisão e tal como era regulada na proposta, não offerecia já os mesmos inconvenientes.

O degredado tinha já passado pela cadeia cellular, e assim era de esperar que não fosse affligir e perturbar as colonias com a ferocidade nativa dos seus instinctos, exacerbada pela corrupção adquirida na estrada do crime.

Além disso, as circumstancias do thesouro não permittiam deixar só a pena de prisão maior cellular para substituir todas as quatro primeiras penas maiores do codigo de 1852, o que daria em resultado dependem-se avultadas sommas na construcção de prisões com capacidade para alli se cumprirem todas essas penas.

e) *Applicação das penas.* Tendo a Reforma de 1867 alterado a escala penal do codigo de 1852, não podia deixar de regular, em harmonia com o novo systema, a applicação das penas, quando occorressem aggravantes ou attenuantes, e nos casos de reincidencia, crime frustrado e tentativa, cumplicidade e accumulacão de crimes (art.ºs 11.º a 19.º).

f) *Reducção do maximo da pena de prisão correcional.* Como a pena de prisão maior cellular ficava

sendo immediatamente superior á de prisão correccional, intendeu-se necessario reduzir o maximo da prisão correccional, para manter a devida proporcionalidade.

Este maximo, que era de tres annos, ficou reduzido a dois (art.^{os} 33.^o e 34.^o do codigo de 1852 e lei de 1867, art.^o 33.^o).

g) *Systema de prisão cellular.* Barjona de Freitas justifica, no *Relatorio*, a rejeição do systema auburniano e do cellularismo philadelphiano puro, com os seguintes fundamentos :

1) Não admittiu o systema de Auburn, porque a communicacão de dia entre os condemnados contrariaria os effeitos do isolamento nocturno, perturbando a meditacão e o recolhimento interior do criminoso, necessario para obter o seu melhoramento, e, por outro lado, proporciona-lhe relações, que mais tarde, depois do cumprimento das penas, o faziam voltar ao caminho do crime.

2) Não admittiu o systema de Philadelphia puro — o isolamento absoluto — porque, em sua demasiada severidade, longe de alcançar a reforma dos condemnados, acaba por torná-los loucos, sepultando nas trevas da demencia o sentimento do infortunio e a consciencia da responsabilidade.

No systema adoptado pela lei de 1867, attendia-se á regeneracão do criminoso pelo isolamento, que evitava o contagio do vicio, e pela concentraçãõ; mas, para lhe inculir confiança e para o chamar á regeneracão, permittiam-se as visitas dos parentes e dos amigos, para alliviar a espaços o soffrimento, e reanimar a esperança e a coragem no animo abatido dos condemnados (art.^{os} 20.^o e 21.^o).

h) *Disposições transitorias.* Na lei de 1867 vinham

incluidas algumas disposições transitorias, estabelecendo providencias que deviam ser observadas enquanto não estivesse em execução, por falta de cadeias, o systema de prisão cellullar.

Aos reus seriam applicadas, nas respectivas sentenças condemnatorias, as penas estabelecidas na lei de 1867; porém, nas referidas sentenças, seriam condemnados em alternativa nas penas que pelo codigo penal fossem applicaveis a esses crimes (art.º 64.º).

Mas a pena de morte nunca seria applicada, devendo substituir-se pela de prisão maior cellullar perpétua, e, na alternativa, pela de trabalhos publicos perpétuos (art.º 64.º § un.).

O parecer e projecto da commissão de legislação penal da camara dos deputados, que tinha como relator Antonio Pequito Seixas de Andrade, foi apresentado em sessão de 18 de junho de 1867.

Por proposta do deputado Sant'Anna e Vasconcellos foi dividido em duas partes: reforma penal e reforma das cadeias.

O projecto continuou a discutir-se na sessão de 21 de junho, passando, depois de approvedo, para a camara dos pares, onde foi apresentado o parecer da commissão respectiva na sessão de 26 de junho, sendo approvedo nesta mesma sessão, e, finalmente, convertido na lei de 1 de julho de 1867.

XII

30. Proposta de 1870. Decreto de 9 de junho do mesmo anno. — Em 14 de maio de 1870 apresentou o sr. José Luciano de Castro ¹ á camara dos deputados

¹ Era ministro da justiça do gabinete historico que subiu ao po-

seis propostas sobre os seguintes assumptos: 1.^a Reforma do código penal; 2.^a Reforma do processo criminal; 3.^a Fianças em processo criminal; 4.^a Regulando o despacho dos juizes para a relação dos Açores; 5.^a Extinguindo a relação commercial (que pouco depois foi extincta por decreto de 22 de junho de 1870); 6.^a Regulando a dotação do alto clero ¹.

Só interessa ao nosso estudo a primeira proposta, a cujo exame vamos proceder.

O principal pensamento desta reforma era diminuir as penas mais graves do código de 1852 emquanto de facto não vigorasse o systema de prisão cellular, estabelecido na lei de 1 de julho de 1867, o que demoraria ainda muito tempo por as circumstancias do thesouro não permittirem a construcção de prisões, conforme as indicações da sciencia e as necessidades da administração da justiça.

As exaggeradas penalidades assustavam a consciencia e apiedavam o coração do jury, que, não raro, para se não macular com iniquas condemnações absolvía os delinquentes de toda a responsabilidade criminal.

Pela proposta do sr. José Luciano ficava em vigor o systema penal de 1852, com as seguintes alterações:

1.^a A pena de morte era substituida pela de degredo perpétuo para as possessões *orientaes* de Africa, com prisão no logar do degredo pelo tempo que aos juizes parecesse conveniente (art.^o 2.^o).

2.^a A pena de trabalhos publicos perpetuos era

der em 12 de agosto de 1869, em substituição do ministerio reformista do Bispo de Viseu.

¹ Publicadas no *Diario da camara dos deputados*, de 1870, pag. 451 e seguintes.

substituída pela de degredo perpétuo para as possessões *occidentales* de Africa, e a de trabalhos publicos temporarios pela de degredo temporario com prisão no logar do degredo até tres meses (art.^{os} 3.^o e 6.^o).

3.^a A pena de prisão maior perpétua era substituída pela pena fixa de degredo por vinte annos para as possessões *occidentales* de Africa (art.^o 4.^o).

4.^a A pena de degredo perpétuo era substituída pela pena fixa de degredo por quinze annos para as possessões *occidentales* de Africa (art.^o 5.^o).

5.^a O maximo das penas temporarias de prisão maior e degredo era reduzido a doze annos (art.^o 7.^o).

6.^a Estabelecia-se o preceito de que as penas perpétuas se não aggravavam, e que as penas fixas de degredo por quinze e vinte annos podiam aggravar-se com prisão até seis meses no logar do degredo (art.^{os} 8.^o e 9.^o). Podiam, porém, ser attenuadas, applicando-se, em vez da pena de degredo perpétuo na Africa oriental, a mesma pena sem prisão, ou a pena de degredo perpétuo na Africa occidental, ou alguma das penas fixas de degredo (art.^o 11.^o), e, em vez da pena de degredo perpétuo na Africa occidental ou das penas fixas, as penas immediatamente inferiores, podendo descer-se até ao minimo das penas maiores temporarias, segundo o numero e importancia das circunstancias attenuantes (art.^o 12.^o).

7.^a Quanto ás penas temporarias, dispunha-se que podiam ser aggravadas até ao maximo das mesmas penas e reduzidas até ao minimo e descer até á prisão correcçional não inferior a dois annos, e que, na falta de circunstancias aggravantes ou attenuantes, fossem ellas applicadas no termo medio da sua duração de modo que, se a pena applicavel variasse entre três e doze annos, seria o réu condemnado a $7\frac{1}{2}$ annos (art.^{os} 10.^o, 13.^o e 14.^o).

Lopo Vaz mostrou expressamente não adherir a este ultimo preceito, declarando as razões por que o rejeitava; e por esse motivo mandam os artigos 59.º e 60.º da Reforma de 1884 (art.ºs 87.º e 88.º do código actual) attender á gravidade do crime.

Portanto, embora não haja circumstancias que precedam, acompanhem ou sigam a pratica do crime, quer inherentes á pessoa do criminoso, quer modalidades da acção¹, o juiz póde approximar-se do maximo ou do minimo, olhando á maior ou menor gravidade objectiva do facto.

8.ª A proposta continha disposições transitorias destinadas a facilitar a sua execução e a regular a sua applicação aos processos pendentes (art.º 17.º), e modificava tambem differentes artigos da parte especial do código (art.º 16.º).

9.ª Além disso era o governo auctorizado a fazer uma nova publicação do código penal, no qual se introduzissem estas modificações (art.º 18.º).

Foram precedentes da proposta do sr. José Luciano:

a) A portaria de 21 de agosto de 1869, que provocava o parecer dos magistrados judiciaes e do ministerio publico sobre uma reforma a effectuar no direito penal e no processo respectivo.

b) O discurso da corôa de 2 de janeiro de 1870, que promettia a apresentação de propostas tendentes a modificar o código de 1852 e a legislação correlativa.

c) O decreto de 13 de janeiro de 1870, que creava junto do ministerio da justiça, sob a presidencia do ministro respectivo, uma comissão incumbida de examinar os *Relatorios* dos magistrados e quaesquer

¹ Vid. artigos 91.º e seguintes do código de 1886.

outros documentos relativos á reforma penal projectada.

A proposta do sr. José Luciano não teve seguimento, porque, cinco dias depois de ter sido apresentada ás côrtes, cahiu o governo pelo golpe de estado de Saldanha (19 de maio).

Seguiu-se o ministerio dos cem dias, do qual fizeram parte Saldanha (presidente), Rodrigues Sampaio, D. Antonio da Costa, marquez de Angeja, Dias Ferreira, Camara Leme e conde de Magalhães.

Depois de soffrerem dois adiamentos foram as côrtes dissolvidas.

A este ministerio se deve o decreto de 9 de junho de 1870, que tornou extensiva ás provincias ultramarinas a abolição da pena de morte nos crimes civis (art.º 1.º), mandando que nos crimes punidos com a pena de morte fosse applicada a pena immediata (art.º 2.º).

A lei de 1 de julho de 1867 não fôra publicada nos boletins officiaes do ultramar, nem referendada pelo ministro da marinha.

Daqui derivou a falta de uniformidade na applicação da pena de morte nos juizos da primeira instancia, e até nas relações.

Juizes havia que observavam a disposição do codigo de 1852, não considerando em vigor, no ultramar, a lei de 1867.

Esta incerteza desappareceu com a publicação do decreto dictatorial de 1870.

Ao rei que abolira a escravidão no ultramar, diz o *Relatorio* que precede este decreto, cabia bem abolir a pena de morte, dando «ao mundo exemplos nobres que chamem a attenção dos estranhos para a doçura dos nossos costumes e para o poder da nossa civilização».

31. Outros projectos de reforma penal até 1881. — Ao ministerio dos cem dias succedeu o presidido por Sá da Bandeira, e a este, em outubro de 1870, o gabinete Avila.

Nesta situação occuparam a pasta da justiça successivamente o marquez de Avila (interino), Saraiva de Carvalho, Mello Gouveia e José Marcellino Sá Vargas.

Em sessão de 6 de maio de 1871, foram apresentadas por este ultimo duas propostas á camara dos deputados.

A primeira, convertida depois na lei de 15 de junho de 1871, creava no extinto convento das Monicas uma casa de detenção e correção para menores do sexo masculino.

A segunda, renovando a proposta do sr. José Luciano com algumas modificações, consistia, como esta, numa reforma penal em substituição da de 1867.

Dizia-se alli que nem o projecto de 1861, nem a lei de 1867 tinham sabido das regiões da theoria; e que se devia pôr fim ao extremo rigor das penas, pois este não corrige os criminosos, que vão buscar alento principalmente á esperanza da impunidade.

A proposta de Sá Vargas introduziu algumas novidades relativamente ás aggravantes e attenuantes.

Á proposta de 6 de maio de 1871 seguiu-se a proposta n.º 6 do sr. Julio de Vilhena, apresentada á camara dos deputados em sessão de 23 de dezembro de 1883, que abolia a pena de prisão celllular perpétua, substituindo-a pela de prisão celllular por 15 annos, seguida de degredo perpétuo.

No *Relatorio* que a precede, o sr. Julio de Vilhena, depois de confessar que lhe repugna em these a abolição das penas perpétuas, reputa, comtudo, a prisão celllular perpétua incompativel com os principios que servem de base ao systema penitenciario.

Esta proposta foi abandonada por deixar o seu auctor de fazer parte do ministerio.

XIII

32. As tres propostas de 10 de março de 1884. — A reforma penal mais importante foi a que apresentou Lopo Vaz na sessão de 10 de março de 1884, acompanhada por duas outras propostas ¹.

A reforma penal encontrava-se na proposta n.º 2.

Pela primeira acabava a conlemnação em alternativa, quanto aos criminosos do *sexo masculino*, aos quaes coubessem as penas perpétuas do código de 1852.

A necessidade da alternativa desapareceu depois da construcção da penitenciaria de Campolide, onde os condemnados ás penas de prisão maior celllular seguidas de degredo, que substituíram aquellas, podiam ser cumpridas.

E, como as dimensões deste estabelecimento comportassem ainda o internato de alguns, mas não de todos os condemnados a prisão maior celllular e, na alternativa, nas de prisão maior e degredo temporario, estabeleciam-se certas regras para a escolha dos condemnados desta categoria, que deviam entrar em prisão celllular.

A primeira proposta creava tambem uma instituição nova, o conselho geral penitenciario, para resolver as questões relativas ao systema celllular, e cujas funcções eram gratuitas.

¹ Vid. *Relatorio e propostas*, Lisboa, Imprensa Nacional. O relatorio acha-se publicado tambem na *Rev. de Leg.*, vol. XVIII, n.ºs 898 e seguintes.

A terceira proposta continha preceitos relativos ao processo, restabelecendo o processo correcional, que foi creado pelo decreto de 10 de dezembro de 1852, eliminado pela lei de 18 de agosto de 1853, e proposto de novo em 1870 pelo sr. José Luciano de Castro.

Lopo Vaz copiou apenas a proposta do sr. José Luciano, exceptuando igualmente do processo correcional os crimes que por lei têm processos especiaes, e os crimes de diffamação, em que o diffamador se promptifica a provar os factos imputados aos funcionarios publicos, relativamente ao exercicio das suas funcções.

53. A proposta da reforma penal. A Nova Reforma Penal. O Codigo penal de 1886. — A segunda proposta, que deixamos para o ultimo logar por ser a mais importante, dividia-se em duas partes: *geral* e *especial*.

Na parte geral tentou-se corrigir varios defeitos do codigo de 1852.

Foi regulada a retroactividade da lei penal, aperfeiçoaram-se algumas noções sobre criminalidade, então confusas e deficientes, e fixaram-se os preceitos que deviam reger a responsabilidade criminal.

A reforma de 1884 aboliu todas as penas perpétuas, e reduziu a doze annos o maximo da duração das penas maiores temporarias; alterou e substituiu algumas regras geraes sobre a punição dos criminosos; aboliu a pena de trabalhos publicos temporarios, estabelecida pelo codigo penal de 1852, e a pena correlativa de prisão maior cellualar por tres annos seguida de degredo em Africa por tempo de trez a dez annos, estabelecida pelo artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867; fixou o maximo da pena de prisão correcional em dois annos; estabeleceu regras que facilitam a ap-

plicação harmonica de todas as penas, de modo que a alternativa não representasse uma iniquidade; procurou facilitar a applicação do código penal de 1852, tendo em vista o systema penitenciario estabelecido pela lei de 1 de julho de 1867, pois que estava prestes a concluir-se a penitenciaria de Campolide; e, finalmente, consignou muitas disposições, que, ou atenuavam o demasiado rigor da legislação vigente, ou preveniam casos omissos, ou tendiam a conformar esta legislação com as lições da experiencia e com os progressos da sciencia criminal.

Esta reforma, na parte geral, é tão vasta que poderia comportar a parte geral de um código, sendo a ordem dos artigos differente da seguida no código de 1852.

Na parte especial, tambem muito extensa, foi conservada a ordem dos artigos do código, soffrendo estes as alterações consideradas convenientes.

O auctor da proposta hesitou muito tempo, segundo confessa, sobre se devia apresentar um código penal completo, ou uma reforma parcial.

Pensou até em incumbir da organização desse código a comissão nomeada por decreto de 13 de janeiro de 1870; mas, além dos trabalhos desta estarem atrasados, não havia ainda bases seguras para uma reforma completa.

Não podia adoptar-se o systema do código de 1852, pois estava condemnado pela lei de 1867, nem a escala penal desta lei, porque faltavam dados experimentaes, que permittissem verificar se as penas do regimen penitenciario eram exageradas ou insufficientes, e se o regimen celllular devia ou não soffrer modificações.

Se não era opportuno e conveniente, nem talvez possivel, elaborar naquelle momento um código penal, é innegavel que muitas disposições do código de 1852 precisavam ser modificadas por injustas e deseguaes.

O auctor da proposta affirma que o codigo de 1852 era em muitos pontos iniquo e desigual nas penas, o que explicava a frequencia das decisões absolutórias dos jurados, que frequentemente negavam a criminalidade evidente dos réus, ou admittiam a existencia de circumstancias attenuantes, desnaturando assim o crime.

Este facto, diz Lopo Vaz, por varias vezes tem sido exposto ao parlamento em diversas epochas, tendendo a augmentar, como o provam os dados estatisticos dos processos com intervenção do jury.

Um codigo penal, nacionalizado ou original, tem de respeitar os costumes, a indole do povo e as tendencias predominantes.

Se o não fizer, produzir-se-ha contra elle uma certa reacção.

Assim se explica o facto de não se applicar frequentemente o codigo de 1852, cujas disposições, severas e por vezes cruéis, estavam em opposição com a indole dos portuguezes, branda e inclinada á benevolencia.

A pena de morte desapparecera de facto antes da abolição.

Os trabalhos publicos applicavam-se com frequencia, desprezando-se, porém, o rigor legal do artigo 33.º do codigo de 1852; se o condemnado não cumpria essa pena nas obras publicas de Lisboa e Porto, expiava-a nas cadeias.

O jury revoltava-se geralmente contra a perpetuidade das penas, impondo ao juiz, pela affirmação de circumstancias attenuantes, a substituição nos termos do artigo 81.º, ou decretando a impunidade, quando o julgador, reagindo contra aquella imposição, punia com rigor.

A grande duração maxima das penas maiores temporarias, ou a sua distribuição irregular pelos diversos

crimes, concorria igualmente para a impunidade ou para o uso excessivo da auctorização consignada no § unico do artigo 82.º, mantida no artigo 94.º do código de 1886.

A reforma impunha-se em face da proxima execução parcial do systema penitenciario, e da pouca harmonia entre o código e a lei de 1867, que se torna evidente pelo confronto das suas disposições.

Assim, na lei de 1867, a pena de morte foi substituida pela de prisão maior celllular perpétua (art.º 3.º), e na alternativa pela de trabalhos publicos perpétuos (art.º 64.º § un.); mas, na mesma lei, esta pena era substituida pela de prisão maior celllular por oito annos, seguida de degredo por doze.

Tal incongruencia, facilmente explicavel por não haver no systema do código, depois de abolida a pena de morte, pena mais grave que a de trabalhos publicos perpétuos, originaria grandes desigualdades na applicação do systema penitenciario, porque de dois criminosos, condemnados em alternativa á pena de trabalhos publicos perpétuos, um soffreria a prisão celllular perpétua e outro uma pena de duração limitada a vinte annos, sendo oito apenas expiados em prisão celllular.

A violencia da pena de trabalhos publicos e a humilhação por ella causada compensariam, se fosse executada a disposição do artigo 33.º do código penal de 1852, talvez demasiadamente o isolamento inherente á prisão celllular, e portanto a sua perpetuidade era evidentemente injusta desde que lhe correspondia no systema penitenciario a pena de oito annos de prisão maior celllular seguida de degredo por doze.

Qualquer que fosse legalmente o rigor desta pena, equivalia de facto á de prisão perpétua em commum, e por conseguinte de dois condemnados, um a traba-

lhos publicos perpétuos e outro a prisão perpétua, expiariam de facto a mesma pena com o mesmo soffrimento, mas, cumprindo as penas do systema penitenciario, o primeiro expiaria a pena de prisão celllular por oito annos e degredo por doze, e o segundo a prisão celllular por seis e degredo por dez (lei de 1867, art.^{os} 4.^o e 7.^o).

A prisão maior perpétua correspondia, como vimos, á prisão maior celllular por seis annos seguida de degredo por dez.

É evidente a desproporção entre uma pena de prisão perpétua, em que podia haver tambem o isolamento (art.^{os} 34.^o, 49.^o e 78.^o do codigo de 1852), e uma de dezaseis annos, seis dos quaes apenas de isolamento celllular.

Aos crimes punidos com degredo perpétuo manda a lei de 1867 applicar a pena de degredo por oito annos, precedida de prisão maior celllular por quatro.

De modo que a uma pena perpétua equivalia outra de doze annos, quatro dos quaes sómente de prisão celllular.

A pena de degredo perpetuo, a que na lei de 1867 corresponde prisão celllular por quatro annos, seguida de degredo por oito, está na ordem da gravidade um grau acima da pena de prisão celllular de dois a oito annos.

Como a prisão maior temporaria podia ser imposta por quinze annos e com isolamento (art.^o 34.^o), o que equivale a quinze annos de prisão celllular, tinhamos que em face da lei quinze annos de prisão celllular eram considerados pena menos grave que uma pena de doze com quatro sómente de isolamento celllular.

A prisão maior temporaria de tres a quinze annos era substituida, na escala penal da lei de 1867, pela de prisão maior celllular de dois a oito annos, podendo

assim uma pena maior celular de oito annos estar em equivalencia com uma celular de quinze.

Havia, portanto, necessidade urgente duma reforma.

Embora a proposta n.º 1 de Lopo Vaz ordenasse que a penitenciaria recebesse de preferencia os condemnados ás penas perpétuas do código de 1852, não se referia ás mulheres para as quaes não havia ainda estabelecimento penitenciario.

A proposta n.º 2 foi estudada e obteve parecer da commissão de legislação criminal na sessão de 4 de abril de 1884 ¹.

Na mesma sessão começou a discutir-se a sua generalidade, que se prolongou pelas sessões de 5, 7, 14, 15, 16 e 18, sendo votada afinal na sessão de 19 de abril, em que começou a discutir-se a parte geral approvada em 24 deste mês.

Entrou depois em discussão a segunda parte, correspondente ao livro segundo do código de 1852, que foi votada em 28.

Passou logo para a camara dos pares, cujo parecer foi dado a 9 de maio, sendo approvada na generalidade e seguidamente, sem discussão, na especialidade ².

Foi promulgada a reforma penal pela carta de lei de 14 de junho de 1884, cujo artigo 5.º auctorizava o governo a fazer uma nova publicação do código penal, onde deviam inserir-se as disposições da lei de 1884.

Encarregada uma commissão deste trabalho, foi finalmente approvada por decreto de 16 de setembro de 1886 a nova publicação official do código penal,

¹ *Diario da camara dos deputados*, 1884, paginas 1047, 1208 e 1285.

² *Diario da camara dos pares*, pag. 532.

que acompanhava o mesmo decreto, e que é geralmente conhecido pela designação de *Código Penal de 1886*.

Como se vê do que fica exposto, não se tracta de um código penal propriamente dicto, nem mesmo de uma codificação completa do direito penal. Não se tracta de uma codificação completa, pois a auctorização foi sómente para a publicação do código penal de 1852 com as modificações da lei de 1884.

Ora tendo esta lei por fim harmonizar o código penal de 1852 com a Reforma Penal de 1867, parecia razoavel que as disposições desta lei que não foram revogadas, como são as dos artigos 11.º, 13.º, 14.º e 15.º, também deviam ser insertas em o novo Código. Todavia o governo não as inseriu, apesar de ter inserto outras para que aliás não estava auctorizado, como são as de outra lei, também de 1 de julho de 1867, sobre territorialidade da lei penal e que se encontram no artigo 53.º

Tambem não é um código propriamente dicto, pelo que as disposições que nelle se encontrem e que representem excesso da auctorização não podem ser acatadas, taes são a do artigo 197.º, que tinha sido expressamente revogado pelo artigo 74.º § unico da Nova Reforma Penal, a do artigo 79.º que não exprime a doutrina legal, etc. E pelo contrario algumas disposições ha do código de 1852 que não apparecem no novo código e que todavia não podem considerar-se revogadas, como as dos artigos 79.º e 82.º e outras que em lugar opportuno serão indicadas ¹.

34. Execução parcial do regimen penitenciario. — Na

¹ Veja-se a *Rev. de Leg.*, vol. XXIII, pag. 20, vol. XXXV, pag. 178, etc.; a *Rev. dos Tribunaes*, vol. XIII, pag. 273.

previsão de em breve começar a execução parcial do regimen penitenciario pela conclusão da penitenciaria central de Lisboa, o decreto de 24 de janeiro de 1884 determinava que o pessoal das *cadeias civis* fosse provido *provisoriamente*, a fim de não causar estorvos áquella execução.

A carta de lei de 29 de maio de 1884 fixou o quadro e vencimento do pessoal da penitenciaria central de Lisboa, regulando ao mesmo tempo a nomeação, aposentação, demissão ou suspensão deste.

O artigo 6.º auctorizava o governo a decretar, num regulamento, as attribuições, direitos e deveres de todos os empregados da cadeia, e as penas disciplinares applicaveis.

Usando desta faculdade e da concedida pelo artigo 60.º n.º 2.º da lei de 1867, o governo publicou, com character provisorio, o regulamento da penitenciaria geral de Lisboa, approved por decreto de 20 de novembro de 1884, seguindo o systema das cadeias de Lovaina e Madrid, visitadas por dois funcionarios do ministerio da justiça¹.

Em 20 de novembro de 1884, publicou-se outro decreto, correspondente á proposta n.º 1 de Lopo Vaz, que se occupava da execução parcial do systema celular², ordenando que, desde 15 de janeiro de 1885,

¹ Este regulamento está ainda em vigor, mas com algumas modificações feitas por diplomas posteriores. Assim o capitulo II relativo ao pessoal foi modificado por decreto de 26 de novembro de 1896, publicado no uso da auctorização concedida pela lei de 21 de maio do mesmo anno, artigo 1.º

² Este decreto diverge da proposta n.º 1 no seguinte: 1.º Eliminou o artigo 1.º da proposta (que mandava que não fossem condemnados em alternativa nas penas fixadas pelo codigo penal os criminosos do sexo masculino a que fossem applicadas as quatro penas fixas do systema penitenciario), por isso que um decreto não podia alterar uma lei (a lei de 1867, art.º 64.º § unico): 2.º Em ter creado uma *comissão delegada do conselho geral penitenciario*: 3.º Em admitir na penitenciaria condemnados mesmo a prisão correccional.

seja este applicado na penitenciaria de Lisboa aos seguintes reus do sexo masculino :

a) A todos os condemnados por sentença passada em julgado, posteriormente a 14 de janeiro de 1885, em alguma das penas fixas estabelecidas no artigo 49.º da reforma penal de 1884 e nos artigos 4.º, 7.º e 9.º da lei de 1867 (hoje art.º 55.º n.ºs 1.º, 2.º, 3.º e 4.º do Codigo penal de 1886), ou, em alternativa, nas dos n.ºs 1.º, 2.º, 3.º e 4.º do artigo 50.º daquela reforma (hoje art.º 57.º n.ºs 1.º, 2.º, 3.º e 4.º do citado Codigo) ;

b) Aos condemnados depois da mesma data nas penas de prisão celllular de dois a oito annos, ou, em alternativa, em alguma das penas temporarias de prisão maior e degredo, que forem expressamente designados pela commissão delegada do conselho penitenciario ¹, a qual preferirá :

1.º Os menores de 21 annos, condemnados a prisão

¹ O conselho geral penitenciario era e é constituido por vogaes natos e vogaes electivos (cit. decreto de 20 de novembro de 1884, art.º 6.º).

São vogaes natos :

- 1) O ministro da justiça, que é o presidente ;
- 2) O procurador geral da corôa e fazenda, vice-presidente ;
- 3) O juiz do Supremo Tribunal de Justiça, que for nomeado por decreto ;
- 4) O juiz da Relação de Lisboa, nomeado por decreto ;
- 5) O juiz relator do Tribunal Superior de Guerra e Marinha (actualmente, Supremo Conselho de Justiça militar) ;
- 6) Os conselheiros directores geraes do ministerio da justiça ;
- 7) O juiz de direito do districto criminal da comarca de Lisboa, em cuja circunscripção está a cadeia penitenciaria ;
- 8) O professor da Escola Medica de Lisboa, que fôr nomeado por decreto ;
- 9) O professor da Escola Polytechnica, nomeado por decreto (decr. cit., art.º 7.º).

São vogaes electivos :

- 1) Dois advogados eleitos pela Associação dos Advogados de Lisboa ;
- 2) Dois socios effectivos da Academia Real das Sciencias, eleitos pela mesma ;

maior cellular por tempo não excedente a quatro annos, ainda que tenham soffrido já outra condemnação;

2.º Em desigualdade de penas, o condemnado a pena menos grave;

3.º Em egualdade de penas: a) os condemnados que não tiverem soffrido outra condemnação relativamente aos que a tenham soffrido; b) os condemnados mais novos em relação aos de maior idade.

A commissão regulará as admissões de condemnados na cadeia geral penitenciaria do districto da relação de Lisboa, de maneira que nunca falem cellas em que sejam recolhidos os condemnados nas penas maiores fixas (cit. dec., art.ºs 2.º, 11.º e 13.º).

Tambem poderão cumprir penas na cadeia peniten-

3) Um medico eleito pela Sociedade de Sciencias Medicas de Lisboa;

4) Um engenheiro architecto, eleito pela Associação dos Engenheiros Civis (decr. cit., art.º 8.º).

Os ministros de estado honorarios, que tenham occupado a pasta da Justiça, os presidentes das camaras dos pares e deputados, o presidente da Associação Commercial de Lisboa e o presidente da Camara Municipal da mesma cidade, podem tomar parte nas sessões do Conselho Geral Penitenciario, quando se tracte de assumptos da sua competencia (art.º 10.º).

As attribuições do Conselho Geral são (art.º 12.º);

1.º Recomendar ao governo, ouvido o director da penitenciaria, a proposição ao poder moderador do perdão ou diminuição das penas comminadas aos reus que, depois de cumprirem duas terças partes da pena de prisão cellular, houverem dado provas de completa regeneração (Confronte se o art.º 7.º do decreto de 16 de novembro de 1893 sobre liberdade provisoria ou condicional);

3.º Promover a organização de sociedades protectoras dos condemnados que tenham cumprido as penas (Vide decreto de 23 de agosto de 1902).

Do Conselho Geral Penitenciario destaca-se uma commissão delegada, composta dos directores geraes do ministerio da justiça e de dois membros eleitos pelo conselho penitenciario, sendo presidente o director geral mais antigo (cit. dec., art.º 11.º), sendo para notar-se que a esse tempo os directores geraes do referido ministerio eram tres, ao passo que hoje são apenas dois (decreto de 21 de setembro de 1901, que reorganizou esta Secretaria de Estado, art.º 1.º).

ciaria os reus condemnados pelos tribunales militares na pena de prisão celllular (dec. cit., art.º 3.º) ¹, e tambem, temporariamente e enquanto houver espaço disponivel, poderão cumprir nella a pena de prisão maior temporaria os condemnados do sexo masculino não designados pela commissão, contanto que não fiquem sujeitos ao regimen de absoluta separação de preso a preso (cit. dec., art. 4.º) ².

Egualmente serão admittidos na penitenciaria por ordem do ministro da justiça, enquanto não estiverem construidas as prisões cellulares, creadas pela lei de 1867, quaesquer outros presos do sexo masculino, abrangendo mesmo os condemnados a prisão correccional, desde que houver espaço disponivel na cadeia penitenciaria, sem prejuizo nem restricção da admissão dos reus para o cumprimento das penas do systema celllular, não ficando sujeitos ao regimen de absoluta separação (cit. dec., art.º 5.º).

Estas ultimas disposições (art.ºs 3.º, 4.º e 5.º) não tinham correspondentes na proposta de Lopo Vaz.

Quanto ás primeiras, vê-se dellas que Lopo Vaz, na

¹ Ainda hoje os reus militares cumprem nas penitenciarias civis a pena de prisão maior celllular a que forem condemnados (Codigo de justiça militar de 13 de maio de 1896, art.º 18.º e § un.). A cadeia penitenciaria de Santarem, que foi convertida em presidio militar, é destinada sómente aos reus condemnados á pena de presidio militar (*Reg. geral dos estabelecimentos penaes militares*, de 24 de dezembro de 1896, art.º 4.º), e esta pena é diversa da de prisão maior celllular (cit. cod., art.ºs 13.º, 17.º, 18.º e 20.º), se bem que corresponde para os crimes militares á pena de prisão celllular para os crimes communs, e é cumprida de modo similhante (regimen *auburniano*). (Vid. relatorio que precede o decreto de 10 de janeiro de 1893, que approvou e promulgou em dictadura o Codigo de Justiça Militar).

² Estes presos não são obrigados a trazer capuz, podem trabalhar em commum, mas vigiados por guardas, e podem passear nos pateos sem separação dos outros presos da mesma classe, ou nas dependencias da cadeia, devidamente vigiados e guardados (*Reg. prov. da cadeia geral penitenciaria de Lisboa*, de 20 de nov. de 1884, art.ºs 289.º a 294.º).

impossibilidade de dar execução plena ao systema penitenciario e tendo de estabelecer preferencias quanto aos criminosos que haviam de cumprir a pena segundo este regime, seguiu um systema ecclectico, dando, por um lado, preferencia aos grandes criminosos condemnados a penas mais graves, e, por outro, de entre os criminosos condemnados ás penas menos graves, aos que o fossem ás mais leves.

Na França e na Hespanha, dizia, dava-se preferencia, para o cumprimento das penas na penitenciaria, aos condemnados menos perigosos por se entender que, sendo presumptivamente menor a sua depravação, eram mais prejudicados pela vida em commum com os outros criminosos e auferiam daquelle systema resultado mais efficaz sob o ponto de vista da sua regeneração moral, e porque, entrando na penitenciaria os condemnados a prisão de menor duração, a maior numero podia aproveitar o beneficio do regime cellular. Mas, sem desconhecer a força destes argumentos, julgava Lopo Vaz necessario attender a outros principios, e, nomeadamente, ao effeito intimidativo da pena.

Depois da abolição das penas perpétuas, oppostas ao systema penitenciarista, devia tratar-se da segurança geral do Estado, tendo-se em vista o duplo principio da regeneração do criminoso e da intimidação, o que se conseguia com a prisão cellular, augmentando o rigor das penas e diminuindo a sua duração.

Lopo Vaz, confiando no effeito intimidativo da cella, affirmava que era licito suppôr que, entre cem dos maiores criminosos, não havia vinte que a perferissem, tal era o horror que despertára no país aquella reclusão. Não lhes applicar desde logo o regime cellular seria talvez agradavel aos pacientes, mas contrario aos interesses da humanidade e da justiça.

Relativamente aos condemnados nas penas maiores

temporarias, era necessario fixar as bases da sua escolha, por não poderem ser todos internados na penitenciaria.

A este respeito o auctor da proposta, prescindindo do effeito intimidativo do regimen celllar, já porque as penas temporarias do codigo de 1852 eram exaggeradas não havendo por isso a esperar sob o ponto de vista da intimidação resultado apreciavel da sua substituição pelo regimen celllar, já porque havia outros dados a attender, adoptou o systema francês e hespanhol, dando preferencia áquelles criminosos, cuja perversão fosse presumptivamente menor ou a regeneração mais provavel attenta a inferior gravidade das suas penas e outras circumstancias dignas de egual consideração.

A admissão na penitenciaria dos condemnados a penas temporarias ficava dependente da commissão delegada do conselho geral penitenciario, porque a capacidade daquella cadeia era insufficiente para conter todos os condemnados a essas penas.

Segundo os calculos do *Relatorio*, foram impostas as penas maiores a 339 criminosos no anno de 1878, e a 312 no anno de 1879, podendo avaliar-se em numero não inferior a 300 a media dos individuos assim condemnados annualmente.

A duração da prisão celllar não é inferior a dois annos nem superior a oito, salvos os casos previstos na lei.

Ora, como se vê pelo mappa demonstrativo do numero de cellas existentes na penitenciaria de Lisboa, junto do *Relatorio* citado, só poderiam alli cumprir as sentenças 536 criminosos, ou, quando muito, 556, segundo o regimen do isolamento individual, o que não seria sufficiente para abranger de um modo regular e permanente todos os condemnados a pena maior

ainda que a duração desta não excedesse em caso algum ao minimo legal da prisão maior celllular, isto é, a dois annos, hypothese aliás absolutamente inadmissivel.

A lei de 24 de maio de 1888 extinguiu as cadeias districtaes, mandando que a pena de prisão correccional fosse cumprida, em conformidade com as disposições da lei de 1 de julho de 1867, nas cadeias comarcãs construidas de novo ou adaptadas para esse fim (art.º 1.º); elevou o numero das cadeias penitenciarias geraes ou centraes, que pela mesma lei de 1 de julho de 1867 era de tres (art.º 28.º), a cinco, não excedendo as cellas o numero total de 1:700, podendo aproveitar-se para ambos os sexos o mesmo edificio, com absoluta separação e não communicando interiormente as duas partes do edificio; e auctorizou o governo a adquirir e apropriar para penitenciarias centraes até dois edificios construidos para prisão de criminosos nos termos da lei de 1 de julho de 1867 (art.º 2.º).

Os edificios, a que visava esta auctorização, eram as penitenciarias districtaes de Coimbra e Santarem.

A penitenciaria de Santarem, que foi posta á disposição do ministerio da guerra por decreto de 7 de fevereiro de 1895, passou a denominar-se, por decreto de 25 de abril do mesmo anno, *Presidio militar*, e por outro decreto desta data foi approvedo o regulamento provisorio do serviço interno deste presidio, que começou a funcionar em 1 de maio do dicto anno. Hoje o regulamento em vigor é de 24 de dezembro de 1896.

A de Coimbra foi convertida em penitenciaria geral para os condemnados civis.

35. A penitenciaria de Coimbra. — No anno economico de 1874 a 1875 adquiriu a Junta Geral do Districto o extincto collegio da Ordem de Christo e respectiva cêrca, para ahi construir a prisão districtal.

Começaram as obras de 1875 a 1876 e proseguiram por conta da Junta Geral até á promulgação da lei de 24 de maio de 1888, que auctorizou o governo a comprar este edificio, compra realizada depois, ficando, em virtude da mesma lei, destinado para cadeia geral penitenciaria.

Em 20 de dezembro de 1901 entraram os primeiros presos na penitenciaria de Coimbra.

A lei de 24 de maio de 1888 auctorizou o governo a fixar o quadro do pessoal desta penitenciaria, com as mesmas attribuições e direitos indicados pela lei de 29 de maio de 1884 para a penitenciaria de Lisboa.

Em 12 de dezembro de 1889 decretou o governo que aquella penitenciaria com 300 cellas ¹ fosse destinada aos condemnados do sexo masculino e estabeleceu o quadro do pessoal de nomeação do governo, determinando o mesmo decreto que o pessoal extraordinario, destinado ao ensino profissional e ao serviço da cadeia, fosse nomeado pelo director, conforme a disposição da lei de 1884 e o regulamento provisorio da penitenciaria de Lisboa, que foi mandado vigorar em Coimbra.

O pessoal superior foi effectivamente nomeado em janeiro de 1890, mas um officio da direcção geral dos negocios da justiça declarou que estes empregados se deviam considerar como não estando no exercicio das suas funcções.

Em 2 de agosto de 1898 foi o sub-director encarregado de fazer serviço na penitenciaria de Lisboa, conservando-se ahi até 30 de setembro de 1899 e apresentando um projecto de regulamento para a pe-

¹ Tem apenas 271 cellas a penitenciaria de Coimbra.

nitenciaria de Coimbra, cuja elaboração lhe tinha sido incumbida.

Em 5 de outubro de 1899 foi o sub-director encarregado de receber do ministerio das obras publicas o edificio principal da penitenciaria e de propôr e adoptar as providencias necessarias para a installação do estabelecimento.

Em 16 de novembro do mesmo anno foi nomeado o restante pessoal, com a declaração de que só entraria em exercicio e venceria quando o serviço o exigisse.

O pessoal entrou em exercicio em 1 de julho de 1900; mas o decreto de 5 do mesmo mês suspendeu do exercicio e vencimento todos os empregados.

Em 19 de setembro de 1901 foi o sub-director encarregado de novo dos trabalhos da installação; e no 1.º de novembro entravam em exercicio todos os empregados nomeados em 1890 e 1899¹.

¹ No orçamento geral do estado estão descriptas as verbas para o funcionamento da penitenciaria:

Tabella da despêsa do ministerio da justiça:

Art.º 23.º A — Secção 1.ª

Pessoal de nomeação do governo 10:870\$000 réis.

Secção 2.ª

| | |
|--------------------------------------|-----------------|
| Pessoal extraordinario | 3.000\$000 réis |
| Sustento e vestuario dos presos..... | 3.825\$000 » |
| Officinas | 1.050\$000 » |
| Combustivel..... | 300\$000 » |
| Agua e illuminação..... | 525\$000 » |
| Gastos geraes com os presos..... | 1.125\$000 » |

Relação do pessoal extraordinario, cujo quadro foi aprovado

pelo ministro da justiça em 14 de janeiro de 1902, sendo as nomeações feitas pelo director :

| | |
|---|---------------|
| 3 mestres para as officinas, cada um..... | 288\$000 réis |
| 3 ajudantes, cada um..... | 216\$000 » |
| 4 serventes de serviço especial, cada um..... | 144\$000 » |
| 2 barbeiros, cada um..... | 144\$000 » |
| 1 cozinheiro | 90\$000 » |
| 6 serventes de serviço geral, cada um | 72\$000 » |

Pessoal de nomeação régia :

| | |
|--|-----------------|
| 1 director..... | 1.000\$000 réis |
| 1 sub-director | 800\$000 » |
| 1 secretario..... | 500\$000 » |
| 1 professor..... | 360\$000 » |
| 1 medico privativo | 500\$000 » |
| 1 medico ajudante..... | 400\$000 » |
| 1 thesourero | 500\$000 » |
| 1 official de secretaria..... | 450\$000 » |
| 3 amanuenses, cada um..... | 280\$000 » |
| 1 chefe de guardas..... | 360\$000 » |
| 8 guardas de 1.ª classe, cada um..... | 250\$000 » |
| 14 guardas de 2.ª classe, cada um..... | 200\$000 » |

PARTE SEGUNDA

CAPITULO I

A lei penal

SECÇÃO I

Principios fundamentaes

56. Nenhum facto é criminoso sem que uma lei anterior o qualifique como tal. Quid, quanto ás penas, aos effeitos destas e ás circumstancias? Razão e origem historica daquelle principio. — Crime ou delicto, segundo diz o nosso codigo, é o facto voluntario declarado punivel pela lei penal (art.º 1.º).

