

DO FURTO

(Esboço historico e juridico)

JOSÉ CAEIRO DA MATTA

Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra

DO FURTO

(Esboço historico e juridico)

AOS

Dignos Pares do Reino

Conselheiro Doutor Ernesto Rodolpho Hintze Ribeiro

Conde de Monsaraz

*Dissertação para o concurso
ao magisterio na Faculdade
de Direito da Universidade de
Coimbra.*

Prefacio

Um fecundo sopro de vida penetra as abstrações da metaphysica e deixa ver as novas linhas architectonicas do pensamento naturalista. A observação foi collocada no fundamento de toda a investigação scientifica: a precedencia do methodo inductivo, assignalada triumphantemente no estudo das sciencias biologicas, affirmou-se nas sciencias sociaes como poderoso elemento reformador.

Em opposição a PESSINA, que não duvidava attribuir as novas doutrinas positivas a um «momentaneo regresso do pensamento scientifico», VANNI veio proclamar que «ellas são o espirito mesmo do pensamento moderno».

Nos dominios da sciencia criminal, reduzida a mero accidente, na expressão de RIBOT, a pretendida *autonomia psychica*, e preterido o conceito mystico do livre arbitrio, de que a escola classica inferia, com admiravel mas vão esforço de logica, a legitimidade das penas expiatorias, pelo estudo das anomalias organicas e psychicas, demonstrou-se o perfeito determinismo dos actos volitivos, simples

e complexos, normaes e pathologicos. A luta contra o crime deixou de significar a reintegração de uma ordem juridica abstracta; a pena tornou-se uma arma positiva de defesa, em vez de instrumento metaphysico de expiação.

Assim, reagindo contra a orientação das vigentes legislações penaes — que, em substancia, traduzem, ainda, o direito oriundo da revolução francesa, a actividade scientifica do nosso tempo veio mostrar os erros e perigos do velho systema penal e a sociologia, procurando determinar, equitativamente, a responsabilidade do individuo, foi estudar o crime sob aspectos antes desconhecidos, investigando as suas causas physicas, anthropologicas e sociaes.

Ninguém pôde negar hoje as descobertas adquiridas; e, se ellas não ameaçam a nossa legislação criminal de uma transformação completa, reclamam, pelo menos, a sua indispensavel reforma.

O presente estudo não é senão, sob um aspecto muito especial, a breve exposição de uma d'estas numerosas modificações a introduzir no nosso direito penal, como mais evidente resultará da parte complementar d'este trabalho sobre o aspecto sociologico do furto.

INTRODUÇÃO

INTRODUÇÃO

- SUMMARY: — 1. — A propriedade e o conteúdo específico do direito; a forma juridico-privada da propriedade.
2. — O exercício do direito de propriedade e os limites da sanção civil.
3. — Diferenças características entre as sanções civis e penaes. As violações do direito de propriedade e a repressão penal.
4. — Crimes contra a actividade patrimonial; seus elementos essenciaes.
5. — Classificação dos crimes contra a actividade patrimonial.
6. — Conceito do furto.

1. Assim como a acção das moléculas e das células se delimita e equilibra nos organismos individuaes, constituindo o seu principio morphologico, assim tambem na sociedade humana a acção dos individuos, delimitando-se no espaço e no tempo, dá origem aos elementos do direito e constitue a esphera juridica da vida social.

Em aquelle *minimum ethicum*, a que IELLINEK (1) e WUNDT (2) reduzem o conteúdo específico e a

(1) *Die sozial-ethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Wien (A. Hölder), 1878, pag. 42.

(2) *Ethik*, STUTTGART (Ferdinand Enke), 3.ª edição, 1903, t. II, pag. 201. Vid. VANNI, *Lezioni di filosofia del diritto*, Bologna (Nicola Zanichelli), 1904, pag. 114. Expressando analogo conceito, dá-lhe, todavia, maior latitude VON IHERING [*Zweck im Recht*, Leipzig (Breitkopf und Hartel) 1893, t. I, pag. 435], para quem o direito é «die Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft in der Form des Zwangs». Assim, o Sr. Dr. J. PEDRO MARTINS, *Da competência penal internacional segundo a lei portuguesa*, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1902, pag. 5 e nota. Mas, quer entendamos com BAIN [*Les émotions et la volonté*, Paris (Felix Alcan), 1885, chap. XV], que toda a representação jurídica deriva da projecção interna da auctoridade exterior, que, por instincto imitativo, surge em nós; quer pensemos, seguindo KIRCHMANN [*Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral als Einleitung in das Studium rechtsphilosophischer Werk*, Leipzig (Dan'sch Buchb.), 1873, 2.ª edição, pag. 53], que o conteúdo do direito tem a sua origem no respeito pelo mais forte; quer, com ARDIGÒ, [*La morale dei positivisti*, apud *Opere filosofiche*, Padova (A. Draghi), 1897, 3.ª ed., pag. 44] consideremos a ideia do direito como producto de um *processus* rithmico de acções e de reacções, entre a consciencia dos individuos e a consciencia social; certo é que, dado que a ideia de dever e a de direito, entre as quaes e a correlativa sanção social, se formou gradualmente, no espirito do homem,

função de garantia do direito, a propriedade, que

uma associação inseindível, não são senão «o producto das experiencias utilitarias da especie [MARCHESINI, *La teoria dell'utile*, Palermo (Remo Sandron), 1900, pagg. 136 e 137] determinado originariamente pelo poder do mais forte e, depois, pela efficacia das leis em que se impersonalisa o poder social, «a violação das normas, que se referem ás condições *essenciaes* da sociedade, suscita sentimentos mais intensos e violentos do que os que acompanham a infracção da lei moral, menos estavelmente organizados e menos profundamente radicados na consciencia dos individuos». [STRICKER, *Physiologie des Rechts*, WIEN (Manz'sche k. u. k. Hof-werlags und Universitäts Buchhandlung), 1884, Wien (Toeplitz), 1884, pag. 324].

E na garantia d'essas condições *essenciaes* e *indispensaveis* da existencia e desinvolvimento da sociedade que consiste a função do direito. Vid. BOVIO, *Filosofia del diritto*, Napoli (E. Anfossi), 1885, capp. X e XI; GROPPALI, *Il problema del fondamento intrinseco del diritto nel positivismo moderno*, Parte prima, Torino (Fratelli Bocca), 1905, pag. 176 e segg. LESLIE STEPHEN [*The science of Ethics*, London (Schmith, Elder and C.º), 1888, pag. 19 e segg.], cuja concepção etico-juridica tantos vinculos de afinidade tem com a de ARDIGÒ [Vid. CIESCA, *La morale nella filosofia scientifica*, Verona-Padova (Fratelli Drucker), 1886, pagg. 25 e 26], accentuando que a conducta humana depende do factor social e que a moralidade exprime as condições necessarias mediante as quaes se mantem e progride a sociedade, faz derivar o fundamento intrinseco do direito das condições *essenciaes* e *imprescindivelmente* necessarias da vida social. Tambem SCHÄFFLE

STEIN (1) considera o principal factor da evolução jurídica, que para BOVIO (2) constitue um elemento inseparavel do individuo como organismo progressivo, e que ALEXANDER (3) colloca na base de toda a aggregação societaria, representa, depois da integridade da propria estrutura organica, a condição fundamental da affirmação da personalidade individual.

Á evolução mental que, tendo por ponto de partida aquella actividade espontanea de appropriação, por ARISTOTELES denominada *ctese natural* (4),

(*Struttura e vita del corpo sociale*, in *Raccolta Boccardo*, Torino, 1884, serie terza, vol. VII, parte II, pag. 648), dis-séa que o conceito e a função do direito se ligam ás intimas e profundas necessidades da vida colectiva e individual. Vid. também CIMBALI, *La morale e il diritto nell'esigenza teorica e nella realtà pratica*, Roma (Fratelli Bocca), 1897, pag. 3 e segg.; DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris (Albert Fontemoing), 1901, t. I, pag. 80 e segg.; CARLE, *La filosofia del diritto nello stato moderno*, Volume primo, Sezione prima, Torino (Unione tipografico-editrice), 1903, pag. 75 e segg.

(1) LORIA, *Le base economiche della costituzione sociale*, Torino (Fratelli Bocca), 1902, pag. 123, nota.

(2) *Filosofia del diritto*, Napoli, 1885, pag. 51. Cfr. PICCIONE, *Concetto positivo del diritto di proprietà*, Bologna (Giuseppe Civali), 1890, pag. 77.

(3) *Moral Order and progress*, London (Paul French), 1899, pag. 254 e seg.

(4) Vid. COGNETTI DE MARTIIS, *Le forme primitive della*

levou atravez de numerosos graus differenciaes, ao

evoluzione economica, Torino (E. Loescher), 1881, pag. 11 e seg.). A função biologica transformadora e necessaria á conservação da propria estrutura faz nascer no individuo uma serie de tendencias organicas ou necessidades, que o impellem a procurar os meios necessarios á sua conservação. Constatando que esta actividade biologica está na razão inversa da maior complexidade e desinvolvimento da estrutura, ZINO ZINI [*Proprietà individuale o proprietà collettiva*, Torino (Fratelli Bocca), 1898, pag. 3 e segg.], accentúa, com SERGI [*L'origine dei fenomeni psichici e il loro significato biologico*, Torino (Fratelli Bocca), 1904, pag. 141], a importância do concurso da memoria na formação do sentimento de propriedade. E SCHIATTARELLA [*I presupposti del diritto scientifico*, Palermo (Luigi Pedone Lauriel), 1888, 3.ª ed., pag. 143 e segg.], vê no maior poder de retenção das impressões recebidas e na consequente capacidade de providencia a causa do desinvolvimento d'este sentimento no homem. A função de appropriação que, pelo predominio da associação mecanica dos estados de consciencia ou pelo instinto, se traduz, nos animaes, pela detenção momentanea da cousa, liga-se, no homem, ao principio da autonomia do espirito e revela-se no dominio: «o animal pode, diz MIRAGLIA [*Filosofia del diritto*, Napoli (A. Tessitore e Figlio), 1903, 3.ª ed., volume primo, pag. 235], unir-se á cousa por um vinculo physico, mas a conjuncção moral, fundamento da propriedade, essa é-lhe interdicta pela natureza».

Por essencia, directamente opposto ao alteruismo, o sentimento da propriedade, originariamente traduzido na posse real da cousa, idealiza-se pela solidariedade; e, conser-

actual conceito do direito de propriedade, correspondeu, em parallelismo synchrono com a organização juridica e politica, um movimento progressivo da propriedade collectiva para a individual (1).

vando, embora, o seu fundo egoista, vae-se tornando, como diria SPENCER [*Principes de psychologie*, trad. par RIBOT et ESPINAS, Paris (Felix Alcan), 1875, t. II, pag. 605 e segg; nossa dissertação inaugural *O Direito de propriedade e a utilidade publica, Das expropriações, I*, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1906, pag. 8, nota], gradualmente representativo: não só deixa de referir-se aos objectos que, em certo modo, criados pelo esforço do individuo, elle assimila á propria personalidade, mas manifesta-se independentemente de qualquer objecto, concebendo o seu valor abstractamente e ficando ligado a um simples symbolo. De phenomeno puramente biologico e de simples relação etica, o facto da appropriação transforma-se, pelo reconhecimento do poder publico, em phenomeno bio-juridico. Vid. PUGLIA, *Saggi di filosofia giuridica*, Saggio XI: *Sul fondamento del diritto di proprietà*, Napoli (E. Anfossi), 1887, pag. 3 e segg.; PIETRO CHIMIENTI, *Il diritto di proprietà*, Torino-Roma (L. Rome e C.), 1894, pag. 4 e segg.