Esta noção é completada ainda pela doutrina do artigo 5.º — nenhum facto, ou consista em acção ou omissão, póde julgar-se criminoso sem que uma lei anterior o qualifique como tal.

Daqui se conclue que só é crime o facto voluntario que a lei considerar como tal.

Não ha, portanto casos omissos em materia de direito penal — contrariamente á maxima bastante conhecida *jus finitum, facta autem infinita* — e por isso

*

ficam sem effeito quanto a ella as disposições do artigo 16.º do codigo civil relativamente aos processos de interpretação e nem se torna preciso recorrer a legislação subsidiaria.

O artigo 18.º do codigo penal diz expressamente que não é permittida a analogia ou inducção por paridade ou maioria de razão para qualificar qualquer facto como crime, devendo sempre verificar-se para que um determinado facto seja considerado criminoso, todos os elementos constitutivos expressamente indicados na lei penal.

Excepcionalmente, porém, e tratando-se de circumstancias attenuantes, pôde o juiz considerar taes outras quaesquer, além das expressamente enumeradas no artigo 39.º do codigo penal, sendo esta enumeração meramente exemplificativa (cit. art.º, circumstancia 23.ª).

No que diz respeito á penalidade tambem o codigo diz no artigo 84.º que nenhuma pena poderá ser applicada sem que venha decretada na lei, assim como não pôde uma pena substituir-se por outra senão quando a lei auctorizar essa substituição (art.º 85.º).

Para as contravenções de policia tambem não ha casos omissos, artigos 484.º e seguintes.

Os effeitos das penas, logo que estas passem em julgado, serão unicamente, no dizer do artigo 74.º, os declarados nos artigos subseqüentes.

Os artigos 41.º e seguintes, que se referem ás circumstancias dirimentes da responsabilidade criminal, são tambem de character taxativo (art.º 52.º), e egualmente o é o artigo 34.º, que se refere ás circumstancias aggravantes.

Como se vê, só relativamente ás circumstancias attenuantes é que se deixou ao julgador liberdade para supprir as omissões da lei.

Esta faculdade, que pelo codigo de 1852 se esten-

dia tambem ás circumstancias aggravantes, foi, por amor á coherencia, restringida só ás attenuantes, como apparece no codigo vigente.

Nenhum facto póde julgar-se criminoso sem que uma lei anterior o qualifique como tal, diz o artigo 5.º do codigo. A lei penal é, pois, uma declaração do poder legislativo que faz conhecer quaes são os actos de que o cidadão deve abster-se e aquelles que deve praticar sob a ameaça dum mal chamado pena. Tem duas partes: uma é dispositiva, isto é, estabelece e define quaes são os factos criminosos e quaes são os elementos constitutivos de cada um desses factos; outra é sancionadora e estabelece as penalidades applicaveis a esses factos criminosos, penalidades que tẽem de se empregar exclusivamente, isto é, só as que estiverem estabelecidas na lei para o facto em questão.

Dahi o aphorismo *nulla poena sine lege*, notando-se que isto não quer dizer que seja a lei que cria o delicto, sobretudo tratando-se dos chamados *delictos naturales*, isto é, aquelles que offendem directamente os sentimentos geraes de probidade e piedade.

A lei reconhece dum modo expresso a sua existencia, mas o delicto é a violação dum principio por todos reconhecido e que está fóra e acima da prescripção do texto legislativo.

Um codigo penal suppõe sempre a existencia de principios geraes aos quaes se refere e sem os quaes não se explicaria. Quando o codigo penal pune o homicidio e o furto suppõe a preexistencia dos seguintes principios: *é prohibido matar; é prohibido furtar*. Castigando com penas os actos contrarios a estes principios, a lei penal faz delles delictos.

Ha, porém, outros factos que por sua natureza não são considerados crimes; todavia, attendendo ás cir-

cunstancias do momento e como meio de previdencia social, são incluídos na categoria dos factos criminosos e para estes é indispensavel a determinação do legislador.

Qual será, porém, a razão porque no código apparecem especificados tanto estes ultimos, como os primeiros, chamados *delictos naturales*?

A necessidade, por um lado, de determinar a pena applicavel a cada um, e, por outro, a de prevenir abusos. A historia dá-nos sobejos exemplos do que póde o despotismo, quer religioso quer politico. Os exageros são frequentes e por isso é da maxima conveniencia, e de necessidade até, o determinar expressamente quaes são os factos qualificados como crimes.

A revolução francesa, como protesto contra os magistrados do antigo regimen, que arbitrariamente julgavam como crimes *extraordinarios* muitos factos que normalmente não seriam crimes, estabeleceu o principio da fixação e limitação legal.

Este principio fôra já expresso na declaração americana de 1776 e foi logo consignado na *Declaração dos direitos do homem* de 1789 e na constituição francesa de 3 de setembro de 1791, artigo 8.º

Daqui passou para a constituição do anno III, artigos 12.º e 14.º, para o *Code des délits et des peines* du 3.º brumaire do anno IV, artigo 3.º, e para o código penal francês de 1810, artigo 4.º¹.

O mesmo principio existe em todas as actuaes constituições. A nossa Carta, entre as garantias dos direitos individuaes do cidadão, menciona tambem esta: *Ninguém será sentenciado senão pela auctoridade com-*

¹ ORTOLAN, *Éléments de droit penal*, n.ºs 571 e seguintes e n.ºs 581 a 584 inclusivé; ADOLPHE PRINS, *Science pénale et droit positif*, n.ºs 64 a 67 inclusivé.

petente, por virtude de lei anterior e na fôrma por ella prescripta» (art.º 145.º § 10.º).

37. Sentido da palavra lei. — No artigo 5.º o nosso codigo emprega, como vimos, a expressão *lei anterior*.

Mas que *lei* será esta? Entender-se-ha por lei todos os actos do poder legislativo e só estes, ou abrangerá ainda actos do poder executivo, taes como decretos e regulamentos?

No espirito do nosso direito publico, que permite ao poder executivo regular por meio de decretos a applicação das leis de interesse publico e que confere tambem ás auctoridades e corporações administrativas locaes o direito de assegurar por meio de penas leves, dentro de limites precisos, a execução de seus regulamentos e posturas, a palavra *lei* abrange tambem estas medidas que fazem parte do nosso direito penal.

Os artigos 484.º a 486.º do codigo penal nenhuma duvida deixam a este respeito.

Mas que especie de lei será esta a que se refere o artigo 5.º do codigo penal?

Não pôde ser a lei civil, porque esta apenas pune as infracções das quaes resulte responsabilidade civil; tambem não pôde ser a religiosa, por que esta castiga peccados e não crimes; e da mesma fôrma não pôde ser a lei moral, porque esta tem por fim reprimir vicios.

Só pôde ser portanto a lei penal, porque esta é que pune os crimes ou delictos.

Mas onde se encontra essa lei penal?

Di-lo o artigo 15.º Quanto aos crimes communs, essa lei vem no codigo penal e na legislação especial a que se refere o n.º 1.º do § unico do mesmo artigo, pertencendo a esta, por exemplo, a lei de imprensa, a lei contra o anarchismo, a lei eleitoral, etc.; quanto aos crimes militares, praticados por membros do exercito

ou da marinha nos termos do artigo 16.º, vem também consignada a lei nos códigos de justiça militar e no código de justiça da armada.

38. Modos de interpretação da lei penal. — Tendo nós de applicar a lei, primeiro a devemos interpretar.

Ha quatro especies de interpretação :

1.ª *Interpretação authentica*, que é feita pelo mesmo poder que promulgou a disposição legal, isto é, pelo poder legislativo ;

2.ª *Interpretação doutrinal*, que compete aos jurisconsultos e aos tribunaes, não tendo força obrigatoria e valendo apenas pela auctoridade das razões em que se funda ;

3.ª *Interpretação logica*, isto é, a explicação racional e conforme á intenção do legislador, expressa quer no conjuncto das disposições, quer nos relatorios e propostas apresentadas, quer no decurso das discussões parlamentares ;

4.ª *Interpretação grammatical*, que é a que resulta do exame dos termos que o legislador empregou.

Quando por outra fórma se não consiga descobrir o sentido legal duma determinada disposição, recorre-se ao sentido puro e simples que as palavras empregadas querem exprimir.

Como vemos, são os mesmos processos de interpretação usados para a lei civil.

Convém contudo saber que em materia penal, e tratando-se da interpretação duma qualquer disposição, sempre que a lei seja obscura e o juiz não possa descobrir qual fosse a intenção do legislador nem pela letra, nem pelo espirito, nem por qualquer outro meio idoneo, seguir-se-ha a opinião mais favoravel ao réu.

Em materia penal não podem também ampliar-se as disposições legislativas, nem argumentar-se por analo-

gia ou maioria de razão (art.º 18.º), ao contrario do que succede em materia civil.

Estes dois principios devem ter-se sempre em vista na interpretação duma lei penal e resumidamente costumam exprimir-se pelas duas maximas latinas:

In dubio pro reo — *favorabilia amplianda, odiosa restringenda*.

SECÇÃO 2.^a

Da força obrigatoria da lei penal

39. Triplice aspecto sob que póde ser considerada. — A força obrigatoria da lei penal póde ser considerada debaixo de tres pontos de vista:

1.º Em relação ao tempo em que o crime foi commettido (*ratione temporis*);

2.º Em relação ás pessoas a quem se applicam as disposições penaes (*ratione personae*);

3.º Em relação ao logar onde o delicto foi praticado (*ratione loci*);

Tractaremos da sua applicação sob todos estes aspectos.

§ 1.º

Applicação das leis penaes quanto ao tempo

40. Exame e importancia actual do artigo 2.º da lei de 14 de junho de 1884. — Na carta de lei de 14 de junho de 1884, que approvou a Nova Reforma Penal, vem regulada no artigo 2.º a sua applicação aos processos pendentés ao tempo da sua promulgação ¹.

¹ Foi publicada no *Diario do Governo* de 28 de junho de 1884, n.º 136, e como nella não se estabeleceu providencia alguma especial ácerca da data em que devia começar a vigorar, começou a exe-

São tres as regras a applicar, mas só no que fôr favoravel aos réus, comò se lê no final do mesmo artigo 2.º

Como interpretar então as palavras *plena observancia* do artigo 2.º, quando de facto a Nova Reforma Penal só se applica, como dissémos, no que fôr favoravel ao réu?

Parece haver contradição, mas de facto não a ha desde o momento em que se attenda a que a Nova Reforma se applica e tem plena observancia, quanto a factos anteriores, só na parte favoravel aos réus, pois das palavras *plena observancia* se conclue que ha de tambem observar-se o disposto no artigo 1.º da Nova Reforma Penal, correspondente ao artigo 6.º do actual codigo, e, segundo elle, as disposições que se applicam retroactivamente são sempre favoraveis.

As regras estabelecidas pelo mencionado artigo 2.º são :

1.ª Estando ainda pendentos os processos em julgamento, quer na primeira quer na segunda instancia, applicar-se-ha a lei nova ;

2.ª Se já foi proferida sentença em segunda instancia, mas não passou ainda em julgado, e se se interpôs recurso, temos ainda a distinguir : a) ou o recurso já foi expedido, b) ou ainda não :

a) Se o recurso ainda não foi expedido, os juizes que proferiram a sentença lavrarão, a requerimento do Ministerio Publico ou da parte, novo accordão declaratorio em conferencia no qual applicarão as disposições da Nova Reforma Penal, depois do que será expedido o recurso.

cutar-se em dias differentes, conforme as localidades e o disposto no artigo 1.º do decreto de 9 de outubro de 1841. Foi mandada observar nas provincias ultramarinas por decreto de 11 de dezembro de 1884, excepto na parte que respeita ás alterações feitas á lei de 1 de julho de 1867, por não estar esta lei em execução no ultramar.

O mesmo se observará no caso de ainda não ter sido interposto o recurso.

b) Se, porém, o recurso se achar já expedido e o S. T. de Justiça não encontrar fundamento de nullidade sobre que provêr, deve ordenar, a requerimento do Ministerio Publico ou da parte, por accordão em conferencia, que os autos baixem á respectiva Relação para ali se fazer applicação da lei nova, cabendo sempre desse novo accordão declaratorio recurso de revista nos termos da lei geral.

O n.º 3.º do artigo 2.º da carta de lei refere-se apenas ao caso do Supremo Tribunal de Justiça não encontrar fundamento de nullidade, pois, havendo-o, os autos têm necessariamente de baixar á primeira ou á segunda instancia para ali ser sanada essa nullidade.

É sabido que o Supremo Tribunal de Justiça só conhece de nullidades de processo ou de sentença ¹.

Havendo nullidade de processo, o Supremo Tribunal de Justiça manda proceder á reforma no mesmo juizo ou na mesma Relação; no caso de haver nullidade de sentença por algum dos fundamentos do artigo 1054.º do codigo de processo civil, manda proceder a julgamento na mesma Relação, e se a nullidade tiver por fundamento o ser o julgado contra direito, manda proceder a novo julgamento na mesma Relação se nella houver numero sufficiente de juizes para que possa ser julgada por juizes diversos daquelles que intervieram no accordão annullado e assim o entender conveniente, ou em outra Relação.

As Relações tambem conhecem das nullidades co-

¹ Lei de 19 de dezembro de 1843, artigos 1.º e 2.º; codigo de processo civil, artigos 1160.º e seguintes.

mettidas em primeira instancia ; mas quando no julgamento tiverem intervindo jurados só conhecerão de nullidades do processo pois que as decisões do jury são irrevogaveis.

Estas disposições do artigo 2.º da carta de lei de 1884 estarão ainda hoje em vigor ?

Supponhamos, por exemplo, que uma lei nova vem modificar em sentido favoravel ao réu uma determinada pena do nosso codigo. Pergunta-se : como ha de applicar-se a excepção 2.ª do artigo 6.º, que manda applicar a pena mais leve dado o caso de o réu ter sido condemnado sem comtudo a sentença ter passado em julgado ?

O Supremo Tribunal não póde fazer essa applicação, porque só conhece das nullidades de processo ou de sentença, concedendo ou negando a respectiva revista.

As Relações tambem não podem faze-lo quando os autos estiverem já affectos ao Supremo Tribunal de Justiça.

Como fazer então ?

Parece-nos que nesse caso deverão applicar-se as regras 2.ª e 3.ª do artigo 2.º da carta de lei de 1884.

Poder-se-ha talvez allegar em contrario a esta opinião que as disposições do artigo 2.º são de character transitorio e se destinam apenas á execução da Nova Reforma Penal.

Mas a isto responderemos que, no caso apontado, se trata ainda da execução da Nova Reforma Penal, visto a applicação da lei nova ao réu condemnado já, mas cuja sentença não passou ainda em julgado, ser apenas a execução da excepção 2.ª do artigo 6.º do codigo penal, que por seu turno representa o artigo 1.º da citada Reforma.

E, quando esta razão não existisse, ainda assim as

regras do artigo 2.º da citada carta de lei se deviam aqui applicar subsidiariamente e por analogia.

Devemos todavia notar que a lei de 27 de abril de 1903, que estabeleceu a isenção da pena de prisão maior celllular para os réus cegos, e para os que excederem a idade de 70 annos ao tempo da condemnação e ainda outros, julgou-se obrigada a estabelecer, no seu artigo 7.º, disposições eguaes ás do artigo 2.º da lei de 14 de junho de 1884.

44. O artigo 6.º do Codigo penal e o § 2.º do artigo 145.º da Carta constitucional. — Passamos agora ao estudo do artigo 6.º do codigo penal, que se occupa da não retroactividade das leis, abrangendo uma regra geral e tres excepções.

A regra é que a lei penal não tem effeito retroactivo. A lei é uma norma de conducta; a lei penal adverte que fica sujeito a pena quem não conformar com os seus preceitos a conducta propria, não podendo por isso alguém ser declarado penalmente responsavel por um facto que não era penalmente prohibido ao tempo em que foi praticado.

De modo que esta regra não é senão a confirmação da regra do artigo 5.º, segundo a qual ninguem póde ser punido por um facto que não esteja previsto pela lei como um crime, e do principio da não retroactividade das leis consignado no artigo 145.º § 2.º da Carta constitucional.

Mas aqui o principio é formulado sem excepções, parecendo assim á primeira vista que o codigo penal indevidamente as estabeleceu por se tratar de materia constitucional; mas o facto é que essas excepções, longe de restringirem as garantias individuaes, antes as ampliam, pois todas ellas têm por fim directamente favorecer o réu.

A primeira excepção respeita ao caso de uma nova lei eliminar incriminações consignadas na lei anterior vigente ao tempo da infracção. Deixa a infracção de ser punida, e, se o réu já foi condemnado por sentença transitada em julgado, fica extinta a pena, tenha ou não começado o seu cumprimento.

A segunda excepção respeita ao caso de a prisão estabelecida na lei vigente ao tempo em que foi praticada a infracção ser diversa da estabelecida por leis posteriores. applica-se ao infractor que ainda não estiver condemnado por sentença passada em julgado a pena mais leve, ainda que a lei que a estabeleceu não esteja em vigor a esse tempo, nem o estivesse quando foi commettida a infracção.

A terceira excepção respeita aos effeitos da pena e attribue effeito retroactivo á lei que regula este assumpto em tudo quanto seja favoravel aos criminosos.

42. Confronto entre o actual codigo e o de 1852 em materia de retroactividade da lei penal. — A materia do artigo 6.º do nosso codigo é uma reforma do artigo 70.º do codigo de 1852, o qual dizia: «Se, depois de commettido o crime, a lei modificou a pena, será sempre imposta a pena menor, posto que ao tempo da sentença esteja decretada pena mais grave.

«§ unico. Se ao tempo da sentença, o facto não fôr pela lei qualificado como crime, posto que o fosse pelas leis que existissem ao tempo em que foi commettido, nenhuma pena será applicada».

O codigo actual é neste ponto mais explicito que o codigo de 1852.

Em primeiro lugar, este na disposição do artigo parece attender apenas a dois momentos — o momento do crime e o da sentença — ficando pois em dúvida se abrangeria tambem a hypothese de não estar

em vigor, nem ao tempo da sentença nem ao tempo do crime, a lei intermedia que estabelecia a pena menor.

Em todo o caso a jurisprudencia adoptava sempre a pena mais leve e o mesmo se determina hoje claramente na excepção 2.^a do artigo 6.^o

No § unico omittia-se tambem a hypothese de ter sido já applicada a pena a um facto que uma lei posterior isentasse de penalidade, parecendo assim que só aproveitava o beneficio da lei a quem não tivesse ainda sido julgado.

E se o tivesse sido?

O codigo de 1852 nada dizia a este respeito.

Mas como seria manifestamente injusto que alguém continuasse a soffrer a condemnação por um facto que deixava de ser crime, o codigo actual dispôs claramente na excepção 1.^a do artigo 6.^o que neste caso a pena se considera extinta.

43. Justificação da doutrina legal dentro da escola classica. Discrepancia entre os escriptores. Discussão parlamentar sobre a doutrina do artigo 6.^o — Vejamos agora á luz dos principios qual a razão por que a escola em que o codigo se filia manda applicar a lei mais favoravel.

Se uma lei nova estabelece uma pena mais leve ou elimina uma incriminação, isso quer dizer que o legislador entende que a lei anterior era severa e injusta, e por isso não deve manter-se com fundamento nessa lei uma pena que a nova lei modificou ou eliminou ¹.

¹ No caso de ser eliminada a infracção, applica-se a nova lei, não propriamente por uma *benigna retroactividade* da nova lei, mas para impedir que continue a ter vigor uma lei revogada. Além disto, não se

Parce que, pelo mesmo motivo, a aggravação duma pena deveria reflectir-se nos criminosos condemnados pela lei anterior, visto essa aggravação significar o reconhecimento da insufficiencia e portanto da inidoneidade da pena anteriormente ameaçada.

Comtudo a escola classica não admite similhante conclusão, pois que, segundo ella, isso seria a violação dum *direito adquirido* que o criminoso tem de ser punido pela lei do tempo em que o crime foi praticado, devendo por isso applicar-se a lei anterior, e tambem porque a segurança social, que exigiria a applicação da nova pena, deve ceder ante a possibilidade de que um partido abuse do poder legislativo para ferir os seus adversarios.

Um outro ponto muito discutido é saber tambem se a applicação da pena mais leve é uma questão de direito ou de justiça, se de humanidade ou piedade. Dentro da propria escola classica ha divergencias.

Uns, como PESSINA, consideram a applicação da pena mais leve como um dever de justiça, outros, porém, como BENTHAM, entendem que ella é uma simples questão de piedade e de sentimento ¹.

Tambem divergem as opiniões dentro da escola classica quanto á applicação das penas intermedias.

Querem uns que para a applicação da pena se attenda unicamente aos dois momentos — do crime e da sen-

punindo senão em virtude de uma necessidade reconhecida pelo Estado, cessa por isso em tal caso a razão de punir.

Ha verdadeira retroactividade quando se manda cessar a execução da pena já imposta por condemnação transitada em julgado, pois não se tracta então de applicar uma lei já revogada, mas de uma lei já applicada, e de fazer cessar os effeitos de uma sentença que tem a mesma força obrigatoria da lei.

¹ PESSINA, *Éléments di diritto pénale*, tomo 1.º, pag. 99.

tença. As leis intermedias não devem tomar-se em conta, pois que ainda não vigoravam ao tempo do crime e já não vigoram no momento da sentença.

Outros, pelo contrario, entendem que deve aproveitar ao delinquente o beneficio duma lei intermedia, pois que muitas vezes a demora do julgamento pôde ser devida á negligencia do julgador ou á morosidade legal do processo, e por isso não deve soffrer o delinquente as consequencias perniciosas dessa demora ¹.

Quando nas camaras belgas se discutiu esta questão, prevaleceu a opinião dos que entendiam só dever applicar-se a pena menor quando ella fôr applicavel pela lei vigente ao tempo do crime ou do julgamento.

Em contrario, porém, temos o nosso codigo, artigo 6.º, e outros codigos europeus, como o codigo penal italiano de 1889, que começou a vigorar em 1 de janeiro de 1890 e que na alinea 3.ª do artigo 2.º diz: «se a lei do tempo em que foi commettido o delicto e as *posteriores*, forem diversas, applicar-se-ha aquella cujas disposições forem mais favoraveis ao réu».

Tambem, quanto áquelles que commetteram o crime no dominio da lei antiga e estão já cumprindo a pena em virtude de sentença passada em julgado, as opiniões não são concordes.

Assim, os que entendem que a retroactividade da lei é uma questão de justiça, como que o pagamento duma divida, acham que ella deve applicar-se a todos os

¹ CARRARA, *Programma do curso de direito criminal*, § 760; *Relatorio e Propostas* de Lopo Vaz, paginas 26 e 27, e na *Rev. de Leg.*, pag. 273 do 18.º anno; e *Diario da Camara dos Deputados*, 10 de março de 1884, pag. 594.

criminosos, mesmo aos já condemnados definitivamente.

Os que, porém, a consideram como uma simples questão de sentimentalismo não a applicam ao caso julgado.

O código penal de 1852 seguia esta última doutrina; o código actual segue a primeira opinião (excepções 1.^a e 3.^a do art.^o 6.^o).

O código italiano perfilha a doutrina da nossa excepção 1.^a (art.^o 2.^o).

O código hespanhol dá maior amplitude ao favor da lei. Diz elle no artigo 23.^o: «As leis penas têm effeito retroactivo em tudo o que favoreça os réus de um delicto ou falta, *ainda que á data da sua publicação haja sentença transitada em julgado e o condemnado esteja cumprindo a pena.*»

Era de harmonia com esta doutrina que o Sr. José Luciano de Castro propunha, como additamento ao artigo 2.^o da carta de lei de 14 de junho de 1884, a regra 4.^a assim redigida: «Se a sentença condemnatoria tiver transitado em julgado serão applicadas as disposições desta lei, por accordão da Relação respectiva a requerimento do Ministerio Publico ou da parte. Deste accordão caberá recurso.»

E ao artigo 1.^o da proposta da Nova Reforma Penal, correspondente ao artigo 6.^o do código penal vigente, accrescentava outra excepção, assim concebida: «Tendo havido condemnação passada em julgado, será applicavel a pena mais leve em relação á sua especie ou duração estabelecida na lei posterior para a infracção definida na sentença.»

Esta proposta foi rejeitada por Lopo Vaz e por Frederico Arouca, relator da commissão de legislação da Camara dos Deputados.

As razões dessa rejeição, resultantes sobretudo dos inconvenientes praticos a que daria logar a sua ado-

ção em face da coexistencia do código penal com a lei de 1867, foram expostas por Lopo Vaz.

1.^a Supponhamos, diz elle, que ha dois réus que commetteram o mesmo crime e aos quaes foi applicada a mesma pena, v. g., oito annos de prisão cellu- lar, ou, na alternativa, doze de degredo; e suppo- nhamos tambem que um delles cumpriu a pena de prisão cellu- lar e outro a de degredo.

Se passados os oito annos, uma nova lei viesse mo- dificar a penalidade, attenuando-a, essa lei applicar- se-hia ao réu que estivesse ainda cumprindo o degredo, mas não se applicava já ao que soffreu o tempo de prisão maior cellu- lar, resultando daqui, portanto, ma- nifesta desigualdade na punição.

2.^a Eguamente, se uma lei nova viesse reduzir a duração ou diminuir a intensidade de uma das penas, do systema cellu- lar por exemplo, sem alterar a pena correspondente em alternativa, tal lei só aproveitaria aos que estivessem cumprindo a primeira pena, e não aos que estivessem cumprindo a segunda, o que con- stituiria uma grande injustiça.

3.^a Como se ha de determinar se uma pena é mais grave ou mais leve tratando-se de transformar uma pena noutra de especie differente, v. g., prisão em de- gredo?

4.^a As leis, que alterarem ou substituirem as penas de degredo pelas de prisão e vice-versa, dariam em resultado andarem sempre os condemnados do degredo para a prisão e da prisão para o degredo.

5.^a A Nova Reforma Penal propunha que o maximo da prisão maior temporaria fosse doze e não quinze annos.

Como se havia pois de fazer a redução para os condemnados a treze e quatorze annos?

Deveriam ter todos a mesma pena dos doze annos?

Equipara-los por esta fórma, seria injusto, visto que as leis e as sentenças tinham julgado os crimes deseguaes.

Teria de fazer-se a redução proporcional?

Esta redução, porém, sendo applicada a toda a escala penal, faria descer a prisão maior temporaria abaixo do minimo legal; além disso o legislador poderia ter tido em vista mais a relação entre o quantitativo da pena e a gravidade do delicto do que a relação entre esta gravidade e os extremos legaes da pena applicavel.

6.^a O damno causado á sociedade pelo crime não é em todos os tempos o mesmo, e por isso não deve ser a mesma em todos os tempos a pena respectiva ¹.

O Sr. Luciano de Castro defendeu a sua proposta, dizendo que o principio que manda applicar a pena mais leve é um principio de justiça, e, portanto, devia abranger tanto os que fossem julgados de novo como os que já estivessem definitivamente condemnados.

Seria de facto uma flagrante desigualdade se, por uma simples demora no processo, dois crimes identicos, praticados na mesma occasião, tivessem de ser castigados com penas diferentes.

Quanto á objecção — aproveitar o beneficio só a um por ter já o outro expiado a pena — responde o Sr. José Luciano que é melhor applicar-se só a um do que a nenhum. Se dois criminosos fossem condemnados á morte e, depois de decapitado um delles, viesse uma lei substituir a pena de morte, acaso se havia tambem de decapitar o sobrevivente pela simples razão de o outro o ter sido?

É verdade que ha o poder moderador para poder

¹ *Diario da Camara dos Deputados*, de 1884, tomo 2.º, paginas 1141, 1142, 1154, 1160 e 1161.

perdoar ou commutar as penas, mas o poder moderador póde exercer-se em relação a certos réus mas não a uma classe inteira de criminosos, além de que neste caso não se trata de favor, mas de justiça.

O ministro já passava por cima do caso julgado na excepção primeira, e esta doutrina, longe de atacar o caso julgado, confirmava-o, pois reconhecia a sua existencia na questão de facto applicando-lhe simplesmente as disposições da nova lei quanto á redução das penas ¹.

A difficuldade da deslocação constante dos condemnados do continente para o ultramar e *vice-versa*, á proporção que apparecessem novas reformas penaes alterando o systema de penalidade (objecção 4.^a), tambem não offerece a importancia que á primeira vista parece ter, sobretudo num systema penal como o do nosso codigo, em que a qualidade da pena pouco vale e se attende principalmente ao seu quantitativo, podendo reduzir-se facilmente uma pena á outra por meio da tabella de equivalencias estabelecida no artigo 89.^o

Além de que a prisão podia ser cumprida no lugar do degredo, o que evitaria a transportação dos condemnados para o continente. Nem as mudanças radicaes são tão frequentes que haja a reccar o perigo entrevisto por Lopo Vaz.

Não é de melhor valia a objecção 5.^a, baseada na difficuldade de se fazer a redução das penas impostas além do limite a que foram reduzidas pela Nova Reforma Penal, como succedia com a prisão maior temporaria, cujo limite maximo de quinze annos foi reduzido a doze.

¹ Cit. *Diario* de 1884, tomo 2.^o, paginas 1154 e 1155.

É manifesto que a redução devia fazer-se proporcionalmente, comparando-se o maximo da antiga lei e a quantidade de annos da condemnação, imposta sob o seu dominio, com o maximo da nova lei, e a condemnação correspondente, sem descer, porém, abaixo do minimo, porque abaixo deste não ha redução possível.

Haveria assim uma ligeira desigualdade, mas ninguém ficava prejudicado; e porque a uns não podia aproveitar a redução, não era isso motivo para a recusar aos outros.

Deixando para os numeros immediatos a apreciação das objecções 3.^a e 6.^a, passamos ao estudo da 3.^a excepção consignada no artigo 6.^o

Na proposta ministerial não vinha esta excepção, que é devida a uma proposta apresentada pelo Sr. José Luciano, na sessão de 23 de abril, nos termos seguintes: «A lei nova mais favoravel é applicavel aos effeitos das precedentes condemnações, salvo os direitos de terceiro».

Acceita na sua essencia pelo relator da commissão, passou para a lei com a redacção que tem no Codigo.

Diz essa excepção 3.^a: «As disposições da lei sobre os effeitos da pena têm effeito retroactivo em tudo quanto seja favoravel aos criminosos, ainda que estes estejam condemnados por sentença passada em julgado ao tempo da promulgação da nova lei, *salvos os direitos de terceiros.*»

Para se comprehender o alcance da phrase *salvos os direitos de terceiros*, é preciso comparar o codigo actual com o de 1852 sobre os effeitos das penas.

Pelo codigo de 1852, o condemnado a pena de morte, abolida pela lei de 1 de julho de 1867, perdia todos os direitos politicos e bem assim a propriedade,

posse e administração dos seus bens, que passavam immediatamente aos seus successores legitimos, não podendo tambem fazer testamento (art.º 52.º e § un.).

O condemnado ás penas perpétuas perdia todos os direitos politicos, a administração dos seus bens, de que não podia dispôr por acto *inter vivos*, e a auctoridade sobre a mulher e filhos e era considerado incapaz (art.º 53.º do codigo de 1852).

O condemnado a penas temporarias maiores de trabalhos publicos, prisão ou degredo, perdia todos os direitos politicos, e os seus bens, durante o cumprimento da pena, eram administrados como os dos incapazes, devendo observar-se as regras que a respeito da curadoria em taes casos as leis estabelecem (codigo de 1852, art.º 54.º).

Foi em virtude destas disposições que o codigo civil estabeleceu providencias relativamente á incapacidade por effeito de sentença penal condemnatoria (art.ºs 355.º a 358.º).

Aos interdictos por estas sentenças era dado um curador, sendo a curatela deferida pela ordem da tutela dos dementes: 1.º ao conjuge; 2.º ao pae ou mãe; 3.º aos filhos maiores; 4.º á pessoa nomeada pelo conselho de familia (codigo civil, art.ºs 356.º § un. e 320.º).

E, sendo a curatela deferida pela ordem da tutela dos dementes, tambem por analogia se applicavam a esta as disposições relativas áquella. Assim o curador podia vender os bens moveis nos termos dos artigos 243.º n.º 12.º e 224.º n.ºs 13.º e 16.º do codigo civil, e podia tambem arrendar os immoveis até tres annos (codigo civil, art.ºs 243.º n.º 6.º, 264.º, etc.).

A Nova Reforma Penal acabou com a interdicção

civil como effeito das penas ¹. E como esta disposição tinha de ser applicada retroactivamente mesmo aos condemnados já por sentença passada em julgado, necessario se tornava garantir a validade dos actos e contractos celebrados legalmente pelos curadores dos condemnados a fim de não prejudicar os direitos adquiridos por terceiros.

Foi o que se fez na parte final da excepção 3.^a Desta fórma os contractos assim realizados sobre moveis e immoveis ficaram prevalecendo, apesar de a Nova Reforma Penal ter acabado com a interdicção civil mesmo para os condemnados já ao tempo da sua promulgação.

44. Difficuldades práticas na descriminação da pena mais leve. Estas difficuldades não justificam a restricção da 2.^a excepção do artigo 6.^o, que exclue do beneficio da suavisação penal o infractor já condemnado definitivamente. — Uma das difficuldades que o auctor da reforma penal de 1884 descobria na doutrina do sr. José Luciano era a de saber qual das penas seria, em muitos casos, a mais leve.

Notaremos em primeiro logar que essa difficuldade tem de ser resolvida, quer o réu esteja condemnado, quer não.

Dizia Lopo Vaz que, conhecendo a contextura e as categorias das penas do codigo hespanhol, não sabia como tornar effectiva a disposição absoluta da retroactividade em muitas e variadas hypotheses.

Desconhecia, porém, que em Hespanha existia já nessa epoca o decreto de 17 de setembro de 1870,

¹ Dr. DIAS DA SILVA, *Processos espeziaes civis e commercaes*, vol. I, n.^{os} 408 e 409.

que fixava as seguintes regras para a determinação da pena mais leve :

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

2.^a De duas penas da mesma graduação, é mais leve a de menor duração ;

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

4.^a Sendo desiguaes as duas penas em graduação e duração, mas em sentido inverso, isto é, sendo uma de graduação superior á outra, mas de duração menor, o decreto considera mais leve a pena de duração menor, inspirando-se na persuasão de que os criminosos preferem sempre, como mais leve, a pena de duração menor, embora superior em soffrimento.

Ficava, porém, ao condemnado a faculdade de optar pela outra pena de inferior graduação e de maior duração, devendo requerer essa preferencia dentro de quinze dias a contar da intimação da sentença que tivesse substituído a pena antiga pela nova.

Seria, pois, facil evitar a difficuldade apresentada desde que se fixassem regras para a determinação da pena mais leve, como fez o decreto hespanhol, e se estabelecesse uma tabella de equivalencias, completando-se a que se acha estabelecida no artigo 89 do codigo para determinar a relação entre a prisão maior cellullar e a prisão maior temporaria e o degredo.

Mas, se a difficuldade existe, como é que a resolverá o auctor da proposta quando, em conformidade da doutrina por elle accета e consignada na excepção 2.^a, tiver de averiguar-se qual é a pena mais leve para a applicar aos infractores ainda não condemnados definitivamente ?

Preferivel seria, pois, que, em vez de allegar a dif-

ficuldade contra a doutrina da applicação da pena mais leve aos condemnados, tivesse adoptado providencias para a resolver, visto que tem de ser resolvida para a applicar aos infractores ainda não condemnados.

Para esclarecimento do assumpto, consideremos uma hypothese que tem sido muito discutida.

Supponhamos que é publicada uma lei que eleva o minimo actual da prisão maior temporaria a quatro annos e reduz o maximo a dez. Como se vê, a natureza da pena subsiste a mesma; a duração é que foi alterada em sentido inverso, subindo o minimo e descendo a maximo.

Qual a pena mais leve?

A escola classica divide-se para resolver essa dúvida.

a) Uns, como CHAUWEAU, MORIN e GARRAUD ¹, entendem que se deve attender ao maximo, sem ter em conta o minimo, considerando mais suave, portanto, a lei que abaixa o maximo da pena.

Mas se a pena é mais leve no maximo, é mais pesada no minimo.

ADOLPHE PRINS segue esta opinião, dizendo que o minimo é mais fluctuante que o maximo, pois pode ser diminuido em virtude das circumstancias attenuantes, e que portanto é o maximo que deve ser tomado para termo de comparação.

Esta affirmação não tem valor pratico, porque, no systema do nosso codigo, tanto o maximo como o minimo podem ser alterados por virtude das circumstancias, da frustração, etc. ²

¹ *Tratado theorico e pratico do direito penal francês*, n.º 125.

² Minimo: Vid. artigos 94.º n.º 2, 100.º n.º 5, 101.º § 1.º, 102.º § 1.º do codigo penal. Maximo: Vid. artigos 91.º, 92.º, 104.º 3.ª re-gra, 106.º n.º 3 do codigo penal, artigos 11.º e 13.º da lei de 1867 e os artigos 1.º, 2.º e 3.º da lei de 3 de abril de 1896.

b) Outros, como BERTHAULD e TREBUTIEN, consideram mais suave a lei que abaixa o minimo em que a pena é geralmente applicada.

Esta solução é igualmente inaceitavel, por arbitrariedade, como a antecedente.

c) LE SELLYER faz depender a solução do problema do facto de ser maior a diminuição do maximo ou o augmento do minimo.

Será mais leve a pena nova, quando a diminuição do maximo for superior ao augmento do minimo e inversamente.

Mas, se o augmento fôr igual á diminuição, a dúvida subsistirá.

Além de que não são as diferenças de augmento ou diminuição que temos de confrontar, porque não são essas as quantidades que a sentença applica.

d) Ha quem siga a opinião de que se deixe á escolha do réu a opção por uma ou outra pena, considerando mais favoravel a que elle preferir.

Mas não póde admittir-se esta escolha em materia penal.

Em materia contractual, isto é, em direito privado, a lei colloca em primeiro logar a vontade das partes, salvos ainda assim os principios de ordem publica; em materia de direito publico, a que pertence o direito penal, o principio da liberdade contractual não tem applicação, porque seria pôr em risco os fins sociaes da pena.

e) Sendo inaceitaveis, por arbitrarias, as doutrinas atrás expostas, suppomos mais razoavel a doutrina de CARRARA¹, um dos mais distinctos representantes da escola classica na Italia, segundo o qual a questão não póde admittir uma solução absoluta.

¹ *Programma*, §§ 766.º, 767.º e 769.º

Em primeiro lugar, diz este escriptor, o magistrado deve fazer o confronto dos maximos e dos minimos das duas leis, e apreciar as aggravantes e as attenuantes do crime, isto é, resolver primeiro a questão da quantidade e do grau da imputação do facto.

Determinará depois a pena mais leve, que será a de menor duração no grau em que tenha de ser applicada. Teremos assim a applicação alternada de duas leis opostas, mas não a sua applicação simultanea.

Alguns, porém, como GARRAUD, sustentam que deve fazer-se a applicação simultanea de duas leis no que ellas tiverem de favoravel ao réu.

Supponhamos que a prisão por tres annos, mas substituível por multa, é abaixada a dois annos mas substituível por multa e com trabalho obrigatorio.

Entende GARRAUD que o réu de um crime punível com tal pena deve aproveitar-se dos dois beneficios conjunctamente, sendo-lhe applicada a pena de dois annos mas substituível por multa. Porém esta solução é inadmissivel por exigir a applicação conjuncta de duas leis promulgadas em tempo differente.

O artigo 6.^o estabelece a regra da não retroactividade da lei penal; quando uma pena fôr mais leve, porém, será ella applicada, quer seja antiga quer nova.

Não se sabendo qual das penas é a mais leve, o Ministerio Publico, ou a parte accusadora, deve promover que se applique a lei antiga porque a regra é a da não retroactividade, e, no caso de dúvida, deve prevalecer a regra sobre a excepção, salvo, porém, ao réu o direito de, achando-o conveniente, allegar as razões em que se funda para considerar a lei nova mais suave.

O réu deve até preferir e requerer a applicação da lei nova, quando haja duvidas sobre a sua relativa severidade.

Presumptivamente a lei mais nova é a mais racional, a melhor em qualidade, como aperfeiçoamento das disposições anteriores.

Se a última pena não fôr a mais favoravel, e o réu a preferir, não intervirá nisso o juiz, porque o unico interessado é o réu e da preferencia não deriva offensa para os interesses sociaes.

43. O dualismo creado pela referida restricção tambem se não justifica pela consideração de que o damno social produzido pelo crime varia de epoca para epoca. — Outro argumento, apresentado por Lopo Vaz, para defender a sua doutrina e justificar a desigualdade que della provinha, quando se applicasse a lei nova, favoravel simplesmente aos criminosos que ainda não estivessem definitivamente condemnados, era o seguinte:

O damno recebido pela sociedade, em virtude de crimes praticados em diversos tempos não é sempre igual, embora o facto criminoso seja o mesmo.

Ha, por exemplo, certas conjuncturas em que um desmando da imprensa, quando os animos estão sobreexcitados, é mais perigoso que noutra occasião, em que a opinião pública está serena.

Póde ser, pois, justo punir com penalidades differentes os réus de um crime de determinada especie, mas praticado em epochas distanciadas.

Em primeiro logar, a differença de tempo, que inhibira o condemnado dos beneficios duma lei mais favoravel, podia ser insignificante, pois essa lei podia começar a vigorar um dia depois da sentença definitiva, indo, pelo contrario, beneficiar outro criminoso da mesma epoca, ou até mais antigo, mas cuja sentença não tivesse ainda passado em julgado.

Portanto, o argumento de Lopo Vaz só valeria, considerando grandes distancias de tempo.

Além disso, a pena não é um meio de reparar o damno.

A reparação do damno causado faz-se pelos meios civis.

É verdade que o artigo 27.º do código penal faz consistir a responsabilidade criminal na reparação do damno causado na ordem moral da sociedade; mas essa reparação realiza-se cumprindo a pena, isto é, garantindo aos cidadãos a efficacia das leis penaes e o valor respectivo das disposições destas.

Doutro modo nada significaria a expressão *ordem moral*.

O fundamento da punição, não é, como quer a escola metaphysica, a expiação da falta commettida, a retribuição do mal pelo mal; o unico fundamento do direito de punir é, sem duvida, a conservação e a defesa social.

A lei penal considera apenas o futuro e só previne futuros damnos.

De modo que a *ultima lei* se proporciona melhor ao damno em perspectiva no futuro.

É verdade que se attende ao damno para avaliar a perversidade do criminoso.

Mas nesse caso tambem não deveriamos applicar a pena mais leve e dar por extincta a pena, quando desaparecesse a incriminação, porque não podemos equiparar dois individuos dos quaes, em epochas differentes; um offendeu a lei penal, ao passo que o outro fez o que ella não reprovava.

Tambem não poderiamos confrontar dois delinquentes, um dos quaes foi indifferente á ameaça de pena grave, e o outro á ameaça de pena mais leve.

Seja como fôr, ficou decretada essa retroactividade para os réus não condemnados definitivamente.

A excepção do artigo 6.º creou no nosso systema penal um dualismo repugnante, diz a circular de 19 de junho de 1886, *quando não á justiça absoluta, sem a minima d'vida, á justiça relativa e á equidade* ¹.

Podia acontecer que dois réus de crimes identicos se achassem, pelo simples facto de terem delinquido á distancia de poucos dias, condemnados, um na vigencia do codigo de 1852, a degredo perpetuo, e o outro, já na vigencia da Nova Reforma Penal, a degredo por quinze annos, pois a Reforma substituiu aquella pena por esta.

Um réu, que houvesse já soffrido quinze annos de degredo perpétuo ao tempo em que o outro réu começasse a cumprir a pena fixa de degredo por quinze annos, podia, no fim de outros quinze annos, continuar no degredo, ao passo que este seria posto em liberdade.

46. O decreto de 4 de junho de 1886 reconheceu officialmente que é injustificavel semelhante dualismo. — No intuito de eliminar tal desigualdade, o governo propôs á corôa a commutação de todas as penas perpétuas em penas temporarias, aproveitando a occasião para solemnizar o casamento do então Principe Real D. Carlos. Por decreto de 4 de Junho de 1886 determinou-se que aos réus condemnados a trabalhos publicos, prisão maior e degredo perpétuos, fossem as penas commutadas na pena fixa de degredo por vinte e cinco annos, levando-lhes em conta o tempo decorrido desde que a sentença se tornou definitiva (art.º 7.º do decreto).

Os condemnados a penas perpétuas do codigo de 1852 ficavam cumprindo todos a mesma pena fixa de

¹ Publicada no *Diario do Governo* de 21 de junho de 1886, n.º 138.

degredo, mas para estabelecer entre elles a gradação que a differença na categoria dos crimes exigia, determinaram-se as seguintes differenças :

Os condemnados a trabalhos publicos perpétuos deviam cumprir o degredo que lhes faltasse em possessões de segunda classe ;

Os condemnados a prisão maior perpétua deviam cumprir o degredo em possessões de primeira classe, e os condemnados a degredo perpetuo deviam cumpri-lo no local designado pela sentença (art.º 7.º § 1.º do decreto). Esta distribuição das possessões foi feita pelo decreto de 5 de outubro de 1867.

Na citada circular de 19 de junho de 1886, dirigida ao procurador geral da corôa e fazenda, explicava-se que o motivo da commutação de todas as penas perpétuas na pena fixa de degredo por vinte e cinco annos, contando-se para cada réu o tempo da pena já soffrido, era evitar a libertação simultanea de todos ou da maioria dos criminosos, o que poderia causar grave damno á ordem pública e ser obstaculo poderoso á futura regeneração dos criminosos.

Como o decreto de 28 de setembro de 1863 havia commutado já as penas perpétuas, que nesse tempo se estavam cumprindo, na pena de degredo temporario por quinze annos para a Africa Occidental, succedia que em 1886 não podia haver réus em cumprimento daquellas penas senão condemnados em data posterior á deste decreto, e que por isso o mais antigo de entre elles não poderia ter, quando muito, vinte e tres annos de cumprimento de pena. Assim, estabelecendo-se a pena de vinte e cinco annos, e, tomando-se em conta o tempo já soffrido, uns sahiriam passados dois annos, e os outros em epochas diversas.

Relativamente á fixação do local do degredo, houve uma equiparação contraria á lei e ao espirito da sen-

tença, porque os condemnados a degredo perpétuo ficaram equiparados aos de prisão maior perpétua ou aos de trabalhos publicos perpétuos, conforme a sentença lhes tivesse imposto o cumprimento do degredo em possessão de segunda ou de primeira classe.

Comtudo, o dualismo não acabou completamente, porque eram exceptuados da commutação de 1886 os que não tivessem obtido perdão da parte accusadora e os que já tivessem obtido alguma commutação ou diminuição das penas a elles impostas.

47. O principio da não retroactividade será applicavel á legislação de processo criminal? Critica da lei de 13 de fevereiro de 1896. — Costuma dizer-se que as leis de processo, organização e competencia, tambem chamadas leis processuaes e leis formularias, tẽem sempre effeito retroactivo, em virtude do seu proprio character, ou antes applicam-se ao julgamento de factos occorridos antes da sua promulgação sem que isso importe retroactividade.

Com effeito, estas leis imperam sempre, por sua natureza, para o futuro, porque servem para regular um facto futuro, qual é o julgamento dum crime. E como as novas leis processuaes se reputam mais idoneas para a descoberta da verdade e completa realização dos fins penaes, do que as antigas que substituem, não pode haver nisso offensa da justiça quer em prejuizo do accusado, quer da sociedade.

Todavia, o principio geral de que as leis processuaes devem applicar-se mesmo a infracções anteriores, conquanto que estejam pendentes de julgamento definitivo, tem sido restringido pelos escriptores na sua applicação.

Em materia de competencia discute-se se deve manter-se o principio da retroactividade, quando a lei nova

transferir a competencia de um tribunal para outro, em relação a processos já affectos ao tribunal a que aquella lei vem tirar a competencia.

Uns, como MERLIN, sustentam que o tribunal onde o processo foi instaurado, deve conhecer d'elle até final, em virtude da maxima juridica: *Ubi acceptum iudicium, ibi et finem accipere debet*.

Outros, como GARRAUD, seguem a opinião de que as modificações em materia de competencia affectam a ordem pública, não havendo pois direitos adquiridos a respeitar. Se a lei nova transferiu a competencia de um tribunal para outro, é porque se reconheceu que a descoberta da verdade judiciaria ficava assim melhor garantida; e os processos devem ser transferidos.

GARRAUD exceptua o caso de haver sentença em primeira instancia. Neste caso ha direitos adquiridos, e obrigar um accusado, absolvido em primeira instancia, a sujeitar-se a um novo julgamento perante um juiz differente é destruir uma situação devidamente garantida por uma sentença judicial. No caso de a sentença da primeira instancia ter sido condemnatoria, e haver recurso para um tribunal superior, não deve tambem privar-se o condemnado de ser ouvido perante a jurisdicção superior. Doutra fórmula actuar-se-ia sobre o passado para o modificar com prejuizo dos direitos adquiridos. Por consequencia a retroactividade das leis de competencia deve parar quando encontra um julgamento proferido em primeira instancia.

É razoavel esta excepção indicada por GARRAUD, mas, a nosso vêr, não deve limitar-se ao caso referido.

No artigo 145.º § 10.º consigna a Carta o preceito de que ninguem será sentenciado senão pela *auctoridade competente*, por virtude da lei anterior e na *fôrma por ella prescripta*.

Se interpretassemos literalmente esta disposição,

concluiríamos que a lei constitucional proíbe terminantemente a retroacção das leis de processo, visto que manda processar as causas pela forma prescripta na lei anterior, e, como a lei não tem effeito retroactivo, deve entender-se por lei anterior a vigente ao tempo da realização do facto incriminado.

Todavia esta interpretação tem de entender-se restricta aos casos em que com a applicação da lei nova se offendam direitos adquiridos, porque o artigo 145.º da Carta tem somente em vista salvaguardar os direitos individuaes garantidos e reconhecidos pela mesma Carta, como são os referidos nos §§ 7.º, 8.º, 9.º 11.º 12.º e 16.º, relativamente á prisão sem culpa formada, livramento sob fiança, prisão sem ordem escripta da auctoridade legítima, independeacia do poder judicial, egualdade de todos perante a lei, exclusão de fóros privilegiados e de commissões especiaes nas causas civeis ou crimes, etc.

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

Quando, porém, as reformas são especialmente promulgadas contra determinadas classes de individuos ou relativamente a certa categoria de crimes, em *regra* leis *in odium* ou de perseguição, então a sua applicação a factos anteriores importa violação daquelles principios, violação que tem logar egualmente quando é a propria lei que assim o determina.

Podemos considerar assim o decreto dictatorial de 2 de fevereiro de 1891, que declarou da exclusiva

competencia dos tribunaes militares o conhecimento e julgamento do crime de rebelião, applicando esta disposição não só a todos os processos que pelo referido crime fossem instaurados depois do dicto decreto, ainda que relativos a actos *anteriormente praticados*, mas tambem a todos os processos que pelo mesmo crime já *estivessem pendentes*.

Por esta fórma foram os réus distrahidos dos seus juizes naturaes e avocados os processos com prejuizo para os interesses dos accusados.

Desta mesma natureza é a lei de 13 de fevereiro de 1896, que, depois de haver incriminado e punido a propaganda e profissão de doutrinas de anarchismo (art.^{os} 1.^o e 2.^o)¹, e de determinar que sejam julgados em processo ordinario de querela, mas sem intervenção de jury, os réus incursos na disposição do artigo 15.^o da lei de 21 de abril de 1892, e bem assim os de attentados contra as pessoas, como meio de propaganda das doutrinas de anarchismo, ou como consequencia de taes doutrinas, e que em todos os casos previstos pela mesma lei os réus possam ser presos sem culpa formada, conservados em custodia, sem admissão de fiança, até o julgamento ou decisão definitiva (art.^o 3.^o e § un.), dispôs no artigo 5.^o o seguinte :

«As disposições desta lei são applicaveis aos auctores dos factos nella incriminados, *ainda que praticados anteriormente*».

Esta lei é uma lei substantiva, porque fixa incriminações e estabelece penas para ellas, e como tal não podia ter effeito retroactivo, porque o prohibe expressamente o § 2.^o do artigo 145.^o da Carta ; não o podia ter ainda por que, permittindo a prisão sem culpa for-

¹ As disposições destes artigos foram modificadas pela lei de 21 de julho de 1899.

mada e sem admissão de fiança, a sua applicação retroactiva viola direitos adquiridos á sombra da legislação anterior e garantidos nos §§ 7.º e 8.º do artigo 145.º da Carta.

Outro tanto não poderá dizer-se relativamente á eliminação do jury, porque, embora a Carta falle desta instituição no artigo 118.º, o artigo 145.º nenhuma referencia lhe faz, não podendo pois considerar-se como uma garantia dos direitos individuaes. E comprehende-se facilmente que assim succeda, desde que se advirta que tal instituição tanto pode ser favoravel como prejudicial aos réus. Se estes podem encontrar muitas vezes na benevolencia do jury a sua impunidade, podem tambem soffrer outras vezes o rigor das suas decisões, quando a paixão ou a influencia e recursos do accusador o indisponham contra o réu. Além de que a sua decisão é irrevogavel, privando assim o réu de recurso contra a decisão de facto.

48. A lei que alterar o prazo da prescripção criminal será applicavel a qualquer prescripção começada no vigor da legislação anterior? — A prescripção é considerada pelo codigo penal como uma das causas de extincção da responsabilidade criminal (artigo 125.º n.º 2.º e §§ 2.º a 10.º).

Ha prescripção do procedimento judicial criminal e prescripção das penas.

a) *Prescripção do procedimento judicial.* Este procedimento prescreve passados quinze annos, se ao crime fôr applicavel pena maior; passados cinco, se ao crime fôr applicavel pena correccional; e, passado um anno, se lhe fôr applicavel uma pena que caiba na alçada do juiz de direito em materia correccional ¹.

¹ A alçada dos juizes de direito em materia crime é hoje regu-

b) *Prescrição das penas.* As maiores prescrevem passados vinte annos, as correccionaes passados dez, e as penas por contravenções passado um anno.

O codigo de 1852 estabelecia o prazo de dez annos para a prescrição de todo o procedimento criminal, contado do dia em que o crime fosse cometido ou do ultimo acto judicial que tivesse logar, quando o processo estivesse parado; o prazo de cinco annos nos crimes de policia correccional e o de um nas contravenções (art.º 123.º §§ 1.º, 2.º e 3.º). Quanto á prescrição das penas regulavam os artigos 124.º e §§ a 126.º

Pelo confronto das disposições dos dois codigos vê-se que variaram os prazos da prescrição, sendo para notar-se, além de outras, as seguintes differenças: o prazo da prescrição do procedimento criminal pelos crimes a que correspondem penas maiores foi elevado de dez para quinze annos, e o dos crimes a que correspondem penas correccionaes superiores áquellas para que era competente o processo de policia correccional foi abaixado de dez para cinco annos.

Nada dispôs a Nova Reforma Penal quanto ao modo de completar as prescrições cujos prazos estivessem correndo ao tempo da sua promulgação e daqui surgiram varias dúvidas. Assim: A., cinco annos antes de entrar em vigor a Nova Reforma Penal, cometteu um

lada pela lei do *bill* de 9 de agosto de 1890, artigo 1.º § un., modificação 3.ª, que substituiu o artigo 5.º do decreto dictatorial de 29 de março do mesmo anno:

«Das sentenças proferidas pelos juizes de direito não cabe appellação, quando as penas applicaveis aos crimes, ás contravenções ou ás transgressões, forem, separada ou cumulativamente: 1.º prisão até um mês; 2.º desterro até um mês; 3.º multa até um mês ou até 60\$000 réis quando a lei fixar a quantia; 4.º reprehensão; 5.º censura.

crime a que correspondia pena maior, conseguindo escapar á acção da justiça. Como a Nova Reforma elevou o prazo de dez a quinze annos, quantos annos serão necessarios para que se dê a prescripção ?

Applicando-se a lei antiga, basta que decorram cinco, e, no caso de se applicar a lei nova, deverão correr mais dez annos.

Sobre esta questão divergem as opiniões :

a) Uns intendem que a prescripção deve completar-se segundo a lei vigente ao tempo em que começou a correr. É essa lei a que define a situação do criminoso perante a sociedade e a que dá ao delinquente uma legitima expectativa de se libertar da acção penal durante um certo tempo.

b) Sustentam outros que a lei nova deve regular sempre as condições da prescripção, embora esta tenha começado no dominio duma lei anterior.

A lei nova, dizem estes, funda-se em principios de ordem publica; é o interesse social o criterio para a resolução das questões em materia de prescripção. Ora a lei nova é a que melhor traduz o interesse público, devendo, portanto, determinar o prazo da prescripção.

Para demonstrar a falsidade da primeira opinião apresentam as seguintes considerações :

1.º) Se a lei nova encurta os prazos, chegaríamos ao absurdo de ver livre da acção da justiça um individuo, que praticou o crime mais tarde em relação a outro, que ainda ficaria sujeito ao procedimento criminal;

2.º) Se a lei nova alonga o prazo, o criminoso não tem direito a queixar-se da applicação desta, porque apenas tem direitos adquiridos depois de consumada a prescripção. A parte offendida muito menos se póde queixar, pois é favorecida com a lei nova.

Para o ministerio publico não ha tambem motivo de queixa; o alargamento do prazo é mais uma garantia que a lei nova vem estabelecer para a punição dos crimes. E, quando a lei nova encurta os prazos, não poderá o ministerio publico allegar surpresa ou violação de direitos, porque aquella foi dictada pelos supremos interesses sociaes, de que elle é representante. Do mesmo modo não poderá queixar-se o accusa lor particular, pois a lei nova não póde servir para satisfazer sentimentos de vindicta pessoal; resta áquelle a faculdade de pedir indemnização por perdas e danos, de requerer a restituição ou reparação civil.

c) Outros preferem a lei mais favoravel ao condemnado, e é esta a doutrina preponderante na jurisprudencia. Quando a lei antiga é a mais favoravel, deve applicar-se ella, porque doutra fórma iria peorar-se a condição do accusado; quando a mais favoravel fór a lei nova, applica-se esta, porque em meteria penal a prescrição é de ordem publica ¹.

d) MERLIN quer que a prescrição seja regulada pelas duas leis e imaginou um systema engenhoso para esse effeito: Attende ao tempo exigido pela lei antiga, ao tempo da lei nova e ao decorrido desde a prática do crime até á publicação da lei nova.

Exemplo: Pelo codigo de 1852 a prescrição era de dez annos para os crimes de pena maior, e pelo actual é de quinze. Supponhamos que um individuo, cinco annos antes de publicada a Nova Reforma Penal, tinha commettido um crime, sem que fosse perseguido pela justiça. Pelo primeiro systema faltariam cinco annos para se completar o prazo, pelo segundo faltariam dez, e pela theoria de MERLIN sete e meio.

¹ CARRARA, *Programma* cit., §§ 776.º e 777.º

Attendendo á lei antiga, tinha decorrido metade do prazo ; faltava, portanto, outra metade que, computada em relação ao da lei nova, é igual a sete annos e meio.

Supponhamos agora a hypothese inversa, isto é, a lei antiga marcando o prazo de quinze annos e a lei nova de dez. Temos a fazer a seguinte operação : cinco annos em relação a quinze igual a um terço ; faltam, pois, dois terços, que em relação a dez dão seis annos e oito mêses, o tempo necessario para completar a prescripção.

O systema de MERLIN reduz-se, pois, a avaliar o tempo decorrido em relação ao prazo total da lei antiga, e o tempo que falta para a prescripção em relação ao prazo total da lei nova, dando-se-lhe o valor que deve ter em relação á maior ou menor exigencia da lei em cujo vigor elle decorre.

Dentro da escola classica parece-nos a orientação de MERLIN a mais razoavel, embora não se possa sustentar á face da nossa legislação positiva.

49. Legislação e jurisprudencia portuguezas sobre a retroactividade da lei penal em materia de prescripção e condições de exercicio da accção penal. — Dissémos que a melhor orientação dentro da escola classica era a de MERLIN, muito embora não a podessemos admittir em face da nossa legislação positiva.

Com effeito, no codigo penal não ha disposição expressa que a isso nos auctorize, nem tão pouco a applicar a lei mais favoravel, e não havendo disposição expressa teremos de seguir a regra da não retroactividade.

O artigo 6.º só admittre tres excepções a esta regra e nenhuma dellas é relativa á prescripção.

Portanto, subsiste a regra geral, devendo applicar-se em materia de prescripção a lei vigente ao tempo em que ella começou a correr, isto é, a lei em vigor ao

tempo do delicto, se se tratar da prescrição do procedimento criminal, ou a lei vigente ao tempo da condenação, no caso de prescrição das penas.

Se o legislador quisesse que em materia de prescrição se applicasse sempre a lei mais favoravel ao réu, tê-lo-hia dito de uma fórmula expressa, como o fez em relação ás penas na excepção 2.^a do artigo 6.^o

Visto que o não fez, temos de seguir a regra geral, que manda applicar a lei nova somente aos casos occorridos na sua vigencia.

Portanto, quer a lei nova amplie, quer restrinja o prazo da prescrição, em face do nosso codigo a lei que se applica é a lei do tempo em que a prescrição começou a correr.

Tambem o artigo 125.^o fornece materia para um novo argumento em favor da preferencia que o nosso codigo attribue á lei do inicio da prescrição.

O § 9.^o deste artigo, tratando de regular a prescrição da acção civil, estabelece que quando ella fór cumulado com a acção criminal, prescreve segundo as regras estatuidas para o procedimento criminal, e nos demais casos segundo as regras de direito civil.

De fórmula que, se o offendido não tiver sido parte no processo criminal, a acção civil prescreve nos prazos ordinarios marcados na lei civil; ao contrario, se o offendido é tambem parte accusadora, cumulando assim a acção criminal com a civil, a prescrição criminal traz tambem consigo a prescrição da acção civil.

Sendo assim, a applicação retroactiva da lei nova, que viesse encurtar os prazos da prescrição, podia muitas vezes collocar a parte offendida em circumstancias de não poder obter a reparação e a indemnização civil.

O legislador não pôde prejudicar interesses privados com estas mudanças da lei.

A parte accusadora, que contava com um certo prazo, sendo este repentinamente encurtado, não podia pedir a reparação de perdas e danos, e daqui a frustração de direitos particulares, creados á sombra da lei.

Tal é a doutrina que, em face do artigo 6.º do Código penal, nos parece dever assentar-se.

Tractando-se, porém, da transição do código de 1852 para a Nova Reforma Penal de 1884, esta doutrina tem de ser modificada em vista do disposto no artigo 2.º da lei de 14 de junho de 1884, que a approvou.

A questão foi muito debatida entre nós depois da promulgação da Nova Reforma Penal, sendo para notar-se a divergencia dos julgados a este respeito.

Quanto ás prescripções cujos prazos se tinham completado antes de entrar em vigor a Nova Reforma Penal, nenhuma dúvida podia haver de que devia applicar-se a lei anterior, pois a prescripção era já um direito adquirido pelo accusado e a applicação da lei nova importaria manifesta offensa desse direito, e assim foi julgado por differentes accordãos do Supremo Tribunal de Justiça¹; todavia o mesmo tribunal, por accordão de 3 de março de 1885², não admittiu a prescripção de um crime apesar de terem decorrido já treze annos no dominio da legislação anterior.

A respeito, porém, das prescripções cujos prazos estavam correndo, divergiram consideravelmente as opiniões e os julgados, sendo todavia geralmente seguida pelo Supremo tribunal de Justiça a doutrina de

¹ Entre outros, pelos de 20 de julho e 21 de dezembro de 1888, publicados na *Rev. de leg. e de jur.*, XXIX, 477, e XXX, 144.

² Publicado na *Rev. cit.*, XXVIII, 94.

que eram necessários os quinze annos prescriptos péla lei nova ¹.

A mesma opinião foi seguida pela *Revista de legislação e jurisprudencia* ², e pelo sr. conselheiro DIAS FERREIRA ³.

Em sentido contrario veja-se o accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de junho de 1888 ⁴.

Quanto á prescripção cujo prazo foi diminuido, o mesmo Supremo tribunal por diferentes vezes applicou o prazo da lei nova ⁵.

É para notar-se a deficiencia de razões e muitas vezes a confusão de ideias que se depara nestes accordãos.

Assim para se applicar a prescripção mais longa da Nova Reforma Penal invoca-se a disposição do artigo 2.º da lei de 14 de junho de 1884, que ordena que as disposições da Nova Reforma tenham *plena observancia* logo que a mesma lei fôr promulgada, e esquecem-se as palavras do mesmo artigo «guardando-se para sua melhor *execução, em tudo que favoreça os réus*».

Para justificar a applicação da prescripção menos longa da Nova Reforma Penal, dos accordãos citados em a nota 5 desta pagina o 3.º funda-se no citado ar-

¹ Vejam-se, entre outros, os accordãos de 22 de julho de 1884 (na cit. *Rev.*, XXVI, 287), 13 e 20 de dezembro e 4 de outubro de 1892 (na *Rev.* cit., XXXIII, 342, 335 e 254), e muitos outros que se encontram summariados pelo sr. dr. TRINHADE COELHO nas *anotações aos artigos 125.º a 128.º do codigo penal* (*Anotações ao Codigo Penal*, pag. 49 e seguintes).

² Vejam-se o volume XVII, 184, 199 e 439, e o XXVI, 422.

³ *Novissima Reforma Judiciaria Annotada*, pag. 325.

⁴ Publicado na *Rev.* cit., XXIX, 415.

⁵ Vejam-se, entre outros, os accordãos de 13 de fevereiro e 3 de dezembro de 1837 e de 6 de julho de 1888 (na *Rev.* cit., XXIX, 361 e 173, e XXX, 76).

tigo 2.º n.º 1 da lei de 14 de junho de 1884, e este e mais o 2.º invocam ainda o artigo 6.º n.º 3.º do código penal, que dá effeito retroactivo ás disposições da lei sobre os effeitos da pena em tudo quanto seja favoravel aos criminosos, não se vendo a que proposito vem esta invocação, e o 1.º nenhuma razão apresenta da sua decisão.

Ha realmente desharmonia entre a disposição do artigo 2.º da lei de 14 de junho de 1884, que manda applicar as disposições da Nova Reforma Penal em tudo o que favorecer os réus, e o artigo 6.º que só dá effeito retroactivo á lei penal, na parte favoravel aos réus quanto a *infracções, penas e effeitos destas*, e não quanto á *prescrição*. Parece que o unico meio de as conciliar é applicar o artigo 6.º do código em relação a qualquer lei posterior á Nova Reforma Penal que venha alterar os prazos da prescrição; mas, quanto ás disposições da Nova Reforma Penal sobre prescrição, devem applicar-se estas mesmo ás prescrições começadas a correr no dominio do código de 1852, quando a applicação favoreça o réu.

E não só quanto a prazos, mas ainda sob outros aspectos.

Assim, pelo código de 1852 a prescrição não corria enquanto o criminoso retivesse qualquer objecto por effeito do crime (art.º 125.º); a Nova Reforma Penal eliminou esta restricção, e por isso logo que entrou em vigor, deveram começar a correr os prazos para a prescrição dos crimes anteriores, ainda que os criminosos continuassem a reter quaesquer objectos por effeito do crime.

O código penal de 1852 tambem não estabelecia prazo especial para a prescrição do direito de queixa do offendido ou de seus parentes, quando della dependesse o procedimento criminal. A Nova Reforma

Penal, artigo 88.^o § 3.^o, estabeleceu prescrição especial para este direito, e como é disposição favorável aos réus, logo se deveu applicar aos crimes anteriormente committidos.

As dúvidas expostas mostram a necessidade ou, pelo menos, a conveniencia que teria havido em o nosso legislador estabelecer disposições expressas a este respeito, como o fez o legislador italiano, que, além de consignar no artigo 2.^o alinea 2.^a uma disposição mais generica do que a nossa e que comprehendia tambem a prescrição, regulou de modo especial o assumpto no artigo 42.^o do decreto de 1 de dezembro de 1889.

Outro assumpto que deveria ser regulado era o das condições de exercicio da acção penal.

Assim, tendo a Nova Reforma Penal, artigo 359.^o, tornado publico o crime de offensas corporaes leves, o qual pelo codigo de 1852, artigo 359.^o, era particular, poderia o ministerio publico accusar estes crimes quando tivessem sido praticados anteriormente e ainda não estivessem julgados? E, pelo contrario, tendo o decreto de 15 de setembro de 1892, artigo 21.^o, tornado outra vez particulares estes crimes, e o decreto de 22 de maio de 1895, artigo 3.^o, e a lei de 4 de maio de 1896, artigo 6.^o, novamente publicos quando committidos com publicidade, deixaria o ministerio publico de ter competencia no primeiro caso e readquiri-la-ia no segundo para accusar officiosamente estes crimes?

Se o artigo 2.^o da lei de 14 de junho de 1884 pode resolver a dúvida quanto ás alterações feitas pela Nova Reforma Penal, não pode invocar-se o seu preceito quanto ás alterações posteriores.

50. O problema da retroactividade na escola positiva.
— Resumidamente diremos as reformas que porven-

tura deveriam fazer-se em face das modernas ideias da escola positiva.

FLORIAN, escriptor italiano, publicou sobre este assumpto uma monographia *A lei penal no tempo*¹, de que daremos noticia e á qual faremos algumas observações.

FLORIAN defende a *retroactividade absoluta e amplissima da lei penal*.

Para isso, começa por demonstrar directamente a sua these, baseando-se na noção de delicto e no fundamento do direito de punir; depois, combate os argumentos adduzidos pelos classicos contra a doutrina por elle professada, e, por último, examina se porventura o principio da retroactividade das leis penaes deve soffrer alguma limitação.

I. Para que serve a lei penal? pergunta FLORIAN.

Para defender a sociedade, para a libertar das tendencias perturbadoras.

Logo as últimas leis devem ser as melhores, por isso que estão mais em harmonia com o estado actual da sociedade e portanto mais aptas para defender esta das *actuaes* tendencias criminosas.

Não é o perigo passado que é preciso conjurar, mas o presente; por isso, e para a defesa social, deve preferir-se a última lei.

Não devemos considerar o crime como uma entidade abstracta, juridica, constituida pela contradicção entre um facto e uma lei, mas como um facto humano, que nasce, vive e se desenvolve em certo meio, consoante as condições deste.

¹ Publicada na revista scientifica *La scuola positiva*, 4.º anno, n.º 11 e 12 (julho de 1894).

Portanto, se a nova lei exclue um facto do numero dos delictos e colloca entre as incriminações outro que o não era, ou modifica a natureza ou a penalidade dum crime, isto quer dizer que um certo facto já não offerece perigo para as condições sociaes, ou se offerece perigo é menor, e que um outro, primeiramente inoffensivo, se tornou perigoso.

Da conformidade da defesa social com o perigo, não passado mas actual, resulta a plena legitimação do principio da retroactividade absoluta da lei penal.

II. Em que differe esta doutrina da dos classicos e dos codigos?

FLORIAN critica os argumentos que a ella se oppõem, julgando-os infundados, e mostrando por outro lado que os argumentos invocados pelos classicos para sustentarem a retroactividade das leis mais suaves pódem tambem servir para defender a das leis mais severas.

a) A lei penal não deve retroagir, diz a escola classica; o criminoso tem o direito de ser julgado pela lei do tempo em que cometteu o delicto; é um direito *adquirido*, que tem de ser respeitado.

Mas, responde FLORIAN, esse pretendido direito é inconcebivel na esphera do *jus penale* rigoroso.

O unico direito que o criminoso pode ter é ser julgado pelas leis do seu país.

Aquelle pretendido direito é muito problematico. Demais, se é de interesse público a defesa dos direitos adquiridos, em que se funda a não retroactividade, tambem não é de menos interesse social a retroactividade em toda a sua amplitude.

Aqui quem periga é o proprio principio que dá origem ás leis penaes; a conveniencia e a utilidade sociaes.

E deste modo, os classicos attendem especialmente aos direitos dos individuos, esquecendo-se dos direitos

da sociedade; encaram a questão de um modo unilateral.

b) Outro argumento invocado contra a retroactividade absoluta consiste na probabilidade de, existindo ella, o legislador, por meio de uma lei que cria novas incriminações ou agrava as existentes, poder fazer perseguições a quem lhe aprouver arbitrariamente.

Responde FLORIAN: Que o perigo invocado e que se pretende evitar não é exclusivo da theoria da absoluta retroactividade; com equal criterio se poderia proscriver qualquer lei nova que viesse prejudicar adversarios que ainda não tivessem delinquido.

Esta observação de FLORIAN não é procedente, como facilmente se vê. Os adversarios nestas condições podiam evitar facilmente a perseguição.

Accrescenta FLORIAN: Que, se a retroactividade absoluta pôde dar logar a perseguições por parte do legislador, como objectam os classicos, tambem a retroactividade da lei penal mais favoravel pode dar logar ao vicio opposto: o favoritismo.

A presumpção, porém, deve ser que as cousas se passam como devem, sendo infundada a suspeição de parcialidade.

c) Ha outra objecção contra a absoluta retroactividade, que é: applicar-se ao delinquente uma lei mais severa, posterior ao seu facto, é injustificavel porque o criminoso ainda não soffreu a acção dessa lei, e a coacção psychologica foi regulada pela lei antiga; ora podemos suppór que, se o augmento do rigor existisse ao tempo do crime, o criminoso não o cometeria.

O mesmo se deve dizer na hypothese de uma lei nova vir estabelecer incriminações não previstas na antiga.

FLORIAN responde que não é a gravidade das penas que impede a prática dos crimes por parte daquelle

que se resolve a delinquir, se a ameaça penal já existe; quem comette o delicto, se a pena comminada é cinco, tambem o cometteria se fósse seis.

FLORIAN confia pouco nos effeitos intimidativos attribuidos á pena; mas nós acreditamos que muitos individuos ha, em qualquer agrupamento social, que deixam de praticar o crime por considerações sociaes ou pelo egoismo de não querer arrostar com as consequencias da punição.

Se as penas intimidam, não póde ser indifferente a maior ou menor severidade.

Onde não iria o algarismo criminal, se de repente se supprimissem os codigos penaes?

Com respeito á 2.^a hypothese da argumentação dos classicos, diz FLORIAN que a lei não póde trazer ao espirito do individuo nenhuma noção que lhe seja desconhecida, por isso que essa norma legal, antes de passar ao papel, já existia na consciencia da collectividade.

Não é necessaria a prevenção da lei: bastam a sanção moral da consciencia, da educação, da opinião publica, etc.

III. FLORIAN passa depois a examinar as limitações que na prática deve soffrer o principio da retroactividade absoluta da lei penal.

Pelo que respeita a factos anteriores á nova lei, que por esta são declarados pela primeira vez puniveis, FLORIAN estabelece uma restricção daquelle principio, justificando-a com as seguintes considerações: Quando alguem pratica um facto que mais tarde é reputado criminoso por uma lei, ha quasi impossibilidade material de constituir e recolher as provas desse facto.

Como no momento em que é praticado se considera licito, ninguem se lembra de inquirir quem é o agente.

Por isso temos de pôr de parte a retroactividade absoluta no caso de novas incriminações, pela simples dificuldade em recolher provas anteriores á lei nova.

Por este motivo, o principio de FLORIAN perde grande parte do seu valor, deixando de ser absoluto, em vista das restricções a que está sujeito ¹.

Pelo que respeita aos crimes cometidos antes da nova lei e julgados já por sentença transitada, distingue ainda FLORIAN entre o caso de a lei nova eliminar a incriminação e o de agravar ou attenuar a pena.

Quanto ao primeiro caso estão concordes os classicos: O réu deve ser logo libertado. O segundo foi largamente discutido durante os trabalhos preparatorios doCodigo penal italiano, onde se adduziram argumentos a favor da auctoridade do caso julgado, e onde se propôs doutrina egual á do Sr. José Luciano de Castro, entre nós, na discussão do artigo 1.º da Nova Reforma Penal.

A proposta foi rejeitada. FLORIAN não reconhece o argumento da auctoridade do caso julgado.

Para elle a inviolabilidade do caso julgado mantêm-se, porque este subsiste como presumpção da verdade do facto.

A necessidade de rever muitos processos por occasião de modificações penaes, que os classicos allegam tambem contra a retroactividade absoluta, é uma difficuldade que se encontra hoje, quando se alteram as listas das incriminações.

Argumentam ainda os classicos com o perigo de restituir á liberdade, ao mesmo tempo, grande numero

¹ FERRI concorda com FLORIAN neste assumpto das novas incriminações, quanto ao delicto natural, mas nunca quanto ao delicto legal, de indole contravencional, ou de mera criação politica, que não revela tendencia criminosa e apenas é a postergação do preceito positivo da lei.

de condemnados. Isto, porém, não acontece, porque para uma libertação simultanea seria necessaria uma condemnação simultanea a pena de identica duração.

51. Critica. — Entrando na apreciação deste interessante e grave assumpto, diremos que elle perde muito da sua importancia, desde que o quantitativo das penas não seja tomado em conta, isto é, desde que a pena comece a ser indeterminada nas sentenças, como é de suppôr aconteça de futuro em relação ás penas restrictivas da liberdade.

Ainda assim, se estas penas ficarem na sentença condemnatoria indeterminadas quanto ao *maximo* da duração, mas determinadas quanto ao *minimo*, (o que nos parece necessario para que a esperança da prompta libertação não prejudique a efficacia intimidativa das penas, e para que haja o tempo necessario para fazer do criminoso um estudo sério), como esse minimo ou quantidade irreductivel das penas pôde ser differente em duas leis penaes, sempre tem de resolver-se a questão da retroactividade.

O minimo é o tempo irreductivel de servidão penal; só depois é que o condemnado tem o direito de pedir que se investigue do seu procedimento na prisão, como base para novo julgamento, de que resultará: ou a liberdade definitiva, ou apenas a liberdade provisoria, ou ainda o prolongamento da pena, com o inicio de novo periodo de servidão penal, no mesmo regimen ou em regimen differente.

Esse minimo, pergunta-se, deve ser determinado pela lei antiga ou pela lei que vigora ao tempo da sentença?

A maior parte dos codigos modernos, entre elles o nosso, estabelecem que se deve attender á lei do tempo da sentença, se ella fór favoravel ao réu.

FLORIAN segue sempre e incondicionalmente esta doutrina; mas nós entendemos que não deve ser assim, embora essa lei favoreça o réu.

É a lei antiga que deve applicar-se.

Se a lei nova é mais severa, a retroactividade prestar-se-hia á perseguição pela acção legislativa.

Se a lei deve reflectir a consciencia collectiva, é certo infelizmente que tambem tem sido empregada para a tyrannisar, para dominar fortes correntes de opinião.

Portanto, se a lei nova augmentar o minimo, o réu póde pedir a liberdade segundo a lei antiga.

Em segundo logar, a delinquencia é uma força, que, como todas as forças em mecanica, se mede pela resistencia, o que quer dizer que o grau de perversidade do criminoso deve ser determinado pela legislação antiga. Bem póde ser que, se a nova lei, mais severa, já vigorasse, o delicto não fosse commetido.

O minimo não deve ser superior ao estabelecido na lei antiga, nem tambem inferior; não deve ser superior, pela consideração atrás referida; e não deve ser inferior, para que a lei não se converta num meio de exercer protecção deshonesta.

Além disso, se a lei antiga ameça mais, o réu é presumptivamente mais delinquente do que o ameaçado pela lei nova; e, deste modo, egualmente repudiamos o argumento do favor, cuja esperanza, no momento de resolver o delicto, prejudicaria o effeito inhibitorio da ameça penal.

Quanto ao resto, é a lei nova que vigora. E, assim, da lei nova deriva a coacção psychologica para o futuro; por ella se regula a *qualidade* da pena; ella é que deve determinar as condições da libertação e o modo pratico de as verificar.

De modo que, devendo a lei nova representar os

ultimos aperfeiçoamentos da arte punitiva, estes aproveitam-se assim.

O caso julgado não deve influir na escolha do tratamento penal.

Embora já sentenciado, a sociedade nem por isso deve abandonar o criminoso; deve olhar por elle, attender ás suas condições durante a servidão, applicar-lhe o tratamento estabelecido na lei nova, mais racional, conforme devemos presumir.

A revisão dos processos levanta grande difficuldade prática. Essa revisão fez-se em Hespanha, onde a lei penal tem applicação mais extensiva, quando estabelece pena mais leve.

Não é preciso que a façam os magistrados; póde ser feita pelos directores dos estabelecimentos penaes.

A applicação ao criminoso da lei presumptivamente a mais perfeita, não é uma questão de justiça, como querem os sectarios da escola classica; para nós ella traduz o espirito da defesa social, por isso que a lei nova é a que melhor traduz os aperfeiçoamentos da sciencia.

Discordamos de FLORIAN theoricamente por elle querer punir os criminosos de novas incriminações, se lh'o não impedisse a difficuldade de encontrar provas.

Devemos ter sempre presente o espirito que animou a Revolução Francesa ao declarar, entre os direitos garantidos ao individuo, o principio da não retroactividade da lei.

Esta affirmação revolucionaria representa uma larga e penosa experiencia historica; é um protesto contra o despotismo e perpotencias arbitrarias do velho regimen.

Hoje consigna-se em todas as legislações; porque subsiste sempre a necessidade de reprimir os desmandos do poder, pois jámais a tyrannia assumiu uma forma tão dissimulada, intelligente e astuciosa.

Nem todo o que pratica uma acção prohibida é um

criminoso, no sentido em que tomamos esta palavra — como organização de fundo permanente de delinquencia, de tendencias maleficas congenitas; distinguimos entre os actos de gravidade manifesta, verdadeiros attentados contra certos principios de probidade, contra determinados sentimentos de piedade, dominantes numa epoca e numa sociedade (delictos naturaes), e outros actos prohibidos que expressamente vem indicados no codigo penal (delictos legaes). Se, porém, os primeiros podessem ser punidos antes de virem para a lei penal, o poder repressivo manifestaria a tendencia de ampliar os delictos naturaes.

Por isso, e prevenidos contra os arbitrios do despotismo, accetamos os principios da Revolução Francesa.

Não ha crimes senão os punidos na lei, proclamou ella, e bem; porque, aliás, ninguem estaria seguro contra o arbitrio, e o magistrado poderia sempre punir e condemnar qualquer individuo, embora o facto não fosse intrinsecamente criminoso. Além de que, punir sem prévia declaração da lei, é dar o exemplo da cilada e da insidia, é desmoralizar em nome da auctoridade, cuja missão é essencialmente educativa.

Por ultimo: praticando um acto que a lei do tempo tolerava, o agente não mostra revelação de delinquencia, nem mesmo de menos respeitador das leis do seu país; porque é preciso notar ainda que não é com respeito aos delictos naturaes que a lei póde ter omissões; esses não esquecem ao legislador.

Não nos conformamos tambem com a theoria e com a lei, quando mandam extinguir a pena, em virtude de ter desaparecido a base do processo — a incriminação. Não podemos equiparar a moralidade de dois individuos, um que praticou um facto quando este era punido, e outro que praticou esse mesmo facto na occasião em que já o não era.

Exceptuaremos os crimes politicos, quando determinados por generosos impulsos de civismo, porque ha sempre o direito de protestar contra uma defeituosa organização politica.

Deve, portanto, manter-se sempre a auctoridade da lei contra aquelles que affrontam as determinações expressas della, embora a pena seja leve.

§ 2.º

Appliação das leis penaes quanto ao espaço

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

Contrapõe-se-lhe o *systema pessoal*, ou o *principio da personalidade*. Por e-te systema seria applicada a lei penal dum Estado a qualquer nacional deste, em qualquer parte que o crime fosse comettido. Não se admitte em nenhuma legislação contemporanea, por offensivo, segundo as ideias ainda dominantes, da soberania territorial, embora fosse talvez o mais conforme ás afirmações da sociologia criminal ¹.

¹ Neste sentido FEDOZZI — *Rivista italiana per la scienze giuridiche*, vol. XXIII, fasc. II, pag. 240. Consulte-se: *Estudos juridicos*,

Systema mixto. Extra-territorialidade. Subsidiária e excepcionalmente, como garantia da defesa nacional e afirmação da solidariedade internacional, tem-se reconhecido a necessidade de ampliar a competência dum Estado ás infracções *extra-territoriaes*, em certas hypotheses, se o infractor vier residir no territorio desse Estado, onde a sua presença é um perigo e causa de alarme.

Taes são: a hypothese de a offensa haver sido dirigida contra a segurança ou credito do proprio Estado, em que o agente vem procurar asylo, de ter sido praticada por um nacional ou contra um nacional, de distar pouco a fronteira do país onde foi comettido o crime, etc. O reconhecimento da auctoridade extra-territorial da lei penal para certos casos, tanto mais justificado quanto mais faceis se tornam as communições entre os povos modernos, e o dever internacional da *extradição* dos criminosos, formam o que se chama o principio da *extra-territorialidade*. A este respeito admittem-se ainda algumas restricções nos tratados (sendo em geral recusada a extradição dos nacionaes, excepto na Inglaterra e nos Estados Unidos), donde muitas vezes resulta a impunidade de delinquentes perigosos. O principio da extra-territorialidade tem-se imposto até á propria Inglaterra e aos Estados Unidos, onde vigorava o systema territorial puro. Com effeito, estes países tẽem já reconhecido algumas modificações a este systema ¹.

53. Principio da territorialidade. Sentido da palavra territorio. — Um Estado não poderia viver e desenvol-

n.º 1 — *Questões praticas do direito penal internacional*, paginas 78 e 79; Sr. Dr. A. PEREIRA DO VALLE, *Anotações*, etc., pag. 226.