(1) «Os testemunhos que possuímos, escreve com a sua habitual superioridade SUMNER MAINE [*L'ancien droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes*, trad. par COURCELLE SENEUIL, Paris (Guillaumin et C.), 1874, pag. 254], permitem conjecturar que a propriedade privada, na forma em que a conhecemos, se formou gradualmente, pela separação dos

Ha na dynamica social uma força irresistível que, em um dado momento da evolução, torna necessaria a propriedade privada e dissolve inexoravelmente a organização economica das comunidades primitivas (1). É a lei economica fundamental de

direitos individuaes dos direitos collectivos d'uma comunidade. As nossas indagações sobre o direito pessoal mostram que a família surgiu do grupo dos *agnati*, que este veio a perder-se entre as *gentes* separadas, e que, por fim, foi a *gens* substituida pelo individuo; e os estudos actuaes parecem indicar que todo o progresso n'esta transformação corresponde a uma alteração analoga na natureza da propriedade.»

Cumpre, todavia, notar, com o proprio SUMNER MAINE [*Etudes sur l'histoire du droit*, trad. de l'anglais, Paris (Ernest Thorin), 1889, pag. 301], a provavel prioridade da appropriação privada de alguns objectos moveis. Estes objectos eram considerados, em certo modo, como escreve LETOURNEAU [*L'évolution de la propriété*, Paris (Lecrosnier et Babé), 1889, pag. 94], «dependencias directas dos individuos que lhe teriam comunicado alguma cousa da propria vida e que os deviam acompanhar além tumulo: aqui o germen psychico da propriedade individual». Vid. LAFARGUE, *L'origine e l'evoluzione della proprietà*, Palermo (Remo Sandron), 1896, pagg. 125-131.

(1) Perante esta intrinseca necessidade, tornam-se factos meramente accidentaes os meios violentos que determinaram, por vezes, a transição de uma para outra forma de propriedade (LETOURNEAU, *L'évolution de la propriété*, cit., pag. 476 e segg.; LAFARGUE, *L'origine e l'evoluzione della*

que depende a limitada productividade da terra,

propriété, cit., pag. 11 e segg.) e revela-se infundada a critica do socialismo contra a illegitimidade da propriedade privada. Nem é lícito invocar, como faz LAVELEYE [*De la propriété et de ses formes primitives*, Paris (Felix Alcan), 1901, 5.^a ed., pagg. 539-540], as precipitadas e incompletas generalizações sociológicas de SPENCER. Attribuindo á força a origem da propriedade privada da terra, SPENCER [*Principes de sociologie*, trad. par CAZELLES, Paris (Felix Alcan), 1898, t. III, pag. 717 e segg.] vê, todavia, na completa individualisação d'esta um facto concomitante do progresso do industrialismo e do triumpho do regimen do *contractus* sobre o do *status*. Mas ainda que a primeira explicação, enunciada de uma forma tão absoluta, fosse verdadeira, a segunda modificaria substancialmente o seu valor, porque a conquista e a violencia se reduziriam a simples processos que *ab initio* traduziriam uma ineluctavel necessidade superior e, segundo o proprio SPENCER, benefica. E, em outra obra [*Justice*, trad. par CAZELLES, Paris (Guillaumin et C.^{ie}), 1903, 3.^a ed., pagg. 110-120 e 313-320], o grande pensador escreve que a propriedade collectiva do clan, da tribu ou da aldeia pertence a uma forma economica inferior, inconciliavel com a progressiva differenciação social, que é o principio mesmo da evolução, revogando, em face da *Land-question*, a these já sustentada da propriedade collectiva e nacional do sólo. Vid. HENRY GEORGE, *The Land-question*, New-York (Doubleday and Mac Clure C.^o), 1901, pag. 7 e segg.; ALFRED FOUILLÉE, *La propriété sociale et la démocratie*, Paris (Felix Alcan), 1904, pag. 11 e segg. A propriedade individual e hereditaria, criando entre o individuo e o sólo, um vinculo de um vigor

que, como observa VANNI (1), determina, sob a pressão da população e das necessidades crescentes, a intensificação da cultura por uma economia mais productiva, d'onde a necessidade inevitavel de uma relação economico-juridica do cultivador com o sólo, da appropriação exclusiva. A propriedade individual manifesta-se, assim, por um lado, indissoluvelmente connexa, na ordem da successão historica, com uma forma superior de constituição economica e com um mais alto grau da evolução social, e, por outro, reclamada pelas exigencias da conservação collectiva.

2. Condição primaria e indispensavel da troca, da divisão do trabalho, da associação (2), a propriedade, na sua *metasocial form*, como se exprime

incomparavel, parece-nos o melhor meio de garantir e perpetuar a propriedade nacional do sólo. É por via d'este fraccionamento do sólo que se fortalecem e multiplicam as raizes da raça.

Para indicações bibliographicas sobre fontes economicas, philosophicas e juridicas, relativas ao problema da propriedade: WAGNER, *Grundlegung der politischen ökonomie*, Leipzig (C. F. Winter), 3. *auflage*, 1894, pag. 180 e segg.

(1) *Gli studi di HENRY SUMNER MAINE e la dottrina della filosofia del diritto*, Verona (Donato Tedeschi), 1892, pag. 87 e segg. Vid. GRAZIANI, *Istituzioni di economia politica*, TORINO (Fratelli Bocca), 1904, pag. 319.

(2) TARDE, *Psychologie économique*, Paris (Felix Alcan), 1902, pag. 298.

LESTER WARD (1), implica aquelle vínculo entre a pessoa e a coisa que, na sua construção jurídica, os romanos, transportando para o campo do direito privado as ideias que, como doutrina política, TOCQUEVILLE (2) tão asperamente verberava, traduziram no conceito typico da *plena in re potestas*.

O proprietario apparece-nos como *moderator et arbiter* dos seus bens; a sua actividade jurídica abraça toda a coisa e cada uma das suas partes — *tota et in qualibet parte*, e exterioriza-se em aquelle poder illimitado que os romanos comprehendiam nas palavras *usus, fructus et abusus* e que os codigos modernos encerram nas duas faculdades de gozo e disposição (3). Mas, ao mesmo tempo que,

(1) *Pure sociology*, New-York (The Mac Millan Company), 1903, pag. 274.

(2) *L'ancien régime et la Révolution*, Paris, 1869, pag. 1.

(3) Escreve DUGUIT [*L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris (Albert Fontemoing), 1901, t. I, pag. 209]: «La propriété, de quelque manière que l'on envisage, qu'on la prenne en soi, abstraction faite de son mode d'acquisition, qu'on la considère au point de vue de ses modes d'acquisition ou de transmission, n'est pas un droit subjectif; elle n'est même pas, pour parler tout-à-fait exactement, un pouvoir objectif, elle est un fait, considéré à un moment donné de la vie d'un peuple comme un fait de solidarité, et par conséquent comme une condition d'un pouvoir objectif appartenant à certaines volontés individuelles». Vid. nossa dissertação cit., pagg. 31-39 e 395 e segg.

com o desinvolvimento do organismo jurídico, este conceito classico de *dominium*, a imprecisa *Herrschaft* dos juristas allemães (1), vem, pela combinação de varias normas de direito publico e privado, a soffrer limitações, começa a distinguir-se diversos momentos na manifestação do direito de propriedade, admittindo-se a separação entre *nuda proprietatis*, *possessio* e *usus*, quer por vontade do *dominus*, quer independentemente d'essa vontade. E o proprio conceito juridico da posse soffre pela influencia das theorias medievas do direito canonico e dos civilistas, uma evolução que leva á distincção entre a posse natural ou simples detenção, (*nuda detentio, possessio naturalis*) e a posse jurídica (*civilis possessio*) (2).

Mas, quer consideremos o direito de propriedade na plenitude dos poderes do *dominus*, quer tenhamos em vista os varios momentos d'esse direito, a

(1) VAN BEMMELN, *Nociones fundamentales del derecho civil*, trad. de NAVARRO DE PALENCIA, Madrid (Hijos de Rens), 1901, pag. 204.

(2) Para a distincção entre a *natürlichen Besitz* e a *juristischen Besitz*: VON IHERING, *La voluntad en la posesión*, vers. de ADOLFO POSADA, Madrid (*Revista de Legislación*), 1896, pag. 19 e segg. Vid. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, t. IV: *Storia del diritto privato*, Milano-Roma-Napoli (Unione tipografico-editrice torinese), 1893, 2.^a ed., pag. 177 e segg.

função específica que as cousas desempenham na sociedade, aquella «solidariedade das cousas» notada por DURKHEIM (1), torna necessaria, para aquelle como para estes, a adopção d'esta dupla ordem de meios de protecção ou de defesa, sancionados em todas as legislações: civis e penaes.

Vendo no uso indeterminado das proprias cousas um aspecto da liberdade do cidadão, a lei procura proteger este uso em todas as suas manifestações; e porque, como garantia de fins ou tutela de interesses, a norma juridica é irrefragavelmente obri-gatoria, não se limita aquella a *determinar* a acção do individuo, mas, transcendendo a sua vontade, cumpre, independentemente d'esta, os fins que tem em vista garantir (2). E, podendo succeder que uma

(1) *De la division du travail social*, Paris (Felix Alcan), 2.^a ed., 1902, pag. 84.

(2) Vid. IELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg (J. C. B. Mohr), 1892, pag. 39 e segg. Não é essencial ao conceito do direito que o uso da força seja reservado a um órgão superior e específico (estado), antes que confiado directamente áquelle, cujos interesses são garantidos pelo direito: Cod. Civ. port., artt. 359.º n.º 5.º, 367.º, 486.º, 2354.º, 2367.º, 2368.º e 2370; Cod. Pen., artt. 44.º, n.º 5.º, 46.º e 377.º Vid. Cod. Pen. de 1852, artt. 14.º n.º 5.º e 36.º Vid. GONARIO CHIRONI, *Lo stato di necessità nel diritto privato*, Torino (Fratelli Bocca), 1906, pag. 171 e seg.; MARCHAND, *De l'état de nécessité*

norma juridica não seja effectivada, já pela incerteza da tutela concedida pelo direito a um determinado interesse, já pela inobservancia da norma que consagra a mesma tutela, surge, como um momento da actividade do estado, chronologica e conceitualmente posterior á função legislativa, a actividade jurisdiccional (1).

Excluida a concepção objectiva de CHIOVENDA (2), que, prescindindo da consideração dos fins sub-jectivos das partes, não caracteriza a actividade jurisdiccional; a doutrina de IELLINEK (3), que, as-

en droit pénal, Paris (Arthur Rousseau), 1902, pag. 18 e segg.

(1) Note-se que, na formação historica do estado, a actividade judicial precedeu a legislativa: a tutela particular, concedida nos varios casos a determinados interesses, e a determinação gradual do direito applicavel a cada caso, levou, diz ROCCO [*La sentenza civile*, Torino (Fratelli Bocca), 1906, pag. 8], á tutela geral contida na norma, á formação de um imperativo juridico universal. A compenetração das funções legislativa e jurisdiccional é, ainda hoje, visivel no direito inglês. Vid. DICEY, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, trad. par BATUT et JÈZE, Paris (Giard et Brière), 1902, pag. 54 e segg.

(2) *Saggi di diritto processuale civile*, Bologna (Nicola Zanichelli), 1904, pagg. 7-9, nota 6.

(3) *Das Recht des modernen States, I, Allgemeine Staatslehre*, Berlin (Karl Heymanns), 1900, pag. 559. Vid. tambem *Gesetz und Verordnung*, Freiburg (J. C. B. Mohr), 1887, pagg. 213-225.

signa á jurisdicção a função de certificar as relações jurídicas duvidosas ou controversas, preterindo, arbitrariamente, todo o processo executivo; a formula de MANFREDINI (1) — tutela dos direitos subjectivos, incompatível com a hypothese da simples incerteza da existencia de um direito; a theoria de LABAND (2), que nega á função jurisdiccional conteúdo substancial proprio, procurando caracterizal-a pelo orgão que a desempenha, ou a de DE PALO (3), para quem a jurisdicção se reduz á resolução de controversias, esquecendo que estas não acompanham necessariamente o exercicio d'aquella, ou a de MORTARA (4), que attribue á jurisdicção a resolução dos conflictos entre vontades subjectivas, o que nem sempre se verifica, ou entre normas objectivas, o que é inadmissivel — certo é que a acti-

(1) *Corso di diritto giudiziario civile*, vol. I, *Dell'azione giudiziaria civile e dell'ordinamento giudiziario*, Bologna (Nicola Zanichelli), 1898, pagg. 371-416.