¹ Sr. Dr. PEDRO MARTINS, *Da competencia penal internacional*, etc., paginas 63, nota, e 143.

ver-se, contendo elementos, que, impunemente, podessem perturbar a ordem e a tranquillidade. Nacionaes e estrangeiros devem portanto estar sujeitos ás leis e á jurisdicção dos tribunaes do país onde são protegidos na sua pessoa, honra e haveres. Apenas em alguns paízes, cujos costumes e civilização differem fundamentalmente da civilização e dos costumes europeus, o soberano territorial tem concedido a algumas nações o direito de julgarem os seus nacionaes.

Tem-se sustentado que é de equidade reconhecer ao estrangeiro transgressor uma *escusa*, baseada na *ignorancia da lei*, em materia de disposições regulamentares e de policia local, provada a impossibilidade ou grande difficuldade de o infractor a conhecer¹. Mas tal escusa parece não ser admittida por nenhuma legislação, e, pela facilidade cada vez maior de communicações, viria complicar extraordinariamente o serviço judicial. É de presumir que, informando-se o estrangeiro sufficientemente sobre as disposições que o favorecem e lhe concedem direitos, poderá tambem esclarecer-se sobre aquellas que lhe impõem deveres.

O territorio dum Estado, no sentido juridico, compõe-se: 1.º do territorio *geographico*, limitado pelas fronteiras, que comprehende todos os logares onde exerce a sua soberania; 2.º do *mar territorial*; 3.º dos *navios*; 4.º dos logares momentaneamente occupados pela força armada dum Estado².

Mar territorial. É principio reconhecido em direito internacional o da *communidade* e, portanto, da *liber-*

¹ LAURENT, apud, GARRAUD, *Traité*, etc., pag. 204, 1.º tomo, nota ao n.º 432.

² G. VIDAL, *Cours de droit criminel*, n.º 904.

dade do mar. Sendo uma grande via de comunicação entre os povos, deve estar franqueado.

Além disso, a sua superficie movel escapa á demarcação e á posse.

Todos os vestigios da passagem do homem pelo mar se apagam; não é possível imprimir nelle o signal material da intenção dominadora e do esforço transformador como na terra firme. *Mare vastum per se occupabile non est* (Puffendorf).

Mas, conforme os usos internacionaes, ha uma porção de mar sujeita á jurisdicção do país, por ella banhado, na extensão necessaria á defesa desse país, e á efficacia do seu direito de punir. Essa faixa de mar, entre a linha das costas e uma linha imaginaria (linha de respeito), parallela áquella e determinada pelo maior alcance dos meios da acção e defesa estabelecidos na costa, é o *mar territorial* ou *litoral*. *Potestas terrae finitur ubi finitur armorum vis*.

Segundo a doutrina ainda dominante, a extensão das aguas littoraes é marcada pelo alcance maximo do canhão disparado da praia, e, para que essa extensão não varie constantemente com os progressos da balística, tem sido fixada em tres milhas, limite acceto expressamente por alguns Estados relativamente á pesca, e tacitamente mantido quanto á jurisdicção, não obstante o alcance maximo do canhão ir hoje até onze milhas, pelo menos, e o alcance defensivo até seis ¹.

Navios. Por uma ficção geralmente reconhecida, os navios são porções fluctuantes do territorio do Estado, a que pertence o seu pavilhão.

E, assim, os delictos cometidos a bordo, quer

¹ Sr. Dr. PEDRO MARTINS, *obr. cit.*, paginas 85 e seguintes.

maritimos, quer de direito commum, consideram-se praticados no territorio nacional. Mas, se os navios se encontram no mar territorial ou ancorados nos portos, este principio entra em conflicto com o que attribue direitos soberanos ao Estado a que essa orla do mar pertence. Para resolver esse conflicto, o direito internacional estabelece uma distincção essencial entre *navios de guerra* e *navios mercantes* ¹.

Os primeiros, contendo uma parte da força pública do Estado, não estão sujeitos á soberania estrangeira. Se a bordo fór praticado algum acto de hostilidade, v. g., proteger revoltosos, o Estado litoral não invocará o direito de punir, mas o direito de defesa entre nações eguaes.

Os navios mercantes ou de recreio, pertencendo a particulares e não tendo character official, são comparados por alguém a um *comboio de mercadorias* (*Reddie*), sendo de opinião que devem estar sujeitos inteiramente á jurisdicção do Estado, em cujas aguas se encontram; para outros são como uma *provincia ambulante* do Estado sob cujo pavilhão se defendem (*Bentham*); mas predomina a doutrina de que estes navios estão sujeitos á lei da sua nação quanto ao regimen interno, mas dependem do Estado litoral em certas proporções variaveis com os costumes e com as leis de cada país.

A Inglaterra sujeita á jurisdicção do almirantado todas as infracções cometidas nas aguas territoriaes de Sua Magestade Britannica; mas outros países, como a França e Portugal, exceptuám a hypothese de o delicto ter sido cometido entre tripulantes, sem perturbação da tranquillidade do porto.

¹ GARRAUD, *obr. cit.*, tomo 1.º, n.º 133, pag. 207.

Crimes cometidos em balão. Os progressos da navegação aérea, que Franklin denominava uma *creança recém-nascida*, trouxeram para o direito penal internacional um novo problema — o da competência para os crimes cometidos no espaço aéreo.

MANDUCCA é de opinião que devem applicar-se ao espaço aéreo os mesmos principios de territorialidade ou extra-territorialidade marítima. Assim, se um crime fôr cometido na barca dum balão, que fluctua em liberdade, e que se haja elevado a uma altura consideravel (*ad una altezza seria*), acima de 600 a 700 metros, entende que a jurisdição cabe ao Estado a que pertencem o aëronauta e o aërostatto, como nos crimes cometidos no alto mar. Se, porém, no momento do crime, o balão se acha numa altura não muito consideravel, 200 ou 300 metros, serão competentes as justiças do territorio subjacentes á zona aérea em que elle fluctua. Quando o crime seja cometido na barca dum balão captivo, devendo este equiparar-se ao navio ancorado, a jurisdição pertence ao Estado de cujo territorio o aërostatto se elevou.

MASSUCCI considera sempre os balões num espaço livre, em que não podem, portanto, estar subordinados senão á soberania e ás leis penaes do país donde se elevarem.

MANDUCCA é incoherente quando regeita em absoluto a opinião de GATTESCHI, que attribue jurisdição ao Estado subjacente na hypothese de a victima vir cahir no seu territorio, qualquer que seja a altura em que se achar o aërostatto, e quando prefere para esta hypothese a doutrina de NORCEN, que considera competentes os tribunaes do país da partida.

O que parece mais acceptavel, *à simili* do que é seguido para os navios mercantes, é que o crime seja punido pelas justiças do territorio subjacente, quando

neste territorio venha lançar perturbação ou produzir os seus effeitos, qualquer que seja a altura da prática do crime ¹.

Territorio occupado militarmente. O solo estrangeiro, occupado pela força armada nacional, considera-se parte do territorio nacional para os effeitos da jurisdicção criminal. Onde a bandeira, ahí a nação. É claro que o Estado occupante, antes duma conquista definitiva, não póde alterar a legislação do estado occupado; mas póde, no exercicio da jurisdicção, applicar a sua propria lei penal.

Se o exercito estiver em territorio inimigo, o nosso Codigo de Justiça Militar ² sujeita á jurisdicção dos tribunaes militares todas as pessoas que cometerem alguns dos crimes militares previstos nas leis militares (art.º 304.º).

Se, porém, o exercito estiver em territorio amigo ou neutro, manda esse codigo observar as regras estipuladas nos respectivos tratados e convenções, e não os havendo, os principios do direito das gentes (art.º 305.º), segundo os quaes pertencem á jurisdicção do Estado occupante todos os crimes, militares ou communs, que os membros do exercito cometerem, embora a vítima seja membro doutro Estado. O artigo 321.º sujeita á jurisdicção correccional dos prebostes militares todos os individuos que acompanharem o exercito, ou fizerem parte da sua comitiva, como bagageiros, recoveiros, etc., em territorio amigo ou neutro; e igualmente os vadios e os prisioneiros de guerra que não forem officiaes. Em territorio inimigo, esta jurisdicção amplia-se

¹ Vej. COGLIOLO, *Completo trattato*, etc., paginas 463 a 465; Sr. Dr. PEDRO MARTINS, *obr. cit.*, paginas 109 a 111.

² Aprovado pela carta de lei de 13 de maio de 1896.

aos habitantes, viajantes e a quaesquer individuos extranhos ao exercito, encontrados na área occupada, emquanto não fór conferida a outras auctoridades (art.º 321.º, § unico).

54. Exame do artigo 53.º do codigo penal portuguez. — O artigo 27.º do codigo penal de 1852 foi reformado pela lei de 1 de julho de 1867 (da mesma data da que organizou o regimen penitenciario).

O artigo 53.º do codigo de 1886 reproduz as disposições daquella lei, com a differença de que nella não existia o n.º 4 deste artigo, que é textualmente o n.º 3 do artigo 27.º acima indicado, que por sua vez teve por fonte o artigo 862.º da Nova Reforma Judiciaria, e de que a lei tem ainda os §§ 4.º e 5.º, que respeitam á competencia do juizo, materia estranha ao direito penal substantivo ¹.

Ha ainda outras differenças de redacção que vamos indicar.

Diz o artigo 53.º: « . . . não harendo tratado em contrario ». O artigo 27.º acrescentava: « . . . ou lei especial », palavras que foram supprimidas, porque o intuito da lei de 1867 foi precisamente revogar a legislação em contrario. Os tratados *em contrario*, esses não podiam ser revogados ou alterados por uma das partes sómente.

O n.º 1 do artigo 53.º substitue o n.º 1 do artigo 27.º do codigo de 1852, que dizia: « a quaesquer estrangeiros residentes em dominios portuguezes ». O criterio da residencia é incompleto; o estrangeiro que vem de passagem e não reside tambem está sujeito á nova lei.

Na redacção actual empregam-se os termos « *terri-*

¹ Estude-se o artigo 53.º em confronto com o artigo 27.º do codigo de 1852.

torio e dominio» designando o ultimo as possessões portuguezas.

O principio da territorialidade é expresso nos n.º 1 e 2 e no § 1.º do artigo 53.º, correspondentes aos n.ºs 5, 6 e 7 do artigo 27.º do antigo codigo. Estes numeros não se referiam ao *mar territorial*.

Além disso, pelo n.º 7 ficavam sujeitos á jurisdicção portuguesa os crimes cometidos a bordo de navio estrangeiro em porto portuguez, ainda que fosse *navio de guerra*, o que é contrario aos principios e ás práticas internacionaes; e ficavam isentos da jurisdicção portuguesa os crimes cometidos entre tripulantes de navio mercante estrangeiro, *ainda que perturbassem a tranquillidade dos nossos portos*; mas o n.º 6 não offerencia reciprocidade, porque os crimes cometidos a bordo do navio portuguez, surto em porto estrangeiro, ainda que o navio fosse mercante, eram sempre submettidos á nossa jurisdicção, desde que o agente e a victima fossem portuguezes, *embora não pertencessem á tripulação*, e não o eram nos mais casos.

Nas annotações do Dr. SECCO ao codigo de 1852, diz-se que as proposições restrictivas do § 1.º «quando os delictos tiverem logar, etc.», se referem não só aos navios mercantes mas tambem aos navios de guerra. Pretende-se basear esta interpretação na letra da lei, e na razão da reciprocidade consignada no n.º 2, mas é inadmissivel em face da doutrina corrente em direito publico internacional. Os fundamentos não tẽem valor. A letra prova o contrario: se o pensamento do § 1.º fosse referir aquellas expressões tambem aos navios de guerra, a redacção não seria tão prolixa; a razão da reciprocidade não póde invocar-se, porque o n.º 2 deve entender-se do mesmo modo que o § 1.º

Além disto, o Dr. SECCO contradiz-se, pois expõe doutrina opposta a pagina 18, alineas b), c) e d).

Que poderá entender-se por perturbação da tranquillidade do porto? Parece que esta perturbação se verificará, quando as consequências da desordem se estendam de bordo á terra firme, ou mesmo quando se tornar necessaria para as extinguir a intervenção das auctoridades locais ¹.

33. Applicabilidade da lei penal portugúesa a crimes ou delictos exterritoriaes. — As infracções exterritoriaes respeitam os n.ºs 3, 4 e 5 e os §§ 2.º e 3.º do artigo 53.º, correspondentes aos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 27.º do código anterior.

Daquellas disposições se vê que a nossa lei penal tem auctoridade exterritorial:

1.º Sobre todos os crimes ou delictos comettidos por *portugúeses* em país estrangeiro quando não tenham sido julgados no país onde delinquiram, ou se tenham subtrahido ao cumprimento de toda ou parte da pena que lhes tiver sido imposta; mas,

a) se o crime fôr de alguma das categorias mencionadas em o n.º 3 do artigo 53.º (dirigido contra a segurança ou contra o crédito do Estado), basta que o facto seja incriminado pela nossa lei, e, se o criminoso não fôr encontrado em Portugal, póde forçar-se a comparecer perante as nossas justiças por meio da *extradição*, e até julgar-se á revelia pelo *processo de ausentes* ²;

b) se, porém, fôr qualquer outro crime ou delicto, é indispensavel que o facto seja tambem qualificado de crime ou delicto pela legislação do país onde foi pra-

¹ Veja-se o *Journal de Droit Int. Privé*, tomo XXIV, pag. 53.

² Sobre este processo estudem-se até ao artigo 11.º as disposições do decreto dictatorial de 18 de fevereiro de 1847, confirmado até áquelle artigo pela carta de lei de 18 de agosto de 1848.

ticado e que o criminoso ou delinquente seja encontrado em Portugal, ficando ainda assim a instauração do processo dependente da queixa do offendido, ou de participação official da auctoridade do lugar do delicto, se a este só fôr applicavel pena correccional.

A *condição commum* — que o agente não tenha sido julgado no país onde delinqüiu, ou, no caso affirmativo, que se tenha subtrahido, no todo ou em parte, ao cumprimento da pena imposta — funda-se na regra *non bis in idem*, regra que, nesta materia, deve entender-se no sentido de que o que não póde repetir-se é a pena pela mesma infracção — *non bis poena in idem*.

2.º Sobre os crimes do grupo a) commettidos por estrangeiros em país estrangeiro, se comparecerem no nosso territorio, ou se o governo portuguez poder obter a sua extradição.

Estes não estão sujeitos ao processo de ausentes.

Como dissémos, o n.º 4 do artigo 53.º não existia na lei de 1 de julho de 1867, e é textualmente o n.º 3 do artigo 27.º, que ella veio reformar.

Já se tem sustentado que este numero não devia ser inserido no codigo actual por estar implicitamente revogado pela lei de 1867 ¹.

Os argumentos que podem ser adduzidos em favor desta opinião são em resumo :

1.º Que a lei de 1867 refundiu esta parte do codigo de 1852, e não contém a mais ligeira referencia que nos auctorize a suppôr que houvesse o pensa-

¹ Dr. SECCO, *obr. cit.*, pag. 47. Vej. em sentido contrario Sr. Dr. CHAVES E CASTRO, *Organização judiciaria*, n.º 433, nota 2, pag. 650; Sr. Dr. J. P. MARTINS, *obr. cit.*, pag. 152 e seguintes; artigo do Sr. Dr. H. DA SILVA, nos *Estudos Juridicos*, n.º 1, pag. 83 e seguintes.

mento de deixar em vigor qualquer disposição daquelle artigo 27.º

2.º Que o § 5.º da mesma lei, determinando a competencia do juizo para os casos do n.º 3, pelo lugar em que o réu fôr achado, ou, se esta competencia não fôr possivel por o *réu estar fóra do territorio portuguezs*, pelo seu ultimo domicilio antes de ausentar-se do reino, e dando, na falta destes elementos, a competencia aos juizes dos districtos criminaes de Lisboa, não diz uma palavra relativamente aos estrangeiros que forem réus dos mesmos crimes.

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

4.º Que deve suppôr-se que o auctor da proposta daquella lei de 1867 (Barjona de Freitas) teve presente o projecto do codigo penal de 1861 (de Levy Jordão), que o governo de então tencionava apresentar em breve ao parlamento, antecipando-se com algumas reformas parciaes mais urgentes; e que aquelle projecto, em relação a infracções exterritoriaes, se mantinha rigorosamente dentro do principio da *personalidade*, não submittendo á lei portugûesa senão os *portuguezs*.

5.º Que, finalmente, mandando o § 3.º da lei de 1867 processar de novo o criminoso ou delinquente condemnado em país estrangeiro quando se tenha subtrahido ao cumprimento da pena ou de parte della, se refere visivelmente só a portugûeses.

Todavia seguimos a opinião contrária pelas seguintes razões :

A lei de 1 de julho de 1867 parece reflectir uma tríplice influencia : do codigo de 1852 (do qual conservou a distincção entre *crimes contra o Estado português* e *outros crimes* committidos por portuguezes fóra do nosso territorio (distincção que não existe no projecto de 1861) ; deste projecto (do qual accitou a doutrina da jurisdicção nacional para todos os crimes ou delictos exterritoriaes committidos por portuguezes, embora contra um estrangeiro e donde tirou a provisão do § 3.º) ; e da lei franceza de 27 de junho de 1866, que veio substituir os artigos 5.º, 6.º, e 7.º do codigo de instrucção criminal, e cuja publicação precedeu de alguns mêses a proposta de Barjona de Freitas (de 28 de fevereiro de 1867).

Dessa lei parece que o auctor da proposta aproveitou a doutrina do § 2.º do nosso artigo 53.º, como se póde verificar pela redacção actual do citado codigo de instrucção criminal.

Tambem ahi, artigo 7.º, se encontra a competencia da lei e dos tribunaes francezes em relação aos estrangeiros, como no questionado n.º 4 do nosso artigo, mas entre nós essa competencia já era reconhecida no artigo 862.º § unico da Novissima Reforma Judiciaria.

Ora, se o auctor da proposta de 1867 tivesse o proposito de quebrar a *tradição*, relativamente a uma parte tão importante do artigo 27.º do codigo de 1852, é natural que tivesse uma palavra no relatorio para justificar a alteração, assim como, se quisesse pôr inteiramente de lado aquelle artigo, declara-lo-hia *substituido*, em vez de se limitar a revogar a legislação *em contrario*.

É que o pensamento do auctor da proposta era ape-

nas *preencher uma lacuna* da legislação patria, *ampliar e accrescentar* as disposições do artigo 27.º do código «no que toca á punição dos crimes praticados por portuguezes em país estrangeiro contra as leis desse país.» É o que declara no relatorio da proposta, e é confirmado nos pareceres das commissões de legislação penal das duas camaras onde o projecto foi approved sem discussão ¹.

Como o Estado portuguez não concede a extradição dos seus nacionaes, era necessario punir em Portugal os portuguezes, que em país estrangeiro comettessem qualquer crime ou delicto contra estrangeiros ou contra as leis doutra nação (o que não estava previsto em o n.º 4 do artigo 27.º do código, que além disso considerava o crime sempre *particular*).

«A similhante *omissão*, diz o Relatorio, vem acudir a proposta n.º 4, que assim completa o principio da extradição consignado nos tratados, e suppre *uma lacuna* importante na nossa legislação penal.»

O argumento baseado no § 5.º da lei de 1867 vale pouco, porque os termos geraes dessa disposição, tanto comprehendem os réus portuguezes, como podem comprehendem os réus estrangeiros.

Occupemo-nos, finalmente, do additamento feito ao n.º 2 do artigo 27.º (n.º 3 do actual artigo 53.º) e das referencias do § 3.º

O additamento está, como dissémos, nas palavras, «não tendo os criminosos sido julgados no país onde delinquiram.»

Será applicavel esta mesma disposição aos estran-

¹ *Diario de Lisboa* de 1867, pag. 595 e 596 (relatorio), 2189 e 2154 (pareceres).

geiros pelos crimes a que se refere o n.º 4, ou estarão elles em situação menos favoravel que os nacionaes, podendo ser julgados cá ainda que lá o tenham sido ?

Não é provavel a hypothese, porque é de suppôr que os Estados estranhos se preocupem muito pouco com os crimes attentatorios da segurança ou da fortuna do Estado portuguez. Mas é possivel, e por isso cumpre resolver a dúvida suscitada.

Pelo artigo 5.º do codigo de instrucção criminal nenhuma perseguição judicial é admissivel por crime ou delicto comettido no estrangeiro, se o culpado provar ter lá sido julgado definitivamente.

Este artigo parece referir-se ao criminoso ou delinquente *francês*, ao passo que o artigo 7.º, correspondente ao nosso n.º 4, não reproduz a mesma doutrina relativamente aos estrangeiros.

Mas os juriconsultos consideram-na extensiva a estes por *maioria de razão*, argumentando ainda com os termos daquelle artigo 7.º, que começa assim: «L'étranger *pourra* être poursuivi», tendo optado Target no Conselho de Estado pelo verbo *pourra*, quando se discutia o codigo de 1808, com o fundamento de dever isentar-se de novo julgamento o estrangeiro já julgado ¹.

Nós devemos applicar o mesmo argumento de *maioria de razão* para entendermos o nosso n.º 4 com o additamento final do n.º 3, tanto mais que a omissão entre nós é explicavel pela circumstancia de se não haver o legislador de 1867 occupado dos estrangeiros.

A commissão que organizou o codigo vigente é que devia harmonisar a disposição, que aproveitou do codigo anterior, com o texto novo da lei de 1867.

¹ GARBAUD, *obr. cit.*, n.º 155 e nota.

Pelo artigo 27.º do código de 1852 os estrangeiros eram tratados do mesmo modo que os nacionaes sob o ponto de vista do julgamento em Portugal.

A regra — *non bis in idem* — não podia ser invocada nem por uns nem por outros.

A commissão devia manter a egualdade, que a lei de 1867 não quis destruir, porque não se occupou dos estrangeiros.

Em resumo, o n.º 4 do artigo 53.º deve lêr-se com o additamento que se encontra no n.º 3.

Mas o § 3.º é que não manda processar de novo em Portugal o *estrangeiro* condemnado no lugar do crime, caso elle se tenha subtrahido ao cumprimento da pena.

É evidente pelas referencias desse paragrapho. Considerar a este respeito no mesmo pé de egualdade os nacionaes e os estrangeiros importaria uma ampliação do proprio texto da lei de 1867 com uma *nova referencia*, o que não nos parece licito ¹.

Mas tambem não ha razão para isso.

Os condemnados estrangeiros não estão nas mesmas circumstancias. Se se subtrahiram ao cumprimento da pena, o Estado que os tiver condemnado não deixará de pedir extradição, e, se estiverem em Portugal, o nosso governo póde extradita-los como póde expulsa-los.

Não assim, se o condemnado fôr português.

Em relação a este, não resta outro meio senão instaurar-lhe novo processo em Portugal, se elle aqui vier refugiar-se antes de cumprir a pena imposta.

Além de que, tambem é natural que a nossa lei fosse mais escrupulosa para evitar a impunidade dos delinquentes nacionaes.

¹ Pensa diversamente o Sr. Dr. J. P. MARTINS, *obr. cit.*, pag. 168.

56. Dificuldades práticas que suscita a applicação do principio da territorialidade. — Grandes difficuldades offerece a determinação do territorio em que a infracção é commetida, quando na sua complexidade ella se reparte por dois ou mais países, v. g., quando é planeada e preparada num, executada noutro ou noutros, e consumada ainda em territorio estranho á execução.

Se o agente disparar a arma de territorio portuguez para territorio hespanhol, e se a victima cahir em Hespanha, ou, ferida lá, fôr morrer a França, onde deve considerar-se commetido o crime?

Ha escriptores que sustentam, nesta ou em hypotheses analogas, a *pluralidade* de competencias territoriaes, considerando competentes a lei e os tribunaes do logar em que fôr commetido qualquer acto de execução, ou em que o crime *se consumou*; divergindo ainda sobre a *extensão* dessa competencia, que uns limitam aos *actos territoriaes*, e outros consideram extensiva á plenitude do crime, *du fait criminal tout entier*, como diz PASQUALE FIORE¹, pertencendo de preferencia á soberania em poder da qual o criminoso se encontrar.

É evidente que, nesta orientação, tem de admittir-se a possibilidade de o criminoso ser submettido a julgamento em differentes países e de ter de soffrer mais de uma vez a pena, se no Estado que reitera o julgamento se não fizer desconto da pena já soffrida.

Entre nós, é esse desconto ordenado para os crimes ou delictos exterritoriaes (§ 3.º do art.º 53.º), e o silencio da lei a respeito das infracções que interessem *territorialmente* á justiça portuguesa, e que possam já

¹ *Traité de droit international privé*, I, pag. 27; Sr. Dr. J. PEDRO MARTINS, *obr. cit.*, pag. 120.

ter sido punidas por outro tribunal *territorial* estrangeiro, presta argumento para convencer de que o legislador é partidario da unidade de competencia territorial, como suppomos.

Não ha, no systema da pluralidade de competencias territoriaes, razão que justifique dar-se importancia sómente á *execução* e á *consumação*. No crime com associação de agentes, tanto vale a execução como a *preparação*, como a simples *comparticipação moral*, quanto ao character criminal dos factos.

Se os executores são auctores do crime (codigo penal, art.º 20.º n.º 1), os preparadores são auctores ou cúmplices (cit. art.º n.º 5 e art.º 22.º n.º 2), e os participantes moraes são igualmente auctores ou cúmplices (art.º 20.º n.ºs 2.º, 3.º e 4.º, e art.º 22.º n.º 1). Por outro lado o character criminal dos actos de execução não é inherente a esses actos (a não ser que constituam *delictos especiaes*), mas resulta do fim ultimo do agente, do destino criminoso com que o agente opéra, do mesmo modo que a respeito dos actos preparatorios ou de influencia moral; e a *consumação*, se se não confunde com a execução, nem mesmo é facto do agente, mas uma *consequencia* dos seus actos com o concurso de outras circumstancias, v. g., a morte da victima no homicidio.

De modo que não se póde dizer que o crime se *comette* (que é a expressão de que se serve o art.º 53.º) no momento e no logar em que se *consuma*. Se a victima, ferida mortalmente em Hespanha, vae morrer a França, o crime consuma-se em França, mas não foi em França que se cometteu. Em conclusão: *cometter* e *consumar* designam ideias differentes, e, se considerarmos competente o territorio da *execução*, pela mesma razão devemos ter por competente o territorio da *preparação* e da *instigação* por qualquer fórma.

Como se vê, semelhante doutrina pôde levantar um tal numero de pretensões para o julgamento do mesmo crime, que, longe de ser uma doutrina destinada a resolver os conflictos internacionaes, mais serve para os exacerbar. E peor ainda, se se considerar a competencia de cada país extensiva á plenitude do crime, sujeitando-lhe até os actos *posteriores*, praticados no territorio doutro Estado, onde o crime tenha produzido os seus effectos, onde a *offensa tenha sido sentida*.

Se o caracter criminal das differentes phases da empresa criminosa resulta do *destino illicito*, é evidente que a justiça de cada país, em que alguma dessas phases se verifique, fica na dependencia da lei penal do país em que o destino da operação se realize. Se essa lei penal não *sentir a offensa*, se não qualificar de illicito e punivel o fim do agente, as operações realizadas noutro país devem considerar-se actos licitos. Por onde se vê que taes operações não pertencem á jurisdicção territorial, em si mesmas, porque o caracter desta jurisdicção, que é baseada na *soberania*, é ser *autónoma*.

Por estas razões entendemos que a unica doutrina defensavel, dentro da orientação das actuaes legislações, é a da *unidade* de competencia territorial quanto ás infracções *indivisiveis*, que constituem o maior numero, intendendo por infracções *indivisiveis* as que não são susceptiveis de scindir-se em series de actos *puni-veis em si mesmo*.

São divisiveis as infracções *continuas* e as de *habito* ou *collectivas*.

Continuas são as que, depois de comettidas, podem ainda por factos identicos prolongar-se por tempo mais ou menos longo, ou indefinidamente.

Podem ser continuas tanto as infracções por factos positivos (delictos de acção) como por omissão (delictos de inacção).

Exemplos: das primeiras, artigos 235.^o (*uso illegal de trajo, uniforme ou condecoração*), 253.^o § 1.^o (*porte de armas prohibidas sem licença ou auctorização legal*), e 330.^o (*carcere privado*) do código penal; das segundas, artigo 292.^o n.^{os} 2 e 4 (*abuso de auctoridade*).

A infracção contínua é uma unidade criminal, emquanto não fôr *decomposta*, e por isso a prescripção da acção penal só começa a correr desde o dia em que foi committido o último facto punivel (código penal, art.^o 125.^o § 4.^o). Mas pôde decompôr-se em duas ou mais infracções, ou por effeito de uma sentença, ou por differença de competencias.

Um julgamento quebrar-lhe-ha a *continuidade*, separando os factos anteriores dos factos posteriores; quebra-la-ha tambem a passagem do territorio em que tenha sido committida para outro.

Este ultimo effeito só é verificavel nos delictos de acção, porque os delictos contínuos de inacção são committidos sempre no mesmo logar, que é o logar em que o dever tinha de ser cumprido, ainda que o delinquente percorra differentes países.

As infracções *continuas* oppõem-se ás *instantaneas*, em que a unidade criminal se completa e termina num *momento*, susceptivel de ser determinado precisamente, por muito que se prolongue a preparação ou a execução.

A maior parte das infracções são instantaneas.

Infracções de *habito* ou *collectivas* são as que resultam de actos immoraes, que, sendo isoladamente impuniveis, se tornam puniveis pela reiteração¹.

Distinguem-se nas leis pelo emprego do adverbio

¹ GARRAUD, *obr. cit.*, n.^{os} 89 e 90; *Estudos juridicos*, n.^o 2, paginas 161 e 162.

habitualmente, ou de expressão equivalente, como nos artigos 198.º, 260.º e 406.º do código penal.

Os tribunales de cada Estado são territorialmente competentes para conhecer dos actos componentes destas infracções, que hajam sido executados no respectivo territorio, e a seu arbitrio decidirão se estes actos são bastantes para caracterisar o *habito*, que a lei respectiva exija.

Portanto as infracções contínuas (de acção) e as collectivas, como decomponiveis ou divisiveis, podem pertencer a differentes competencias territoriaes.

O código penal declara applicavel a lei portugueza a todas as *infracções comettidas* no territorio ou domínios de Portugal.

O legislador empregou o termo *infracções* no seu sentido genérico, abrangendo não só os *crimes* ou *delictos*, mas tambem as *contravenções*; mas, como estas não originam difficuldades particulares dentro do presente problema, empregaremos indifferentemente os termos: *infracção*, *crime*, *delicto*.

O legislador empregou tambem o termo *comettidos*, cujo sentido precisa ser definido e precisado.

O crime é uma força anti-social, que parte de um *sujeito* (o delinquente) contra um *objecto* (a vítima). Esta representa a força juridica, o direito.

Encontra-se, pois, o effeito do crime na diminuição da força juridica pela acção ¹ da força anti-social.

A actividade criminosa, não encontrando obstaculos invenciveis, póde ter logo o seu desenvolvimento integral, e neste caso o crime fica *comettido* no momento

¹ Neste caso pela acção, pois tambem ha infracções por *omissão*, *negligencia* e *inacção*.

e no lugar em que a força anti-social affectou a resistencia ou força juridica, isto é, no momento e no lugar em que offendeu um direito protegido pela lei penal. Mas podem não ser produzidos todos os resultados do acto criminoso nesse momento e nesse lugar, bastando neste caso a *violação do direito* para constituir o *aggravo da soberania territorial*, e, portanto, para estabelecer a *competencia territorial*.

Comette-se um crime, quando o agente attinge, directa ou indirectamente, a condição juridica alvejada, quando viola o direito penalmente protegido.

Antes e depois da perpretação, ha ainda diversas phrases por que passa a actividade do delinquente, e todas, no seu conjuncto, constituem o *iter criminis*. Primeiramente, o delinquente pensa, concebe e resolve o crime; depois, a sua actividade começa a exteriorizar-se pela prática de actos preparatorios, isto é, o agente entra em actividade sob a intenção do maleficio (*execução*); a execução completa-se, remata-se em seguida pela *perpetração*; e, finalmente, o *iter criminis* termina pelo mal realizado, pela effectiva e completa violação juridica, pela *consumação*.

Para estabelecer a competencia penal territorial basta a *perpetração*. Assim, se um criminoso disparou de territorio portuguez e feriu em territorio hespanhol um homem que foi morrer a França, onde se dará a *perpetração*?

Na França, não, porque aqui apenas morreu a vítima, que ia ferida; em Portugal tambem não, porque aqui se realizou apenas o acto de disparar a espingarda.

Foi na Hespanha que a bala, portadora da actividade criminal, attingiu a vítima, e só desde então é que ha homicidio *comettido* que ficará consumado, depois da morte da vítima.

Outro exemplo de GARRAUD: Em França foi publicado por um inglês residente em Londres, um escripto diffamatorio contra um individuo residente no estrangeiro. Quaes serão os tribunaes competentes para o julgamento deste delicto?

São os tribunaes francêses, porque o factio criminoso, a *publicação*, verificou-se em França; neste caso a publicação determina o momento e o logar em que a honra e a consideração da pessoa diffamada foi offendida.

Applicando este criterio aos diversos casos concretos, poderemos facilmente determinar os tribunaes competentes para o conhecimento do crime, cujo *iter* percorre dois ou mais países.

Sendo a lei portugûesa, como lei territorial, applicavel ás infracções commettidas em territorio ou dominios portugûeses, a competencia dos nossos tribunaes limitar-se-ha aos factos realizados dentro do nosso territorio? Não, porque a justiça do territorio tem acção sobre todos os factos exterritoriaes indissolvelmente ligados ao delicto, como partes integrantes de uma unidade complexa, considerando-se, na hypothese, o crime um *todo indivisivel*. O acto final, que realiza a offensa do direito, tem de ser territorial, mas isso basta para que a justiça do territorio tenha acção sobre todos os factos a elle ligados, sejam, ou não, territoriaes.

No crime apparecem ás vezes varios agentes, classificados pelo codigo penal em *auctores*, *cumplices*, e *encobridores*, ou *adherentes* como lhes chamava o projecto de 1861. A estas tres categorias correspondem diversos papeis: uns influem na *resolução* coagindo (auctores, art.º 20.º n.º 2.º), ou suggestionando (auctores ou cumplices, art.ºs 20.º n.ºs 3 e 4, e 22.º n.º 1);

outros tomam parte na *preparação* (auctores ou cúmplices, art.^{os} 20.^o n.^o 5.^o, e 22.^o n.^o 2.^o); outros *executam* ou tomam parte directa na *execução* (auctores, art.^o 20.^o n.^o 1.^o). Finalmente apparecem os *encobridores*, que não interferem no desinvolvimento da acção, mas procuram assegurar aos réus a impunidade ou o proveito illicito do crime, ou tomam para si uma parte desse proveito.

Se qualquer destas fórmulas de participação se realizar em Portugal, e a offensa se completar em país estrangeiro, a que tribunal competirá conhecer daquellas? A instigação e a preparação em Portugal de um crime, a final praticado em país estrangeiro, só serão puníveis territorialmente quando a lei deste país *não seja indifferente* á offensa; de contrário não podem ser puníveis, a não ser como delictos *sui generis* ou proprios, e não como partes integrantes dum crime acabado em país estrangeiro. Esta dependencia a respeito de uma lei estranha indica que taes factos não pertencem á competencia *territorial* portugueza, que, sendo um aspecto da nossa soberania, é essencialmente autónoma.

O mesmo se deve dizer dos actos executorios praticados em Portugal, se fizerem parte dum feito delictuoso, proseguido e ultimado noutra parte, a não ser que reúnam tambem os elementos dum delicto *sui generis*; e, só tem um valor criminal proprio, quando constituam crime frustrado ou tentativa.

A lei portugueza só é competente para punir os agentes do crime, quando este se *comette* em territorio portuguez, exceptuado o caso de os factos praticados pelos auctores ou cúmplices serem delictuosos.

Supponhamos agora que o agente tinha intenção de commetter o crime em Hespanha e a execução foi sus-

pensa em Portugal: A qual dos dois Estados pertencerá a competencia territorial para punir a tentativa?

Segundo os principios atrás expostos, o logar do delicto é ondê o agente offende o direito garantido pela lei penal; o logar da tentativa é onde o agente *attenta* contra esse direito, esteja a victima onde estiver. Deve, portanto, pertencer aquella competencia a Portugal. A Hespanha não pôde pertencer de modo algum, porque a materia punivel não é a intenção, mas o acto acompanhado da intenção.

O crime e o seu encobrimento devem andár desligados, determinando-se a competencia territorial para a punição dos encobridores pelo logar em que os actos do encobrimento se verificarem, sejam estes previstos ou não, como delictos distinctos. Esta doutrina é, racional e legalmente, verdadeira, como se deprehende do artigo 53.º do codigo penal, decretado numa época em que a lei só classificava de *agentes* do crime os auctores e os cumplices, dos factos enunciados no artigo 23.º e de outros particularizados em incriminações especiaes.

Todos estes factos, por mais estreita que seja a connexão do encobrimento, offercem, até no seu objectivo, alguma cousa de caracteristico.

Os instigadores e os que entram na preparação ou na execução dispersa confundem-se com os perpretadores do crime, porque se confunde com o mal do crime, quer este se realize ou não, o mal da instigação, da preparação ou da execução dispersa.

O mal do encobrimento é distincto; o direito lesado é sempre um *direito social*. O encobridor não altera a situação da victima; não mata nem furta. O seu acto immoral embaraça a função social da punição e restituição, mas não agrava a lesão ou offensa da victima,

embora elle tire proveito do encobrimento. Deve, pois, este ser considerado um novo delicto, annexo ao anterior, mas tendo objecto proprio e o seu mal especifico. Como o encobrimento fere directamente a soberania do país em cujo territorio elle se der, e como vae de encontro ao principio da solidariedade defensiva e a outros principios da ethica social, o encobridor deve ser punido *territorialmente*, isto é pela lei do logar onde se deu o encobrimento. Esta não póde applicar-se, por virtude do principio da territorialidade, aos agentes desse crime committido noutro territorio, do mesmo modo que a lei do logar do crime não é applicavel ao encobridor estrangeiro.

57. Noções elementares sobre extradição. — Extradição é o acto pelo qual um Estado entrega um individuo, accusado ou reconhecido culpado duma infracção committida fóra do seu territorio, a um outro que é competente para o julgar e punir.

A extradição faz-se por via diplomatica e é regulada pelos tratados.

É por este meio que se tornam effectivas as hypotheses dos n.ºs 3.º e 4.º do artigo 53.º do código penal.

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

Não obstante o character convencional, bilateral, dos tratados, ha regras geraes referidas em todos esses documentos. Taes são as relativas aos crimes politicos, que nunca poderão servir de fundamento á extradição. Outra disposição geral é aquella que só admite a extradição dos accusados ou condemnados por crime a

que no país reclamante corresponda pena de morte, quando este se comprometta a commutar-lhes esta pena.

A extradição tem o seu fundamento no interesse dos Estados e na solidariedade e defesa reciproca que entre estes deve existir. Evita-se assim que as nações estrangeiras se convertam em logares de asylo, não permitindo a impunidade, que fatalmente se daria, por causa da facilidade de communicações.

A extradição é, em ultima analyse, o meio de tornar effectiva a punição social ¹.

38. Os systemas legaes em face da escola positiva. — Não havendo hoje razão para a desconfiança das nações, umas a respeito das outras, por serem analogas as instituições criminaes dos diversos Estados, os representantes da moderna escola positiva servem-se deste argumento para concluir que a extradição deve ser feita sempre do país onde o crime foi cometido para o da nacionalidade do criminoso.

Um dos escriptores dessa escola, FEDOZZI, pronuncia-se a favor desta opinião, num artigo intitulado: *Delle possibili consequenze del positivismo penale nel systema de diritto penale internazionale* ². FEDOZZI apresenta nelle o seguinte problema: *Dado o melhor systema de direito penal, deduzir delle as normas para a sua applicação nas relações internacionaes. O melhor systema, a que FEDOZZI se refere, é aquelle que a es-*

¹ A enumeração dos tratados de extradição entre Portugal e os outros Estados pôde vêr-se no livro do Sr. DR. ABEL PEREIRA DO VALLE, *Anotações ao livro 1.º do código penal português*; no *Ministerio publico em 1.ª instancia*, pelo Sr. DR. FRANCISCO MARIA DA VEIGA; e na obra do Sr. DR. CHAVES E CASTRO, *Estudos sobre organização judiciaria*, pag. 618.

² Publicado na *Rivista italiana per la science giuridiche*, anno de 1897, vol. XXIII, fasc. II.

cola positivista tenta introduzir nas legislações. Admitida a transformação do direito penal nos seus pontos fundamentaes, teremos que aceitar egualmente a renovação do systema de direito penal internacional, que daquelle deriva.

As fórmulas fundamentaes da escola positivista, devem produzir, nas relações com os delinquentes estrangeiros, consequencias especiaes :

a) Tendo a delinquencia um caracter especifico em cada nação, é natural que esta possua o systema penal mais adaptado á repressão do delicto e á paralização das energías criminosas; a melhor fórmula da sanção penal será, pois, aquella que se inspira nos motivos determinantes do crime, derivado do meio physico e social, e dos caracteres psycho-physiologicos proprios de cada povo.

b) Representando o crime uma falta de adaptação geral, relativamente a toda a vida social, ou parcial, em relação a um dado ambiente, é indispensavel que o juizo penal examine a força de resistencia do réu aos impulsos criminosos, o seu caracter; dahi a necessidade de indagações especiaes, ethnicas, entre as quaes avulta a *nota gentilica*, no sentido mais lato da palavra, que vae desde a hereditariedade familiar até ao caracter proprio da nação a que pertence o criminoso. Estas influencias mesoethnicas constituem o fundo permanente do caracter do criminoso.

Todavia, pela mudança do deliquente para país estrangeiro, pôde o novo meio actuar occasionalmente sobre elle. É necessario por isso que todo o julgamento penal tome por base o conhecimento objectivo ou extrinseco do facto criminoso e o conhecimento subjectivo ou intrinseco do delinquento. Estes dois conhecimentos não podem pertencer simultaneamente a um só juiz. Ou o juiz do logar onde se cometteu o delicto terá de

procurar informações na patria do criminoso sobre a sua natureza physica e somatica; ou o juiz da patria do delinquente deverá pedir para o mesmo effeito informação no logar em que o delicto foi praticado.

Esta ultima solução é a mais racional e a mais logica, em face dos principios da escola positiva. E, como ler na alma e na vida dum homem é muito mais difficil do que conhecer uma condição de facto, que póde ser até notoria, a *jurisdição nacional* deve ser preferida á *territorial* ou do logar do delicto.

Da exposição doutrinal feita facilmente se concluirá que o meio indispensavel para o exercicio da jurisdição nacional é a extradição, que deve abranger não só os que prevaricam na patria e depois se refugiam no estrangeiro, mas tambem os nacionaes que commettem delictos em país estranho.

A extradição, como instituto conservado pela escola positiva, continuaria baseada no principio da communitate internacional existente entre os estados cultos, solidarios em alcançar o fim reciproco da tutela social. Contudo, dentro do systema positivista, a extradição soffre algumas modicações:

1.^a Substituido o principio da jurisdição territorial pelo da pessoal, a extradição deverá applicar-se a todos os que se tornarem réus, segundo as lei do país a que pertencerem, qualquer que seja o logar onde se manifeste a sua culpabilidade. Deste modo, poderá ser recusada por um governo a extradição dum nacional, não pelas razões do decoro nacional, do dever moral da patria, da presumida parcialidade dos juizes estrangeiros, mas unicamente em virtude do principio da lei pessoal, que concede a cada um o direito de ser julgado pelos juizes da sua patria.

2.^a Quaes os delictos que podem servir de fundamento á extradição?

Actualmente, esses crimes enumeram-se nos tratados, havendo quasi sempre differenças entre elles nessa enumeração.

Mas alguns crimes ha, que são sempre exceptuados nas convenções de extradição.

Na solução positivista, distingue-se primeiro entre *crimes territoriaes* e *crimes exterritoriaes*, apparecendo em cada uma das classes criminosos *instinctivos* e *occasionaes*.

a) Pelo que respeita aos *crimes territoriaes*, cometidos por nacionaes, se estes são criminosos instinctivos, isto é, se é mister exclui-los da vida social, porque em quaesquer circumstancias estarão expostos a delinquir, torna-se necessaria a extradição. Tratando-se, porém de criminosos que encontraram num certo meio a in-tigação ao crime, a que não resistiram por debilidade de character, a exclusão delles deve ser, não da vida social, mas unicamente do meio em que delinquiram; e, portanto, o afastamento voluntario deste meio fará cessar a base juridica da extradição, podendo contudo o estado do refugio expulsa-los.

De harmonia com estas consequencias, estabelece-se geralmente nos tratados de extradição que não serão entregues os accusados ou condemnados por delictos leves ¹, por parecer sufficiente pena o seu exilio, talvez na miseria, e com o espirito agitado pela recordação dos affectos domesticos muito intensos até nos criminosos; e, em todo o caso, para esses delictos, um certo poder discricionario dos governos permitiria apreciar

¹ Na Convenção de extradição entre Portugal e a Belgica estabelece-se que aquella só terá logar nos crimes punidos com pena correccional, se esta fôr, pelo menos, de um anno de prisão, estando o réu já condemnado, e, havendo apenas pronuncia, se a pena applicavel fôr pelo menos de dois annos de prisão.

a influência da mudança de meio. A proposito refere-se FEDOZZI a recusas de extradição por parte da Inglaterra á Italia e á Allemanha, ha poucos annos, com o fundamento de que os delictos tinham sido cometidos havia bastante tempo, e de que os individuos reclamados estavam vivendo em Inglaterra honestamente.

Mas que delictos servirão de fundamentento á extradição ?

Exceptuam-se sempre os crimes politicos, sendo a sua exclusão um artigo das crenças liberaes. Não ha nesses crimes um perigo universal ; na sua apreciação imperam as paixões, e os delinquentes de hoje serão os heroes de amanhã ; não offerece garantias de imparcialidade o Estado interessado na punição.

Em alguns tratados, v. g., na Convenção de extradição entre Portugal e a Belgica, declara-se que não serão considerados crimes politicos os cometidos contra os chefes de Estado, ou contra pessoas da sua familia.

Não podem considerar-se crimes politicos aquelles que representam a negação punivel duma ideia geral. Assim, admite-se hoje geralmente, e foi estabelecido pelo Instituto de Direito Internacional (sessão de Genebra de 1892), que não são considerados crimes politicos os attentados contra as bases de toda a organização social, como os dos anarchistas. E mister distinguir, como fazem LOMBROSO e LASCHI, entre criminosos natos e de occasião, fazendo-se a applicação da doutrina acima estabelecida a este respeito.

b) Quanto aos *delictos exterritoriales*, já hoje se punem no país da nacionalidade dos criminosos certos crimes praticados no estrangeiro, em virtude do principio da jurisdicção pessoal (cf. codigo penal, art.º 53.º, n.º 3.º).

A innovação, que FEDOZZI reclama, consiste precisa-

mente na ampliação desta doutrina, hoje admittida. Para o exercicio da jurisdicção nacional, adopta-se como criterio a gravidade do crime e a sua importancia para o país em que se reflecte. Segundo FEDOZZI, esse criterio ha de derivar do exame do delinquente, variando conforme se trata de criminosos instinctivos ou occasionaes. Pelo que respeita aos primeiros, verificando-se por um juizo summario, feito no país reclamante, que se devem considerar instinctivos, reclamar-se-ha a extradicação, que deverá ser concedida, sem se se attender, como hoje, á natureza ontologica do delicto. Quanto aos criminosos occasionaes, o Estado nacional póde satisfazer-se com a expulsão ordenada pelo Estado onde o delicto foi commetido.

E assim, segundo um calculo de FEDOZZI, metade dos delictos exterritoriaes escaparia á necessidade da extradicação, que attingiria quando muito a cifra actual.

§ 3.º

Da applicação da lei penal quanto ás pessoas

39. Immunidades do direito publico interno. — O codigo penal, no artigo 53.º, estabelece a applicabilidade da lei penal a todas as infracções commetidas em territorio ou dominios portuguezes, qualquer que seja a nacionalidade do infractor. É uma consequencia da disposição do artigo 52.º que attribue responsabilidade criminal a *todos* os agentes de factos puniveis, em que não concorrer alguma circumstancia dirimente dessa responsabilidade, nos termos dos artigos 41.º e seguintes, *salvas as excepções expressas nas leis*. Estas excepções constituem as *immunidades* que podem ser de *direito publico* interno, quando concedidas a mem-

bros do Estado nacional, ou de *direito publico internacional*, quando attribuidas a chefes de Estado estrangeiros ou a subditos doutras nações, como são os agentes diplomaticos.

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

As pessoas a cujas infracções, cometidas em territorio portuguez, a lei penal portuguesa se não applica, são :

1) O *rei*, porque a sua pessoa, na qualidade de chefe de Estado, é inviolavel (Carta const., art.º 72.º). Em todas as legislações é admittido este principio na sua plenitude. Em França, o presidente da republica só é responsavel em caso de alta traição; dado este caso, só poderá ser accusado pela Camara dos deputados e julgado pelo Senado (lei constitucional de 16 de julho de 1875, art.º 12.º).

2) A *regencia* e o *regente*, em virtude de ser a sua função dentro do Estado, similhante á do rei (Carta const., art.º 98.º).

3) Os *pares e deputados*. Pelo artigo 25.º da Carta, os membros das duas camaras são inviolaveis pelas opiniões que proferirem no exercicio das suas funções. Confrontando este artigo com o § 3.º do artigo 145.º, nota-se que neste se consigna o direito de liberdade de imprensa e de pensamento, subordinada a certos principios de responsabilidade para todos os cidadãos; ao passo que naquelle a liberdade de opinião dos pares e deputados é absoluta. Mas esta liberdade tem as restricções indicadas nos artigos 160.º e seguintes do *Regimento interno da camara dos deputados*: Os deputados não podem discutir a pessoa do rei e os seus actos e opiniões, offender as nações estrangeiras, os soberanos, governos e representantes destas na córte

portuguêsa, desacatar as instituições constitucionaes, e, finalmente, empregar expressões offensivas do decoro, crédito e prestígio dos membros da Camara ou ministros.

Aquelle privilegio dos membros do parlamento explica-se pela necessidade imperiosa de lhes assegurar inteira independencia e de lhes garantir a livre manifestação de pensamento e voto sobre os negocios publicos.

60. Immunidades de direito constitucional. — São immunes, segundo o direito das gentes, ou segundo os principios do direito internacional:

1) *Os chefes d'Estado estrangeiros.* A sua irresponsabilidade pelas infracções, comettidas fóra do territorio do seu Estado, baseia-se na inviolabilidade inherente á sua pessoa soberana, e na independencia e soberania do Estado que elles representam.

2) *O papa,* embora não seja chefe d'Estado, goza do privilegio da immuidade, em virtude da sua situação especial entre os Estados catholicos, consagrada na lei das garantias de 13 de maio de 1871, artigo 71.º

3) *Os agentes diplomaticos,* incluindo os *nuncios e legados do Vaticano.* O direito internacional admite que os enviados das potencias estrangeiras, comprehendidos na designação generica de *agentes diplomaticos,* devem escapar á jurisdicção penal do país em que elles exerçam as suas funcções. Esta immuidade baseia-se no facto de aquelles agentes serem representantes officiaes de Estados soberanos e independentes, e na necessidade de lhes assegurar inteira liberdade e absoluta independencia para o exercicio das suas funcções.

a) A immuidade do agente diplomatico é absoluta,

isto é, abrange *todas as infracções sem distincção entre os delictos contra os particulares e os delictos contra a segurança do Estado.*

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

É praxe, admittida entre os Estados, que, quando um agente diplomatico cometer algum crime, o governo do país offendido se dirija ao governo do Estado representado, a fim de que este o puna convenientemente ou auctorize aquelle a puni-lo.

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

c) Não é applicavel aos individuos do séquito do agente diplomatico, a não ser que tenham alguma missão do governo que elle representa, estendendo os usos internacionaes aquelle privilegio ás pessoas de familia do agente, prática consignada expressamente no Codigo penal austriaco.

d) Traz consigo a inviolabilidade do edificio da legação ou embaixada, em virtude do principio da *exterritorialidade*¹.

Têm sido muito discutidos alguns dos principios expostos; são, todavia, adoptados praticamente por toda a parte, como praxe ou uso internacional.

¹. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, n.º 138.

CAPITULO II

A infracção penal em geral

SECÇÃO I

A infracção como phenomeno social

61. Evolução da criminalidade; relações com a civilização. — A infracção é, como diz FERRI, um phenomeno ao mesmo tempo biologico, physico e social que obedece á lei da evolução e se transforma sob a influencia da civilização ¹.

Cada periodo historico, cada raça, tendo caracter e cultura proprios, tem igualmente um genero proprio de criminalidade e infracções.

O crime varia no espaço e no tempo.

a) *Crimes contra as pessoas.* Nos primeiros seculos, na Europa, em que predominava o instincto brutal e sanguinario, tinham estes crimes um caracter inteiramente diverso daquelle que assume hoje.

O homem de então vivia no meio das guerras privadas, dos combates singulares, dos ataques frente a frente; e o homicidio era, relativamente a esta existencia agitada, um incidente ordinario ².

O homicidio (*meurtre*) para vingar a familia da victima era até um dever sagrado.

¹ FERRI, *La sociologie criminelle*, edic. franc. de 1893, pag. 75 e 76.

² O direito germanico positivo da Edade Media reflecte esta incidencia, quando distingue o *Mord*, ou homicidio á traição, e o *Totschlag*, ou ataque leal, face a face.

Os Normandos e Dinamarqueses viviam de violências.

A cavallaria medieval praticava-as tambem: Goetz von Berlichingen, que hoje seria um facinora perigoso, é o heroe duma tragedia de Goethe. Os *condottieri* (bandoleiros) da Renascença italiana davam-se ao homicidio e ao envenenamento.

Nos nossos dias, entre as tribus selvagens dos Fuegianos (America), dos Fidgianos (da ilha de Viti ou Fidji na Oceania), dos Battus (da ilha de Sumatra), e em outros povos citados por GAROFALO, o homicidio é honrado, sendo mesmo um direito matar os paes doentes ou muito velhos que não possam ganhar a vida.

A exposição e abandono das creanças, tolerados no direito grego e romano, são hoje, entre nós, infracções graves.

b) *Attentados contra a propriedade.* Tambem não escapam á lei da evolução.

Na Grecia e em Roma, o furto, quando insignificante, era considerado delicto privado, e como tal dava apenas logar á reparação dos damnos.

No direito germanico da Edade Media distingue-se, como para o homicidio, entre subtracção clandestina ou *furto* e o roubo á mão armada, com violencia, *roubo*.

Estes ataques por violencias realizam-se em bandos armados, que se assemelhavam ás expedições guerreiras e nellas tomavam parte poderosos senhores feudaes.

O roubo por bando perde a pouco e pouco o seu character extra legal de crime de classe, e torna-se publico.

Os ladrões de estrada, que armam emboscadas aos viajantes, não se parecem já com aquelles, embora possuam uma organização séria e formem quadrilhas com capitães e regulamentos.

Nos tempos modernos, sobretudo na primeira me-

tade do seculo XIX, pela influencia da civilização, e em virtude do aperfeiçoamento das vias e meios de transporte, sua illuminação e policia, o roubo em quadrilha vae desaparecendo, ficando o furto (*vol*) isolado como typo principal dos attentados contra a propriedade; só por força das crises do augmento da miseria e do alcoolismo, e falta de uma fórte policia rural, é que o roubo violento, á mão armada, tem de novo apparecido.

Mas, já na epoca da Renascença, a violencia não era a fonte unica dos attentados contra a propriedade, graças ao desenvolvimento prodigioso do commercio e da riqueza privada.

Havia a fraude, o dóllo, a astucia, que continuaram até nossos dias, em que o desenvolvimento do capital, a multiplicação das sociedades anonymas, o espirito do lucro levado ao extremo, fizeram nascer uma série de infracções, antigamente desconhecidas: falsificações de livros, *escroqueries collossaes*, constituição de sociedades suspeitas, fraudes de toda a especie, que poderiam num momento dado, tomar, como as piratarias e bandoleirismos dos senhores feudaes, o aspecto de crimes de classe, para cuja repressão a auctoridade publica não estaria sufficientemente preparada ¹.

Theorias de Garofalo, Durkheim e Ferri. — O methodo experimental adoptado em sociologia deu logar a definições de infracção inteiramente differentes, baseadas na verificação do estado dos costumes e das necessidades collectivas dos grupos humanos, em certas épocas e em certas sociedades.

¹ Veja-se ADOLPHO PRINS, *Science pénale et droit positif*, n.ºs 133, 134, 135 e 136.

GAROFALO, perante a necessidade de procurar um criterio que permittisse separar, nitida e scientificamente, o *malfeitor*, desprezado e temido no meio em que vive, do simples *infractor* de uma disposição penal de criação puramente positiva, que não é tido como perverso pelos seus semelhantes, tentou determinar os elementos caracteristicos do *delicto natural*, para o distinguir do *delicto legal*. Assim, definiu aquelle: *a offensa feita em qualquer occasião e em qualquer logar a um determinado sentimento medio de piedade e probidade* ¹.

Os delictos naturaes seriam o objecto directo do *codigo criminal*, e os auctores desses delictos, privados dos sentimentos communs a todos os homens com quem vivem, deveriam ser considerados como *anti-sociaes*, incompativeis com o estado de sociedade.

Os outros delictos, *delictos legaes*, representando offensas ás instituições necessarias do Estado, e cuja repressão, ás vezes severa, é de interesse publico, seriam objecto dum outro codigo, o *codigo dos revoltados*.

A punição destes revoltados seria recebida pelo publico como necessaria; mas nem por isso seriam tidos por malfeitores, seres dissimilhanes aos homens e anti-sociaes, porque não violaram os sentimentos essenciaes da humanidade.

VIDAL, fazendo a critica das doutrinas de GAROFALO, acha excellentes os seus intuitos, e concorda com a sua divisão dos delictos em *naturaes* e em *facticios, artificiaes, de direito positivo ou legaes*.

Contudo, entende que o illustre criminalista italiano re-tringiu muito a sua noção de delicto natural, excluindo della as violações de sentimentos tão naturaes

¹ GAROFALO, *Criminologie*, 1.^a parte, cap. I.

e tão profundamente enraizados no coração humano como a piedade e a probidade; e taes são, por exemplo, o sentimento do pudór, do patriotismo, da religião ¹.

DURKHEIM apresenta uma noção de delicto natural, um pouco semelhante á de GAROFALO, mas mehos restricta e mais vaga.

O crime, diz elle, offende sentimentos que, para um mesmo typo social, se encontram em todas as consciencias sãs. Um acto é criminoso quando offende os estados fortes e definidos da consciencia collectiva.

De resto, accrescenta DURKHEIM, não se póde fazer uma lista dos sentimentos cuja violação constitua o acto criminoso.

Esses sentimentos só se distinguem dos outros por serem communs á grande média dos individuos da mesma sociedade, e variam, segundo as epochas e os países, de natureza e intensidade. Hoje, são os sentimentos altruistas que apresentam mais nitidamente este character; mas tempo houve, muito proximo de nós, em que os sentimentos religiosos, domesticos e mil outros sentimentos tradicionaes tinham exactamente os mesmos effeitos.»

O que importa fixar bem é que não se deve dizer que um acto offende a consciencia commum por ser criminoso; mas que elle é criminoso por offender a consciencia commum. Não o reprovamos porque é crime; mas é crime porque o reprovamos ².

A definição e a noção de delicto natural, dadas por DURKHEIM, nota ainda VIDAL, têm o grave defeito de

¹ GEORGES VIDAL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, n.º 62 e 6.

² DURKHEIM, *De la division du travail social*, paginas 77 e seguintes e 85 e seguintes.

serem vagas e não precisarem os *estados fortes e defnídos*, cuja violação constitue o crime.

Além disso, a consciencia collectiva e as offensas a ella estão em continua variação. «O mesmo acto será crime ou não, conforme o estado da consciencia collectiva da mesma sociedade em tempos differentes.» Por exemplo, os actos do *Terror* em 1792-1794 serão crimes para uns, e para outros não, se se adoptar a definição de DURKHEIM. Dependerá isso apenas da instrucção recebida durante o periodo escolar, consoante aquelles actos tiverem sido approvados ou reprovados pelos historiadores e pelos professores ¹.

Finalmente, DURKHEIM confunde na mesma noção os delictos naturaes, immoraes por si mesmos, e os delictos e contravenções de pura creação positiva, que o são apenas em virtude da prohibição legal. «Acontece até, diz elle, que o acto punido não offende directamente nenhum sentimento colectivo; não ha nada em nós que proteste contra o facto de pescar ou caçar em tempo defeso ou de fazer transitar carruagens com excesso de lotação pela via publica ².»

FERRI, estabelecendo como principio que o criterio da gravidade social do delicto não consiste sómente no prejuizo material, objectivo, mas tambem e sobretudo no poder offensivo do agente, apresenta com BERENINI e COLAJANNI a seguinte definição de delictos naturaes: «São actos puniveis (*delictos*): os determinados por motivos individuaes e anti-sociaes, que perturbem as condições de existencia e offendam a moralidade média dum povo num momento dado ³.»

Para que haja delicto natural são precisas tres

HAMON, *Déterminisme et responsabilité*, paginas 75 e 76.

² G. VIDAL, *obr. e log. cit.*, pag. 71.

³ FERRI, *Sociologia criminale*, 4.^a edic., n.º 16, pag. 127 e seguintes.

condições: 1.^a ataque ás condições de existencia (individual ou social); 2.^a offensa á moralidade média dum determinado grupo colectivo; 3.^a motivos anti-sociaes ou immoraes.

Se qualquer destas condições faltar, não haverá delicto, ou antes haverá delicto *legal*, mas não *delicto natural*.

Assim, o homicidio voluntario não é um crime, quando inspirado no motivo social e juridico da legitima defesa.

Além disso, sob o ponto de vista dos motivos a que obedece o agente e das condições de existencia individual ou social que elle offende, FERRI estabelece na criminalidade uma distincção fundamental entre a *criminalidade atavica* ou *anti-humana* ou *bio-social* e a *criminalidade evolutiva* ou *anti-social*.

A primeira comprehende todos os actos inspirados em motivos egoistas e anti-humanos, que violam as condições essenciaes da existencia dos individuos (homicidios, attentados violentos ou fraudulentos contra a propriedade, attentados contra o pudôr); a segunda abrange actos perigosos para a ordem social estabelecida, mas inspiradôs em motivos altruistas e humanitarios, que não violam direitos individuaes e apenas compromettem o regular funcionamento das instituições vigentes (delictos politicos, contravencionaes).

A defesa social deve ser egualmente dirigida contra as diversas manifestações desta criminalidade, mas por meios differentes, tendo em conta a individualidade do delinquente.

A noção de delicto apresentada por FERRI tem, diz ainda VIDAL, o inconveniente de ser demasiadamente *subjectiva*, e baseada sobretudo numa classificação de criminosos; o delicto é para elle apenas a manifestação material e exterior do character e do temperamento

do delinquente; o criminoso preexiste ao delicto; é anterior a elle.

Ora, sob o ponto de vista legal, é exactamente o contrario que deve dar-se.

Não ha delinquente sem delicto; o legislador deve, antes de mais nada, fazer a lista dos actos prohibidos e punidos; criminosos e delinquentes serão só aquelles que se tornarem culpaveis por esses actos.

Fóra da lista legal dos delictos, póde haver actos immoraes, individuos repellentes, perigosos em certo grau; mas não ha nem delicto, nem delinquentes.

Para estabelecer a sua noção de delicto FERRI dá muita importancia aos motivos que determinam a sua execução; ora os motivos podem ser tomados em consideração para a determinação da culpabilidade e dos seus elementos e graus, mas para a natureza objectiva do delicto têm apenas uma importancia muito secundaria. A distincção dos delictos politicos e dos delictos communs com fundamento na differença de sentimentos de seus auctores, altruistas e humanitarios para os primeiros, egoístas e anti-humanitarios para os segundos, é muito absoluta: os delictos politicos, ainda quando desacompanhados de crimes communs, podem ser inspirados em motivos exclusivamente egoístas e ser commettidos por individuos anti-sociaes, incapazes de se adaptarem ás exigencias da vida social, tal como se acha organizada, e que não sabem limitar-se a usar dos meios legaes para modificar instituições que não approvam.

Finalmente, a noção de delicto formulada por FERRI não permite, como elle proprio reconhece, distinguir os delictos puramente civis, para os quaes é sufficiente a sancção civil, dos delictos penaes, para os quaes é necessaria a sancção penal.

Outras noções de *delicto natural* têm sido apresentadas; não podemos, porém, reproduzi-las aqui.

O que importa notar é que a distincção entre *delicto natural* e *delicto legal* era já estabelecida pelos jurisconsultos romanos.

Em Ulpiano lêmos o seguinte :

«*Probrum et opprobium idem est: probra quaedam natura turpia sunt, quaedam civiliter et quasi more civitatis; utputa furtum, adulterium, natura turpe est; enimvero tutelae damnari, hoc non natura probrum est, sed more civitatis; nec enim natura probrum est quod potest etiam in hominum idoneum incidere*»¹.

63. Synthese das ideas do sr. dr. Henriques da Silva.

— Para estabelecer uma noção scientifica de infracção penal o Sr. Dr. Henriques da Silva parte do principio da utilidade geral ou da felicidade publica que, na sua opinião e na de Bentham, é o fim do legislador e o principio do raciocinio em materia legislativa.

A. utilidade assim considerada perde o caracter de relatividade e variabilidade.

Roubar um pão póde ser um acto util ao ladrão e é com certeza causa de damno para o roubado; mas em presença da utilidade geral, referida ás condições essenciaes da vida humana em commum (unico ponto em que, sem duvida, se realisa o accordo dos desejos universaes), o reconhecimento da propriedade impõe-se, como util a todos, mesmo ao ladrão.

É, todavia, certo que as regras da vida, tendendo a

¹ Crime e infamia são a mesma cousa: certos delictos são infames por natureza, outros civilmente e como que segundo o costume da cidade. São torpes ou infames por natureza o furto e o adulterio; porém, ser condemnado a tutela, não é crime por natureza, mas segundo o costume da cidade; e por outro lado não é crime o que póde até recahir num homem idoneo, isto é respeitavel (ULPIANO, fragm. 42, no *Dig., de verborum significatione*, 50-16). Veja-se G. VIDAL, *obr. cit.*, paginas 72 a 74.

realisar uma utilidade, não são todas preceitos juridicos ou simplesmente moraes.

As regras moraes, dictadas pelo interesse geral, são *leis de desinteresse*, cujo fim essencial é realizar a utilidade geral, não como *utilidade*, mas como *generalidade*; são leis de distribuição, leis de egualdade. É nisto que reside, sob o ponto de vista ethico, o caracter especifico da utilidade geral. No sentido mais amplo, a justiça é uma *aequitas*. Esta justiça, porém, não se realiza pela coacção.

A coacção apenas póde exercer uma acção *indirecta* sobre os sentimentos: ha egualmente actos que o Estado não póde fiscalizar e dominar pelas suas leis, já porque, em virtude da sua propria natureza, se passam na sombra e no mysterio, já pela impossibilidade de verificar, em cada caso particular, as circumstancias em que o dever moral se impõe. Neste caso a coacção póde ser *tyrannica* como violencia, e será sempre inefficaz como garantia.

Os deveres não garantidos pela coacção são *moraes*.

No sentido stricto, a justiça é *a egualdade garantida pela lei do Estado e pela coacção*; é o *justum*, fórmula de *jussum* (de *jubeo*, mandar, impôr ordens ou leis).

Os deveres susceptiveis de serem garantidos pela coacção são *deveres juridicos*.

Sendo o dever juridico, como todo o dever, a expressão da utilidade geral, o mesmo principio que dicta a regra impõe a necessidade de remediar, quanto ao passado, os effectos da transgressão, e impedi-la para o futuro.

Reparar e prevenir, é o duplo fim a que se dirigem os meios coercitivos do Estado.

São meios de reparação as acções de reivindicação, de manutenção e restituição de posse, de perdas e danos.

Ha, porém, um grande numero de lesões irreparáveis, ou melhor, em toda a lesão ha alguma cousa de irreparavel. Prevenir a lesão é, pois, uma necessidade imperiosa.

O Estado dispõe para esta prevenção de meios administrativos civis e penaes.

Uns são destinados a impedir a formação duma tendencia anti-social (substitutivos penaes de FERRI), outros a neutralizar esta tendencia.

Admittida a existencia duma predisposição anti-social, vejamos como se póde evitar a sua expansão prejudicial.

A actividade anti-social póde manifestar-se por abusos do direito de propriedade e pelo exercicio anti-juridico da liberdade natural.

Para obviar aos primeiros, as *leis civis* restringem o exercicio daquelle direito, ameaçando com a rescisão os actos e contractos oppostos aos direitos doutrem, e estabelecendo differentes garantias reaes, como a hypotheca, o penhor, a consignação de rendimentos, além da fiança; regulam a interdicção por prodigalidade; permitem a separação de bens e dividas entre os conjuges, a penhora, os embargos, a acção por inofficiosidade, a annullação dos actos e contractos em prejuizo de terceiro.

Para impedir o exercicio anti-juridico da liberdade natural é necessario recorrer *aos meios penaes*, logo que: *a*) o facto seja a manifestação duma predisposição anti-social (não se pune por exemplo a posse em boa fé duma cousa doutrem ou o homicidio em legitima defesa); *b*) o facto constitua violação da *confiança publica*, e não só da confiança particular do sujeito do direito; porque, nas relações juridicas que derivam da confiança particular, o direito de cada um dos contractantes encontra a sua defesa bastante e a melhor garantia na

propria prudencia pessoal, estimulada pelo interesse, de maneira que a lesão, até certo ponto, é o effeito da imprevidencia e da negligencia daquelle que a soffre.

As leis dos povos civilizados ainda não incluíram até hoje, na esphera penal, as injustiças desta especie, que violam sómente a confiança particular do lesado, ao qual deixam todavia os meios civis de reparação de perdas e danos pelos bens do lesante.

O alarme social, a indignação publica, de que a legislação é o reflexo, manifestam-se sómente em presença dos factos anti-juridicos que illudem a *confiança publica*, considerando esta com a presumpção de certas qualidades nos membros do aggregado social — dum certo grau de previdencia, de fidelidade, moralidade e sinceridade, sem o que seria impossivel a vida social — ; de maneira que cada um, na impossibilidade de as fiscalizar a cada instante, deve suppô-las como existindo nos associados, para não ter de viver continuamente sob uma inquietação afflictiva e sempre armado para a lucta.

Qualquer infracção do dever juridico que viole a confiança publica, é punivel.

Todas as fórmulas da violencia e da fraude violam a confiança publica, tanto nas relações extra-contractuaes, como nas proprias relações contractuaes, porque contra a violencia e a fraude é defesa insufficiente a precaução particular.

A imprevidencia negligente offerece o mesmo caracter *punivel* nas relações *extra-contractuaes*, quando della póde resultar uma offensa de direitos juridicamente garantidos, que os cidadãos não podem defender previamente, quer a imprevidencia se manifeste pelo facto que constitue a violação (delicto culposos), quer se manifeste pelo facto que verosimilmente vae produzir um prejuizo publico ou particular (contravenção).

O grau de previdencia é, dum modo geral, de moralidade inherente a um certo estado social, característico de uma determinada civilização, e do qual só uma pequena minoria, atavica ou morbidamente retardataria, é privada; esse grau de previdencia e moralidade, que é o objecto da confiança publica, abrange uma parte *variavel*, mas abrange tambem um *minimum immutavel*, sob pena de o aggregado social entrar immediatamente em decomposição.

Ha, na verdade, condições fundamentaes e universaes de sociabilidade, sem as quaes, não só um certo estado social, mas a propria vida social seriam inconcebiveis, porque ellas são impostas por leis bio-sociologicas que actuam continuamente.

Variaveis ou não, aquella previdencia e moralidade, reclamadas pela corrente geral dos sentimentos numa certa civilização, correspondendo a condições evidentes de conservação e ás aspirações communs, são o objecto da confiança publica *social*, cuja violação anti-juridica é o *crime*.

De resto, a moralidade externa, imposta pela previdente vontade do poder dirigente, e que não corresponde a condições evidentes de conservação social, nem a sentimentos e aspirações communs, constitue o objecto da confiança publica *legal*, cuja violação póde chamar-se delicto. Por exemplo o delicto de contrabando ¹.

¹ *Contravention et délit*, relatorio apresentado ao 7.º congresso da União Internacional de Direito Penal, reunido em Lisboa em 1897, pelo Sr. Dr. Henriques da Silva, delegado áquelle congresso pela Faculdade de Direito.

Veja-se tambem, relativamente ao principio da utilidade, o livro do mesmo auctor — *Relações da justiça com a utilidade*, 1885.

SECÇÃO II

A infracção como phenomeno juridico

64. Definição doutrinal. Inexactidão da definição usual.
 — Sob o aspecto juridico, a infracção, *lato sensu*, é, diz VIDAL, «a violação do principio consagrado pela sancção penal». Com effeito, o direito penal, destacando-se dos outros ramos do direito, que têm sancções restitutivas, e que numa parte determinam os direitos e obrigações, e noutra as diversas sancções que lhes correspondem, só decreta sancções, e nada diz sobre as obrigações a que ellas se referem; não ordena o respeito pela vida alheia, mas fulmina de morte o assassino; não declara, como o direito civil, primeiro o dever e a seguir a pena.

Claro é que, se a acção é punida, é por contraria a uma regra obrigatoria, mas esta regra é que não é expressamente formulada.

Por esta razão, tem sido o direito penal denominado *direito sancionador*¹.

A lei penal encerra duas partes: uma *dispositiva*, em que se declara e define o facto prohibido, com os seus elementos constitutivos, e outra a *sancção*, em que é comminada a pena correspondente a esse facto, ou seja acção ou abstenção. Portanto, o direito e o dever são tambem definidos na lei penal, mas de um modo indirecto pela noção opposta, que é a *violação*. O direito de cada um tem por objecto o exercicio da actividade necessaria ao cumprimento do dever, ou que o não viole, e o dever tem por objecto o *acto*, se

¹ *Obr. cit.*, n.º 63.

a lei penal prevê a omissão; a *abstenção*, se prevê o facto positivo.

Ha effectivamente, como nota AD. PRINS, inexactidão na terminologia em que o delicto, no sentido juridico, é definido usualmente como *violação da lei penal*. O que se viola não é a lei penal, mas o principio juridico, que deu origem ao artigo della. O individuo que comette um homicidio não viola o texto do artigo 349.º do nosso codigo, *ao contrario este texto adapta-se aos factos praticados*; viola, sim, o principio do respeito pela vida alheia. Os factos devem até ser conformes ao artigo que contém a incriminação (art.º 18.º) ¹.

O que constitue o delicto é a reunião das condições exigidas pela lei para a applicação da sanção penal. No conjuncto dellas está o facto declarado punivel pela lei penal (art.º 1.º).

65. Distincção entre a infracção penal e a transgressão disciplinar. — É necessario distinguir a infracção penal, ou delicto em sentido generico, das *transgressões disciplinares*, que são infracções de deveres especiaes e profissionaes, comettidas por certas pessoas, pertencentes a corporações officiaes, como magistrados, advogados, notarios, no exercicio das suas funcções.

Essas transgressões podem tambem offender a lei penal, mas têm de caracteristico:

1.º A accumulção da pena *disciplinar* (advertencia, reprehensão, suspensão, expulsão, etc.), com a pena pronunciada pela lei penal;

2.º A *sujeição* á *jurisdicção disciplinar*, ou corporativa, que é distincta e independente da *jurisdicção repressiva*;

¹ AD. PRINS, *obr. cit.*, n.º 142.

3.º A *acção disciplinar* inteiramente independente tambem da *acção criminal*, não podendo invocar-se de uma jurisdicção para a outra o caso julgado ou uma sentença de reabilitação ¹.

SECÇÃO III

Classificação mais geral das infracções penaes

66. Classificação tripartida do codigo penal francês. Correspondencia entre esta classificação e as das penas, das jurisdicções repressivas e das fórmãs de processo. — Segundo o artigo 1.º do codigo penal francês, a infracção que as leis punem com as penas de policia é uma *contravenção*; a que ellas punem com penas correccionaes é um *delicto*; e a que punem com uma pena afflictiva e infamante (mais simplesmente, com uma pena criminal) é um *crime*.

As penas são classificadas pelo legislador em três grupos. De modo que, conhecida a pena applicavel a uma infracção, conhecida fica a natureza e a classe a que pertence.

Esta divisão tripartida das infracções e das penas é a base de regulamentação da organização judiciaria repressiva e do processo penal adoptados pela legislação francêsa.

a) Para os crimes, *cour d'assises*, tribunaes departamentaes, compostos de três magistrados, um dos quaes é o presidente que dirige os debates, e doze jurados que decidem sobre a innocencia ou culpabilidade dos réus;

¹ G. VIDAL, *obr. cit.*, n.º 64.

b) Para os delictos correcçionaes, *tribunaes correcçionaes*, que funcionam *permanentemente* em cada *arrondissement*, compostos de três magistrados do tribunal civil da 1.^a instancia;

c) Para as contravenções de simples policia, *tribunaes de simples policia*, que funcionam permanentemente em cada cantão, constituídos pelo juiz de paz, com appellação em certos casos para o tribunal correcçional respectivo.

Correspondem á mesma divisão três fórmãs de processo que é mais longo e minucioso quanto mais grave é a infracção; o julgamento dos crimes é precedido de instrucção preliminar em dois graus, a primeira pelo juiz de instrucção (membro do tribunal correcçional), a segunda por uma secção especial do tribunal de appellação; o dos delictos é precedido de instrucção preliminar (facultativa) em um grau, salvo recurso para aquella secção; o das contravenções não é precedido em regra de instrucção preliminar, sendo o agente citado directamente para o tribunal que o deve julgar ¹.

Á mesma classificação correspondem outras differenças em materia de *tentativa*, reïncidencia e circumstancias attenuantes.

67. Impugnação desta classificação pelos criminalistas classicos. — Tem sido vivamente combatida a divisão tripartida do código francês.

Theoricamente, diz-se que a lei não determina a gravidade da infracção pela sua natureza intrinseca, mas pela pena, isto é, pelo resultado material da condemnação — *distinctio delictorum ex poena*, quando

¹ VIDAL, n.º 73.

devia ser o contrário; a gravidade da pena é que deve depender da gravidade do delicto — *distinctio poenarum ex delicto*. Tal divisão, diz Rossi, tirada do facto material e arbitrario da pena, revela o espirito do código e do legislador: não temos de attender á *natureza intrinseca* da infracção, mas sim ao *poder* que decreta a pena. Corta-se a cabeça a um homem, logo este é um scelerado ¹.

Esta critica é immerecida, se attendermos ao caracter *prático* da divisão. Antes de estabelecer as penas, é claro que o *legislador* havia de attender á natureza e gravidade dos factos. O criterio da pena é para o juiz; promulgada a lei, ella offerece ao julgador um signal exterior, simples e rapido, para este reconhecer a importancia que o legislador intendeu dever attribuir a cada facto ².

Juridica e praticamente, censura-se naquella classificação o seu caracter empirico e arbitrario, não correspondendo a nenhuma differença *essencial* entre as classes de infracções penaes, pelo menos entre os *crimes* e os *delictos*. O arbitrio e a incoherencia della manifesta-se frequentemente no código francês, que sem motivo classifica o mesmo facto, ora entre os crimes, ora entre os delictos correccionaes.

ORTOLAN, não descobrindo uma base racional á divisão tripartida, desejava que só as *contravenções de policia*, cujo caracter especial é terem uma importancia meramente local, fossem destacadas e tivessem logar proprio. E a final é o que faz o código francês; tanto na parte geral, como na especial, o código trata simul-

¹ Rossi, *Traité de droit pénal*, tomo I, pag. 54. Vej. TREBUTIEN, *Cours élémentaire de droit criminel*, tomo I, pag. 75. BOITARD, *Leçons de droit criminel*, etc.

² VIDAL, n.º 74.

taneamente dos crimes e dos delictos, applicando idênticas regras de penalidade, salvas certas diferenças, directamente aconselhadas por diferenças de gravidade; ao passo que as contravenções são agrupadas em logar especial (livro 4.^o), variando em muitos pontos as regras da penalidade.

68. A mesma classificação em codificações portuguezas.

— A commissão do nosso projecto de 1861, seguindo a principio o systema do codigo de 1852, voltou ao systema francès, confessando contudo que a redacção da lei francêsa era sem dúvida viciosa.

Razões da reconsideração: que não podem ser confundidos na mesma qualificação factos menos graves, que constituem o *delicto*, com factos gravissimos e ás vezes horriveis, que caracterizam e constituem o *crime*.

Mas não são tambem os *crimes* de gravidade diversissima, conforme a natureza do facto, os motivos do agente, o modo de execução, e circumstancias varias? A razão da gravidade nada vale.

O projecto de 1861, logo na definição, juntava os crimes com os delictos: crime ou delicto é a violação imputavel e culposa do dever, punida por lei (art.^o 12.^o); e contravenção é a violação imputavel, ainda que não culposa, do dever, punida por lei ou regulamento (art.^o 13.^o).

A divisão tripartida já era seguida no codigo penal de José Manuel da Veiga, foi defendida entre nós por Silva Ferrão, e sancionada pouco depois pelo poder legislativo no codigo penal e disciplinar da marinha mercante portugueza, approved por lei de 4 de^o julho de 1864¹.

¹ Este codigo ainda está em vigor. No artigo 7.^o classifica as infracções de disciplina em *crimes*, *delictos* e *faltas* ou *contravenções*,

O legislador do código de 1852 reflecte até certo ponto neste código a doutrina de CHAUVEAU e HÉLIE¹: que os crimes e delictos são factos *da mesma natureza*, infracções da moral social, uns e outros, differença de mais ou menos, e que, portanto, a classificação do código francês é arbitraria, menos quanto ás *contravenções*, como infracções materiaes que existem só pelo facto positivo ou negativo da transgressão, independentemente da intenção (vej. art.º 4.º).

69. A classificação tripartida perante a tradição historica. O crime e o delicto em Roma. — ADOLPHE PRINS nem sequer reconhece á classificação francesa o merito de corresponder á tradição historica. Diz elle que o direito grego e o romano distinguem os delictos publicos e os privados, segundo a gravidade do acto, e que foi este systema que passou para o antigo direito francês, em que as infracções eram divididas em delictos *de grande criminoso*, reprimidos com penas afflictivas e infamantes, e julgados pelo processo inquisitorio sob a accusação do ministerio publico, e *delictos de pequeno criminoso*, julgados summariamente na audiencia com accusação do offendido, e punidos com penas leves².

Mas VIDAL ref-re-se ainda, mencionando as distincções da antiga legislação francesa, aos *delictos* ou *contravenções* de *policia local* ou *municipal*, cuja repressão offerecia um interesse meramente local e o character de medida policial³. E TARDE, no relatorio apresentado ao congresso penitenciario de Paris (1885) e inserto

classificação que influe nas penas e na competencia e processo para as impôr, como se vê dos artigos seguintes.

¹ Tomo I, cap I, disposições preliminares.

² *Obr. cit.*, n.º 145, pag. 84.

³ N.º 74, pag. 98.

nos *Etudes de Psychologie sociale*, descobre a classificação tripartida na legislação romana dos ultimos tempos da republica e da epoca imperial, depois de afirmar que «quasi por toda a parte, e em todos os tempos, nos povos que começam a civilizar-se, a criminalidade se divide ou tende a dividir-se deste modo, e esta similhaça é, segundo crê, das que se produzem espontaneamente, sem nenhuma imitação por vezes de povo para povo»; e, depois de tentar verificar a mesma classificação no antigo Egypto, na Palestina, na India antiga, entre os aztecas e incas da velha America, e na China, confessa que, apesar das nossas relações historicas directas com a antiguidade classica, é «mais difficil descobrir nella a sobreposição dos três andares de maleficios», que é mascarada pela complicação das jurisdicções heterogeneas e pela especialização dos tribunaes, do mesmo modo que na Europa da Edade Media.

Todavia, acaba por encontrar em Roma a clara distincção de três categorias de infracções: ao lado dos *crimina* e dos *delicta privata*¹, havia outros factos de

¹ Os juriseconsultos romanos designavam por varios termos as infracções penaes, taes como: *malefricium*, *flagitium*, *scelus*, *fucinus*, *peccatum*, *crimen*, *delictum*, *fraus*, *noxa*, *injuria*. De todos, os mais usados com significado especial eram *crimen* e *delictum*.

Crimen (de *cernere*, joeirar, como *discrimen* de *discernere*, cf. *cribrum* — joeira) indica com que cuidado é mister analysar os factos antes de os accusar; designava a accusação (*in crimen vocare*, ad-ducere), e depois passou a designar o objecto dessa accusação, sustentada perante o *judicium publicum*, e extensivamente, os maleficios mais graves, punidos pelo estado no interesse publico.

Delictum (de *delinquere*, desvio da linha recta, do *direito*; cf. o francês — *tort à tort* — injustamente —, e a *torto* e a *direito*) significava a simples injustiça particular.

Este termo juridico passou para a antiga jurisprudencia europea com sentidos varios: infracções civis dolosas ou só culposas (*delictos*, *quasi delictos* no código civil francês); infracções penaes em geral (*Cod. des delits et des peines*, *flagrante delicto*, *corpo de delicto*); infracções com pena correccional (art.º 1.º do código penal

somenos gravidade, que cada magistrado tinha o direito de reprimir *administrativamente*, como violação das suas ordens.