(2) CAMMEO, *La manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, apud *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano (Società editrice libraria), 1901, t. III, pagg. 8-12.

(3) *Teoria del titolo executivo*, Napoli (Tessitore e Figlio), 1901, pag. 3, nota 2 e pag. 53 e segg.

(4) *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano (Leonardo Vallardi), 1904, t. I, 3.^a ed., pagg. 16-20.

vidade judiciaria representa uma actividade complementar, e não de simples execução, uma segunda e autonoma forma de tutela, que intervem quando a tutela legislativa resultou praticamente inefficaz (1).

Quando estas sanções civis se revelam insufficientes para a tutela do direito de propriedade ou das suas exteriorizações particulares, torna-se necessaria a intervenção do magisterio prunitivo, como meio de reintegração da consciencia patrimonial.

(1) Assim, com a theoria dos modos de aquisição, garante a lei a origem e a transferencia da propriedade (Cod. civ., artt. 4.º, 383.º, 474.º, 505.º, 567.º, 631.º, 1723.º, 1735.º e 2289.º; *Estudos juridicos*, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1903, pag. 672; QUARTARONE, *Il diritto agli alimenti*, Torino (Fratelli Bocca), 1884, pag. 60 e segg.), enquanto com as acções possessórias mantém e assegura ao possuidor o exercicio da posse [Cod. civ., artt. 484.º-487.º; Cod. de proc. civ., artt. 492.º-497.º e 2.º §§ 1.º e 3.º; Sr. Dr. RIBEIRO DE MAGALHÃES, *Manual das acções possessórias e seu processo*, Coimbra (França Amado), 1895, pagg. 1, 6-8 e 25 e segg.; Sr. Dr. DIAS DA SILVA, *Processos especiaes civis e commerciaes e processo penal*, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1905, pagg. 377-380; Sr. Dr. GUILHERME MOREIRA, *Instituições do direito civil portuguez*, liv. III, pag. 24 e segg.] e com as acções, em que se discute o dominio, visa a obter o reconhecimento definitivo do direito controverso, etc. Vid. MATTIROLO, *Tratato di diritto giudiziario civile italiano*, Torino (Fratelli Bocca), 1902, 5.^a ed., vol. I, pag. 22 e segg., praec. pag. 29,

Assim, da sanção civil sóbe-se á penal, mais eficaz e energica.

3. Da determinação prévia dos limites entre o direito civil e o direito penal (1) depende a dos actos

(1) A noção technico-legal, communmente seguida, considera crime a acção a que o legislador applica uma pena. Analogamente o definira CARRARA [*Programma del corso di diritto criminale, Parte generale, Firenze* (Fratelli Cammelli), 1904, 7.^a ed., pag. 21]: «la infrazione della legge dello Stato promulgata per proteggere la sicurezza dei cittadini, risultante da un atto esterno dell'uomo, positivo o negativo, moralmente imputabile».

Abraçada pelos criminalistas da escola classica [com reservas por PESSINA: *Elementi di diritto penale*, Napoli (Riccardo Marghieri de Gius), 1882, vol. I, pagg. 131-139] e, modernamente por VACCARO [*Genesi e funzione delle leggi penali*, Roma (Fratelli Bocca), 1889, pag. 175 e segg.], tal noção foi banida, pelos escriptores de sociologia criminal, por defeituosa e empirica, já que, se o caracter vago e insufficiente da *segurança* e o criterio erroneo da *liberdade moral* a torna inaceitavel, como nota MARUCCI [*La nuova filosofia del diritto criminale*, Roma (Ermanno Lescher e C.^o), 1904, pag. 64], tem, por outro lado, o defeito de se prestar á extensão que lhe dá FRANCK [*Philosophie droit pénal*, Paris (Germer-Baillière), 1864, pag. 129 e segg.], que associa a lei positiva á lei moral. Estudando o crime no seu aspecto substancial, GAROFALO [*Criminologia*, vers. por JULIO DE MATROS, S. Paulo (Teixeira & Irmão), 1893, pagg. 1-51], lançando ás disputas da sciencia, em uma elaboração notavel de agudeza, a ex-

lesivos do direito de propriedade que devem ser elevados á categoria de crimes.

pressão delicto natural, que definia «a offensa feita em qualquer occasião e em qualquer logar a um determinado sentimento medio de piedade e probidade», provocava as criticas de TARDE [*La Philosophie Pénale*, Lyon (A. Stork et C.^{ie}), 1902, 3.^a ed., pag. 70 e segg. e 413], que acrescentava á definição de GAROFALO, enfraquecendo-a, aliás, a offensa á opinião commun; de FERRI [*Sociologia criminale*, Torino (Fratelli Bocca), 1900, 4.^a ed., pag. 125 e segg.], que via nella o defeito de explicar uma pequena parte dos phenomenos criminosos; de VACCARO [*Saggi critici di sociologia e di criminologia*, Torino (Fratelli Bocca), 1903, pagg. 173-193], que nota a referencia a um ambiente social, que representa uma abstracção, uma determinação logica e ideal, inspirada exclusivamente pelo alteruismo; de STOPPATO [*L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, Verona-Padova (Fratelli Drucker), 1896, pagg. 12-15], que não admite uma moralidade media como indice e base da subsistencia do delicto; de PRINS [*Science pénale et droit positif*, Bruxelles-Paris (Bruylant-Christophe, Marescq), 1899, pagg. 78-79], que, baseado na historia do direito e no estudo da psychologia dos povos, afirma a falta de uniformidade e permanencia dos sentimentos de piedade e probidade, etc. Ampliando a definição de LISZT, (apud STOPPATO, obr. cit., pag. 16) que considera «acções puniveis as que perturbam as condições de vida de um dado povo em um dado momento», e reduzindo a de BERENINI, que considerava crime «il fatto dell'uomo violento e fraudolento, che infrange i rapporti fondamentali della socievolezza, proibito dalla legge e determinato da motivi

Como fizera HOBBS, que distinguira a jus-

antigiuridici ed antisociali», FERRI (obr. cit., pag. 136), aceita, em substancia, a de COLAJANNI [*La sociologia criminale*, Catania (Filippo Tropea), 1889, vol. I, pag. 64], a que é reductivel a abraçada, entre nós, pelo Sr. Dr. PEDRO MARTINS (obr. cit., pag. 7): os factos criminosos representam sempre um «ataque ás condições de existencia individual ou social, determinado por motivos antisociaes ou immoraes, que offende a moralidade media de um dado grupo colectivo». Vendo na vontade o elemento psychologico necessario de qualquer figura criminosa, e considerando insubsistente a distincção de GAROFALO entre delicto natural e legal, já que não póde fallar-se de crime fóra das leis vigentes em determinado tempo e logar [FRAS-SATI, *Lo sperimentalismo nel diritto penale*, Torino (Fratelli Bocca), 1892, pag. 15 e segg.], parece-nos podermos definir crimes — os factos voluntarios, reveladores de anormalidade do agente, que se traduzem pela violação do direito que garante a organização juridica preexistente. Vid. RAOUL DE LA GASSERIE, *Des principes sociologiques de la criminologie*, Paris (Giard et Brière), 1901, pag. 14 e segg.

Para outras noções do crime: HAMON, *Determinismo e responsabilidade*, trad. por BEL-ADAM, Lisboa (Bibliotheca d'educação nova), 1900, pagg. 46-86; FERRI, obr. cit., pag. 125-143; MARCHESINI, *Ancora sul delitto naturale*, apud *La Scuola Positiva nella dottrina e giurisprudenza penale*, Roma (Fratelli Bocca), 1899, anno IX, pagg. 139-141; Sr. Dr. AFFONSO COSTA, *Commentario ao Código penal português*, I, *Introdução, Escolas e principios de*

tiça distributiva (civil) da justiça vindicativa (penal), considerando-as manifestações externas de um identico principio racional, BENTHAM (1) veio sustentar que os direitos e obrigações e os delictos não são senão a lei civil e penal, considerada sob aspectos differentes; e, sob um ponto de vista rigorosamente objectivo, BINDING (2) procurava, posteriormente, dentro dos moldes da escola classica, negar toda a differença substancial entre lesão de direito (civil) e violação de direito (penal). Mas foi a escola positiva de direito penal que, pela bocca de FERRI (3), mais energicamente veio defender a

criminologia moderna, Coimbra (Almeida Cabral), 1896, pagg. 234-253.

Sobre o conceito de delicto natural, contraposto ao de criminalidade legal, veja-se CARNEVALE, *Il naturalismo nel diritto criminal*, Prato, 1896, onde, especialmente a pag. 40 e segg., faz agudas observações sobre modificações dos conceitos racionais que disciplinam a theoria do furto, deduzidas do estado da consciencia social moderna.

(1) *Théorie des peines et des récompenses*, extr. par ETIENNE DUMONT, Paris (Hector Bossange), 1825, 3.^a ed., t. I, pag. 7 e segg.

(2) STOPATTO, obr. cit., pag. 32.

(3) Obr. cit., pag. 678. Também LITTRÉ [*La science au point de vue philosophique; origine de l'idée de justice*, Paris (Didier), 1873, 2.^a ed., pag. 339], baseando-se na etymologia da palavra pena, escrevia que «os povos antigos consideravam o crime como um facto prejudicial, que dava lugar a reparação: o crime não despertava no seu

equipollencia dos dois direitos, argumentando com a sua confusão nas primitivas phases da evolução humana, e com o facto de revestirem as penas, durante um largo periodo, um caracter quasi exclusivamente reparatorio ou civil. E GEORGES VIDAL (1) reivindica para a escola italiana o merito de denunciar a separação como um erro censuravel, proclamando que a sanção civil tem um caracter de interesse social como a sanção penal.

Mas, se a doutrina de HOBBS e BENTHAM levava á negação do direito penal, reduzindo-o a uma simples sanção das leis não penaes (2), a affirmação de FERRI carece de fundamento. As composições pecuniarias têm, em muitos costumes de povos primitivos, antes o caracter de transacção ou de substituição á vindicta, que de reparação directa (3).

espírito pensamento algum de vergonha, de culpa moral». Assim LOMBROSO [*L'homme criminel*, Paris (Felix Alcan), 1898, pag. 85].

(1) *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, Paris (Arthur Rousseau), 1906, 3.^a ed., premier fascicule, pag. 66. No mesmo sentido, o Dr. HENRIQUES DA SILVA, *Elementos de sociologia criminal e Direito penal*, Coimbra, (Typographia Democratica), 1903-1904, pag. 56; SEYMOUR HARRIS, *Principii di diritto e procedura penale inglese*, trad. dall' avv. BETTOLA, Verona (Donato Tedeschi e Figlio), 1898, pagg. 1-4.

(2) CIVOLI, *Manuale di diritto penale*, Milano (Società editrice libraria), 1900, pag. 1300 e 1301.

(3) Vid. MAKAREWICZ, *Évolution de la peine*, apud Ar-

As penas revestem o caracter de expiatorias e civis, e mais expiatorias que civis, não porque não seja possível a distincção entre o direito civil e o direito penal, mas porque a imperfeição dos instrumentos de defesa social originou a confusão entre as duas funcções. A pena e a reparação não se confundem com a noção do direito penal e civil, porque o falso criterio ácerca da sua funcção não equivale á natural união das duas manifestações da actividade juridica collectiva.

E a antithese entre as severissimas e excessivas penas corporaes e as reparações pecuniarias ou de caracter economico e patrimonial mostra a distincção, realizada na pratica, entre o direito civil e penal.

Assim, rompendo com a orientação da sua escola, LONGHI (1) fazia depender aquella distincção do maior ou menor interesse social perante os actos lesivos do direito de outrem; e, pondo em relevo o aspecto subjectivo que aquelle entrevira, BRUSA (2)

chives d'anthropologie criminale, Lyon-Paris (Storck, Masson), 1898, t. XIII, pagg. 129-177; Proal, *Le crime et la peine*, Paris (Felix Alcan), 1899, 3.^a ed., pagg. 324-326.

(1) *Di una nuova teorica positivista sulla frode punibile*, apud *La Scuola positiva* cit., 1894, anno IV, pag. 1028 e segg.

(2) STOPPATO, obr. cit., pag. 36 e 37.

faz consistir o criterio distinctivo no «sentimento publico ácerca da sufficiencia ou insufficiencia do particular para se defender contra os actos lesivos do seu direito, ou na fórma da fraude ou da violencia».

Ambos os criterios são insufficientes. Se, reconhecendo a fragilidade da sua doutrina, LONGH recorre, posteriormente, á «presumpção do damno sensível á collectividade» para caracterizar os crimes, quanto ao segundo, a fórma (violencia e fraude) do acto é manifestamente base inaceitavel para a distincção (1). Sem duvida, a fraude ou a violencia caracterizam os crimes contra a propriedade (*aut vi aut fraude delinquitur*), mas nem toda a lesão

(1) Bastaria lembrar que ha actos violentos, productores de damno patrimonial, que não constituem crime, ou constituem crime diverso dos que têm por objecto a actividade patrimonial: assim, o caso do proprietario que repelle d'um predio, pela violencia, o que d'elle se apossára. Vid. Cod. civ., art. 486.º; Cod. penal, artt. 445.º e 472.º; Sr. Dr. DIAS DA SILVA, *Estudo sobre a responsabilidade civil conneeza com a criminal*, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1886, t. I, pagg. 177-183; Sr. Dr. PEREIRA DO VALLE, *Anotações ao livro primeiro do código penal português*, Porto (Magalhães e Moniz), pagg. 168-171.

E, do mesmo modo, se pode lesar o patrimonio de outrem pela fraude, e, todavia, não se tratar de crime contra a propriedade, quando os meios usados não sejam taes que constituam a *fraude* criminosa (Cod. penal, art. 18.º).

da propriedade alheia, por estes meios, deve ser necessariamente reprimida. Nem nos parece de seguir a opinião d'aquelles que, nas materias puramente civis, reduzem toda a violação da lei a uma omissão, em quanto vêem na *força individual* o elemento especifico do crime (1), porquanto, além de que, em ambos os casos, esta força se manifesta em grau igual, a omissão não caracteriza toda a violação da lei civil (2).

Referir-nos-hemos, finalmente, ao tão seguido criterio da reparabilidade do damno. Nesta opinião (3), todas as sanções civis seriam sanções

(1) Vid. WAUTRAIN-CAVAGNARI, *L'ideale del diritto*, Genova (Luigi Sambolino), 1883, pagg. 237-242.

(2) Assim, áquelle que não restitue a cousa alheia, sabendo que não lhe pertence, são impostas as penas de furto (Cod. civ., artt. 416.º, 420.º; Cod. penal, artt. 422.º, 423.º); áquelle que não a restitue, para pagar-se do proprio credito, embora saiba que a cousa não lhe pertence, commette só uma violação da lei civil. Vid. Cod. civ., art. 767.º, n.º 2.º e 4.º; Sr. Dr. DIAS FERREIRA, *Código civil português anotado*, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1895, vol. II, pag. 92; CORELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil português*, Coimbra (Orcel), 1857, t. I, § 166, pag. 112; Sr. Dr. GUILHERME MOREIRA, ob. cit., liv. II, pagg. 84 e 85.

(3) Vid. DEMOGUE, *De la réparation civile des délits*, Paris (Arthur Rousseau), 1898, pag. 11 e segg.; VIDAL,

de reparação: para o direito penal ficariam os meios repressivos.

Mas, se o direito civil é, com effeito, na maior parte das suas sanções, direito reparatorio (1), certo é que muitas d'estas são consignadas com o intuito de *prevenir* directamente a violação do direito (2); e, por outro lado, violações ha, que, como o arrancamento de marcos com o fim de usurpar propriedade alheia (Cod. pen., art. 446.º), perfeitamente reparaveis no ponto de vista economico, importam, todavia, responsabilidade criminal (3), e outras lesões que, embora irreparaveis no todo

obr. cit., pagg. 65-67; GAROFALO, *A reparação ás victimas do delicto*, trad. de JOSÉ BENEVIDES, Lisboa (Tavares Cardoso e Irmão), 1899, pag. 22 e segg.; GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Paris (L. Larose), 1901, 2.ª ed., t. v, pag. 365.

(1) Vid. Cod. civ., artt. 298.º e 299.º, 484.º-487.º, 656.º-666.º, 687.º-701.º, 705.º-710.º, 1030.º-1045.º, 1046.º-1055.º, etc.

(2) Vid. Cod. civ., artt. 818.º e segg.; 855.º e segg.; 873.º e segg.; 878.º e segg.; 888.º e segg.; 1096.º e segg., etc.

(3) Neste caso o furto, embora seguido de restituição immediata (Cod. pen., artt. 39.º, circ. 19.ª e 23.ª, 75.º n.ºs 2.º e 3.º); o arrancamento de marcos com o fim de usurpar propriedade alheia (Cod. pen., art. 446.º). Vid. também art. 421.º, § 1.º, para o caso de tentativa de furto, sempre punida, não obstante a inexistencia de damno.

ou em parte, não transcendem os limites do direito civil (1).

Foi, porventura, este inevitavel recurso ás sanções penaes que levou FOUILLEE (2) a integrar a penalidade na reparação, ao mesmo tempo que TARDE (3) via traduzidos verdadeiros meios repressivos em algumas sanções civis.

A justiça penal não pôde, porém, repousar sobre o conceito da reparabilidade do damno: accetando este criterio, que SPENCER (4) não repudia, tornarse-ia a justiça civil e penal ora inerte, ora incerta e confusa, e accusaria um character verdadeiramente empirico, que deve ser rejeitado. Assim se chegaria a aberrações, como a de CAPOBIANCO (5),

(1) Vid. Cod. civ., artt. 1336.º, 1338.º, 1340.º (lesão por impericia ou negligencia do mandatario); 1033.º-1036.º e Cod. do proc. civ., 364.º n.º 2.º (insolvencia civil sem dolo), etc.

(2) *La science sociale contemporaine*, Paris (Hachette), 1888, 2.ª ed., pag. 299.

(3) *La criminalité comparée*, Paris (Félix Alcan), 1894, 3.ª ed., pagg. 112 e 113.

(4) *Essais de morale, de science et d'esthétique*, trad. par BOURDEAU, Paris (Félix Alcan), 1891, 3.ª ed., pag. 327 e segg.

(5) *Restrizione delle azioni incriminabili in rapporto all'interesse pubblico e privato*, apud *La Scuola Positiva*, cit., 1893, anno III, pag. 1071 e segg. RENÉ WORMS [*Annales de l'Institut international de sociologie*, Paris

que exclue das sanções penaes o adulterio, o homicidio e a lesão culposa, a diffamação, as lesões voluntarias, salvas as qualidades anthropologicas do agente, e os delictos contra a propriedade.

A criterio differente recorreremos, pois, para distinguir os dominios respectivos do illicito civil e do illicito penal as sanções civis das penaes. Tendo de commun o representarem a reacção contra a violação do direito, a sua característica differencial encontra-se na natureza do direito violado: aquellas respeitam á violação de direitos concretos, de interesses juridicamente protegidos, como diria VON IHERING (1); estas são a reacção contra as offensas directas á ordem juridica.

O direito penal basea-se na necessidade de garantir toda a organização juridica, em que a sociedade historicamente se concretiza: é esta necessidade positiva que constitue a sua natureza e limites. Tendo por fim immediato a tutela do direito na sua integridade, a organização juridico-criminal com a sua dupla ordem de tutelas — legislativa e

(Giard et Brière), 1898, t. iv, pag. 489] preconisa a submissão exclusiva á juriedicção penal dos crimes contra a ordem publica. Nesse sentido, diz, se esboça a evolução.

(1) *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. par O. DE MEULENAIRE, Paris (Marescq), 1888, 3.^a ed., t. iv, pag. 327 e segg.

jurisdiccional, é, como lucidamente escreve LABRIOLA (1), o complemento necessario de *toda* a legislação organizadora da sociedade; não encontra o seu fundamento em uma ordem abstracta ou sobrehumana de ideias independentes, mas em *toda* a organização juridica. Assim, se reprimem os crimes contra as instituições e as liberdades politicas, porisso que preexiste a Carta constitucional; se reprime o adulterio, porque preexiste o direito de familia; se reprime o furto, porque preexiste o direito de propriedade privada.

Quando a violação do direito de propriedade se realiza, subtrahindo a cousa com um acto de dominio sobre ella, com consciencia de substituir-se a quem legitimamente era d'ella possuidor, o alarme social, que tal acção provoca, legitima uma sanção

(1) *Lezioni di filosofia morale*, Roma (Audisio), 1899 a 1900, pag. 222 e segg. Ligando-se á sua noção de crime — «offensa aos estados fortes e definidos da consciencia collectiva», DURKHEIM (obr. cit., pagg. 79-83) distingue as sanções restitutivas das repressivas, em não serem aquellas expiatorias, reduzindo-se a uma simples «remise en état», e não fazendo parte da consciencia collectiva ou correspondendo a estados fracos d'essa consciencia; ao passo que o direito repressivo corresponde ao coração, ao centro da consciencia commun, áquelles estados fortes e definidos,

que, pela sua causa e pelo seu fim, só pode ser de caracter repressivo.

O patrimonio privado e publico tem um conteúdo essencialmente juridico e um destino social, porque o primeiro satisfaz as necessidades bio-psychicas da existencia, em proveito da sociedade, e o segundo provê ás necessidades collectivas da mesma: ambos têm caracter de juridicidade, porque legalmente reconhecidos e protegidos nos seus órgãos constitutivos e no seu funcionamento. Toda a lesão que viola a actividade do patrimonio, pela subtração dolosa do que constitue o seu conteúdo, deve ser reprimida, porque, além do damno patrimonial, gera o social — a perturbação na segurança commum do goso de uma faculdade protegida e sancionada pela ordem juridica preexistente (1).

4. Dos dois desvios do senso moral a que, estudando o crime sob o ponto de vista sociologico, GAROFALO (2) reduz o factor anthropologico da de-

(1) Vid. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, Paris, (Henri Plon), 1859, 2.^a ed., pagg. 239-241; PESSINA, *Elementi di diritto penale* cit., t. II, pag. 326.

(2) *Criminologia* cit., pagg. 18-40. Contra GAROFALO, que nega toda a influencia de natureza economica sobre o crime, uma brilhante pleiade de escriptores [TURATTI, *Il delitto e la questione sociale*, Milano, 1887, pag. 222;

linquencia, a crueldade, mais do que a ausencia de probidade, se revela por actos previstos como crimes pela lei penal.

BATTAGLIA, *La dinamica del delitto*, Napoli (Bruno Battaglia), 1886, pag. 404 e seg; COLAJANNI, *Sociologia criminale* cit., pag. 315; MICHELE LONGO, *Psicologia criminale*, Torino (Fratelli Bocca), 1906, pag. 49; etc.], attribue a causa unica da criminalidade ás condições economicas. Seguindo uma via intermedia, VAN KAN [*Les causes économiques de la criminalité*, Paris (A. Maloine), 1903, pag. 10 e segg.] e FORNASARI DI VERCE (*La criminalità e le vicende economiche d'Italia del 1873 al 1890*, Torino (Fratelli Bocca), 1894, pag. 23 e segg.), distinguindo o methodo estatico do methodo dynamico no estudo da criminalidade, mostram, o primeiro, que a concordancia entre as oscillações economicas e o movimento da criminalidade se restringe aos crimes contra a propriedade, e o segundo que não reflectem senão fracamente as condições economicas ou são a estas absolutamente estranhos os crimes contra a religião e contra a segurança do estado, de falsidade, as bancarrotas fraudulentas, as diffamações e injurias, os incendios, etc.