A pena era uma multa (*mulcta*) ou uma correcção physica, applicada durante a audiencia pelos lictores. A esta repressão administrativa oppunha-se a repressão *judiciaria*, que era de duas especies: uma a que se exercia em nome da sociedade, por meio dum *publicum iudicium*, applicavel aos *crimina*, que eram julgados pelas *quaestiones*, sobre a accusação dum homem do povo, substituida posteriormente pela *cognitio* do magistrado, origem do processo inquisitorio¹; a outra, applicavel aos *delicta*, que eram objecto dum juizo penal *pretoriano*, em que o direito de accusar pertencia á parte lesada.

Na Edade Media tambem a trindade criminal, segundo TARDE, se esboça vagamente na distincção feudal de *alta*, *media* e *baixa* justiça².

70. A classificação tripartida e os criminalistas modernos. Vidal e Tarde. — A divisão das infracções em *delictos* e *contravencões* é hoje, diz G. VIDAL, proposta por grande numero de criminalistas, e adoptada por differentes legislações estrangeiras³, como mais racio-

francés). (Vej. ORTOLAN, tom. 1.º, n.ºs 781, 560, 609; PESSINA, *Elements*, etc., tom. 1.º, 35; MIGUEL BRÉAL, dicionario, verbo-*cerno*).

A estes dois termos, juntou o codigo francês *contravencão*, que, etymologicamente, significa o facto material de proceder contra a lei (*contre venire*), e ainda, *lato sensu*, significa em direito francês o delicto *não intencional*, além do seu sentido stricto em que é definido no artigo 1.º do codigo de Napoleão.

¹ Recordem o que se estudou já na parte historica.

² *Obr. cit.*, paginas 313 e 314.

³ Portugal (1852, 1886), Malta (1854), Pern (1862), Suecia (1864), Dinamarca (1866), Mexico (1871), Venezuela (1873), Hollanda (1881), Argentina (1865), Italia (1889), Brasil (1890), Colombia (1890), Neuchâtel (1891) e grande numero de cantões suissos, bem como o projecto do codigo federal de Stooss.

nal, mais scientifica e mais conforme á natureza das cousas. Sob a denominação de delictos agrupam-se todas as infracções inspiradas por má intenção e que directamente lesam direitos individuaes ou collectivos, que offendem o direito social e cujo character nocivo e perigoso é reconhecido em todos os países civilizados; ao contrario, as contravenções são factos innocentes, indifferentes em si, praticados frequentemente sem intenção má, que ordinariamente não causam prejuizo, prohibidos e punidos sómente a *titulo preventivo*, para evitar damnos individuaes ou collectivos futuros, interessando principalmente ao direito de policia e á regulamentação local ¹».

Contudo VIDAL reconhece vantagens *práticas* á classificação franceza, e chama a attenção para as difficuldades que surgem, quando se trata de determinar em que classe deverão ficar os delictos de imprudencia grave e ferimentos culposos.

TARDE nota que, se a curva estatistica dos crimes e dos delictos apresenta a mesma physionomia geral e os traços principaes em parallelismo, a curva das contravenções, ao contrario, tem uma direcção independente e muito mais caprichosa, dependendo estas fluctuações de causas superficiaes, como o maior ou menor zêlo dos guardas encarregados de as denunciar, ao passo que os movimentos da grande e da média culpabilidade são produzidos por causas naturaes ou sociaes, sem duvida bem mais profundas.

A primeira necessidade é, pois, separar nitidamente as contravenções das outras categorias.

¹ *Obr. cit.*, n.º 74, pag. 99. A questão foi vivamente debatida no congresso penitenciario de Paris e estudada num relatório geral de G. VIDAL e em mais onze relatórios preparatorios (*Rev. penit.*, 1895, paginas 1004 e seguintes).

Mas TARDE considera contravenções, conforme a noção franceza ¹, os actos nocivos mas involuntarios, e os actos voluntarios, mas muito pouco nocivos, ou isentos de moralidade.

Segundo elle, a primeira categoria devia desaparecer do codigo penal, justificando só a reparação civil. A pena é uma injustiça, porque o acto involuntario procede da *pessoa physica*, mas não da entidade psychologica e social; e uma inutilidade, porque a função *mnemotechnica* (é um *memento*, uma recordação inhibitoria) da pena é puramente illusoria.

Ha tambem actos nocivos, mesmo gravemente, e intencionaes, mas *que não deshonram* (os duellos, a *vendetta*, em certos países), que resultam das *imposições do meio*.

Puni-los é uma inconsequencia da sociedade que lhes dá origem.

Para estes torna-se necessario um *tribunal especial*, destinado a illustrar e educar a opinião, preparando as suas rectificações futuras, sem a chocar bruscamente desde logo.

Restam para o grupo das contravenções os actos intencionaes, mas de fraca nocividade ².

Entre as diversas causas da moderna tendencia para *correccionalizar* os crimes, nenhuma ha que accuse a inoportunidade de distinguir, continúa TARDE, acima das contravenções, dois graus de criminalidade e o character irracional da distincção. Porque se admitirá dois graus e não mais? É certo que, do mais abominavel dos parricidios ao mais inoffensivo furto de fructos, ha uma infinidade de graus.

¹ Ha outra concepção de contravenções: é a do artigo 3.º do nosso codigo penal.

² *Études de Psychologie sociale*, paginas 317 e 318.

Mas por isso mesmo é que «não sendo possível especifica-los a todos, e não querendo o legislador confundi-los absolutamente, devia limitar-se a uma unica demarcação artificial, mas prática. Afinal, o artificial, quando é práctico, isto é, adaptado ás necessidades sociaes, não será o que ha de mais essencial á vida social, de mais racional e mais logico ¹.» TARDE quer basear a distincção deste modo: «O *crime* por excellencia é o assassinato, como o *delicto* por excellencia é o furto, dualidade que corresponde á da *crueldade* e á da *improbidade*: Diferenças de natureza e de grau. Sob outro aspecto, o *crime* é o que produz ou tende a produzir, ou se presume produzir, um alarme e uma indignação geraes; o *delicto*, o que habitualmente só determina um alarme e uma indignação locaes; a *contravenção* nunca é motivo para indignação e quasi não produz alarme ².

Apreciaremos as ideias capitaes deste estudo.

74. Critica da doutrina de Tarde pelo Sr. Dr. Henriques da Silva e classificação tripartida proposta por este ³. — Antes de mais nada, é mistér precisar o fundamento que se toma para uma primeira divisão das infracções penaes.

A divisão franceza assenta na *gravidade* da infracção, gravidade que produz diferenças nas formalidades do processo e na composição dos tribunaes criminosos.

Pondo de parte a jurisdicção e o processo, a gravidade não póde basear uma classificação. Dois crimes de differente nome não offendem precisamente as mesmas condições da vida social e de idêntico modo;

¹ *Obr. cit.*, pag. 322.

² *Obr. cit.*, pag. 323.

³ DR. HENRIQUES DA SILVA, *Contravention et délit*, Coimbra, 1897.

e são, por isso mesmo, de gravidade differente; e ainda dois crimes da *mesma denominação* não são necessariamente da mesma gravidade, embora offendam condições da mesma natureza porque, conforme as circunstancias subjectivas ou objectivas, serão indicativos de differente grau de delinquencia.

Não obstante, a necessidade do método obriga-nos a tratar as infracções sob diversos titulos, consoante a *natureza do direito offendido*; mas o que se trata de saber é se não poderá effectuar-se uma classificação menos especializada.

Para o effecto de differenciar as jurisdicções e o processo póde effectivamente tomar-se para base de uma classificação a *gravidade* do facto, independentemente das circunstancias, mas semelhante classificação é necessariamente *arbitrária* e fluctuante, visto que nenhuma norma se impõe ao legislador sobre o ponto em que deve cessar de criminalizar para começar a correccionalizar.

E a prova é que, como dissémos, o código francês classifica o mesmo factó, ora entre os crimes, ora entre os delictos, e que ha uma accentuada tendencia para a *correccionalização*, como TARDE confessa, podendo tambem esta resultar do reconhecimento de certas circunstancias, o que demonstra que para a determinação da gravidade da infracção não é possível abstrahir completamente das circunstancias.

O estudo de TARDE, de que démos noticia, resente-se da influencia do direito positivo francês, que estabelece a classificação das infracções, tendo em vista os fins praticos da determinação do tribunal e do processo competente.

Assim o duello e outros actos intencionaes, não deshonorosos, em que TARDE descobre os caracteres de verdadeiras contravenções, deveriam ser julgados por

um tribunal especial e deste modo sairiam da classe das contravenções, do mesmo modo que os actos nocivos mas involuntarios, quando fossem, segundo os votos de TARDE, submettidos ao exclusivo regimen da reparação civil. De fórma que para TARDE a competencia criminal do juiz de paz é que determina o character *contravencional de infracção*.

Mas o que, em sciencia, devemos investigar é se, abstrahindo do criterio da competencia, ha caracteres naturaes que imponham a discriminação das contravenções entre as infracções penaes.

Tambem TARDE propõe que a distincção entre *crime* e *delicto* se baseie na distincção entre dois sentimentos preponderantes desenvolvidos pela evolução: a *piedade* e a *probidade*.

Mas então que logar dariamos a tantos factos incriminados pelas legislações, antigas e modernas, que não constituem violação de qualquer destas duas fórmas de moralidade social?

«O *crime* por excellencia é o assassinato, diz TARDE, como o *delicto* por excellencia é o furto», dualidade correspondente á da crueldade e da improbidade. Certamente todos os codigos separam os crimes *contra as pessoas dos crimes contra a propriedade*. A differença, porém, do estímulo criminoso não é uma differença tão *fundamental*, que justifique a collocação das duas ordens de infracções em dois diversos grupos numa primeira classificação.

O mesmo sentimento, a cupidez, a inveja do alheio, póde determinar actos de crueldade; o proprio furto em si póde ser o indicio duma grande insensibilidade e dureza de coração, como se o ladrão leva os ultimos recursos de uma familia; inversamente o sentimento de rancor e de vingança póde manifestar-se por actos de *destruição* de propriedade.

A outra base proposta em ultimo lugar por TARDE, tirada da producção e extensão do alarme social, é demasiado vaga e parece equivaler ao criterio das differenças de gravidade do facto incriminado.

O fundamento estavel e natural de uma primeira classificação das infracções penaes tem de ser procurado no character objectivo dellas, abstrahindo das condições subjectivas do agente.

O acto é effectivamente o lado objectivo do phenomeno criminal, e é por esse lado que o agente se põe em contacto com as condições sociaes contra as quaes attenta.

Ora o acto, ou melhor o facto, pôde constituir um ataque directo ás condições *evidentes* de conservação social, ás quaes, pela sua propria evidencia, correspondem sentimentos e aspirações communs numa determinada civilização, como pôde constituir uma offensa, de *legalidade* apenas, dos preceitos positivos, certamente correspondentes, em regra, a necessidades de um certo estado social, principalmente de uma certa organização politica, administrativa e economica, interpretadas pelo poder dirigente, mas não tão vivamente sentidas pelo corpo social, que sejam objecto de aspirações e reclamações sociaes.

Os factos do primeiro grupo suscitam a indignação e a inquietação públicas e esse sentimento de repulsão que o vulgo experimenta deante de um procedimento monstruoso, revelador de que o agente não é homem como os outros, de que, não participando dos sentimentos fundamentaes da generalidade dos seus concidadãos, não é nosso *similhante*.

Os factos de segunda ordem, não produzem o mesmo abalo na confiança pública, nem despertam a mesma indignação e repulsão para com o seu agente.

Os primeiros indicam uma immoralidade, por assim

dizer, constitucional no homem; os segundos, apenas a rebeldia do cidadão. Os primeiros formariam o *codigo criminal* de FERRI; os segundos, o *codigo dos rebeldes e desobedientes*.

Aos primeiros chamaremos *crimes*; aos segundos poderíamos appropriar a designação de *delictos*, que etymologicamente quer dizer «*desvio da linha directa* (da legalidade)», como poderíamos appropriar a de *contravenções* com significação analogá (*venire contra legem*).

Todavia, entre os ataques á legalidade, uma distincção ainda é aconselhada pela natureza das coisas.

Ha factos contrarios á legalidade que em *si mesmos* são indifferentes, sob o ponto de vista da ordem social e dos direitos particulares, mas que são prohibidos pelo *perigo* que encerram, até ás vezes para o proprio agente.

Segundo a tradição, póde reservar-se para esta ordem de factos o termo *contravenções*.

Os crimes são lesões determinadas no sentido mais amplamente *social*; os delictos são lesões determinadas no sentido strictamente legal; as contravenções são lesões apenas *potenciaes e indeterminadas*.

72. Justificação da classificação do Sr. Dr. Henriques da Silva. — A classificação que fica esboçada não habilita por si á escolha da pena. Para este effeito não basta classificar o facto, é mister classificar o agente. Para a classificação do agente não é sufficiente conhecer o facto em abstracto, é indispensavel examina-lo em concreto, nas suas modalidades reaes, com o conjuncto das circumstancias objectivas, e através do facto concreto estudar o delinquente, sondando os *motivos*, anti-sociaes ou não, que determinaram a acção, os sentimentos que agitavam o agente, o estado do seu animo,

calmo ou apaixonado, o caracter premeditativo ou impulsional de resolução; completando ainda estas indagações com todos os elementos de informação que possam recolher-se, relativamente á sua vida physio-psychica e social.

O fim daquella classificação das infracções penaes é fixar o que ha de característico na natureza dellas, consideradas em abstracto, como phenomenos anti-sociaes e anti-juridicos, e assim as differenças fundamentaes objectivas que as separam, *suppondo identicas as condições subjectivas*.

Por exemplo: suppondo que infracções de cada um dos três grupos são intencionaes e consumadas (que é o caso em que o phenomeno se apresenta na sua plenitude subjectiva-objectiva), são bem visiveis as differenças de natureza entre os crimes, os delictos e as contravenções.

É claro que, como em todas as classificações naturaes (visto que não ha saltos bruscos na realidade das coisas), nesta apparecem, dentro de cada classe de infracções, variedades inferiores que se approximam da classe immediata, e estabelecem a transição para ella.

Assim, o *crime* culposo perde o seu caracter de monstruosidade repulsiva; e dos effeitos caracteristicos, repulsão, indignação e inquietação social, só este ultimo subsiste; neste sentido aproxima-se das simples offensas da lei tutelar e previdente, isto é, delictos, como lesão *determinada* que é.

Do mesmo modo a *tentativa de delicto*, sendo como o delicto consumado, não uma immoralidade social, mas uma simples illegalidade punivel, aproxima-se como lesão *potencial*, das contravenções.

Mas, se estas aproximações entre diversas classes de infracções consideradas pelo seu aspecto anti-social

e anti-juridico, offerecem uteis indicações ao legislador e ao juiz para a applicação do tratamento penal, as differenças radicaes que se notam entre as variedades *bem caracterizadas* de cada grupo, notavelmente entre *crimes* e *delictos* intensionaes e consumados, impõem separações correspondentes na legislação pela classificação dos infractores e pela natureza da pena, para não fallarmos agora de outras distincções inherentes ao caracter especifico das contravenções.

75. Caracter especifico das contravenções. Apreciação geral da doutrina das escolas. — Este caracter particular das contravenções é salientado pela escola classica italiana, em opposição á escola francêsa.

Para esta a contravenção não é senão um pequeno delicto. Entre o delicto e a contravenção não ha nenhuma differença ontologica.

Mas a escola classica italiana reserva este termo para os factos inoffensivos ou indifferentes committidos sem máu proposito e sem damno, que o legislador, como diz MANCINI, julga, na sua prudencia, conveniente evitar e punir, para afastar o perigo de um damno individual ou social, provêr a prosperidade do consorcio civil e manter nos cidadãos o espirito de segurança ¹. Nesta conformidade, diz LUCCHINI: «Na ha delicto, mas contravenção, sempre que o objecto da incriminação seja, não um direito especifico, patrimonio particular ou público, mas uma condição ou norma de procedimento de que dependa a tutela de um direito ou de uma ordem generica de direito:» ².

¹ Vej. o estudo de SILVIO LONGHI — *Do conceito juridico da contravenção, em contraposição ao de delicto*, na *Revista — La scuola positiva nella giurisprudenza penale*, 8.º anno, n.º 7.

² Cit. *Revista*, pag. 388.

E analogamente lê-se no relatório da proposta do Código penal italiano: «Para indicar o critério a seguir na discriminação entre delictos e contravenções, pela analyse da sua natureza inteira, basta recordar as conclusões da sciencia, segundo as quaes são delictos (no estado geral, visto que o código italiano não admite a divisão tripartida), os factos que produzem lesão jurídica, e contravenções os que, embora inoffensivos por si mesmos, offerecem todavia perigo para a tranquillidade pública, ou para o direito doutrem. O preceito da lei nos delictos diz, por exemplo: não mates, e diz nas contravenções, não faças coisa que possa pôr em risco a vida alheia»¹.

Alguns criminalistas da escola positiva italiana, como FERRI e LONGHI, não descobrem differença essencial entre as contravenções e os delictos. Naquellas como nestes, ha actos anti-sociaes, prohibidos pela lei, e por isso anti-juridicos, diversos na moralidade e no grau, *não na essencia*.

Tambem os delictos podem ser consumados ou tentados, e assim como ha delictos não *naturaes* ou de indole contravencional, assim ha contravenções delictuosas. Por outro lado, a violação de uma nórma legislativa é sempre lesão de um direito, porque é sempre offensa ao interesse publico e ao privado, quer se pretenda evitar um damno quer um perigo de damno.

Uma classificação deve basear-se em differenças de quantidade e de qualidade, nem de outro modo é possível organizar um código de contravenções.

Actos ha que, *qualitativamente*, têm tão diminuta

¹ FIORETTI, *Il nuovo codice penale italiano annotato*, 2.ª edição (nota 8, ao art. 1.º).

importancia, que praticamente convêm não os considerar como offensivos de um direito, mas apenas de um interesse da sociedade, o qual é necessario tutelar com a acção penal. Sobretudo deve notar-se que a pretendida distincção desaparece nas hypotheses de delicto imperfecto¹. Não nos parece justificada esta crítica á escola classica italiana.

74. Elementos differenciaes das contravenções. Vantagens e difficuldades práticas. — Certamente as contravenções, do mesmo modo que os crimes e delictos, são factos anti-sociaes, ou ao menos anti-juridicos, que a lei pune, e por isso é que pertencem ao quadro das infracções penaes.

Condição commum é a prohibição legal e a sancção penal.

Nos crimes, como nos delictos, como nas contravenções, ha a *desobediencia* ao preceito; mas as relações *naturaes do facto incriminado olhado em si mesmo e abstrahindo de factos consequentes*, com a ordem social, ou com a ordem puramente legal, é que não são as mesmas.

Emquanto o facto incriminado como crime ou como delicto, constitue por si a violação de certas condições da vida social ou da ordem legal, o facto incriminado a titulo de contravenção [v. g. as infracções de certos preceitos administrativos como o do art.º 52.º n.º 6 do Cod. Adm. de 1896 que prohibe a divagação pelas ruas de animaes nocivos, e o do n.º 7 do mesmo artigo, que prohibe se colloquem nas janellas, telhados ou varandas objectos, que ponham em risco a segurança dos cidadãos, ou ainda outro, como a venda de

¹ Cit. *Revista*, paginas 322, 327, etc.

substancias venenosas ou abortivas, sem legítima auctorização (Cod. pen., art.º 268.º), ou a associação de mais de vinte pessoas sem preceder auctorização do governo (art.º 282.º)] em si mesmo não affecta por nenhum modo qualquer dessas condições. Pune-se, não como lesão actual, mas como uma possibilidade de lesão ou damno futuro, como lesão ou damno potencial.

Diz-se que a differença desaparece na hypothese do *delicto imperfecto*, em que a lesão do direito visado pelo delinquente se não verifica tambem. Mas ainda nesta hypothese não ha identidade. Ainda que consideremos o *delicto imperfecto* como uma lesão potencial (o que não representa a verdade, porque a má intenção do agente torna provavel a producção do resultado na tentativa, se circumstancias accidentaes não suspende-rem a execução, e a execução completa torna-a certa no *delicto frustrado* sem a intervenção das mesmas circumstancias), fica sempre uma differença importante: o *delicto imperfecto* é uma lesão potencial determinada, quanto á sua natureza e gravidade, quanto ao direito atacado e quanto ao sujeito desse direito; na *contravenção*, é frequentemente indeterminado tudo isto, e ha sempre alguma coisa de indeterminado, visto não haver no agente um fim malefico, e dependerem os resultados de circumstancias incertas. Nos crimes ou *delictos* contra as pessoas ou contra a propriedade ha um *queixoso*; a indeterminação do facto *contravencional* arreda a ideia de parte *queixosa*, e por isso é corrente que nos processos por *contravenção* não cabe a accusação particular.

A *contravenção* representa um perigo, ás vezes unicamente para o proprio agente della: não *certo*, como no *delicto consumado* ou *frustrado*; não *provavel*, como na tentativa; mas *presumido* pelo legislador, que se

substitue á providencia dos cidadãos, e, visto còmo a presumpção é indestructivel (*juris et de jure*), a contra-venção é punivel em si, independentemente das consequencias.

A producção da lesão, longe de ser da essencia da contra-venção, transforma-a em crime ou delicto, se o direito assim violado é directamente protegido pela lei penal. Se a intenção do agente foi dirigida a esta violação, teremos crime ou delicto *intencional*, figurando a contra-venção como acto preparatorio ou de execução; se o agente procedeu sem a intenção do delicto, teremos, não obstante, delicto culposo, tanto mais que a possibilidade e o dever da previsão derivam de preceito preventivo que prohibia o facto a titulo de contra-venção. Este preceito era uma advertencia¹. Esta doutrina é seguida pelo nosso codigo, quer a lesão resultante de uma contra-venção affecte a propriedade (art.º 482.º), quer as pessoas (art.ºs 368.º e 369.º). Em qualquer dos casos a contra-venção não entra no quadro das disposições regulamentares, mas cái sob a jurisdicção da legislação repressiva.

Não só as contra-venções, como acabamos de ver, se separam, por elementos caracteristicos, dos crimes e dos delictos, mas tambem ha vantagens *práticas* em constituir com ellas um grupo especial numa classificação que se destina a orientar o legislador.

As contra-venções apparecem, com effeito, geralmente separadas das outras infracções nas codificações penacs.

A previsão legislativa tem de obedecer a differente criterio, e offerece tambem difficuldades particulares.

¹ Sr. Dr. HENRIQUES DA SILVA, *Contravention et délit*, Coimbra, 1897, pag. 7.

Os crimes e os delictos definem-se *pela violação mesma dos direitos*, que são assim protegidos de um modo directo; as contravenções têm de ser definidas *por uma forma de actividade*, sem referencia a qualquer direito determinado, e estas incriminações portanto demandam um perfeito conhecimento das variadissimas maneiras por que a imprudencia humana póde manifestar-se num certo grau de civilização, com perigo para o proprio imprudente ou para os outros.

Além disto, todos os codigos admittem certas excepções ás regras de responsabilidade criminal, quando se occupam de contravenções.

Póde questionar-se se é necessaria ou util a previsão de contravenções na lei penal. Effectivamente o legislador podia esperar sempre pelo *resultado* para punir; mas certamente a protecção da lei é muito mais efficaz, quando esta difficulta o accesso á lesão, prohibindo as fórmulas de procedimento que á lesão podem conduzir.

Ora, desde que se admittre a conveniencia de introduzir as contravenções no direito penal, o logar dellas é *especial*, tanto nas classificações doutrinaes, como nas codificações.

Ha ainda outra razão para as collocar em logar á parte no codigo penal; é o character mal definido das incriminações que protegem um direito, não dos individuos, mas da sociedade. É effectivamente difficil resolver sem hesitação se certos factos que affectam os interesses geraes da sociedade e da civilização se devem prohibir pelo que têm de immoraes, se, a titulo preventivo, para evitar perturbações futuras. Assim é que, por occasião da discussão do codigo italiano (art.º 490.º), foi muito discutido se a offensa á decencia pública era offensa de um direito, e algumas infracções que no projecto eram classificadas entre as contraven-

ções foram posteriormente no texto definitivo transferidas para os delictos, e *vice-versa*. Offerece o mesmo caracter dubio a vadiagem e a mendicidade habitual. São difficuldades analogas as que os naturalistas topam por vezes, em presença dos typos de transição, o que não tira o merecimento e não prejudica a vantagem prática das classificações de historia natural.

As dúvidas apontadas o que mostram é que os factos discutidos, pela sua natureza mixta (immoraes e perigosos ao mesmo tempo) tanto podiam ser incluídos na classe dos delictos, como na das contravenções; mas mostram ainda a necessidade de o legislador destinar logar especial ás contravenções, a que são applicaveis regras privativas, para evitar as incertezas da jurisprudencia e a solução das dúvidas pelo arbitrio.

73. Applicaçào ao codigo penal portuguez. Promiscuidade embaraçosa das contravenções com os delictos. Regras privativas das contravenções. — Todavia o nosso codigo penal trata das contravenções em promiscuidade deploravel com os delictos, sendo aliás incontestavel que a intenção do legislador foi dar a diversos factos aqui previstos o caracter de simples contravenções, apesar de se encontrarem em titulos ou capitulos em cuja inscripção apparece a palavra *crime* (exemplos: art.^{os} 246.^o, 248.^o, 253.^o, 254.^o, 255.^o, e inscripção do titulo respectivo; art.^{os} 246.^o, 248.^o e 254.^o, em que se faz referencia aos regulamentos e ás posturas; veja-se a inscripção do respectivo capitulo).

No artigo 185.^o § 3.^o (tambem dentro do titulo III), introduzido pela Nova Reforma Penal expressamente se falla em *contraventor*, e o decreto de 10 de dezembro de 1852, artigo 1.^o, tambem se refere ás contravenções de que trata o codigo penal.

Trata pois ainda hoje dellas o codigo empregando

a palavra *crime* no sentido amplo, mas catholicamente, para confusão da jurisprudencia ¹.

Todavia as differenças legais são importantissimas, como se vê examinando differentes disposições do codigo penal, donde se inferem varias regras privatidas das contravenções :

Assim :

Nas contravenções é sempre punida a negligencia (art.º 4.º) e nos crimes não (art.º 2.º) ;

Nas contravenções não é punivel a cumplicidade nem o encobrimento (art.º 25.º) a não ser excepcionalmente (art.º 282.º § 3.º), e nos crimes é (art.ºs 22.º, 23.º, 103.º e 106.º) ;

A responsabilidade criminal por contravenção não pôde ser aggravada nem attenuada, excepto no caso de reincidencia (art.ºs 33.º e 36.º), e nos crimes pôde sê-lo (art.º 30.º) ;

O procedimento judicial pelas contravenções presereve em regra dentro de um anno (art.ºs 125.º § 2.º e 486.º) e para os crimes o prazo é em regra mais longo (cit. art.º 125.º § 2.º) ;

As penas por contravenções preserevem passado um anno, ao passo que as penas por crimes só passados dez ou vinte annos, conforme forem correccionaes ou maiores (art.º 125.º § 6.º).

¹ Quasi todos os codigos penaes consagram um logar especial, livro ou titulo, às contravenções. Vejam-se os codigos francês, hespanhol, italiano, o projecto de 1861, etc. O nosso não procedeu da mesma maneira. Além dos artigos citados no texto vejam-se mais os artigos 484.º a 486.º e 326.º

Veja-se tambem, a *Rev. de leg.*, vol. XV, paginas 337, 353, 369, vol. XIX, pag. 293, e vol. XXIV, pag. 456.

CAPITULO III

Elementos constitutivos da infracção penal
em geral

76. Enumeração.— A infracção, considerada como entidade juridica, é a violação dum principio sancionado pela lei penal.

Transportando a infracção do dominio da terminologia juridica para o campo da prática, veremos que, para uma determinada infracção ser punivel, exige a lei os elementos seguintes :

1.º Um sujeito ou auctor da infracção ;

2.º Um objecto ou vítima da infracção ;

3.º Actos externos, que reunam em si as condições materiaes de incriminação, exigidas pelo legislador para que haja infracção ;

4.º Um laço moral, que permita não só relacionar os actos materiaes com o auctor da infracção (imputabilidade), mas ainda considerar o auctor como culpado dessa infracção (responsabilidade).

Vamos examinar successivamente cada um destes elementos, bem como as diversas questões, que com elles se relacionam.

SECÇÃO I

Sujeito da infracção

77. O antigo e o novo direito. As corporações.— Só o homem é, segundo o nosso direito penal, susceptivel de cometer uma infracção penal.

Costuma ás vezes citar-se em contrário o facto de o antigo direito considerar e punir tambem os animaes, como auctores de infracções.

Isto não passa, porém, de uma mera curiosidade historica.

Em virtude do principio individualista que informa a legislação moderna e em face da nossa lei positiva, só o individuo é que pó-le ser sujeito duma infracção.

O grupo, a corporação, a pessoa moral não podem delinquir.

Isto são ainda restos da doutrina romanista, seguida principalmente depois de SAVIGNY, e segundo a qual a pessoa moral tinha apenas uma existencia meramente ficticia, considerando-se até como contrário ao direito e á equidade, bem como á propria essencia duma pessoa moral o ella poder ser sujeito duma infracção.

Todavia, hoje que a legislação social tende a renovar as antigas corporações organicas (syndicatos, uniões professionaes, trade-unions, etc.), natural é que se reconheça a essas corporações a possibilidade de delinquirem, já que se lhes reconhece a realidade de vida organica e a capacidade juridica, como expressão da vontade collectiva.

A lei protege uma corporação quando ella pratica actos licitos; justo é tambem que se castigue essa corporação, na pessoa dos seus representantes, desde o momento em que ella pratique actos illicitos.

78. O meio social. As multidões. — Mas a sciencia penal vac mais longe ainda. Fundando-se nas recentes estatisticas criminaes, que accusam a influencia poderosa do meio ambiente, como factor de criminalidade, e attestam que ha meios maleficos, assim como ha meios beneficos, alguns criminalistas intendem tambem

que a responsabilidade criminal deve estender-se até á sociedade, que não cuidou como devia da protecção e educação de todos os seus membros, tornando-se desta fórma cúmplice dos crimes que porventura elles possam praticar.

Finalmente, a sciencia penal contemporanea, rejeitando por completo a ideia de que só o individuo póde ser sujeito duma infracção juridica, apresenta uma nova concepção opposta a essa — a da *multidão criminosa*.

Da theoria da individualização da pena, volta-se á theoria da culpabilidade collectiva.

Esta theoria, vulgarizada sobretudo pelos trabalhos de SIGHELE e de LEBON, admite que a multidão constitua um ser differente dos individuos que a compõem e que, na multidão, a personalidade individual desaparece para dar logar a uma alma collectiva.

As recentes investigações sobre a psychologia das multidões distinguem :

a) Multidões homogeneas e organicas, compostas de individuos semelhantes, com uma origem commum, tendencias e interesses communs e cujos instinctos são honestos.

O typo elementar desses agrupamentos é a *familia*.

b) Multidões heterogeneas e inorganicas, compostas de elementos diversissimos, reunidos ao acaso, e onde as predisposições instinctivas conduzem de preferencia para o mal. O typo mais caracteristico dessas multidões heterogeneas é a *multidão anonyma*.

Nestes aggregados, o conjuncto é inferior ao individuo, o contagio do exemplo é poderosissimo, os signaes caracteristicos são a mobilidade e a rapidez das explosões e a violencia dos impulsos.

O numero dá mais coragem para a prática do mal,

assim como para a prática do bem; os individuos suggestionam-se uns aos outros com tanto maior facilidade, quanto mais numerosos são; por isso pouco basta para tornar uma multidão criminosa.

É em certos grupos sociaes que se encontra ainda o instincto selvagem, a predisposição para os actos nocivos, a tendencia para o crime.

A caracteristica destas multidões exaltadas é que nellas apagam-se as faculdades humanas, para darem logar a todos os maus instinctos que se manifestam abertamente.

Embora não possamos considerar a multidão como susceptivel de penalidade, todavia os actos delictuosos por ella praticados trazem consigo certas consequencias juridicas.

Esta noção da multidão criminosa faz com que se modifiquem certos principios geraes estabelecidos a proposito da comparticipação nos crimes fazendo recahir todo o odioso e toda a severidade sobre os cabeças de motim. Podem ver-se no nosso codigo os artigos 177.º, 179.º § 4.º, 199.º

79. — Pondo de parte estas considerações, é certo que em face do direito positivo só o homem pode ser sujeito da infracção.

Relacionando este principio com os dados da sciencia penal, classificam-se os auctores de infracções, assim como se classificam estas, em cathogorias distinctas, consagradas pela legislação.

Assim dividem-se os delinquentes: quanto á idade, em *menores* e *adultos*, pertencendo estes ao dominio da repressão e reclamando aquelles mais especialmente medidas de protecção; quanto aos precedentes em *primarios* e *recidivistas*, impondo-se a estes penas mais duradouras e mais severas; quanto ao estado mental

e physiologico, em *normaes* e *anormaes*, punindo-se os primeiros e isolando-se os segundos, etc. ¹.

SECÇÃO II

Objecto da infracção

80. As pessoas moraes. A infancia. Os despojos mortaes e a memoria dos mortos. Os animaes. As cousas. — Em linguagem juridica, costuma chamar-se objecto de infracção a vítima da infracção, e de ordinario essa vítima é uma pessoa.

Mas, consistindo a infracção penal numa acção ou numa omissão, que causa perturbação no mundo externo, conforme as condições determinadas pela lei, escusado será estarmos a especificar aqui tudo o que póde ser objecto de infracção como fizemos relativamente ao sujeito.

Tudo póde ser objecto de infracção.

Póde sê-lo em primeiro logar a pessoa moral, visto que ella póde ser vítima duma infracção da mesma maneira que um particular.

Póde dar-se o caso, por exemplo, de uma camara municipal ou de uma associação qualquer ser vítima dum furto.

Uma creança tambem póde ser vítima duma infracção, e aqui se mostra mais uma vez o predominio de que actualmente gosa entre nós o principio individualista, pois que antigamente o individuo não existia para o Estado e podia ser eliminado a seu bel-prazer desde o momento em que não lhe prestasse utilidade.

¹ AD. PRINS, *obr. cit.*, n.º 193 a 202.

A creança não só é protegida pelas leis penaes da mesma fórma que um adulto, mas ainda é protegida antes do nascimento, no seu periodo da vida fetal e por isso se pune o aborto, como se vê do artigo 358.º do codigo penal.

Quando nasce, a creança é ainda protegida, pois que a lei penal pune a morte e o abandono das creanças (artigos 356.º e 345.º do codigo penal) e de modo especial o infanticidio (codigo penal, art.º 356.º).

Hoje nem sequer se permite eliminar os monstros, como era permittido na Edade Media.

Tambem as leis modernas não permitem matar um doente irremediavelmente condemnado pela medicina, embora, theoreticamente, hoje se discuta muito se será conveniente e moral pôr termo duma maneira rapida aos soffrimentos atrozes dum moribundo que de todo já não possa salvar-se.

Os mortos tambem podem ser objecto de infracção, e por isso a lei prohibe a violação das sepulturas e a injuria ou diffamação contra a memoria de pessoas já fallecidas (art.ºs 247.º e 417.º do nosso codigo penal).

Os animaes podem ser objecto de infracção e por isso a lei pune todos aquelles que os espancam e os maltratam, assim como pune os damnos produzidos em qualquer animal pertencente a terceiro (codigo penal, art.ºs 479.º e 480.º).

Egualmente são objectos de infracção e são puniveis os damnos causados em objectos materiaes, como se vê dos artigos 473.º, 474.º, 476.º, 477.º, 478.º e 481.º e outros.

Em summa, como acabamos de vêr, tudo póde ser objecto de infracção.

A lei penal, como protectora dos interesses sociaes, póde estender-se a todos os dominios do direito social

em. que o poder civil julgue necessaria à sua intervenção.

VON IHERING, procurando fazer uma divisão methodica dos differentes objectos de infracção, considera: a) o individuo; b) o estado; c) a sociedade, tomando cada um destes objectos successivamente no seu ponto de vista physico, economico e ideal ¹.

SECÇÃO III

Materialidade da infracção

81. Manifestação exterior do delicto. — Não basta só que haja um sujeito e um objecto da infracção; é preciso, além disso, que haja materialidade de infracção, isto é, que o auctor tenha lesado a vítima ou o objecto por um acto ou conjuncto de actos, incriminados pela lei penal, ou, ao menos, que o pensamento criminoso se tenha revelado externamente por um acto exterior que reúna as condições de incriminação requeridas pela lei penal.

Isto equivale a dizer que não basta só haver pensamento criminoso; é preciso que elle se exteriorize em factos e que esses factos reúnam as condições exigidas pela lei penal.

O acto externo póde revestir diversas fórmulas: actos violentos, fraudes, palavras escriptas, emblemas, imagens, convenções, omissões.

Neste ultimo caso a materialidade do facto é menos apparente, por que não ha acção, mas nem por isso deixa de ser possível a *prova material* da infracção; é

¹ A. PRINS, *obr. cit.*, n.º 203 a 205.

a falta, o resultado produzido pela inacção. O jurado que, devidamente intimado, não comparece na audiência, falta; a verificação deste facto constitue a prova material da omissão.

Em summa: a lei não attinge o pensamento; o projecto e mesmo a resolução do crime só por si são impuniveis; é preciso que o pensamento se reflita no mundo externo por qualquer fórma, ordinariamente por actos e movimentos musculares¹; enfim, é preciso que o pensamento se realise.

81. Phases do delicto. — O delicto na maior parte das vezes é constituido por uma serie de factos successivos que aproximam o delinquente cada vez mais do fim a attingir.

Pondo de parte os que se passam no dominio da actividade psychologica, desde o primeiro pensamento ou *concepção* do crime até á sua *resolução*, isto é, até á vontade bem decidida de o cometer, e que escapam a toda a punição, pois que a *vontade criminal* é ainda desconhecida do poder social, podemos reduzir a duas series todos os actos externos.

Comprehende a primeira todos os actos da actividade externa do agente, os quaes podem dividir-se em três grupos:

a) As manifestações do projecto criminoso por ameaças, confidencias, associações, convites a cúmplices, etc.

¹ OBSERVAÇÃO. Termina aqui o *Resumo das lições*, a que se refere a nota 2 da pag. 73. Vamos continuar a exposição da materia, seguindo a ordem já esboçada, que é imitada do já citado livro de ADOLPHE PRINS, *Science Pénal et Droit Positif*, Bruxellas, 1899, e que diverge um pouco da annunciada na *Introdução*, das presentes lições, n.º 16.

b) Reunião dos meios e remoção dos obstáculos para que a execução se torne possível. É a *preparação*.

c) Prática dos actos que constituem a infracção incriminada pela lei. É a execução, que pôde ser uma ou multipla, mediata ou immediada, completa ou incompleta.

A segunda serie comprehende os factos ou elementos da acção criminosa que não pertencem propriamente á vontade do agente, mas são o resultado della; são as condições de consumação dependentes de um conjuncto de circumstancias estranhas á sua vontade. O simples disparar de uma arma contra alguém e para o matar não basta para que este resultado seja attingido; é necessario firmeza na pontaria, que a victima esteja a distancia, etc.

Todos estes actos serão puniveis e da mesma maneira?

Na impossibilidade de reflectir nas suas fórmulas as variantes infinitas da realização de um pensamento criminoso, o direito penal redu-las todas ás quatro phases referidas que são os quatro grãos da materialidade: *manifestação, preparação, execução e consumação*, que serão o assumpto dos quatro paragraphos seguintes.

Mas, antes de analysarmos o sistema do nosso código sobre a materialidade e de precisarmos as condições da materialidade punivel, importa apresentar, com PRINS, uma observação de character geral, e é: o legislador não tem o direito de intervir somente no caso de haver um prejuizo; elle tem o direito de punir, independentemente de qualquer lesão individual desde que o perigo inherente á acção culpavel demonstre a necessidade duma defesa social.

A escola classica dá uma importancia essencial ás consequencias materiaes da infracção e por vezes pa-

rece hesitar em punir quando não pode demonstrar-se a realidade do damno; a escola positivista afirma terminantemente que, bem mais que a extensão do prejuizo causado, a verdadeira medida da penalidade é a intensidade do perigo social effectivo, a natureza da vontade culpavel, a temibilidade do delinquente.

Se a primeira é insufficiente e perigosa sob o ponto de vista social, porque favorece demasiado o delinquente attenuando a pena e eximindo-o de responsabilidade em alguns casos, a segunda é perigosa para a liberdade dos individuos auctorizando o juiz a punir todo e qualquer facto onde encontrar a prova duma resolução certa de violar a lei ¹.

§ 1.º

Manifestação da resolução criminal

82. Declarações e ameaças. — Dissémos que a resolução, enquanto ficava encerrada na consciencia, não podia ser objecto de punição, pois que era desconhecida do poder social.

O mesmo deve dizer-se ainda quando a resolução seja constatada por meio de confissões, communicações a outrem, verbalmente ou por escripto, etc.

Não póde tal resolução ser punivel em relação ao crime que annuncia. A lei social regula somente relações entre os homens, e estas relações só podem ser perturbadas por *actos*.

O conhecimento duma resolução criminal séria é, sem dúvida, uma causa de inquietação social; mas é á policia que compete proceder para *prevenir* a sua

¹ A. PRINS, *obr. cit.*, n.º 211; G. VIDAL, *obr. cit.*, n.ºs 84 a 86.

realização, e não á justiça para *reprimir* a sua concepção ¹.

Ha todavia quem veja excepções a esta regra nas disposições penaes que incriminam as *ameaças*, que se encontram em todos os codigos.

O nosso codigo, além de considerar a *ameaça* como circumstancia aggravante quando precede o crime (art.º 34.º n.º 5.º), pune-a como crime especial em varios casos, taes são os do artigo 181.º (*injuria por ameaças contra auctoridades publicas*), 181.º § 1.º (*ameaças com arma contra auctoridades publicas*), 261.º (*ameaças para obter esmola*), 268.º (*ameaças para obrigar outrem a jogar*), 363.º (*ameaça contra alguma pessoa com tiro de arma de fogo ou emprego de arma de arremesso*), 379.º (*ameaça dum mal que constitua crime feita por escripto, assignado ou anonymo, ou verbalmente*), 379.º § unico (*ameaça, para constringer outrem para fazer ou deixar de fazer alguma coisa a que por lei não é obrigado*), 452.º (*ameaça para extorquir valores ou algum escripto que produza prova, obrigação ou quitação*), 452.º § 1.º (*ameaça para o mesmo fim quando não tiver produzido resultado*).

¹ São conhecidas apenas duas legislações que incriminam o simples proposito criminal, quando o magistrado tenha fundado motivo para recear que a resolução se effectue. Uma é a legislação russa, que pune o simples proposito criminoso, nos casos especialmente previstos na parte especial (c. 114); outra é o projecto do codigo penal suizo (art. 35º), o qual permite exigir ao pretendo delinquente a promessa de não commetter o delicto ameaçado e a caução *de pace luenda*, á qual, no caso de não cumprimento, se substituiria a prisão.