TARDE [*La philosophie pénale*, Lyon (Storck et C.^{ie}), 1902, 3.^a ed., pag. 349 e segg.] crê descobrir uma lei de inversão que regularia as relações mutuas dos crimes contra as pessoas e dos crimes patrimoniaes, segundo a qual o augmento de uns traria necessariamente o decrescimento dos outros. Mas a estatistica não corrobora a presumpção de TARDE. Vid. BOSCO, *Législation et statistique comparée de quelques infractions à la loi pénale*, Rome (J. Bertero), 1900, pagg. 61 e 218 e segg.; DE FELICE, *Principii di sociologia criminale*, Milano-Palermo-Napoli, (Remo Sandron), 1902, pag. 85 e segg.

Não discutiremos a supposta correspondência entre a deficiência do sentimento de probidade e os crimes contra a actividade patrimonial, já que ella se baseia em uma inadmissivel restricção e transformação da ideia de justiça (1), contentando-nos com notar que nem sempre a improbidade tem naquelles a sua mais completa manifestação. Seguindo uma evolução analogá á dos crimes contra a pessoa, os attentados á propriedade foram, entretanto, á medida que a civilização se industrializava, se urbanizava, como diz TARDE (2), perdendo o seu primitivo caracter de violencia (3), revestindo as fórmás superiores da astucia e da fraude; e a esta como que successiva espiritualização do crime correspondeu no campo do direito uma progressiva differenciação na disciplina dos factos lesivos do patrimonio individual.

Teremos occasião de verifica-la historicamente; por agora diremos que caracterizando-se os crimes

(1) VACCARO, *Genesi e funzione delle leggi penale* cit., pag. 163, nota.

(2) *Problèmes de criminalité, apud Archives d'anthropologie criminelle, de criminologie et de psychologie normale et pathologique*, Lyon-Paris (Storck-Masson), 1898, t. XIII, pagg. 402-404; FERRI, *Sociologia criminale* cit., pagg. 284-290.

(3) «Au début, le brigandage, les pillages avec violence se rapprochent beaucoup d'expéditions de guerre...» (PINS, *Science pénale et droit positif* cit., pagg. 77).

contra a actividade patrimonial (1) pela diminuição das utilidades que prestam a um individuo os elementos activos do patrimonio, ou o damno (2), têm

(1) Preterimos a expressão communmente usada — *crimes contra a propriedade*, inaceitavel scientificamente, já que o crime é a lesão de um direito e não da cousa que constitue objecto do direito. Preferivel seria a denominação — *crimes contra o direito de propriedade*; mas, porque involvemos naquella expressão os momentos diversos do direito de propriedade, e, sobretudo, as varias relações jurídicas que se podem estabelecer entre o homem e a cousa, como as offensas á posse, adoptaremos a expressão — *crimes contra a actividade patrimonial*.

Vid. sobre as relações entre a ideia da pessoa e a do patrimonio: PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris (Cotillon), 1904, 3.^a ed., t. I, pag. 675 e segg. Também: MANZINI, *Trattato del furto e delle varie sue specie*, Torino (Unione tipografico-editrice), 1905, Parte seconda, volume secondo, sezione prima, pagg. 219 e 220.

(2) Note-se: 1.^o que, quando se não verifique ou venha a verificar, por qualquer forma, a diminuição do patrimonio d'outrem, poder-se-ha ter uma acção anti-jurídica respeitante áquelle, mas não um crime patrimonial: tal o caso em que se impedisse o proprietario de se servir ou dispôr da cousa que lhe pertence (Codigo penal, art. 329.^o);

2.^o que a não verificação da diminuição do patrimonio de outrem não exclue sempre o crime patrimonial, que existe desde que a actividade criminosa a ella era dirigida (Codigo penal, artt. 421.^o, § 1.^o e 434.^o § 2.^o);

3.^o que, ainda que verificada a diminuição do patrimonio, póde não se tratar de crime, como resulta do que

como elementos essenciaes: a qualidade de *aliena* na cousa, que constitue objecto do acto anti-juridico (1), a ausencia de consentimento do proprietario da cousa e o dóló, isto é, a consciencia no auctor do acto anti-juridico das duas condições precedentes (*conscientia sceleris*). E devemos dizer que, se não alargamos o conceito de crime patrimonial até

dissémos ácerca dos actos anti-juridicos que devem ser qualificados crimes.

(1) Necessario é, porém, accentuar com MAGRI [*Reati contro la proprietà*, Livorno (Raff. Giusti), 1895, pag. 84 e segg.] e GARRAUD [*Traité théorique et pratique du droit penal français*, Paris (L. Larose), 1901, 2.^a ed., t. v, pagg. 367 e 368], a possibilidade de crime, relativamente ao proprio patrimonio, nas hypotheses seguintes: 1.^o quando do uso abusivo da propria cousa possa resultar um ataque á segurança d'outrem, como no caso de incendio da propria cousa [Codigo penal, art. 468.^o; Sr. Dr. DIAS FERREIRA, Codigo civil português anotado, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1894, vol. I, pag. 258; PORCHEROT, *De l'abus de droit*, Dijon (L. Venot), 1901, pagg. 25-37];

2.^o quando o proprietario, em consequencia de uma determinada relação juridica, não tenha a livre disposição da *res propria*, como na hypothese de estar em penhor ou deposito (Codigo penal, art. 422.^o);

3.^o quando se trate de *res communis*; a compropriedade imprime á cousa a que respeita o caracter de *res alínea*, porisso que toda a diminuição de valor, abrangendo a cousa na sua totalidade, constitue um ataque ao direito do comproprietario.

ao exaggero de TOLOMEI (1), que considera taes «quelli di coloro che con discorsi tenuti in pubblico o con scritti cercano di sconvolgere i concetti giuridici della proprietà», porisso que elles não representam, de fôrma alguma, lesão do patrimonio de outrem, tambem não assentimos á opinião de CARRARA (2), que não comprehende naquelle conceito as violações do direito de propriedade litteraria, industrial ou artistica (3).

5. Se a lesão do patrimonio d'outrem é a nota commun de todos os crimes patrimoniaes, a causa determinante d'esta lesão e a sua maior ou menor intensidade exercem, naturalmente, efficacia sobre a intensidade criminosa do facto. Assim, as legislações distinguem figuras varias nos crimes patri-

(1) *Diritto e procedura penale*, Padova, 1874, pag. 81.

(2) *Programma del corso di diritto criminale*, Parte speciale, Firenze (Fratelli Cammelli), 1904, vol. IV, pag. 14.

(3) Veja-se a nossa dissertação inaugural cit., pagg. 383-388. BUCCELLATI (*Istituzioni di diritto e procedura penale*, Milano, 1896, pag. 150 e segg.) considera taes: «1.^o ogni pubblicazione arbitraria dell'opera dell'ingegno altrui senza permesso dell'autore o di chi lo rappresenta o di chi ha causo da lui; 2.^o ogni contraffazione senza il suddetto permesso; 3.^o ogni violenza o minaccia diretta ad impedire l'esercizio dell'industria, o a contraffarne i nomi, i marchi, i bolli, a danno dell'inventore o del proprietario, o ad imporgli arbitrariamente limiti e restrizioni».

moniaes. A causa impulsiva do acto anti-juridico levou á distincção, já referida por ERHARD (1), de crimes de illegitimo locupletamento, consistentes na *appropriação* da cousa d'outrem *lucri faciendo causa*, e de damno patrimonial (*damnum injuria datum*), que se dirigem á *destruição* total ou parcial d'esta cousa. Mais graves, em regra, os crimes da primeira categoria, pelo elemento informador da acção criminosa, elles não devem considerar-se restrictos, como quer BUCCELLATI (2), á concepção material do lucro; o impulso desinteressado no sentido material e economico poderá, em certos casos, valer como uma attenuante, poderá, por vezes, excluir, como diz PESSINA (3), a mancha da acção criminosa, mas não a indole propria do crime patrimonial e o seu character especifico de aquisição illegitima. E como, em uma e outra figura criminosa, a actividade do delinquente póde agitar-se no dominio da propriedade mobiliaria ou immobiliaria, a diversa natureza do sujeito passivo deu lugar a uma ulterior subdivisão (4).

(1) *De poena furti*, Liber singularis, Lipsia, 1798, apud LOLLINI, *Sul reato di furto*, Modena (Aldo Cappelli), 1900, pag. 14.

(2) *Istituzioni di diritto e procedura penale* cit., pag. 152.

(3) *Elementi di diritto penale* cit., t. II, pag. 186.

(4) Na categoria dos crimes contra a propriedade mobiliaria comprehendem os escriptores o furto simples e qua-

Na lesão de todos ou de alguns dos direitos inherentes ao dominio objectivo (1), basearam os escriptores um outro criterio de distincção, — a dos crimes patrimoniaes *proprius* e *improprius*, por LOR-

lificado, a burla, o abuso de confiança (*appropriazione indebita*, na expressão energica dos italianos), a appropriação de cousa desaparecida, a appropriação de tesouro, a subtração de documentos produzidos em juízo, etc. A categoria dos crimes contra a propriedade immobiliaria abraça a usurpação (remoção de marcos, desvio de aguas, turbação de posse) e o damno voluntario. Vid. PUGLIA, *I delitti contro la proprietà*, apud *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale*, pubbl. da PIETRO COGLIOLO, Milano (Leonardo Vallardi), 1890, vol. II, part. II, a), pag. 21 e segg.; GARBAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français* cit., t. V, pag. 373 e segg.; MARCETTI, *Compendio di diritto penale*, Firenze (G. Barbèra), 1901, pag. 285; STOPPATO, *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni* cit., pag. 203 e segg.

(1) Como nota CARRARA (*Programma* cit., t. IV, pag. 15), «a aggressão ao *jus disponendi* ou direito subjectivo de propriedade não pode entrar na classe de crimes patrimoniaes; assim, na violencia, tendo por fim impedir que se faça testamento, a objectividade do crime está certamente no *jus domini*, do qual faz parte a faculdade de disposição; mas, ao lado desta, surgirá uma objectividade juridica diversa e preeminente sobre a qual se exteriorisa a acção, e esta fará incluir o crime na categoria dos crimes contra a pessoa, ou, mais especialmente, nos crimes contra a liberdade individual».

LINI (1) incorrectamente applicada, como veremos, ao crime de furto.

6. A diversa etymologia assignada á palavra furto (2), provocando, desde o direito romano,

(1) *Sul reato di proprietà* cit., pagg. 14 e 15.

(2) «Furtum autem, assim se lê nas *Institutiones* (lib. IV, tit. I, § 2, De obligationibus), *vel a furvo*, id est nigro, dictum est, quod clam et obscure fit, et plerumque nocte; *vel a fraude*; *vel a ferendo*, id est auferendo; *vel a Graeco sermone*, qui *φύρας* appellant fures, imo etiam Graeci ἀπὸ τοῦ φέρειν φύρας dixerunt». No *Digesto* (De furtis, tit. II, Dig., lib. 47, 1) repetem-se as tres indicadas opiniões, a primeira das quaes foi defendida por LABEO e a segunda por SABINUS, comquanto alguns escriptores julgarem as duas opiniões identicas, porque *fraude* e *furto* significam o mesmo, isto é, modo occulto de lesar o direito patrimonial alheio. Embora o problema seja de indole essencialmente philologica, diremos que, com a maioria dos escriptores, julgamos preferivel a opinião que faz derivar furto de *auferre*, correspondente ao grego ἀναρπάζειν, como a mais logica, porisso o que ha de essencial no facto do furto é a deslocação da cousa, representando mera accidentalidade a sua perpetração de noite. E, além de que o conceito juridico da fraude não é extensivo apenas ao furto, sempre julgamos que, mais do que o elemento psychologico do crime, deva dar origem á sua significação philologica a manifestação sensivel e corporea, o acto material da ablação, em que se concretisa a execução physica do facto criminoso. Vid. PUGLIA, *Delitti contro la proprietà* cit., pagg.

aquella notavel divergencia doutrinal, que fazia duvidar ORTOLAN (1) do valor scientifico do direito penal romano, veio reflectir-se na varia descripção juridica do furto no direito penal comparado. O direito romano era extensivo, quanto á materialidade do crime, e limitativo, sob o ponto de vista da intenção do agente: se, por um lado, admittia que o furto podia consistir na appropriação do uso

31 e 32; MAGRI, *Reati contro la proprietà* cit., pag. 106; CRIVELLARI, *Dei reati contro la proprietà*, Torino (Unione tipografico-editrice), 1887, pagg. 13-15; DESJARDINS, *Traité du vol*, Paris (Pedone-Lauriel), 1881, pagg. 65 e 66; CARRARA, *Programma* cit., pag. 18; MANZINI, *Trattato del furto* cit., part. I, vol. I, pag. 280.