Por mais respeitaveis que sejam as theorias juridicas, não se pôde negar que o mais elemental bom senso justifique medidas preventivas, quando a ameaça de commetter um crime é bastante seria para as aconselhar. A difficuldade, porém, apparece ao regular-se o novo instituto preventivo, por que a facilidade do abuso fará correr o risco de propôr um remédio peor do que o mal (Veja se na *Rivista Penale* (Italia), vol. XL, pag. 10 (1896), um artigo de ALIMENA sobre — *Il progetto di codice penale svizzero*).

VIDAL¹ vê, em disposições equivalentes a estas, excepções á regra acima formulada; mas GARRAUD² contesta, porquanto a lei pune as ameaças, não porque veja nellas uma prova material e sufficiente, fornecida pelo culpado, duma resolução criminal séria, mas porque a ameaça é um *acto material* de natureza a causar, por *si proprio*, uma perturbação social.

Uma cousa é, por exemplo, a ameaça de matar, e outra a resolução de cometer este crime. Estas duas cousas não se acham ligadas necessariamente e uma não é revelação da outra. Assim como se póde tomar uma firme resolução sem alguma ameaça, da mesma maneira podem fazer-se as mais terriveis ameaças sem intenção alguma de as realizar.

A ameaça não é pois indício seguro de uma resolução criminal séria e inabalavel, e antes é muitas vezes um desabafo; mas póde ser, por si mesma e sem referencia ao delicto que annuncia, um acto de natureza a perturbar o sentimento de segurança que a ordem estabelecida deve garantir, e a tal titulo póde ser punivel.

85. Conjurações e associação de malfeteiros. — Quanto ás *conjurações* e associação de malfeteiros, que o nosso codigo penal tambem pune, ainda quando não sejam *seguidas de algum acto preparatorio de execução*, como póde vêr-se nos artigos 144.º § unico (*conjuração contra a segurança exterior do Estado*), 165.º § unico (*conjuração contra a vida do rei, ou rainha reinante ou do successor immediato da corôa*), 172.º (*conjuração para o crime de rebellião*), 179.º § 5.º (*conjuração para o*

¹ *Obr. cit.*, n.º 92.

² *Obr. cit.*, tomo 2.º n.º 194.

crime de sedição), 263.º (*associação formada por malfeitores para cometer crimes ainda que a sua existencia se manifeste só por convenção*), 300.º (*ajuste entre quaesquer empregados publicos ou corporações investidas de auctoridade publica para impedirem a execução de alguma lei ou ordem do poder caecutivo*), tambem GARRAUD, contra VIDAL, não vê nellas excepção á regra, porquanto a conjuração não é uma simples resolução, mas uma resolução de obrar, *concertada e deliberada entre muitas pessoas*, factio externo que o poder social póde e deve punir.

Todos estes factos, diz, são punidos como *delictos especiaes*, e não como tentativas dos delictos que os culpados têm ou podem ter intenção de cometer. Não é pois a vontade, a resolução de cometer o delicto, o que a lei pune.

Póde todavia duvidar-se se estes ultimos actos — as associações e combinações entre os associados e conjurados e convite a cúmplices — devam considerar-se simplesmente como a revelação da intenção criminosa, ou antes como um acto de preparação propriamente dicta, como o primeiro passo no *iter criminis*.

Aquelle que comunica o seu projecto criminoso a outros e planeia com elles os meios para chegar á realização do delicto revela não só o proposito firme de ir até ao fim, porque nem o receio de ser denunciado o detêm, mas procura por meio da associação e da alliciação arranjar os meios para melhor conseguir os resultados que se propõem.

E assim actos desta ordem podem e devem considerar-se como preparatorios, e como taes entram na segunda categoria.

§ 2.º

Actos preparatorios

84. O que são. — Actos preparatorios são aquelles pelos quaes o agente dispõe seus meios de acção.

Não constituem execução do delicto projectado, mas relacionam-se com o delicto na intenção do agente e tendem assim indirectamente para a sua execução. Tal é, por exemplo, o facto de se adquirir veneno relativamente ao envenenamento, a compra de uma arma relativamente ao homicidio, a fabricação de um explosivo relativamente ao crime de damno, a compra de uma escada a respeito do crime de roubo, etc.

85. Deverão ser punidos? — Divergem as opiniões, inclinando-se os escriptores da escola classica para a opinião da impunidade, porque enquanto o delinquente não passa á execução, não pode saber-se se elle desistirá ou não do projecto criminoso.

Todavia ORTOLAN admite que excepcionalmente possam ser punidos os actos preparatorios dos crimes mais graves quando se prove que entre taes actos e os crimes ha relação de meio para fim e quando os actos preparatorios constituam, por si, delicto ou contravenção.

GAROFALO, um dos mais auctorizados representantes da escola positivista, affirma que estes actos, como o primeiro passo no *iter criminis* devem ser punidos sempre que haja certeza moral de que se destinavam a um fim criminoso, como se um ladrão de profissão é encontrado de noite á porta de uma casa deshabitada e contendo valores, munido de utensilios de arrombamento, se um conhecido falsificador de moeda adquire

instrumentos aptos para a falsificação, ou um estupra-
dor de profissão faz sentar sobre os joelhos uma
creança e a acaricia, etc.

Como se vê, GAROFALO attende não só ao valor e
natureza do acto em si e ás circumstancias em que elle
se pratica, mas tambem aos precedentes do agente, á
sua força criminal já comprovada.

Diz-se geralmente que os actos preparatorios esca-
pam á repressão penal por causa do seu *character equi-
voco*, isto é, por não indicarem a intenção precisa de
cometter um delicto determinado, como a entrada em
casa alheia, ou nem mesmo implicarem uma intenção
criminosa, como a compra de uma arma, que tanto
póde ser para um fim licito, por exemplo a caça, como
para um fim criminoso, e assim taes actos não provam
dum modo indubitavel a resolução criminal. E contra
estes poderá ter razão GAROFALO.

Mas, como já dissémos (*supra*, n.º 82), a lei não
pune a resolução, mas os actos; e os actos preparato-
rios nem são por si *causa directa*, immediata, do damno
do delicto, nem põem em perigo o direito de outrem.

Os actos preparatorios não são pois puniveis como
tentativa do delicto que o agente poderia ter em vista.

Todavia, considerados em si mesmos e sem relação
com a infracção que provavelmente têm por fim faci-
litar, os actos preparatorios são muitas vezes incrimi-
nados pela lei penal.

Com effeito, verifica-se que muitos destes actos, ou
por sua *natureza* ou pela *condição* das pessoas que os
praticam, são geralmente considerados como factos
tendentes a preparar, facilitar ou occasionar certos
delictos, cujo character eventualmente perigoso é suffi-
cientemente caracterizado para ser objecto duma pre-
visão especial. A lei incrimina então estes factos não
como tentativa, mas como delictos *sui generis*.

86. Sistema do código penal português. — Não são puníveis estes actos, excepto quando os factos que entram na sua constituição são classificados como crimes por lei, ou como contravenções por lei ou regulamento. Assim o declara expressamente o código penal no artigo 14.º¹.

Muitos são os casos em que o código penal pune os actos preparatorios, taes são os dos artigos 142.º (*português que se concertar com qualquer potencia estrangeira para declarar guerra a Portugal... procurando preparar os meios por quaesquer factos, embora a guerra ou as hostilidades se não sigam*), 144.º (*conjuração de português com outras pessoas contra a segurança exterior do Estado, se a conjuração for seguida de algum acto preparatorio da execução; não o sendo é menos grave a pena, art.º 144.º § un.*), 164.º (*resolução de regicídio, praticando-se algum acto para preparar a execução*), 165.º (*conjuração para o mesmo fim*), 172.º (*conjuração para rebellião*), 180.º (*assuada*), 192.º § 2.º (*fuga de presos*), 210.º §§ 1.º e 2.º (*moeda falsa*), 253.º (*porte de armas prohibidas*), 297.º § 1.º (*requisição da força publica para impedir a execução de alguma lei*), 444.º (*armas prohibidas*), etc.

O movimento legislativo moderuo tende cada vez mais a prevêr e a punir como delictos particulares os actos pelos quaes se pôde attentar contra os direitos dos outros, sem que todavia elles sejam directamente offensivos desses direitos.

Deve notar-se ainda que os actos preparatorios são

¹ É esta a doutrina geralmente seguida pelos códigos penaes, ao passo que uns, como o português, o declaram expressamente outros, como o francês, o allemão, o hollandês, o hungaro, etc., só indirectamente o declaram exigindo para a punição da tentativa um *principio de execução*.

incriminados em virtude da relação com o proprio crime a que visam, quando são praticados por coautores ou cúmplices (art.º 20.º n.º 5 e 22 n.º 2.º). Assumem então a criminalidade e qualificação do facto principal e são punidos do mesmo modo que este, ou dum modo semelhante.

§ 3.º

Actos de execução

87. Em que consistem os actos executivos e como se distinguem dos actos preparatorios. — Actos de execução são aquelles cuja serie ou conjuncto constituiria a infracção incriminada pela lei, se o resultado que o agente se propõe se tivesse dado.

Quando o resultado se dá, o delicto diz-se *consumado* ou *perfeito*; quando falta o resultado, o crime diz-se *tentado* ou *imperfeito*.

A noção do crime consumado é facil e não apresenta nos escriptores differenças apreciaveis. É consumado aquelle crime em que o proposito delictuoso encontra a sua plena e completa realisação.

Pelo contrario, a noção do crime tentado é mais difficil, e, comquanto o *iter criminis* de ALCIATO ¹ nos forneça uma regular representação do phenomeno, a prática e a doutrina fluctúa entre as diversas theorias e não chegou ainda a assentar em um principio universalmente reconhecido.

Todavia, como todos concordam mais ou menos na punição do delicto imperfeito, forçoso é distinguir os actos de execução dos actos preparatorios, o que aliás

¹ *Commentario ad legem 53 de verborum significatione*: «Aliud crimen aliud conatus; hic in itinere, illud in meta est.»

nem sempre é facil, pois o fim da preparação confunde-se com o começo da execução, e os limites que separam estes dois graus da materialidade são vagos e indistinctos.

Assim, se homens determinados a cometer um roubo se munem de escadas, e, cahindo a noite, um delles se colloca em observação para espionar as entradas e sahidas das pessoas da casa, e, ajuntando-se-lhe os companheiros, concertam o plano e começam a escalada: estes actos serão preparatorios, ou actos de execução do crime de roubo?

As leis penaes não apresentam fórmula alguma geral que resolva esta e outras difficuldades semelhantes; ha pois uma questão de facto a derimir em cada caso, conforme a definição do delicto, por um lado, e, por outro, as circumstancias de cada facto.

A maioria dos escriptores, para distinguir os actos executivos dos preparatorios, accitam o criterio da *univocidade* ou da *equivocidade*, considerando como executivos os actos que por si mesmos indicam o delicto que o agente pretende cometer, e como preparatorios os actos anteriores que podem ter uma interpretação diversa, ou servirem mesmo para um fim licito.

Mas este criterio não é accitavel porque, posta assim a questão de saber se um acto é preparatorio ou executivo, reduzir-se-ia a uma questão de certeza, isto é, a averiguar se ha uma prova sufficiente da intenção que o agente tinha de cometer o delicto, e então pouco importaria que a prova de tal proposito fosse fornecida só pelo acto ou pelo acto auxiliado por provas extrinsecas.

Alem disso, não parece que a univocidade seja a caracteristica dos actos de execução, pois ha muitos actos cujo character executivo ninguem contesta, e que todavia não demonstram só por si mesmos a vontade

criminosa. Apoiar uma escada a uma janella, abrir uma porta com chave falsa, póde ter diversos significados, segundo as circumstancias; tanto póde ser para um furto, como para um rapto, como para um colloquio clandestino não delictuoso; e todavia ninguem contesta que taes actos, quando *conste de qualquer modo* a intenção de furtar, a de raptar uma mulher ou simplesmente a de violar o domicilio, constituem tentativas de furto, de rapto ou de violação de domicilio; mas isto por que a acção, que por si mesma póde ser de equivocada interpretação, recebe a sua determinação delictuosa de provas extranhas á mesma acção, como da qualidade do agente, da sua confissão, das revelações das testemunhas, etc. Segundo o criterio da univocidade, taes actos deviam ser preparatorios.

Por isso este criterio foi regeitado pelo proprio CARRARA, que o havia herdado de CARMIGNANI ¹, e substituido por outro. São actos executivos, diz elle, aquelles que constituem a *lesão de um direito* pertencente ao individuo contra o qual se dirige a intenção criminosa. E como, por um lado, a lesão de direito sómente se dá quando o agente invade a esphera da actividade juridica da pessoa em cujo damno se pretende cometer o delicto, e, por outro, os actos *executivos* se distinguem em actos *consumativos* e em actos executivos anteriores, que podem chamar-se actos executivos em sentido restricto, são actos *consumativos* aquelles que recaem sobre o *sujeito passivo da consumação*, isto é, a pessoa ou cousa sobre a qual deve desenvolver-se a definitiva violação do direito, e *executivos* aquelles que recaem sobre o *sujeito passivo do attentado*. E, pelo contrario, são actos *preparatorios* aquelles que recaem sómente

¹ *Elementi di diritto criminale*, tomo I, § 231.º

sobre o sujeito *activo*, primario ou secundario, do crime que se prepara.

A acção daquelle que gira ao redor da casa de outrem para observar a altura das janellas ou outro modo possivel de ahi se introduzir para furtar, recáe unicamente sobre o *sujeito activo primario* do crime projectado, isto é, sobre a propria pessoa que pretende consumir o delicto; a acção de quem se mune de uma escada ou de uma gazúia com o proposito de dellas se servir para praticar um furto, recáe sobre o que será o *sujeito activo secundario* do furto quando este se commetta». ¹

Tambem este criterio se nos afigura inaceitavel.

Segundo elle, o acto de misturar veneno a bolos e expedi-los pelo correio em pacote postal dirigido á pessoa destinada a come-los, não seria tentativa de envenenamento, se a insidia fosse descoberta e sequestrado o pacote na estação de partida ou de chegada, pois que em tal caso nenhuma invasão se operou na esphera do direito da pessoa designada para o envenenamento, isto é, nem sobre o *sujeito passivo da consumação* nem sobre o *sujeito passivo do attentado*.

E todavia ninguem hesitará em vêr neste acto a existencia juridica da tentativa de um crime de envenenamento. Seria absurdo vêr simplesmente um acto preparatorio numa acção que seria bastante para causar o envenenamento, e não um acto de execução.

Isto mostra a falsidade deste criterio, e que é noutra parte que se ha de procurar a caracteristica do facto de execução.

¹ CARRARA, *Reminiscenze di cattedra e fóro*, Lucca, 1883, XII; *Atti preparatorii*, transcripto por IMPALLOMENI, *Il Codice Penale Italiano Illustrato*, 1.º vol., n.º 137.

No exemplo referido, o character do acto de execução está no impulso dado pelo criminoso á causalidade que ha de produzir o resultado procurado. O veneno, emquanto se adquire e se prepara para se misturar á comida, é uma causalidade criminosa inerte, porque nada se fez para que o veneno, segundo o proposito do criminoso, fosse ingerido nas visceras da víctima. Mas desde que o veneno se misturou ás viandas ou bebidas para serem comidas ou ingeridas, está em condições de exercer a sua acção mortífera, e, por tanto, está dado á causalidade criminosa o impulso para o seu fim.

Parece-nos pois poder estabelecer-se o seguinte criterio :

Se a causalidade criminosa está inerte, ha simples preparação ; se é posta em movimento para se conseguir o fim delictuoso, temos actos de execução ; e dá-se este movimento sempre que a dicta causalidade é posta em condições, segundo a intenção do agente, de produzir o effeito desejado.

Este criterio corresponde á noção theorica e legal da tentativa, pois tentar um delicto e, portanto, proceder a actos de execução de um delicto, é fazer alguma cousa que tenda e sirva para realizar um projecto delictuoso. Emquanto o agente predispõe os meios necessarios para realiza-lo, está no campo da mera preparação, porque com a simples predisposição nada fez para conseguir o resultado nem ha mostrado, com o facto, decidida vontade de o conseguir. A execução do seu proposito somente chega quando á causalidade criminosa contida naquelles meios se dá impulso para attingir o fim.

Nem se diga, com CARRARA, que para haver delicto, ainda que imperfecto, é sempre necessaria uma lesão de direito, e que esta só existe quando se opere sobre

o sujeito passivo do attentado ou da consumação. Esta ultima asserção não é exacta.

Além da lesão do direito objectivo, que consiste na propria execução de actos contra a prohibição da lei, a lesão do direito subjectivo propria da tentativa está no perigo em que é posto o direito aggreddido, pois este perigo é por si mesmo uma diminuição do direito que todos têm de gosar tranquillamente dos seus bens; e ambas estas especies de lesões pódem dar-se, ainda quando não se tenha operado na esphera da actividade juridica de terceiros, só porque o direito de outrem é, de facto, aggreddido, ainda que sem resultado ¹.

88. O delicto imperfecto. — A execução frustrada de uma resolução criminal constitue a *tentativa*, ou *delicto imperfecto*, expressão mais conveniente, sobre tudo nos países cujas leis penaes, como a nossa, distinguem entre a tentativa e o delicto frustrado, empregando assim as expressões «tentativa» e «delicto tentado» num sentido mais restricto.

Note-se todavia que, rigorosamente fallando, não ha delicto imperfecto, pois, sempre que um facto se qualifica como crime, concorrem nelle os dois requisitos essenciaes a todo o crime: uma acção imputavel e a violação da lei penal. A tentativa de delicto, por isso que é delicto, ha de satisfazer, como qualquer outro delicto, a estes dois requisitos.

A tentativa de delicto é delicto imperfecto no sentido de não se ter verificado a lesão do direito subjectivo constitutiva do delicto que se queria cometer, e haver somente uma aggressão ao direito de outrem não se-

¹ Veja-se IMPALLOMENI, *obr. e log. citados.*

guida de effeito, sem embargo do que a lei penal foi violada por se ter obrado contra as suas normas.

O delicto imperfecto é pois a execução frustrada de uma resolução criminal. O delinquente póde não ter conseguido o effeito criminoso que se propunha com a propria acção ou omissão. Em tal caso o delicto não é consumado, mas é tentado, por que se praticou um esforço para commette-lo e não se verificou a lesão juridica a que a lesão era dirigida.

Todavia o facto deve ser incriminado, pois que não ha em tal caso uma simples manifestação da intenção criminosa, mas uma acção pela qual se operou contra a prohibição da lei penal que por isso foi violada, com a differença de que não se commetteu a lesão juridica constitutiva do delicto, que o agente pretendia, mas pôs-se em perigo o direito contra o qual se dirigiu a acção havendo assim uma consequente diminuição da segurança social. E é precisamente nesta perturbação que está a lesão juridica subjectiva caracteristica do delicto imperfecto e o fundamento da sua punição.

Mas o delicto imperfecto deverá ser punido da mesma forma que o perfeito, ou de modo diverso, mas sempre da mesma forma?

Para melhor se poder responder a estas perguntas cumpre fazer a distincção da escola italiana, perfilhada pelo nosso codigo, entre crime tentado ou simplesmente tentativa, e delicto frustrado.

Segundo esta distincção, o delicto é *tentado* quando é imperfecto tanto objectivamente, por se não ter dado a lesão juridica que estava na intenção do agente, como subjectivamente, por se não haverem praticado todos os actos de execução necessarios para produzir a referida lesão; o delicto é *frustrado* quando é imperfecto objectivamente mas subjectivamente perfeito, por se terem praticado todos os actos executivos ne-

cessarios, sem que todavia se tenha realisado a lesão que se queria, isto é, sem que o delicto seja consumado.

89. A tentativa simples. — Quasi todos os escriptores e legislações admittem a punição da simples tentativa, embora haja desaccôrdo quanto aos fundamentos e quanto á forma de a punir.

É vulgar a opinião de que deve ser punida porque os actos de execução que a constituem são inequívocos, revelam claramente a intenção de cometer o delicto.

Não nos parece, porém, ser esta a razão.

A lei pune a tentativa, não pela intenção que revela de o agente offender um direito, mas por ser acção perigosa para o direito, porque constitue um perigo *effectivo* para a sua integridade.

Exceptua-se todavia, geralmente, o caso de o proprio agente renunciar voluntariamente a continuar a execução, ou seja por motivos internos e pessoaes, como o arrependimento, a piedade para com a vítima (*abandono da tentativa* ou *desistencia do fim*), ou seja por causas externas moraes, como o receio de ser descoberto, denunciado ou preso, ou o reconhecimento de que a empresa foi mal preparada, aguardando-se a execução para melhor occasião (*desistencia dos meios*).

Admittem alguns escriptores a isenção da responsabilidade no primeiro caso, mas não no segundo, porque o agente que desiste por qualquer dos motivos referidos nenhuma confiança inspira, nenhuma garantia dá contra qualquer recidiva da tentativa no futuro.

A pusillanidade e o medo, que determinaram a desistencia actual, nem sempre serão sufficientes para vencer qualquer tentação futura despertada em melhor conjuntura e oportunidade.

No entanto, a doutrina dominante nos codigos é a

da impunidade, baseada, não em razões jurídicas, mas de conveniencia e oportunidade.

Considera-se que em tal caso a impunidade é de boa politica, não só porque favorece a desistencia voluntaria e provoca o arrependimento, mas tambem porque a perseguição, quando o pensamento criminoso é tão pouco conhecido, acha-se enredada em difficuldades de prova e exposta a riscos de erro.

Assim, pois, o começo de execução sómente é tentativa punivel quando o auctor, foi impedido de chegar ao seu fim por circumstancias independentes da sua vontade, como se no momento de disparar a arma ou dar a punhalada, a vítima, mais forte ou mais agil do que elle, ou um terceiro se apoderou do seu braço e o impediu de disparar ou de vibrar o golpe ¹. Concorda o nosso codigo penal (art.º 11.º n.º 3).

Quanto á fórma da punição, concorda a maioria dos escriptores, incluindo os francêses sem embargo do rigorismo do seu codigo, que seria injusto applicar a pena do crime consumado a um simples principio de execução, que reduz ao minimo o perigo corrido e deixa a dúvida de que nos actos successivos da execução poderia dar-se o arrependimento ².

GAROFALO, sustentando uma doutrina original, diz que a tentativa nuns casos deve ser punida como crime consumado e noutros não deve ter pena alguma, conforme a probabilidade do crime fôr tão grande que não possa racionalmente duvidar-se de que elle teria sido realizado, se uma força externa não interrompesse a execução, ou houver uma grande probabilidade em contrário, isto é, a da desistencia voluntaria antes do

¹ AD. PRINS, *obr. cit.*, n.ºs 218 e 219; VIDAL, *obr. cit.*, n.º 98.

² ORTOLAN, *obr. cit.*, ch. IV; CHAVEAU e HELIE, vol. I, n.ºs 570 e seguintes.

ultimo acto necessario á consumação. No primeiro caso — perigo identico ao do crime consumado e por isso egual pena; no segundo caso perigo duvidoso e por isso nenhum direito social de repressão ¹.

E para avaliar do perigo que o agente da tentativa pôde offerecer, GAROFALO mais uma vez recorre aos precedentes do criminoso, como se é um criminoso habitual, insusceptivel de respeito de si mesmo, sem receio da opinião pública e das penas, ou ainda um delinquente feroz privado de altruismo e estimulado ao crime por uma paixão brutal e invencivel, ou se se tracta de um individuo em que o senso moral soffreu um imprevisto desfallecimento por effeito de uma influencia externa nova e difficil de reproduzir-se.

Não nos parece, porém, accetavel a doutrina de GAROFALO. O perigo que se revela por uma tentativa não é o mesmo que se revela por um crime consumado. O perigo deriva da predisposição criminosa que admite gradações differentes, desde a delinquencia, que se manifesta por simples iniciativa, até á consumação.

Um individuo pôde ser perverso para desejar o maior mal ao seu semelhante, e não ter audacia ou força de vontade bastantes para arrostar com os obstaculos, habilidade ou aptidão sufficientes para calcular bem e não errar na execução, e persistencia para perseverar na resolução tomada.

Sendo assim, não pôde punir-se a tentativa, que revela uma delinquencia menor, da mesma maneira que o crime consumado, que revela uma delinquencia completa.

E se a pena é um meio de defesa social, que comprehende tambem a intimidação e a regeneração do

¹ *Criminologia*, pag. 352 e seguintes.

criminoso, devendo por isso fixar-se-lhe um minimo de duração e admittindo-se supplementarmente a sua prolongação se ao cabo desse limite o criminoso não estiver regenerado, é manifesto que, no caso de tentativa, o minimo da pena deverá ser mais curto do que no caso de crime consumado.

Além de que a theoria de GAROFALO faria cahir a legislação no vago e collocaria os juizes em difficuldades.

Os *precedentes* do individuo, se é aos judiciaes que GAROFALO se refere, devem numa boa organização penal estabelecer uma presumpção favoravel ao delinquente, que deve suppôr-se ter sido regenerado na prisão; e se é aos extrajudiciaes, não bastam elles para revelar um temperamento criminal completo.

As considerações expostas, se nos conduzem a regeitar a punição da tentativa de modo equal á do crime, levam-nos tambem a regeitar a sua impunidade completa em certos casos.

Se a tentativa não revela uma delinquencia completa, revela contudo delinquencia num certo grau.

Não póde merecer-nos a mesma confiança aquelle que uma vez se manifesta por uma tentativa criminosa e aquelle que nunca desmentiu os seus bons propositos.

90. Delicto frustrado. — Mais viva é a questão quanto á punição do delicto frustrado, porque a escola anthropologica, baseando-se unicamente na temibilidade do réu, sustenta que quem pratica todos os actos necesarios para a execução de um mal-ficio que por acaso não se dá, revela a mesma temibilidade de quem executa todos os actos e os vê coroados do resultado que se propôs.

Não nos parece, porém, accitavel esta doutrina, porque, embora possa concluir-se por uma identica

perversidade moral no agente do crime consumado e no do crime frustrado, não offerecem o mesmo perigo para a sociedade, porque um revelou mais habilidade e aptidão do que o outro, já na escolha dos meios, já na sua applicação. Além de que, o insuccesso do proposito criminoso ligado ao risco da pena desanima tanto o proprio malfeitor de novos crimes, como os outros de lhe seguirem o exemplo, e é portanto menor que no crime consumado o perigo da reproducção do delicto.

É menos para recear que o delicto seja renovado por quem, sem obter a satisfação do proposito criminoso, correu os riscos e sentiu os effeitos penaes, do que aquelle que conseguiu a satisfação do fim que se propôs. Este é mais para temer, é maior a sua temibilidade, não a temibilidade que consiste nos íntimos sentimentos moraes do individuo, mas a temibilidade que mais importa á sociedade, isto é, a que consiste na perversidade que se exteriorisa com actos nocivos á segurança do direito.

Por isso a doutrina da punição do crime frustrado de modo igual á do crime consumado é regeitada pela escola italiana, pela maioria da escola allemã e pela quasi totalidade dos codigos modernos ¹.

91. Delicto impossivel. — O delicto pôde ser frustrado em virtude de uma impossibilidade material de

¹ No Congresso da *União Internacional de Direito Penal* celebrado em Lisboa em abril (20 a 22) de 1897, foi debatida a questão, sendo apresentados dois relatorios: um de FERNANDO THIRY (professor de direito criminal na Universidade de Liège), que conclue por punir a tentativa com toda a pena do delicto, e outro de J. A. ROUX (professor na Universidade de Dijon) que mantem a distincção gradual da infracção tentada, frustrada e consumada. Vejam-se no *Bulletin de l'Union Internationale de Droit Penal*, vol. VI, 1896 a 1897, pag. 305 e 340.

execução ignorada do agente; por exemplo, para o crime de bigamia, a ignorancia da morte do primeiro conjugue; para o de aborto, a ausencia de prenhez; para o de homicidio, a ausencia do projectil extrahido da arma ignorando-o o agente, etc.

Nestes diversos casos a ausencia do resultado é devida a uma circumstancia independente da vontade do agente e parece que sob este ponto de vista ha delicto frustrado; mas, por outra parte, poderá dizer-se ter havido execução pelo agente quando a execução era materialmente impossivel?

Nesta theoria do *delicto impossivel* são maiores ainda as divergencias das escolas.

A impossibilidade póde ser em razão do *objecto do delicto* ou em razão dos *meios empregados* e uma e outra póde ser *absoluta* e *relativa*.

A impossibilidade concernente ao objecto é *absoluta*, quando o objecto não existe, ou não tem as qualidades essenciaes para a perpretação do delicto: por exemplo, não se mata um cadaver, não se rouba um cofre vazio; é *relativa*, quando o objecto do delicto existe realmente e apresenta as qualidades sufficientes para a execução, mas não se encontra no lugar onde o agente o suppunha, como se o assassino dispara sobre a carruagem em que suppunha ir a vítima, quando esta ia vazia.

A impossibilidade respeitante aos meios é *absoluta* se os meios empregados são radicalmente inefficazes e impotentes para produzir o resultado, como se o homicida dispara um tiro de polvora seca, ou a uma distancia excessiva fóra do alcance normal da arma, ou se subministra, para envenenar a sua vítima, assucar ou farinha de trigo; é *relativa*, se os meios, efficazes em si mesmos e tendo o poder de produzir o resultado desejado, se tornaram impotentes em virtude

da sua má utilização ou de circunstancias absolutamente fortuitas, como se o homicida disparou a arma carregada mas visou mal, se a vítima evitou o golpe saltando de lado, etc.

Na propria escola classica são notaveis as divergencias a este respeito.

A corrente objectivista só vê delicto frustrado punivel quando a impossibilidade é relativa, quer a respeito do objecto, quer dos meios; sendo absoluta a impossibilidade não ha tentativa nem delicto frustrado, mas simples manifestação dum pensamento criminoso sem delicto ¹.

A corrente subjectivista, segue, como é natural, uma corrente diversa. Para ella o facto não tem importancia senão como expressão da vontade do agente, e, quando o facto é assaz caracteristico para revelar a vontade precisa e irrevogavel de commetter um determinado delicto, nenhuma distincção ha a estabelecer entre os diversos casos de impossibilidade de execução ou de insufficiencia dos meios.

GAROFALO não segue literalmente nem uma nem outra corrente; inclina-se todavia mais para a última.

Assente como criterio da penalidade a temibilidade do delinquente, a questão da possibilidade da tentativa inidonea é de facil solução, diz este escriptor.

Se o crime revelou o delinquente, o exame deste revelará a cathegoria a que elle pertence. Na tentativa manifestou-se a vontade criminosa, fossem ou não idoneos os meios, e tanto basta em regra para a sua punibilidade.

Todavia é necessaria uma certa limitação indicada pelo principio da temibilidade.

¹ ORTOLAN, *obr. cit.*, n.º 4007; VIDAL, *obr. cit.*, n.º 404.

Se a vontade, comquanto criminosa, não é perigosa, cessa a razão da pena. O delinquente não temível não deve ser punido. Por isso, se a inidoneidade do meio revela falta de temibilidade no agente, deve ella excluir da tentativa todo o caracter criminoso.

Para apurar isto importa vêr se o delinquente conhecia na realidade o meio que adoptou, ou se, julgando servir-se dum meio idoneo, empregou outro inidoneo. No primeiro caso o delinquente não é temível; no segundo caso ha perigo e, portanto, deve haver punição. Assim, um individuo vae comprar a uma pharmacia arsenico e recebe, sem o saber, um pó inoffensivo que subministrou á vítima. Deve ser punido como envenenador, embora uma circumstancia tornasse impossivel o envenenamento. Não ha perigo na acção, mas ha perigo revelado pela acção.

Pelo contrario, se um individuo tem a pretensão de envenenar outro, por exemplo, com assucar, é inteiramente inoffensivo, embora perverso. Aqui não ha crime, não porque o meio não era idoneo, mas porque a inidoneidade do meio manifestou a inidoneidade do agente. A vontade, embora mal intencionada, não é perigosa.

Depois de estabelecer algumas restricções quanto aos meios cuja efficacia só pôde ser conhecida pelas pessoas que têm estudos technicos e quanto á ignorancia das creanças, pois que o agente pôde com facilidade vir a adquirir suas habilitações, estabelece GAROFALO as seguintes regras:

«Em vez de examinar-se a inhabilidade dos meios, examine-se a do agente. Importa pouco o perigo inherente ao acto; o que importa é o significado desse acto quando visto, não isoladamente, mas em relação ao auctor. O meio inidoneo pôde sem dúvida demonstrar em muitos casos a impotente vontade do agente;

terá, portanto, importancia como argumento a discutir e não como condição, excluindo por si a punibilidade e subtrahindo ao acto o character criminoso ¹.

Esta doutrina é em geral aceitavel.

Collocando a questão da punibilidade do delicto impossivel sob o ponto de vista do fundamento da punição, o que interessa saber é se a disposição que o acto revela no agente offerece ou não algum perigo. E sob este aspecto é evidente que a distincção entre o delicto impossivel absoluta e relativamente se impõe.

No primeiro caso nenhum receio ha de imitação nem de reincidencia, pois nenhum perigo ha na reprodução de actos que nunca podem conduzir ao crime consumado. O unico perigo a acautelar é o proveniente da predisposição anti-social revelada pelo agente; é prevenir a applicação de meios proprios para a realização do crime, pois aquelle que por erro usou hoje duma substancia inoffensiva pôde amanhã usar duma substancia toxica; o que hoje apunhalou um cadaver, julgando que era um homem adormecido, pôde apunhalar amanhã uma pessoa viva.

No segundo caso, a possibilidade da consumação obriga não só a combater a tendencia revelada pelo agente, mas tambem a tendencia que o facto possa despertar nos criminosos latentes; tem de prevenir-se não só a reincidencia mas tambem a imitação.

E assim, neste caso, a pena deve ser intimidativa e, por isso, ter um minimo determinado, ao passo que no primeiro caso pôde ser indeterminada.

A presumpção de que a ignorancia do adulto sobre a inidoneidade dos meios se manterá é demasiado arriscada, porque, pelo facto de elle ser incapaz num dado

¹ *Obr. cit.*, pag. 339 a 347.

momento para adaptar os meios aos seus fins criminosos, não se pode concluir que elle será sempre incapaz.

O individuo que, tendo disparado a 200 metros de distancia da victima a arma que só alcança 50 metros, póde, por experiencias successivas, vir a conhecer o alcance da arma e aprender a calcular melhor a distancia.

Ainda que a affirmação de GAROFALO fosse verdadeira, haveria sempre a attender que o facto póde deixar de ser uma tentativa para constituir um delicto especial, o de ameaça por exemplo.

92. O delicto imperfecto nos codigos modernos. — Ha alguns codigos, poucos, como o ottomano, o montenegrino, o sueco, etc., que não apresentam noção alguma de tentativa nem regras geraes sobre a sua punição, providenciando todavia a seu respeito na parte especial relativamente a alguns crimes.

Para outros codigos, como o allemão, o hollandês, o dinamarquês, o hungaro, o grego, o brasileiro, o japonês, etc., a tentativa é caracterizada por *um principio de execução interrompido por circunstancias independentes da vontade do agente*; não se distingue a tentativa do crime frustrado; alguns actos, embora na intenção do agente sejam considerados como principio de execução de um crime incompleto, são considerados pela lei como crimes perfectos e menores; a tentativa é sempre punida com uma pena menor do que a do crime consumado, mas, ao passo que uns destes codigos prevêem e punem sempre a tentativa, quer de crimes quer de delictos, outros prevêem sómente a de crimes, e, quanto a delictos, só a punem nos casos expressamente declarados na parte especial; a tentativa de contravenção nunca é punivel, e alguns codigos assim o declaram expressamente.

Outros codigos, como o italiano, o belga, o hespanhol, todos os da America hespanhola, etc., distinguem entre a tentativa *suspensa* e a tentativa *acabada*, ou entre o crime *tentado*, ou simplesmente *tentativa*, e o *crime frustrado*.

No sistema destes codigos, a que podemos chamar italiano, encontram-se, além dos elementos existentes no systema dos codigos anteriores, a que podemos chamar allemão, mais os seguintes: a tentativa subdivide-se em duas modalidades caracterizadas pela relativa aproximação da realização do crime; a primeira consiste num simples começo de execução, a segunda numa execução completa; a primeira é uma execução parcial, a segunda é uma execução em que o agente esgota todos os meios ao seu dispôr, mas sem resultado; na primeira a intenção criminosa pôs-se em movimento, mas parou depois, na segunda o crime consumou-se subjectivamente, mas não objectivamente.

Dada a differença entre estes dois phenomenos, é natural que a pena ameaçada para o crime frustrado deva ser maior que a ameaçada para a tentativa.

Finalmente, ha outros codigos que não só não distinguem entre a tentativa e o crime frustrado, mas que equalam, sob o ponto de vista da punição, todas as fórmulas de tentativa ao crime consumado.

É o sistema do codigo penal francès, que no artigo 2.º dispõe: «*Toute tentative de crime qui aura été manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur, est considérée comme le crime même*». Depois, pelo artigo 3.º, as tentativas de *delicto* são punidas nos casos especialmente previstos pela lei, e quasi sempre como os delictos consumados; mas algumas vezes com penas

menores, como no caso de tentativa de corrupção de empregados publicos (art.º 179.º).

Este é tambem o sistema seguido pelo codigo austriaco, que no § 8.º declara que para constituir um crime não é necessario que o maleficio seja realmente consumado, mas basta que seja tentado, contanto que o agente emprehenda uma acção conducente á effectiva execução, cujo complemento seja interrompido sómente por impotencia, por obstaculos supervenientes ou por acaso. E depois, no § 47 a, enumera entre as circunstancias attenuantes a de o acto haver permanecido nos limites do attentado e manda gradua-la conforme o attentado ficar mais ou menos distante do complemento do crime.

93. O delicto imperfeito no codigo penal portuguez. —

Expostos os principios doutrinaes e os fornecidos pelo direito comparado ácerca do delicto imperfeito, passemos ao estudo das disposições do nosso codigo.

Basta a simples leitura dos artigos 8.º a 11.º e 104.º e 105.º para desde logo se vêr que o nosso codigo se filia no grupo dos codigos que seguem a escola italiana.

O artigo 8.º declara puniveis não só o crime consumado mas tambem o frustrado e a tentativa.

O artigo 9.º contém uma regra de interpretação que não offerece difficuldades e que tem de completar-se com as disposições dos artigos 104.º e 105.º, que estabelecem regras sobre a fórma de se punir a frustração e a tentativa.

O artigo 10.º diz quando ha crime frustrado e o artigo 11.º quando ha tentativa e quando é punivel.

94. Crime frustrado. Analyse do artigo 10.º do codigo penal. — A definição do crime frustrado encontra-se

no artigo 10.º, que é reprodução textual do artigo 6.º da Nova Reforma Penal de 1884 e substituiu o artigo 11.º do código penal de 1852.

Comparando estes dois artigos, encontram-se, á parte algumas ligeiras diferenças de redacção que não alteram substancialmente o sentido, duas diferenças importantes que convém signalar, porque melhor nos conduzem á comprehensão do pensamento do legislador e ao alcance da disposição vigente.

a) A primeira diferença está nas palavras «*com intenção*», que não se encontravam no código de 1852. Introduzindo-as na disposição, bem como no artigo 11.º n.º 1.º a respeito da tentativa, quis o legislador consignar expressamente na lei que não havia crime frustrado nem tentativa punível sem *intenção criminosa* do agente, e que por conseguinte a *negligencia*, que o artigo 2.º declara punível nos casos especiaes determinados na lei, nunca era elemento de punibilidade quando o crime se não consumasse.

Não ha pois crime frustrado nem tentativa punível nos delictos não intencionaes ou culposos.

Theoricamente esta disposição é discutível e tem-no sido¹. Parece razoavel que a negligencia não seja punível na tentativa, porque, sendo esta uma execução incompleta, podia succeder que desde o ponto em que a execução foi suspensa até ao acto final a vontade recta do agente prevenisse os effeitos da negligencia anterior. E esta presumpção é legitima, visto que o agente não revelou intenção malefica até ao momento em que a execução foi suspensa.

Outrotanto não póde affirmar-se a respeito do crime frustrado, porque neste a negligencia foi até ao ultimo

¹ VIDAL, *obr. cit.*, n.º 99.

ponto, sem que a vontade bem intencionada do agente interviesse, e agora já não tem occasião e ensejo para se manifestar. Se o mal do crime se não produziu, não foi por intervenção do agente, *mas por acaso*; portanto ha aqui um duplo perigo a prevenir: a reincidencia e a imitação. E tanto bastaria para justificar a punição do crime frustrado, ainda que culposo.

b) A segunda differença está nas palavras finais «*por circumstancias independentes da sua vontade*», que tambem foram accrescentadas de novo.

Para quê?

Parece que o additamento era desnecessario, pois o contrário não se percebe. Se o agente fez com intenção tudo o que podia fazer para obter o resultado final, é manifesto que se o crime não se consumou não foi por falta de vontade d'elle, mas por *circumstancias independentes da sua vontade*.

Todavia, já o projecto de 1861 consignava a mesma restricção. Dispunha o artigo 22.º: «O crime ou delicto é frustrado quando, tendo o agente praticado todos os actos necessarios de execução e exigindo a lei para a consumação um determinado resultado, este não chegar a verificar-se por *circumstancias independentes da vontade do agente*. A circumstancia impeditiva da consumação *presume-se* sempre independente da vontade deste, salva a prova em contrario.» E na edição de 1864 eliminou-se esta ultima parte, mas declarou-se que «embora o agente tenha por sua vontade impedido o crime ou delicto, os actos de execução, se de per si constituirem infracção especial, serão punidos como taes.»

Vê-se pois que estes projectos estabeleciam a presumpção de que a circumstancia impeditiva era independente da vontade do agente, mas admittiam a prova em contrario, e por conseguinte a possibilidade de a

consumação ser impedida pela propria vontade do agente.

O código actual não estabelece expressamente esta presumpção, como já não a estabelecia o projecto de 1864. Todavia infere-se isto mesmo, não só dos principios, como das declarações do proprio legislador.

A base da presumpção subsiste. Se o agente praticou até ao fim todos os actos de execução é legitimo presumir que quis consumir o crime. É pois a elle que pertence provar que foi por um impulso da sua vontade que o resultado final não se produziu.

No relatorio que precede a proposta da Nova Reforma Penal explica Lopo Vaz a razão do additamento referido. Diz-se alli: «Convem egualmente estabelecer o preceito de que é indispensavel para o crime frustrado que o facto de se não ter produzido o resultado, considerado pela lei como elemento constitutivo do crime consumado, provenha de circumstancias independentes da vontade do agente, porque é mister acautelar a hypothese de parecerem materialmente executados todos os actos que deveriam produzir o crime, e todavia ter sido intencionalmente praticado o ultimo ou os ultimos actos de modo diverso do necessario para aquelle fim.»