(1) *Éléments de droit pénal*, Paris (Henri Pilon), 1859, 2.^a ed., pag. 26. Por consenso unanime dos interpretes do direito romano, a mais antiga definição do furto é a de SABINO: «qui rem alienam adtrectat, cum id se invito domino facere judicare deberet, furti tenetur», apud GELLIUS, *Noctes Atticae*, 11, 18, § 20). Nas *Justiniani Institutiones* encontramos, modificada, a definição de PAULUS: «furtum est contractatio rei fraudulosa (lucri faciendi gratia), vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionisve; quod lege naturali prohibitum est admittere» (§ 1, Inst., de obl. quae ex delicto, IV, 1). GAIUS modela a sua definição sobre a de SABINUS: «furtum autem fit... generaliter cum quis rem alienam invito domino contractat» (111, 195); e ULPIANUS (fr. 46, § 7, h. t. L. 47 ad Sabinum) diz-nos que «fur est qui adtrectavit quod invito domino se facere scivit».

ou da posse duma cousa (*furtum usus vel possessio-nis*), como na subtracção da propria cousa (*furtum rei*); por outro, exigia, como elemento essencial do crime de furto, que o agente fosse determinado pelo intuito de lucro (*lucri faciendi gratia*).

No moderno direito, o cotejo das varias formulas juridicas do furto, quasi sempre de uma lamentavel imprecisão technica, e que bem reflectem a hesitação doutrinal (1), mostra-nos, como elementos constitutivos do furto, o dolo e o damno patrimonial mobiliario, o primeiro dos quaes se revela na intenção de appropriar (*rem sibi habendi*) a cousa d'outrem, sem o consentimento de quem legitimamente della pôde dispôr (*invito domino*); o segundo na lesão do poder de facto, que o proprietario ou possuidor ou detentor tem sobre a cousa, exercida já pela simples *amotio* ou *apprehensio*, já pela subtracção ou pela violação da posse, pela mudança do logar da cousa. E, se esta variedade de formulas juridicas demonstra que diverso foi o sentimento de propriedade tutelado na sua maior ou menor intensidade pelo legislador, com a sancção especial do furto, se-

(1) Vid. sobre as varias definições de furto apresentadas pelos escriptores: PUGLIA, *Delitti contro la proprietà* cit., pag. 50; HEINRICH LAMMASCH, *Diebstahl und Beleidigung*, Wien (Manz'sche k. und k. Hof-Verlags-und Universitäts-Buchhandlung), 1893, pag. 2 e segg.

gundo o maior ou menor alarme produzido pelas violações da consciencia patrimonial (1), permitte-

(1) Porquê só nos occupamos do furto sob o aspecto juridico, preterimos o problema da compatibilidade ou incompatibilidade da noção juridica do furto com os principios socialistas. Diremos, todavia, de passagem, que, não excluindo a formula do socialismo — «la conversione della proprietà privata od individuale dei mezzi di produzione, in proprietà collettiva e sociale» (RAE, *Il socialismo contemporaneo*, pag. 115) uma esphera de actividade patrimonial mobiliaria individual, tambem a respeito d'esta existe, como nota FERRI (*Socialismo e scienza positiva*, Roma, 1894, pag. 27), «a possibilidade de actos anti-juridicos lesivos de tal adhesão da cousa á pessoa». Mas, ainda para as cousas não subtrahidas á collectivização, é de notar que, se a ausencia do sujeito passivo do crime tornaria absurda a concepção do dolo do furto, concebivel é sempre uma violação patrimonial limitada ao uso illegitimo, com intuito de lucro, da cousa commun, em prejuizo d'aquelle a quem esta fosse temporariamente assignada, como instrumento de trabalho ou meio de producção. Teriamos assim, não o furto da cousa, mas o furto do uso; e, consequentemente, a noção do furto variaria não na sua essencia juridica mas simplesmente na manifestação do conteúdo criminoso.

Quanto ao aspecto psychologico do problema, inadmissivel consideramos a opinião de BANDINI (*Le leggi penali nelle società moderna*, Genova, 1893, pag. 15 e segg.), para quem o furto é «uma semplice forma delittuosa inventata dagli sfruttatori per assicurarsi i prodotti del lavoro altrui», já que, desde ESQUIROL e LEGRAND DU SAULLE a MAX SIMON, SAVAGE, TEED, WESTPAL, se vem demons-

nos também descobrir, como diz LAMMASCH (1), como conceito juridico commum do crime de furto «a appropriação dolosa da coisa alheia, pela qual se viola physicamente o poder de facto exercido pelo sen legitimo detentor» (2).

trando que á tendencia para o furto anda alliada uma fôrma especial de desordem organica e psychica.

E se é de crer que a melhor distribuição das riquezas, eliminando muitas causas sociaes de delinquencia, trará a diminuição de furtos (GAROFALO, *Criminologia* cit., pag. 158 e segg.), não julgamos que uma transformação economica da sociedade consiga eliminar a delinquencia com intuito de lucro, «a forma mais constante da egoarchia».

E a substituição dos crimes de fraude aos de violencia, é, precisamente, como deixou demonstrado NICEFORO (*La transformation du crime et la civilisation moderne*, apud *La Scuola Positiva* cit., 1891, anno XI, pag. 664), uma consequencia do progresso social. Vid. TORTORI, *Sociologia e diritto commerciale*, Torino (Fratelli Bocca), 1895, vol. I, pagg. 45-47; RIGNANO, *Un socialisme en harmonie avec la doctrine économique libérale*, Paris (Giard et Brière), 1904, pag. 303 e segg.; MASCHKE, *Das Eigenthum in Civil-und Strafrechte*, Berlin und Leipzig (Georg Wattenbach), 1895, pag. 154 e segg.; GAROFALO, *La superstition socialiste*, Paris (Félix Alcan), 1895, pag. 243 e segg.

(1) *Diebstahl und Beleidigung* cit. pag. 10.

(2) O *animus lucrandi* não é elemento constante nas definições do furto, o que bem se explica, visto que elle é antes uma variedade do dolo, um elemento caracteristico para distinguil-o do crime patrimonial affim — o damno, do que um verdadeiro elemento substancial do furto.

CAPITULO I

O furto na evolução historica e na legislação comparada

§ 1.º

O furto na historia do direito

- SUMMARIO: — 7. — Significação historica primitiva do furto e a sua repressão.
8. — O furto no direito chinês; phases caracteristicas.
9. — Os crimes contra a actividade patrimonial no direito indiano; particularidades na repressão do furto.
10. — O regimen repressivo do furto no Egypto; suavidade penal.
11. — O furto entre os hebreus; sanções civis e penaes.
12. — O furto na Persia; duplo criterio da penalidade.
13. — A propriedade individual na Grecia e a repressão do furto.
14. — O furto no direito romano; noção e repressão do furto, suas modalidades, phases da sua evolução.
15. — O furto entre os povos germanicos; bases do systema penal.
16. — O furto no direito canonico; predominio dos elementos subjectivos na repressão do furto.
17. — O furto nas legislações penaes intermedias das nações modernas; severidade penal.
18. — O furto e as reformas legislativas do seculo XVIII.

7. Quando falta a noção historica da sociabilidade, é absurdo fallar-se de normas coercitivas de

caracter juridico. Se, como escreve FERRI (1), sociedade e direito são termos correlativos e convertíveis, é ao cyclo historico em que se desinvolve e afirma o sentimento da sociabilidade, e em que, correlativamente, a noção do licito e do illicito se destaca das formas primitivas, fluctuantes entre a concepção religiosa e a ética, que devemos fazer remontar as nossas investigações sobre a elaboração juridica do furto (2).

(1) *Sociologia criminale* cit., pag. 537.

(2) Assim, por alheio ao aspecto juridico do furto, preferimos o estudo d'este nos organismos inferiores. Desde LOMBROSO, que descobre no reino vegetal «i primi albori della criminalità», a HOUZEAU, que funda na zoologia os seus estudos psicologicos; a ESPINAS, que examina as analogias entre as sociedades animaes e a sociedade humana; a COGNETTI DE MARTHS, que vae encontrar entre os animaes as primitivas formas da evolução economica; a LACASSAGNE, SPENCER, BREHM, ROMANES, SCHNEIDER, BÜCHNER, FERRI, CRISTIANI, FRANZOLINI, CAMERANO, ROUSSE, etc., afirma-se o sentimento da propriedade no reino animal e o termo correlativo do furto. LETOURNEAU (*L'évolution de la propriété* cit., pag. 23 e 24) diz do furto que «il est infiniment répandu chez les animaux», notando, todavia, em outro logar (*L'évolution juridique dans les diverses races humaines*, Paris (Lecrosnier et Babé), 1891, pag. 13), que «dans les sociétés de fourmis et d'abeilles, il n'y a point de criminels»; e MACRÌ (*Reati contro la proprietà*, Livorno (Raff. Giusti), 1895, pag. 7) escreve que «il furto è la forma delittuosa che si ritrova chiara-

Ligado necessariamente á existencia da propriedade, o conceito do furto surge como um producto necessario e espontaneo d'aquella constante e fatal lei social, segundo a qual a actividade humana se revela sempre sob dois aspectos: de um lado — a producção e a conservação, do outro — o parasitismo e a destruição.

Mas, se, como diz POLETTI (1), desde muito cedo se devia manifestar um forte sentimento de repugnancia por todos os actos de caracter destructivo, que a experiencia e as phases successivas da affe-

mente in tutta la scala animale». Vid. LOMBROSO, *L'homme criminel* cit., t. I, pag. 1 e segg.; MANZINI, *Trattato del furto e delle varie sue specie* cit., pag. 3 e segg.; FERRI, *L'omicidio nell'antropologia criminale*, 1895, pagg. 13 e 22; *Sociologia criminale*, pagg. 507-509. Sobre o valor sociologico de taes investigações, vid. LORIA, *La sociologia, il suo compito, le sua scuola, i suoi recenti progressi*, Padova, 1901, pag. 74; *L'energia elettrica e il furto*, apud *Supplemento alla Rivista Penale*, Torino (Unione tipografica editrice), 1897-1898, t. VI, pag. 152.

(1) *Il sentimento e la persona giuridica nella scienza del diritto penale*, Udine, 1887, 2.^a ed., pag. 218. NOVICOW [*Les gaspillages des sociétés modernes*, Paris (Félix Alcan), 1894, pagg. 103-125], vê no «erro etéshedonico» a causa geradora do furto, do dolo e do parasitismo; devido a elle, «l'homme se trompe très grossièrement en supposant que l'appropriation du bien d'autrui demande moins de fatigue et de travail que la production directe».

ctividade deviam fazer sentir como contrarias ao bem estar publico e individual», certo é que a repressão do furto, que, como *reacção*, é coeva do início da propriedade, só reveste o caracter de *punição* quando aquelles actos simplesmente prejudiciaes passaram a ser considerados immoraes e anti-juridicos. Impossivel é determinar o momento em que se operou esta transformação no conceito do furto: sabe-se apenas que foi o furto o primeiro a ser perseguido e a converter-se em crime, já que o furto aos estrangeiros não era, nas sociedades primitivas, como entre alguns dos selvagens actuaes, acto de destruição, mas facto necessario de aquisição e de luta pela existencia; e, se recorremos ás tradições e aos symbolos, cuja importancia para a reconstituição dos institutos juridicos, é posta em relevo por FERRERO (1) e SUMNER MAINE (2), e, com referencia ao crime de furto, por ANDREOTTI (3) e MANZINI (4), veremos que é o sym-

(1) *Les lois psychologiques du symbolisme*, trad. de l'italien, Paris (Félix Alcan), 1895, pagg. 33-35 e 186 e segg.