Estas razões não justificariam o additamento, pois que a hypothese que Lopo Vaz pretende afastar já estava excluida pelo facto de se dizer que havia crime frustrado quando o agente praticava com intenção *todos os actos de execução*. Se o ultimo ou ultimos actos do agente foram praticados de modo diverso do necessario para se produzir o mal do crime, como se o agente, no momento de disparar a arma contra uma pessoa, propositadamente levantou o cano e desviou o tiro, é claro que não praticou todos os actos de execução, visto que o ultimo foi praticado por fórma a

faze-la falhar. Poderá *parecer* que praticou todos os actos, mas, *realmente*, não os praticou, e por conseguinte não ha crime frustrado e nem mesmo tentado porque a execução, embora começada, foi suspensa por vontade do proprio agente (art.º 11.º n.º 3.º).

Em face da explicação de Lopo Vaz é manifesto que, desde que se prove que o agente praticou intencionalmente o ultimo ou ultimos actos de modo diverso do necessario para a consumação do crime, não pode a hypothese qualificar-se de crime frustrado.

Mas, a nosso vêr, a clausula, que aliás se encontra tambem noutros codigos, tem um alcance maior do que aquelle que lhe attribue Lopo Vaz.

Póde o agente ter praticado *com intenção* todos os actos de execução, e todavia a consumação não se produzir em virtude da vontade do proprio agente.

Assim aquelle que, tendo arremessado alguém a um rio a fim de o afogar, arrependido do seu acto, lança-se á agua e salva-o; aquelle que presta soccorros e ministra utilmente os remedios da sciencia á pessoa que elle proprio feriu com intenção de a matar e a salva, não comettem o crime de homicidio frustrado, porque para haver crime frustrado é necessario que a consumação não se tenha dado por circunstancias independentes da vontade do agente, e nas hypotheses referidas a não consumação foi devida á vontade do proprio agente ¹.

¹ Não póde admitir-se esta solução nos casos em que a consumação coincide com a execução completa, como succede no furto em que o crime se consuma pela apprehensão fraudulenta do objecto furtado (art.º 421.º), nem nos de delictos formaes em que a lei faz consistir a consumação no proprio acto de execução, como no crime de envenenamento que se considera consumado pela subministração das substancias que podem dar a morte, ainda que esta se não produza (art.º 353.º § un). Vej. *Infra*, n.º 98.º e 99.º

Em taes casos falta uma das condições exigidas pela lei e não resta senão a punição do facto realizado, quando este, por si e independentemente do fim criminoso para que se praticou, constitua crime ou contravenção previstos por lei ou regulamento.

Sem embargo de o artigo 12.º se referir sómente ao caso de tentativa, não pôde deixar de applicar-se a mesma doutrina ao caso de deixar de haver delicto frustrado por a consumação ter sido evitada pelo proprio agente.

A condição de que, para haver crime frustrado, é necessario que o resultado esperado não se tenha produzido por uma circumstancia independente da vontade do agente, dá logar a sérias difficuldades no caso em que a não consecução do resultado procurado fôr devida a uma impossibilidade material de execução ignorada pelo agente ¹.

O estabelecimento da doutrina a seguir, em face do nosso codigo, acerca do delicto impossivel depende da interpretação das palavras do artigo 10.º «*que deveriam produzir*», que já se encontravam no artigo 11.º do codigo penal de 1852.

Como devem entender-se estas palavras?

Querera o codigo dizer que os actos de execução deveriam produzir, segundo a intenção do agente, o crime consumado? ou querera significar que a consumação devera produzir-se segundo as leis naturaes?

Seguindo-se a primeira interpretação, terá de accetar-se que o codigo penal pune tambem o delicto impossivel. Preferindo-se a segunda, exclue-se a hypothese do crime impossivel. Tracta-se, pois, de saber se ha

¹ *Supra*, n.º 91.

crime frustrado quando o agente pratica todos os actos de execução, embora a intenção de consumir o crime fosse irrealizavel segundo as leis naturaes.

Mais uma vez teremos de recorrer ao relatório de Lopo Vaz para vêr se é possível descobrir o pensamento do legislador.

«A prefixação, diz elle, de quaesquer preceitos a este respeito, na lei penal teria graves inconvenientes; é preferivel differir ao prudente arbitrio dos tribunaes a resolução dos diversos casos que forem submettidos ao seu exame.

Ninguem classificaria de crime frustrado de homicidio o tiro de arma de fogo com alcance de 50 metros disparado contra um homem á distancia de 400 metros, embora o agente estivesse convencido de que o tiro poderia vencer esta distancia. Nesta hypothese o plano do crime está subjectivamente perfeito embora objectivamente imperfecto. Parallelamente, o tiro de arma de fogo com alcance de 50 metros disparado contra um homem a distancia de 54 metros, ou á mesma distancia de 50 metros, mas com pontaria errada, seria por todos os tribunaes incriminado e punido como homicidio frustrado, sem embargo de se verificar igualmente a perfeição subjectiva e a imperfeição objectiva do plano do crime. Se um homem tentar assassinar um seu inimigo, que suppunha estar dormindo, e depois se verificasse que este tinha morrido de congestão cerebral seis horas antes da occasião da tentativa nenhum juiz classificaria o acto de tentativa de homicidio. Correspondentemente, se uma quadrilha de salteadores tentar roubar o dinheiro em cofre de uma recebedoria e depois se provar que no dia anterior o dinheiro tinha sido transferido para outro local, os tribunaes incriminarão o acto como tentativa de roubo. Como estes muitos mais exemplos ha em que o bom senso está

naturalmente indicando que uns devem ser punidos, e outros não, embora se possam agrupar todos em qualquer regra que fosse formulada sobre a homogeneidade absoluta ou relativa dos meios e sobre a possibilidade absoluta ou relativa do fim. Não está pois consignada sobre o assumpto disposição alguma na proposta de lei, mas ali fica indicada a questão para a resolverdes na vossa sabedoria, como se vos afigurar mais conforme com os principios da justiça» ¹.

Comparando os dois ultimos exemplos do relatorio e soluções respectivas, conclue-se que para o nosso legislador o crime deve ter um objecto, embora este esteja deslocado, e que portanto o delicto impossivel só é punivel quando a impossibilidade em razão do objecto é meramente relativa. Do confronto dos dois primeiros exemplos conclue-se tambem que o meio deve ser verosimilmente idoneo; e que por tanto o delicto impossivel em relação ao meio só é punivel quando este, embora inapto, fôr verosimilmente idoneo.

Parece, pois, que o nosso legislador acceitou a distincção entre a impossibilidade absoluta e a relativa, tanto a respeito do objecto, como dos meios, admitindo o delicto frustrado somente quando a impossibilidade fôr relativa.

Esta distincção, admittida pela maior parte dos criminalistas e das legislações, é fortemente combatida pela escola subjectiva que, vendo nos factos de execução a revelação segura da vontade irrevogavel de cometer um delicto determinado, e por conseguinte um perigo para a sociedade, conclue pela punibilidade, ainda mesmo quando a impossibilidade é absoluta ².

¹ *Relatorio cit.*, pag. 29.

² *Supra*, n.º 91.

Nem ha, na realidade, como nota VIDAL ¹, impossibilidade relativa, porque, tendo-se em consideração as circunstancias em que o delinquente operou, se elle não obteve o resultado que desejava quando pessoalmente praticou todos os actos necessarios á execução, é porque houve impossibilidade absoluta para que o resultado se produzisse, o que seria a negação completa de toda a noção do delicto frustrado punivel.

93. Punição do delicto frustrado segundo o codigo penal portugûes. — Encontram-se no artigo 104.º regras geraes sobre a punição do delicto frustrado e dellas se vê que o nosso legislador pune mais brandamente o delicto frustrado do que o consumado.

Mas as regras formuladas neste artigo referem-se só as penas maiores, e não a todas, porque ficam de fóra as dos n.ºs 7, 8 e 9 do artigo 57.º

Occorre, pois, perguntar como se punirá o delicto frustrado quando ao consumado corresponderem estas penas, ou qualquer das correccionaes, pois o codigo nada estabelece a este respeito e todavia os delictos frustrados são sempre puniveis como se vê do confronto dos artigos 8.º, 10.º e 11.º

Não podemos valer-nos da circumstancia attenuante vaga do n.º 23 do artigo 39.º, porque a falta da consumação não é circumstancia mas elemento constitutivo do delicto frustrado.

Tambem não póde servir-nos a disposição do artigo 88.º, que manda attender á gravidade do crime, porque este artigo suppõe que ao crime se applica uma pena determinada e para o delicto frustrado não ha, salvo casos excepcionaes, penas determinadas na

¹ *Obr. cit.*, n.º 102.

parte especial, pois que estas são cominadas para o crime consumado (art.º 9.º).

A nosso vêr, o governo, limitando-se a reproduzir textualmente no artigo 104.º o artigo 72.º da Nova Reforma Penal de 1884, que tinha tido simplesmente por fim modificar o artigo 16 da lei de 1 de julho de 1867 para o adaptar áquella Reforma, visto ter substituído algumas das penas cellulares que nesta se encontravam e também as penas fixas em alternativa, omittiu indevidamente na nova publicação official do código penal a ultima parte do § unico do artigo 89.º do código penal de 1852, que não estava revogada, pois nem este artigo foi incluído na enumeração do artigo 43.º da referida Reforma, que expressamente revogou varios artigos do código de 1852, nem tão pouco ha na mesma Reforma disposições contrarias á que se encontra na referida ultima parte ¹.

Diz-se nella: «Se a pena do crime (frustrado) *fôr temporaria* reduzir-se-ha dentro dos limites fixados pela lei.»

Tem pois de observar-se ainda esta disposição Mas a regra nella contida, além de ser vaga e destoante da que se encontra no n.º 3 do artigo 104.º, refere-se sómente ás penas temporarias, e daqui a difficuldade da sua applicação a algumas das referidas penas que não tõem o caracter de temporarias, como a pena fixa de suspensão dos direitos politicos, a expulsão do reino sem limitação de tempo, a reprehensão, a demissão e a censura.

Entendemos, todavia, que a pena maior de expulsão do reino por tempo indeterminado deve ser substituída pela de expulsão por tempo determinado, o que é au-

¹ *Rev. de Leg.*, vol. XXIII, pag. 18.

etorizado pelas disposições dos artigos 81.º § 5.º, e 89.º § unico, 1.ª parte do código de 1852; e que a pena fixa de suspensão dos direitos politicos (art.º 57.º n.º 9) deve ser substituida pela de suspensão temporaria dos direitos politicos (art.º 58.º n.º 3), em virtude do disposto nos artigos 81.º § 4.º e 89.º § unico do código de 1852 ¹.

As regras expostas sómente se applicam na falta de disposições especiaes que punam de modo diverso o delicto frustrado, ou antes, áquellas regras fazem excepção varios artigos do código que punem de modo differente certos delictos frustrados, taes são: 163.º § 1.º (*attentado contra a vida do rei*), 163.º § 2.º (*homicidio frustrado do regente, etc.*), 166.º (*homicidio frustrado de qualquer membro da familia real*), 353.º § unico (*envenenamento*) e 467.º (*fogo posto*).

O crime de envenenamento consiste pelo nosso código e outros no attentado contra a vida duma pessoa pela subministração de substancias que podem dar a morte sejam quaes forem os resultados ².

96. Tentativa. Analyse do artigo 44.º do código penal.

— São quatro as condições exigidas pelo nosso código para que haja tentativa punivel.

Á primeira já nos referimos a proposito do delicto frustrado (*supra*, n.º 94).

A segunda é haver *execução começada e incompleta* dos actos que deviam produzir o crime consumado.

O acto que constitue o começo de execução é um acto material que entra nos elementos constitutivos do

¹ *Rev. de Leg.*, vol. XXVIII, pag. 454.

² O mesmo succede pelo código francés, art.º 301.º *Vej. ORTOLAN, obr. cit.*, n.º 1028.

delicto, mas que é insufficiente para o consumir inteiramente. Por exemplo o facto de o delinquente se haver embuscado esperando a vítima que quer matar e viza-la com a arma quando ella passa, mas deixar de disparar porque sobrevêm gente.

Já vimos que a principal difficuldade neste assumpto é precisar nitidamente onde acaba o acto preparatorio e começa a execução, o que aliás é indispensavel, pois só a execução constitue tentativa e é por isso punivel, ao passo que os actos preparatorios não o são.

Sem voltarmos sobre a questão de que já tractamos noutro lugar, limitamo-nos a apresentar aqui o criterio perfilhado por VIDAL, que é o seguinte: «O acto de execução faz parte do proprio delicto, é um dos seus elementos materiaes constitutivos, e sem elle não se póde comprehender o delicto; o acto preparatorio precede o delicto sem delle fazer parte, e póde-se abstrahir delle sem se modificar ou desnaturar o proprio delicto. A decisão deste assumpto é uma questão de direito da competencia dos juizes togados e não dos juizes de facto.»

As diligencias feitas para se procurar um agente de execução para um crime de envenenamento são actos preparatorios, e não de execução, e por isso não constituem tentativa deste crime ¹.

O terceiro requisito é que a suspensão da execução se dê por circumstancias independentes da vontade do agente. Conformam-se assim o nosso codigo com a doutrina geralmente seguida pelos codigos, mas criticada por alguns criminalistas.

Ha pois que distinguir entre a tentativa *impedida*,

¹ Accordões da Relação do Porto de 28 de maio de 1893 e de 4 de fevreiro de 1896, na *Rev. dos Trib.*, vol. XIII, pag. 374, e vol. XIV, pag. 317.

isto é, suspensa por circumstancias independentes da vontade do agente, e a tentativa *abandonada*, isto é, suspensa pela propria vontade do agente.

No primeiro caso é punivel e no segundo não.

Todavia ambas estas regras soffrem excepções.

As excepções relativas á tentativa abandonada reduzem-se a dois grupos :

a) A tentativa abandonada, ainda que em si mesmo é impunivel, póde ser punida como crime distincto quando os actos de execução forem incriminados pela lei como crimes consumados. O abandono da tentativa não é neste caso causa justificativa destes crimes, como expressamente declara o artigo 13.º Assim o individuo que, tendo resolvido matar o seu inimigo, depois de o ferir, movido pela piedade para com a victima, suspende a execução, nem por isso deixa de ser punido pelo crime de ferimentos voluntarios, conforme os casos (art.ºs 360.º e 361.º).

Assim tambem aquelle que, visada a victima, aterrado com a gravidade do crime, deixa de disparar a arma, nem por isso deixará de responder pelo porte de arma prohibida (art.º 253.º § 1.º).

b) É tambem punivel a tentativa abandonada nos casos especiaes em que a lei a qualifique como crime consumado. Taes são os dos artigos 130.º, n.ºs 2 e 3, e 131.º (*crimes contra a religião do reino*), 143.º (*crime contra a segurança exterior do Estado*), 163.º §§ 1.º e 2.º (*attentado contra a vida do rei, rainha reinante, successor immediato da corôa ou regentes do reino*) 170.º e 171.º n.º 1.º e 4.º (*crimes de rebellião*), 190.º (*crime de tirada e fugida de presos*), 355.º § 3.º (*tentativa de parricidio*), 434.º § 2.º (*crime de roubo concorrendo o crime de carcere privado ou o de violação*).

A excepção á regra de que a tentativa *impedida* é punivel, relaciona-se com o quarto requisito exigido

no artigo 11.º do código para que haja tentativa, isto é, que ao crime, quando consumado, corresponda pena maior.

Este requisito, bem como o referido em o n.º 3.º, não são propriamente elementos constitutivos da tentativa, como parece dar a entender o artigo 11.º do código, mas condições necessárias para ella ser punível.

Mais rigoroso era, sob este ponto de vista, o código de 1852, que, definindo a tentativa no artigo 6.º, indicava nos artigos 7.º e 8.º como condições necessárias para a sua punibilidade os requisitos que o artigo 11.º do código actual refere sob n.ºs 3.º e 4.º

A condição de ser punido o crime consumado com pena maior já existia, como se vê, no código de 1852, e foi derivada do artigo 3.º do código penal francês, com a diferença de que este código se refere aos *delictos* e abrange na palavra tentativa também a frustração, ao passo que o nosso abrange só a tentativa simples, e, porque não admittiu os delictos como uma categoria distincta de infracções, teve de exclui-los de modo indirecto referindo-se ás penas maiores. Donde a conclusão de que a tentativa de crimes ou delictos a que correspondam penas correccionaes e especiaes não é punível, em regra, embora a tentativa tenha sido impedida.

Esta distincção não é admittida por todos os códigos e parece-nos pouco fundada, sobretudo desde que se exigiu como elemento moral constitutivo da tentativa a intenção do agente, excluindo-se assim os crimes ou delictos culposos, que nunca são puníveis com penas maiores, e desde que houve necessidade de estabelecer numerosas excepções a esta regra.

São, com effeito, muitos os casos excepccionaes em que, apesar de ser applicavel pena correccional ao

crime consumado, a lei expressamente declara punivel a tentativa desse crime.

Taes são os crimes dos artigos 130.º n.ºs 2.º e 3.º (*crimes contra a religião do reino*), 140.º § unico (*passagem de um português para uma nação inimiga*), 240.º § 3.º com referencia aos §§ 3.º e 4.º do artigo 238.º (*suborno para testemunho falso*)¹, 380.º § 2.º (*introdução em casa alheia havendo violencia ou ameaça, ou com escalamento, arrombamento ou chaves falsas*), 421.º § 1.º e lei de 3 de abril de 1896, art.º 3.º § unico (*furto*).

Em todos estes casos corresponde ao crime consumado uma pena correccional, como é facil verificar, e todavia a lei declara expressamente que a tentativa é punivel, ou pela forma especial referida nas citadas disposições, ou segundo as regras geraes.

97. Punição da tentativa, segundo o codigo penal português. Regras geraes. — É no artigo 105.º do codigo penal que se encontra formulada a regra geral sobre a punição da tentativa.

Como della se vê, a tentativa é punida mais levemente não só do que o crime consumado, mas até que o crime frustrado, pois se lhe applica *a mesma pena que a este*, mas attenuada como se nelle houvera circumstancias attenuantes.

É mais benevolo do que o codigo de 1852, que, no artigo 89.º, estabelecia uma disposição semelhante, mas referida á *pena do crime consumado*.

¹ O facto de alguém offerrecer a outrem certa quantia para que jure falso, ainda que esta não accete nem jure falsamente, constitue tentativa do crime de suborno. Vej. a *Rev. de Leg.*, vol. XXX, pag. 229 e logares ali citados; Sr. dr. ABEL DO VALLE, *Anotações cil.*, pag. 37 e 38.

Para se applicar esta regra é necessario determinar primeiro a pena applicavel ao crime, suppondo que elle fosse frustrado. Mas como proceder assim, se o artigo 104.º apenas determinou a pena applicavel aos crimes frustrados quando aos crimes consumados corresponderem certas penas maiores? E se corresponderem outras penas maiores ou penas correccionaes e especiaes? Será impossivel nestes ultimos casos a tentativa?

Não pôde ser, não só porque a lei declara punivel a tentativa sempre que ao crime corresponda pena maior, mas tambem porque o codigo manda punir, segundo as regras geraes, a tentativa de muitos crimes a que correspondem penas correccionaes.

Por outra parte, a regra do artigo 105.º é reprodução textual do artigo 17.º da lei de 1 de julho de 1867, mas com mais latitude do que tinha neste artigo, pois aqui referia-se sòmente ás penas de prisão cellullar e de grado, ao passo que no codigo é muito mais ampla, pois o artigo 73.º da Nova Reforma Penal mandou observa-la na applicação das *penas estabelecidas pela mesma Reforma e pelo codigo penal*.

Mais uma razão para comprovar a necessidade de supprimos a deficiencia do artigo 104.º do codigo penal relativamente á punição do crime frustrado pela fórma que já expozemos noutro logar (*supra*, n.º 95).

Descoberta por esta fórma, ou pela exposta no artigo 104.º, a pena que corresponderia ao crime suppondo-o frustrado, applica-se depois a regra do artigo 105.º, salvo havendo disposição especial em contrário, como são muitas das que já referimos em o numero anterior.

Entre estas não deve esquecer a da lei de 3 de abril de 1896, art.º 3.º § unico, sobre o furto, pois, quando ao furto corresponder prisão correccional,

manda applicar á tentativa, não a pena *do delicto frustrado* attenuada, mas a que caberia *ao crime consumado*, tambem attenuada como se nelle tivessem intervindo circumstancias attenuantes. Restabelece pois para este caso a doutrina do codigo de 1852, talvez porque neste crime não é possivel haver crime frustrado, pois que o último acto de execução — a apprehensão da cousa alheia — importa a consumação do delicto.

Deve notar-se que nos mais casos de prisão correcional é tambem a pena do crime consumado aquella a que, afinal, temos de reportar-nos, visto termos de applicar a 2.^a parte do § unico do artigo 89.^o do codigo de 1852, que manda punir o delicto frustrado com a mesma pena do crime consumado quando fór temporaria mas attenuada, sem todavia diminuir o maximo como o faz o artigo 104.^o n.^o 3.^o do codigo actual a respeito das penas de prisão maior celllular por dois a oito annos, prisão maior temporaria e degredo temporario.

Em todo o caso o julgador não deve esquecer que, no pensamento da lei, deve attennar por duas vezes a pena como se no crime houvesse circumstancias attenuantes, e por isso reduzi-la mais no caso de tentativa do que no de crime frustrado.

Isto, independentemente das circumstancias attenuantes que de facto póde haver e que em todos os casos tem de ser attendidas pelo julgador, ou para reduzir a pena, ou até para a substituir, conforme os casos.

Tractando-se de penas fixas, quer do regimen penitenciario quer de degredo em alternativa, é muito limitada a margem para a attenuação, em regra dois annos na prisão celllular e tres na pena fixa de degredo ¹, e, por isso, no concurso da tentativa com o de circuns-

¹ Codigo penal, art.^{os} 91.^o e 92.^o e lei de 1 de julho de 1867 art.^o 11.^o

tancias attenuantes, deverão os juizes recorrer com facilidade á sua substituição, nos termos do artigo 94.º do codigo penal ¹.

§ 4.º

Consumação da infracção

98. Em que consiste a consumação. — Dissemos já que o crime consumado era aquelle em que o proposito delictuoso encontrava uma completa e plena realisação. É esta, effectivamente, a noção que se infere do artigo 10.º em contraposição á do delicto frustrado. Se para o delicto ser frustrado são necessarios todos os actos de execução que deviam produzir mas não *produziram como resultado o crime consumado*, é evidente que para o crime ser consumado é necessario que se tenha produzido o resultado.

Todavia, no sentido do direito positivo, cumpre não confundir a consumação da infracção com a consecução do resultado que o auctor tinha em vista, pois, como já temos visto, ha infracções que a lei considera consumadas independentemente do resultado, como, por exemplo, o crime de envenenamento.

De modo que, no sentido legal, a consumação existe desde que estão reunidos todos os elementos moraes e materiaes exigidos pela lei para que o crime ou a contravenção seja punivel.

Se a lei exige, para haver infracção, que o resultado desejado pelo agente tenha sido obtido e que um certo mal se tenha produzido, como de ordinario succede, então o crime só póde dizer-se consumado quando tal resultado se dê. Assim o homicidio, o parricidio, o infanticidio não são crimes consumados sem haver morte

¹ *Rev. de Leg.*, vol. XXIX, pag. 453.

(art.^{os} 349.^o, 355.^o e 356.^o); o furto, sem haver subtração de coisa alheia (art.^o 421.^o), a burla, sem haver entrega de dinheiro ou moveis, ou quaesquer fundos ou titulos (art.^o 451.^o).

Se, porém, a lei considera a infracção consumada abstrahindo de qualquer resultado, como o crime de envenenamento (art.^o 353.^o § unico), o concerto e conjuração contra a segurança exterior do Estado (art.^{os} 142.^o, 143.^o e 144.^o § un.), o attentado contra a vida do rei ou rainha reinante ou contra o immediato successor da corôa e o concerto para cometer o mesmo crime (art.^{os} 163.^o § 1.^o e 165.^o § unico), os crimes de falsificação de moeda e de escriptos (art.^{os} 206.^o e 216.^o), etc., os quaes a lei pune como crimes consumados, ainda quando não se siga a morte do envenenado, a guerra, a morte do rei, ou o falsificador não retire vantagem alguma da falsificação.

Legalmente, estes crimes são *consumados*, e não tentativas ou delictos frustrados.

Aos primeiros costuma dar-se o nome de delictos *materiaes*, e aos segundos o de delictos *formaes*.

99. Fundamento e consequencias da distincção entre delictos materiaes e formaes. — Em quasi todas as legislações se encontra esta distincção. Será racional?

Tem-se impugnado com o fundamento de que, cada infracção, deveria ser definida pelo mal, que na realidade a caracteriza.

Mas, por outra parte, allega-se a seu favor que a evolução da legislação penal é no sentido de se tornar cada vez mais preventiva; ora os factos incriminados em si mesmos são factos de caracter essencialmente *compromettedor*, e por isso a lei seria imprevidente se esperasse que elles tivessem produzido resultado para os punir como criminosos.

Seja, porém, como fôr, a extensão do delicto imperfecto é mais ou menos restricta conforme o caracter juridico da infracção.

Se a lei penal, definindo a infracção, attende ás consequencias do acto praticado, o delicto imperfecto pôde apresentar-se sob as duas fórmãs: *delicto frustrado* e *tentativa*. No primeiro caso a execução foi completa e acabada, mas o delicto é imperfecto sob o ponto de vista do resultado. No segundo caso o delicto é imperfecto sob o ponto de vista da sua execução.

Quando, porém, a lei pune o acto independentemente das suas consequencias, a unica fórmula possível do delicto imperfecto é a simples tentativa, pois que, juridicamente, o delicto *frustrado é consumado*.

E isto mostra mais uma vez a imperfeição da regra geral do artigo 105.º do código penal sobre a punição da tentativa, pois que a determinação da pena applicavel a esta depende da determinação da pena correspondente ao delicto frustrado. Entendemos todavia que, para este effeito, deverá ter-se em consideração a pena applicavel ao proprio crime consumado, atenuada, porém, como se houvesse circumstancias atenuantes.

A determinação do momento preciso em que a execução do facto criminoso deixa de ser tentativa e toma o caracter duma infracção consumada, importa não sómente sob o ponto de vista da pena applicavel, mas tambem sob o ponto de vista da desistencia voluntaria do agente.

Enquanto a infracção não é legalmente *consumada*, a tentativa para a cometer fica impune se deixou de produzir resultado pela vontade do proprio auctor (art.ºs 10.º e 11.º do código penal). Desde que é consumada, já não pôde haver desistencia voluntaria que a torne impunivel.

Como nos crimes em que a consumação se dá pela prática do proprio facto independentemente das suas consequencias não pode haver delicto frustrado, mas só tentativa simples e crime consumado, é claro que, consumado o crime, embora as consequencias d'elle não se produzam por vontade do proprio agente, como se o envenenador tivesse paralisado os effeitos administrando elle proprio um antidoto, ou o ladrão, arrependido do furto, voluntariamente larga-se ou restituisse o objecto subtrahido, não impediria isso a infracção de ser consumada e punida como tal, pois o delicto consumou-se pela subministração do veneno, e o furto pela subtração da coisa alheia com intenção de a appropriar. A restituição do objecto furtado será apenas uma atenuante geral nos termos do artigo 39.º n.º 10.

400. Conclusão. — Resumindo, diremos: Para se saber se uma infracção é consumada, ou se é imperfeita, é preciso averiguar, não se o auctor attingiu o fim que elle se propunha commettendo o delicto, mas unicamente se o facto que elle praticou para realizar o seu projecto reúne todos os elementos constitutivos do crime, taes como são precisados na sua definição legal.

Eis o principio, cuja applicação aliás offerece por vezes difficuldades graves, como no crime de incendio.

Bastará pôr o fogo ao objecto que o criminoso quer incendiar, ou será necessario mais alguma cousa?

O arrependimento que levar o agente a extinguir elle proprio o incendio que pôs, será tardio?

Confrontando os artigos 463.º, 464.º, 465.º e 467.º do nosso codigo penal, parece-nos que para se considerar consumado este crime não basta pôr o fogo, mas é necessario que elle se ateie e chegue a produzir *damno* ou *prejuizo serio*, como se deduz do confronto das palavras do art.º 463.º «destruir em todo ou em parte»

com as palavras «*atear-se e produzir damno*» do artigo 467.º

Desde que haja damno sério, ainda que o incendio venha a ser dominado, o crime é consumado, como julgou o Supremo Tribunal de Justiça por accordão de 26 de maio de 1899 ¹. E por conseguinte, ainda que fosse extinto pelo proprio incendiario, este acto não eliminaria a sua responsabilidade.

Tambem deve considerar-se consumado este crime quando o fogo posto não se ateie nem produza damno algum, se a tentativa do incendio é repetida, ou se foi objecto de concerto entre muitos criminosos, como se vê da ultima parte do artigo 467.º Parece, pois, que nestes casos, ainda que o incendio não se ateie nem produza damno em virtude de ser dominado pelo proprio agente, o seu arrependimento não torna impune a tentativa ¹.

SECÇÃO IV

Elementos moraes da infracção

101. Estudem-se os artigos 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 26.º, 29.º, 41.º, 42.º, 43.º, 50.º e 52.º do codigo penal, e consultem-se: A. PRINS, *obr. cit.*, livro III, cap. IV; G. VIDAL, *obr. cit.*, livros IV e V; GARRAUD, *obr. cit.*, tomo II, n.ºs 226 e seguintes, etc.

¹ AD. PRINS, *obr. cit.*, n.ºs 244 e 249; GARRAUD, *obr. cit.*, tomo II, n.º 203.

INDICE

INTRODUCCÃO

| | Pag. |
|---|------|
| I — 1. A sciencia criminal no quadro dos estudos da Faculdade de Direito. — 2. Insufficiencia do estudo juridico da criminalidade — 3. Insucesso da escola classica de direito criminal fundada por BECCARIA. — 4. Necessidade da prevençãõ dos delictos. — II — 5. Progresso dos estudos experimentaes no seculo XIX; applicaçãõ do methodo experimental á criminologia. Deficiencias do methodo classico. A escola positiva. — III — 6. Sociologia criminal: caracter desta sciencia e suas relaçoẽs com a sociologia geral e com o direito penal. — 7. <i>Continuaçãõ</i> . Conteúdo proprio da sociologia geral. — 8. Distinçãõ entre conhecimentos theoricos e conhecimentos práticos. Caracter geral e importancia das sciencias normativas ou de applicaçãõ. — 9. Caracter particular das sciencias ethico-juridicas. Autonomia do direito penal ao lado da sociologia criminal. — IV — 10. Politica criminal. — 11. Direito criminal positivo. — 12. Direito criminal e direito penal. Importancia e extensãõ do direito criminal preventivo. — 13. O direito criminal preventivo não constitue uma secçãõ diferenciada da sciencia juridica. — V — 14. Objecto e complexidade do nosso estudo. — 15. Relaçoẽs da sociologia criminal e do direito penal com outras sciencias. — 16. Plano geral deste curso..... | 6-67 |

PARTE PRIMEIRA

A evolução da justiça e da sciencia criminal

CAPITULO I

Desenvolvimento historico do direito penal em geral

- | | Pag. |
|---|------|
| I — 17. Phases da evolução da justiça penal. — 18. Noção geral de crime. — II — 19. A vindicta como phenomeno biologico. — 20. A vindicta como facto social. Criminalidade e vindicta social entre os animaes. — 21. Vindicta differida. — III — 22 Fraternidade do sangue. Vindicta familiar. — 23. Familia primitiva. Promiscuidade, matriarchado, patriarchado. — IV — 24. Origem e constituição do clan. A phratría. — 25. Dissolução do clan. Associações territoriaes. A aldeia. — 26. A tribu. — 27. Character e importancia destas associações na vida social primitiva e nas origens da justiça penal. — V — 28. Exogamia e endogamia. — 29. Constituição da gens. — 30. A gens como organização religiosa, moral e juridica da familia. Importancia desta associação nas origens da justiça penal. — 31. Punição dos delictos intra-gentílicos. — VI — 32. O talião. — VII — 33. Composição pecuniaria. Sua origem. — 34. O systema compositorio no direito romano. — 35. O systema compositorio no direito germanico. — VIII — 36. O crime como facto colectivo-objectivo. Observações no velho direito dos Ossetas. Distinção historica entre furto manifesto e não manifesto. Tendencia regressiva das novas escolas penaes, segundo TARBE. — 37. Crítica. A forma espiraloide da evolução social e a concepção collectivista da moderna sciencia criminal. 38. Confronto com o collectivismo penal primitivo. — 39. O materialismo do direito primitivo e o positivismo moderno. Condições subjectivas da responsabilidade criminal. — 40. Doutrinas de FERRI e da escola classica. — 41. A respon- | |

| | Pag. |
|---|--------|
| sabibilidade criminal independente de culpabilidade. — 42. Origem historica da concepção individualista-subjectiva do crime. Distincção de TARDE. — 43. Objecções e hypotheses de FERRI. — 44. Critica. — X — 45. A justiça penal na phase theologico-ethica. Direito sacerdotal. — 46. Conciliação do caracter privado do delicto dentro do systema compositorio com o caracter publico que deriva do conceito religioso. Co-existencia ou successão das duas primeiras phases da justiça penal? Doutrina de GARBAUD. — 47. Refutação. Direito hellenico, italico, hebraico e germanico. — 48. Solução da difficuldade. Independencia entre o desagravo religioso e o desagravo do offendido. — 49. Função protectora dos sacerdocios decaidos da primitiva supremacia — 50. Principio ethico da expiação. . | 69-184 |

FASCICULO II

CAPITULO II

Introdução historica ao estudo do direito penal português

- I—1. Difficuldade de reconstituir a vida juridica dos povos peninsulares no periodo pre-romano. Utilidade destas investigações. — II — 2. O problema ethnologico da primitiva Iberia occidental. — 3. Confronto das instituições ibericas primitivas com as das tribus do Atlas. A aljama kabila e o *concilium* iberico. Presumidas sobrevivencias desta assembleia no direito e costumes peninsulares. — 4. Jurisdicção criminal dos *concilia*. Primeiras magistraturas criminaes. — 5. Os delictos privados. Familia; gens; offensas interiores e exteriores. *Hospitium* e *devotio*. — 6. Crimes publicos. Bandoleirismo iberico, abi-geato. — 7. Influencia do espirito ibero-celta na

historia da Peninsula. — III — 8. O direito phenicio-punico e o direito grego na Hespanha. — IV — 9. Romanização da peninsula hispanica. — 10. Invasões dos barbaros. Direito germanico. Character do systema penal do Codigo Wisigothico. Estado social a que este codigo corresponde. Persistencia de algumas instituições tradicionaes contra a ordem legal. Direito de accusação. — V — 11. Character do direito neo-gothico. Os foraes — 12. Systema do periodo foraleiro. As leis da revindicta nas Ordenações Affonsinas. — 13. Vestigios da vindicta nas Ordenações Filippinas. — VI — 14. Natureza do processo criminal no antigo direito portuguez. Processo accusatorio. Sua transformação em inquisitorio; as devassas. Delictos que conservaram o character de particulares. A accusação popular. — 15. Precedentes historicos do Ministerio Publico. — VII — 16. Character do direito penal das Ordenações. — 17. Modificações ao rigor penal do direito filippino por legislação extravagante e pelo não uso. — VIII — 18. Primeira tentativa de reforma do livro V das Ordenações. — 19. Historia da reforma no ultimo seculo até 1845. Principios fundamentaes da Constituição de 1822 e da Carta Constitucional em materia penal. — IX — 20. Elaboração do Codigo penal de 1852. Sua promulgação. Modificações ao processo criminal decretadas na mesma epoca. — 21. Fontes, divisões e systema daquelle codigo. — 22. Reconhecimento immediato da necessidade de o reformar. — 23. Elaboração do projecto de 1861. — 24. Bases philosophicas deste projecto. Critica. — 25. Organização das penas. Instituições complementares do regimen penitenciario. Precedente nacional do systema da sentença indeterminada. — 26. Esboço do systema da condemnação condicional. Peculio. Colonias de refugio penal. — 27. Estabelecimentos para menores delinquentes. Abolição da morte civil. O principio da rehabilitação dos condemnados. — 28. Reputação de que gosou, e abandono a que foi votado o projecto de 1861. — 29. Reforma penal de 1867. — 30. Proposta de 1870. Decreto de 9 de junho do mesmo anno. 31. Outros projectos de reforma penal até 1884. — 32. As tres propostas de 10 de março de 1884. — 33. A proposta da reforma penal. A Nova Reforma Penal. O Codigo penal de 1886. — 34. Execução parcial do regimen penitenciario. — 35. A penitenciaría de Coimbra.....

Pag.

PARTE SEGUNDA

O crime em geral

CAPITULO I

A lei penal

Pag.

SECÇÃO I. *Principios fundamentaes.* — 36. Nenhum facto é criminoso sem que uma lei anterior o qualifique como tal. Quid, quanto ás penas, aos effeitos destas e ás circumstancias? Razão e origem historica daquelle principio. — 37. Sentido da palavra lei. — 38. Modos de interpretação da lei penal. — SECÇÃO II. *Da força obrigatoria da lei penal.* — 39. Triplice aspecto sob que pôde ser considerada. — § 1.º *Applicação das leis penaes quanto ao tempo.* — 40. Exame e importancia actual do artigo 2.º da lei de 14 de junho de 1884. — 41. O artigo 6.º do Código penal e o § 2.º do artigo 145.º da Carta constitucional. — 42. Confronto entre o actual codigo e o de 1852 em materia de retroactividade da lei penal. — 43. Justificação da doutrina legal dentro da escola classica. Discrepancia entre os escriptores. Discussão parlamentar sobre a doutrina do artigo 6.º — 44. Difficultades práticas na descriminação da pena mais leve. Estas difficultades não justificam a restricção da 2.ª excepção do artigo 6.º, que exclue do beneficio da suavisação penal o infractor já condemnado definitivamente. — 45. O dualismo creado pela referida restricção tambem se não justifica pela consideração de que o damno social produzido pelo crime varia de epoca para epoca. — 46. O decreto de 4 de junho de 1886 reconheceu officialmente que é injustificavel similhante dualismo. — 47. O principio da não retroactividade será applicavel á legislação de processo criminal? Crítica da lei de 13 de fevereiro de 1896. — 48. A lei que alterar o prazo da prescripção criminal será applicavel a qualquer prescripção começada no vigor da legislação anterior? — 49. Legislação e juris-

| | Pag. |
|---|---------|
| prudencia portuguesas sobre a retroactividade da lei penal em materia de prescripção e condições de exercicio da acção penal. — | 50. |
| O problema da retroactividade na escola positiva. — | 51. |
| Crítica. — § 2.º <i>Applicação das leis penaes quanto ao espaço</i> — | 52. |
| Systemas. — | 53. |
| Principio da territorialidade. Sentido da palavra territorio. — | 54. |
| Exame do artigo 53.º do codigo penal português. — | 55. |
| Applicabilidade da lei penal portugüesa a crimes ou delictos exterritoriaes. — | 56. |
| Difficultades práticas que suscita a applicação do principio da territorialidade. — | 57. |
| Nocções elementares sobre extradicação. — | 58. |
| Os systemas legaes em face da escola positiva. — § 3.º <i>Da applicação da lei penal quanto ás pessoas</i> . — | 59. |
| Immuniades de direito publico interno. — | 60. |
| Immuniades de direito constitucional. . . | 123-210 |

CAPITULO II

A infracção penal em geral

SECÇÃO I. A infracção como phenomeno social. — 61. Evolução da criminalidade; relações com a civilização. — 62. Theorias de GARÓFALO, DURKHEIM e FERRI. — 63. Synthese das ideas do sr. dr. HENRIQUES DA SILVA. — **SECÇÃO II. A infracção como phenomeno juridico.** — 64. Definição doutrinal. Inexactidão da definição usual. — 65. Distineção entre a infracção penal e a transgressão disciplinar. — **SECÇÃO III. Classificação mais geral das infracções penaes.** — 66. Classificação tripartida do codigo penal francês. Correspondencia entre esta classificação e as das penas, das jurisdicções repressivas e das formas de processo. — 67. Impugnação desta classificação pelos criminalistas classicos. — 68. A mesma classificação em codificações portugüesas. — 69. A classificação tripartida perante a tradição historica. O crime e o delicto em Roma. — 70. A classificação tripartida e os criminalistas modernos, VIDAL e TARDE. — 71. Crítica da doutrina de TARDE pelo Sr. Dr. HENRIQUES DA SILVA e classificação tripartida proposta por este. — 72. Justificação da classificação do Sr. Dr. HENRIQUES DA SILVA. — 73. Caracter especifico das contravenções. Appreciação geral da doutrina das escolas. — 74. Elementos differenciaes das contravenções. Vanta-

| | Pag. |
|---|---------|
| gens e difficuldades práticas. — 75. Applicaçõ ao codigo penal portugûes. Promiscuidade em- baraçosa das contravenções com os delictos. Regras privativas das contravenções..... | 211-218 |

CAPITULO III

Elementos constitutivos da infracção penal em geral

| | |
|--|---------|
| 76. Enumeraçõ. — SECÇÃO I. <i>Sujeito da infracção.</i> — 77. O antigo e o novo direito. As corporações. — 78. O meio social. As multidões. — 79. — SECÇÃO II. <i>Objecto da infracção.</i> — 80. — As pes- soas moraes. A infancia. Os despojos mortaes e a memoria dos mortos. Os animaes. As cousas. — SECÇÃO III. <i>Materialidade da infracção.</i> — 81. Ma- nifestaçõ exterior do delicto. — 81 (bis). Phases do delicto. — § 1.º <i>Manifestaçõ da resoluçõ crimi- nal.</i> — 82. Declarações e ameaças. — 83. Conju- rações e associações de malfetores. — § 2.º <i>Actos preparatorios.</i> — 84. O que são. — 85. Deverão ser punidos? — 86. Systema do codigo penal portugûes. — § 3.º <i>Actos de execuçõ.</i> — 87. Em que consistem os actos executivos e como se distinguem dos actos preparatorios. — 88. O de- licto imperfecto. — 89. A tentativa simples. — 90. Delicto frustrado. — 91. Delicto impossivel. — 92. O delicto imperfecto nos codigos moder- nos. — 93. O delicto imperfecto no codigo penal portugûes — 94. Crime frustrado. Analyse do artigo 10.º do codigo penal. — 95. Punição do delicto frustrado segundo o codigo penal portu- gûes. — 96. Tentativa. Analyse do artigo 11.º do codigo penal. — 97. Punição da tentativa se- gundo o codigo penal portugûes. Regras geraes. — § 4.º <i>Consumaçõ da infracção.</i> — 98. Em que consiste a consumaçõ. — 99. Fundamento e consequencias da distincção entre delictos ma- teriaes e formaes. — 100. Conclusão. — SE- CÇÃO IV. <i>Elementos moraes da infracção.</i> — 101. Indicaçõ sobre o assumpto..... | 249-304 |
|--|---------|