(2) *Ancien droit cit*, pag. 255 e segg.

(3) *Contributo storico-giuridico alla teorica del furto*, Casalmaggiore (G. Granata), 1902, pagg. 16 e 17.

(4) *Trattato del furto cit.*, parte prima, volume secondo, pag. 992 e segg. Contra a corrente, tão seguida actualmente, de perscrutar o crime nas intuições da arte, de-

bolismo judiciario penal que, trazendo a separação entre a religião e o direito, determina a transição da reacção psychica (meios sobrenaturaes) e physica (individual e familiar) para a politica (guerreira e punitiva) e provoca o apparecimento das variadissimas formas do furto.

Em ligeira synthese vamos tentar colher, atravez da evolução do direito penal, a physionomia juridica do furto, como noção criminosa e repressiva (1).

monstrando agudamente «quanto vago, indeterminado ed empirico sia lo scopo di trovare nell'arte la riconferma dei postulati scientifici»: MANS, *Les criminels dans l'art et la littérature*, Bruxelles (Larcier), 1898, pag. 5 e segg. Vid. MICHELE LONGO, *Psicologia criminale*, Torino (Fratelli Bocca), 1906, pagg. 4 e 5.

(1) O estudo do furto entre os povos selvagens foi, com exito duvidoso, tentado recentemente. Sabe-se que, na maior parte das tribus selvagens, a vida é mais imperfeitamente protegida do que a propriedade. Os tasmanios, os payaguas, os peruvianos indigenas, admittem o aborto e o infanticidio e punem severamente o furto interno; os tibetanos, itonamos, tahitianos, neo-caledonios, permittem o homicidio dos velhos, ao mesmo tempo que punem o furto de armas e utensilios de pesca. Entre outros selvagens, permite-se o homicidio por sacrificio ou por rito funerario (mongoes, achantis, mexicanos), sujeitando-se a penas cruéis os que furtam objectos indispensaveis á defesa e

8. A continuidade longa e ininterrupta, como nenhum outro povo a apresenta, nos institutos po-

subsistencia do individuo. Na Australia, cujos indigenas, no dizer de FERRI (*Omicidio* cit., pag. 61), «non fanno maggior conto della vita di un uomo, che di quella di una farfalla»; na Senegambia, onde é vulgarissimo o homicidio; em Bornéo, onde é um titulo de gloria ter commettido muitos homicidios; nas ilhas Fidji, onde o homicida é considerado quasi um heroe, é punido sempre o furto contra os membros do aggregado. O adulterio é punido com a pena de morte entre os mexicanos, peruvianos, neo-caledonios, hottentotes, como violação do direito da propriedade que o marido tem sobre a mulher. Os cafres e os birmanios não punem o homicidio, mas decapitam o ladrão. Assim na Nova Zelandia. Não punem o furto os veddhas de Ceylão, os boschimanos da Africa austral, os guaharibos, os esquimós da Groenlandia, em certos casos, os tongueses, os bambaras. O systema penal d'estes povos traduz-se, relativamente ao furto, no talião, sob duas fórmas: o talião economico (perda dos objectos roubados) e o politico (amputação de certos membros, etc.), que correspondem aos dois interesses da indemnisação e da prevenção. Por vezes, as duas formas encontram-se reunidas, contemporanea ou alternadamente, mas a primeira assume quasi sempre o aspecto da composição. Vid. LETOURNEAU, *L'évolution de la propriété* cit., pagg. 30-32, 68 e segg.; MANZINI, *Trattato del furto* cit., pag. 17 e segg.; DE FELICE, *Principii di sociologia criminale*, Milano-Palermo-Napoli (Remo Sandron), 1902, pagg. 33 e 34; ZINO

liticos, juridicos e economicos do povo chinês, dá singular importancia ao estudo evolutivo do furto na China.

Na mais remota antiguidade chinesa, a vindicta, inspiradora da justiça, manifestava-se sob a forma barbara do talião. Quando não se podia verificar a identidade do mal, recorria-se, diz ANDREOZZI (1), ás argucias da analogia; ladrão diz-se em chinês *tao*; mas *tao* significa tambem fugir; por consequencia cortava-se as pernas ao ladrão.

Em pleno regimen communista, lei e religião cooperavam na repressão do furto: primeiro com as sancções estabelecidas nas cinco penas, que, na opinião optimista de CONFUCIO, teriam extinguido a criminalidade (2); depois com o systema penal

ZINI, *Proprietà individuale o proprietà collective?* cit., pagg. 33 e 34.

(1) *Le leggi penali degli antichi chinesi*, Florença, 1878, pag. 11. «Esta synonymia é, na justa observação de MANZINI (*Trattato del furto* cit., pag. 62), reveladora de que a punição do furto entre os chineses remonta aos primitivos tempos da sua civilização, porque a fuga do ladrão seria certamente determinada pelo intuito de escapar á reacção do lesado, da familia ou do *clan*». Vid. DESJARDINS, *Traité du vol dans les principales législations de l'antiquité*, Paris (Durand et Pedone-Lauriel), 1881, pag. 1.

(2) *Le Chou-King, un des livres sacrés des chinois*, trad. par GAUBIL, pag. 293, cit. par ANDREOZZI, obr. cit., pag. 175. Eram: a morte, a amputação das pernas, substituida

organizado por CHUN, em que a dureza d'aquellas regras era mitigada, frequentemente, pela composição.

Mas o pavoroso augmento dos crimes contra a propriedade, que MENCIO attribuia «á perversidade de coração dos que estão privados do uso da propriedade» (1), em que se preannuncia a sentença biblica — *propter inopiam multi deliquerunt*, e a inefficacia do regimen repressivo em vigor (2) levaram MOUWANG (952 A. C.) a ordenar a compilação de uma nova lei penal. Criava-se uma magistratura especial tendo a seu cargo a superintendencia na repressão contra os ladrões; reconhecia-se a todos o direito de os matar, como direito de legitima defesa; organizava-se cuidadosamente a policia dos mercados, a cujos inspectores competia fazel-os prender e açoitá-los; prescrevia-se a pena de decapitação para os auctores de furtos graves;

pela dos pés no tempo dos Teheou, a castração, a ablação do nariz e a marca na fronte, por meio de incisões.

(1) Vid. PASQUALE, *I reati contro gli averi con fine di lucro*, Napoli (Micheli d'Auria), 1887, pag. 30.

(2) «Tous les peuples de cette dynastie, grands et petits, assim se diz no *Chou-King*, sont livrés au vice; ils sont voleurs... Aujourd'hui, le peuple, même, vole les animaux destinés aux cérémonies des Esprits; il y a des juges qui les reçoivent et qui les mangent, et on ne les punit pas». DESJARDINS, *Traité du vol* cit., pag. 3.

providenciava-se largamente ácerca do exame dos instrumentos e armas usadas pelos ladrões e da determinação do valor do objecto do furto.

Com o apparecimento da propriedade individual (254 A. C.) accentua-se, momentaneamente, a severidade penal; mas as penas de mutilação, mantidas sempre nos crimes contra as pessoas, são a breve trecho (Kao-Tou: 206 A. C.), substituidas na repressão do furto pelas penas pecuniarias, excluidos apenas o furto sacrilego e a recidiva (1).

Com os estatutos fundamentaes de 1647 (Ta-tsing-leu-lee), ainda em vigor, com ligeiras modificações (2), inicia-se uma nova phase do direito penal chinês, que, pelo que respeita ao furto, é a fiel continuação do periodo anterior. Só quando o furto lesa a fé religiosa ou compromette os mais vitaes interesses do estado, é submettido a repressão relativamente severa, recorrendo-se, todavia, raramente ao extremo supplicio.

Technicamente, o direito penal chinês accusa, neste periodo, relativamente ao furto, notavel pro-

(1) Vid. LOLLINI, *Sul reato di furto*, Modena (Aldo Cappelli, 1900, pag. 18; ALIMENA, *I limiti e modificatori dell'imputabilità*, Torino (Fratelli Bocca), 1894, t. I, pag. 38 e segg.

(2) Vid. MANZINI, *Trattato del furto* cit., pagg. 66 a 92; MARCELLO FINZI, *I furti privilegiati*, Torino (Fratelli Bocca), 1903, pagg. 35-36.

gresso: augmentam as garantias do accusado (perseguição de noite, detenção por funcionarios publicos, etc.); distingue-se, minuciosamente, o furto clandestino do violento; a tentativa do furto consummado, a recidiva, o furto domestico, a co-auctoria, a cumplicidade, o encobrimento; tem-se em attenção a idade e as minimas contingencias do facto criminoso; e, como moderador geral da penalidade por furto, attende-se, afóra o caso de furto violento, ao valor do seu objecto. A cada passo se manifesta a preocupação da justiça proporcionada na legislação penal chinêsa, que, antecipando-se ás legislações europeias, conhece e determina, em geral, as circumstancias attenuantes, a não retroactividade, o direito de appellação, o respeito da liberdade individual, a accumulção das penas e o direito de graça.

9. No codigo de MANÚ (*Manava Dharma Sastra*), principal fonte do antigo direito penal indiano, as normas juridicas referentes á protecção da propriedade confundem-se e integram-se com os preceitos etico-teocraticos: ao lado da regra moral que considera o respeito da propriedade alheia um dever de todos os homens, o preceito que confia ao rei, pessoalmente, a funcção repressiva do furto (1).

(1) *Manava-Dharma-Sastra*, ed. franc., Paris (Loiseleur-Deslongchamps), 1833, liv. VII, st. 6; IX, 254. «Lorsqu'un

Sob o aspecto juridico, revela-se na legislação indiana uma profunda confusão relativamente á noção dos diversos crimes contra a actividade patrimonial, submettendo-se á sancção do furto factos que, na elaboração technica do direito penal, foram destacados do conceito juridico do furto, para constituirem formas criminosas especificas: assim, a appropriação indevida, o encobrimento, a fraude (1). Mas, distingue-se já o roubo, subtração da coisa com violencia, na presença do proprietario, do furto, que comprehende não só o caso em que a coisa é subtrahida, estando o proprietario ausente, mas tambem aquelle em que se nega a coisa que se recebeu; como, quanto aos auctores do furto, se distingue o ladrão publico, que obtem dinheiro por meios fraudulentos, do que se introduz secretamente em casa, abrindo passagem atravez dum muro ou vive nas florestas.

souverain perçoit le revenu royal sans veiller à la repression des voleurs, ses états sont agités par des troubles, et lui-même est exclu du séjour céleste». Cfr. liv. VIII, st. 343-347; liv. IX, st. 249-253.

(1) Assim, aquelle que, por serviço prestado, acceita, com conhecimento de causa, objectos roubados (liv. VIII, st. 340), aquelle que fornece viveres, instrumentos ou asylo ao ladrão ou occulta os objectos roubados (liv. IX, st. 278), são punidos como os ladrões. Não pagar uma divida equivale a commetter um furto clandestino (liv. VIII, st. 49-50).

A gravidade do furto varia segundo o valor da coisa e a qualidade do offendido, attendendo-se, por vezes, conjunctamente, a estes dois criterios. Como forma qualificada do furto, é de notar, como consequencia do predominio politico dos Brahmanes no regimen social da civilização indiana, a subtração de ouro a um Brahmane (1), e, porventura equiparado áquella, o flagrante delicto. Criterios juridicos importantes eram tambem o tempo e a causa do furto, a utilidade dos objectos roubados (instrumentos de trabalho, armas, animaes, medicamentos) e, sobretudo, a intenção dolosa do auctor. A plena consciencia do mal querido determinava aggravação da pena, que era proporcionada á casta a que pertencia o culpado. O elemento colectivo (consideração da casta) ao lado do individual (consciencia do maleficio), produziu um criterio ponderador da imputabilidade moral, derivado de um facto especifico e de uma presumpção generica: presume-se que, quanto mais alta é a casta do delinquente, tanto maior é a sua imputabilidade, já aggravada pela perfeita consciencia do dolo. Assim, esta é o coefficiente fixo e commun da ag-

(1) Segundo o texto originario de MANÚ, seria igual em gravidade ao furto de ouro o facto de roubar «uma creatura humana, um cavallo, um campo». Vid. CRIVEL-LARI, *Dei reati contro la proprietà* cit., pagg. 7-8.

gravação; o elemento colectivo, o seu coefficiente moral e relativo (1). Além d'esta particularidade da legislação indiana, notada por MANZINI (2), pela qual a perfeita imputabilidade moral é considerada como uma excepção, é de notar que contra o principio da legislação brahmanica, de que a pena se attenúa na razão inversa da posição social do criminoso, nos crimes de furto a pena pecuniaria é tanto mais elevada quanto mais alta é a casta do ladrão.

As penas applicaveis ao furto eram, em geral, corporaes: afóra os casos referidos de furto qualificado, que conduziam, normalmente, á morte do ladrão, prescrevia-se as mutilações, que LETOURNEAU (3), com phrase feliz, denomina penas *expressivas* (4). Predomina, pois, a sancção ethico-religiosa, com o seu cortejo de transmigrações, a que muitas vezes se applicam as mais estranhas formas de talião (5).

Em todos os casos, porém, em que o furto não reveste, aos olhos do legislador, particular gravidade, ou quando o valor da coisa é inferior a determinada somma (em geral 50 *pana*), tem appli-

(1) Vid. lib. VIII, st. 337-338.

(2) *Trattato del furto* cit., pagg. 165-166.

(3) *L'évolution juridique* cit., pag. 304.

(4) Vid. MAGRI, *Reati contro la proprietà* cit., pagg. 65-67.

(5) DESJARDINS, *Traité du vol* cit., pag. 18.

cação a pena pecuniaria. Em alguns casos, ainda, o criterio da pequena importancia intrinseca do objecto funde-se com o do valor, dando lugar a uma gradação dependente da *quantidade* da cousa furtada.

10. DIODORO SICULO (1) e AULO GELLIO (2) asseguram a inexistencia, no Egypto, de normas repressivas do furto, que seria até officialmente reconhecido. Mas estudos recentes feitos por MASPERO no papyro *Abbott* e a descoberta dos fragmentos referentes aos rituaes funerarios (3)

(1) *Rer. antig.*, lib. II, c. III: «Lex praeterea privatum de furiis apud solos Aegyptios haec erat; jubebat eos qui furari volebant, nomen suum apud principem sacerdotum scribere, atque e vestigio furtum ad eum deferre. Similiter quibus res furto erepta erat, apud eundem rei sublatae tempus diem et horam scribere tenebantur. Hoc modo facile invento furto, qui rem amisisset, quarta mulctabatur parte, quae daretur furi. Satius lator esse legis duxit, cum impossibile esset furta prohiberi, potius aliquis portionis quam totius rei amissae homines jacturam pati».

(2) *Noctes atticae*, XI, c. 18, pag. 6: «Apud veteros Aegyptios (quod genus hominum constat et in artibus experiendis solertis extitisse, et in cognitione rerum indaganda sagaces) furta omnia fuisse licita et impunita».

(3) BRIGNATI, *Il furto in Egitto*, pag. 11. Vid. sobre esta questão: LOLLINI, obr. cit., pagg. 18-19; MAGRI,

permitem hoje affirmar que tambem entre os egypcios o furto era punido, se bem que, ao contrario do que assevera THONISSEN (1), com muito maior benignidade do que nos outros povos. E que a distribuição e a organização da propriedade, ferreamente estabelecida, encontrava na immobillidade a sua mais segura e efficaz protecção; e não se sentia, como diz MANZINI (2), a necessidade de recorrer á crueldade penal para preservar a d'aquelles attentados, que, em outros paizes, representavam uma seria ameaça á segurança economica. Assim, a penalidade egypcia attesta a existencia quasi exclusiva das penas de mutilação, que variavam segundo o objecto, o valor e os meios adoptados e as circumstancias de tempo, lugar e pessoa. O conceito juridico-repressivo do furto revela-se indirectamente na passagem do livro dos funeraes, relativa á confissão que o morto deve fazer para purificar-se, que bem attesta o sentimento juridico da propriedade privada, no antigo

obr. cit., pag. 67; DESJARDINS, obr. cit., pagg. 19-25; PASQUALE, obr. cit., pagg. 30-32; PESSINA, obr. cit., vol. II, pag. 189; MANZINI, obr. cit., pagg. 111-122.

(1) *Étude sur l'organisation judiciaire de l'ancienne Egypte*, apud *Revue historique du droit français et étranger*, 1868, pag. 240 e segg.

(2) *Tratatto del furto* cit., pag. 121.

Egypto, e quanto á consciencia social repugnavam os mais graves crimes patrimoniaes — o furto sacrilego e o rural: «Io non ho rubato le sacre forme votive degli Dei, io non ho sottratto i sacri pani dei templi, io non ho fatto usurpazione nei campi altrui, io non ho deviato l'acqua dal suo curso, io non ho defraudado alcuno» (1).

11. De character eminentemente theocratico, a legislação hebraica considera o furto, simultaneamente, lesão das relações civis e infracção da lei divina. D'aqui uma dupla ordem de sanções, cujo principio geral está consignado no Decalogo: *non furtum facies* (2).

Sob o aspecto juridico, o systema da penalidade moysaica era baseado no talião, decomposto no extremo supplicio, na pena de mutilação e nas penas pecuniarias.

Exceptuado o caso do furto de homens, e, se-

(1) Vid. ANDREOTTI, *Contributo storico-juridico* cit., pag. 23.

(2) Exodo, xx, 15, 17: «Non concupisces domum proximi tui, non desideratis uxorem ejus, non servum, non ancillam, non bovem, non asinum, nec omnia quas illius sunt». E em outro logar (LEVITICO, xix, 11): «Non facietis furtum. Non mentiemini, nec decipiet unusquisque proximum suum».

gundo LETOURNEAU (1), SAALSCHÜTZ (2), PESSINA (3) e LOLLINI (4), tambem o furto sacrilego, em que se applicava a pena capital, era naquellas ultimas que consistia a sanção normal do furto. Prescrevia o legislador, cujo maximo cuidado fôra posto na disciplina do furto de animaes, o pagamento ao lesado, a titulo de indemnização, do duplo, do quadruplo ou do quintuplo do valor da cousa furtada (5), além da restituição d'esta, parecendo que a pena do quintuplo só era applicavel quando concorrem circumstancias aggravantes (6). Esta fórma economica do talião, intelligente applicação do principio biblico — «*oculum pro oculo, dentem pro dente*, . . . » (7) era substituida pela fórma coer-

(1) *L'évolution juridique* cit., pag. 284.

(2) MANZINI, *Trattato del furto* cit., pag. 126.

(3) *Elementi* cit., vol. II, pag. 189; MERLAN (*Repertoire*, vb. *vol*) e MORAND [*Des vols domestiques*, Paris (L. Larose), 1899, pagg. 16 e 17] affirmam, contra o que os textos auctorizam, que entre os hebreus «tout voleur était condamné à mort». Vid. DESJARDINS, *Traité du vol* cit., pagg. 26-35, praec. pag. 27.

(4) *Sul reato di furto* cit., pag. 20.

(5) «L'Écriture, observa PASTORET, dit quelquefois le septuple, mais ce mot ne signifie pas toujours sept fois la valeur; il est souvent pris indéfiniment en hebreu».

(6) DESJARDINS, *Traité du vol* cit., pag. 28.

(7) Exodo, xxii. Vid. FARELL O'REILLY, *Du vol*, CAEN (Blanc-Hardel), 1878, pag. 3.

citiva de servidão temporaria pessoal, no caso em que não se effectuasse, por parte do lesado, a restituição da cousa furtada: obtinha-se assim, mediante o trabalho do condemnado, o cumprimento pecuniario da pena (1). HERODES veio depois, como informa THONISSEN (2), ordenar que o hebreu convencido de furto fosse vendido como escravo, ao estrangeiro.

Mas a sanção religiosa tinha efficacia para impedir a juridica e repressiva do furto, e até, como se lê no LEVITICO (3), o arrependimento do ladrão, manifestado na confissão publica e em sacrificios expiatorios, trazia a impunidade do réo.

Mas, em garantia do lesado, a isenção da pena era subordinada á restituição espontanea da cousa roubada (4). Por ultimo, devemos notar que a legislação hebraica não pune, em regra, os furtos minimos (5), e que se reputava commettida em le-

(1) EXODO, XXI, 2, XXII, 8 in fine; DEUTERONOMIO, XV, 12; GEN, XXXI, 32; JEREMIAS, XXXIV, 14; JOSUÉ, VI, 18, 19.

(2) *Étude sur l'histoire du droit criminel des peuples anciens*. Bruxellas-Paris (Christophles Durand, Lauriel), 1869, t. II, pag. 212.

(3) VI, 3.

(4) LEVITICO, VI, 1-7. Vid. LOMBROSO, *L'homme criminel* cit., t. I, pag. 88.

(5) DEUTERONOMIO, XVI, 19; XXVII, 19; EXODO, XXII, 25. Vid. FISZI, *I furti privilegiati* cit., pag. 36.

gitima defesa a morte, em flagrante, do ladrão nocturno.

12. Na Persia, ZOROASTRO, reconhecendo sem limitações o direito de propriedade, baseou o principio da penalidade sobre o duplo criterio de offensa á divindade e á ordem social. Simultaneamente crime e peccado, o furto era severamente punido: o auctor do furto simples era obrigado á restituição do duplo do valor da cousa roubada, açoutado e mutilado; o de furto qualificado, em razão do valor ou do modo por que era consummado, era submettido a rigorosas penas corporaes, que chegavam, por vezes, ao extremo supplicio. O mesmo succedia no caso de reincidencia (1).

13. Desde os tempos primitivos da civilização hellenica, a existencia de preceitos destinados a garantir a propriedade individual, reprimindo o furto, é attestada nos cantos de HOMERO e de HESÍODO (2). Mas documentação historica positiva da repressão do furto só a temos nas legislações de Esparta e Athenas.

(1) PASQUALE, *Dei reati* cit., pagg. 28 e 29.

(2) Vid. DESJARDINS, *Traité du vol* cit., pag. 36 e segg.; PUGLIA, *L'evoluzione storica e scientifica del diritto e della procedura penale*, Messina (Fratelli Messina), 1882, pag. 56 e segg.

Legitimando, porventura, um costume anterior, que MONTESQUIEU (1) faz derivar das tradições dos cretenses, a constituição de Lycurgo deixava impune o furto, na informação de XENOPHONTE e PLUTARCHO (2), permitindo-o como modo de aquisição dos meios de subsistência; e só na hypothese, em que o auctor do furto fosse surprehendido em flagrante delicto, era submettido ás penas de jejum e de flagellação.

A permissão do furto, explicavel pela constituição da propriedade e pela organização exclusivamente militar de Esparta, e que se manteve até que, com a accumulção de riquezas, se fez sentir a necessidade de garantir efficazmente o direito de propriedade, repugnou sempre á consciencia atheniense que, pela bocca de PLATÃO (3), energicamente estigmatizava todas as violações do patrimonio alheio.

A legislação de Athenas apresenta dois momentos na repressão do furto: o systema feroz de DRACON, porventura compilação de costumes juridicos anteriores (4), que pune com a pena de morte todos

(1) *Esprit des lois*, liv. XXIX, chap. 13.

(2) Vid. CRIVELLARI, *Dei reati contra la proprietà* cit., pagg. 8 e 9.

(3) *Leges*, VIII.

(4) Contra esta opinião, defendida por THONISSEN, que falla «de la jurisprudence implacable à laquelle DRACON

os auctores de crimes de furto, sem attenção ás circumstancias do facto nem ao objecto do furto, e a construcção juridica do furto nas leis de SOLON.

O conceito do furto, na legislação reformada por SOLON, como, mediante os discursos dos oradores, chegou até nós, estendia-se além do significado puramente juridico, abrangendo o peculato, a má gestão dos tutores; mas, não obstante esta imprecisão formal, a repressão do furto em sentido proprio deriva com sufficiente exactidão da substancia dos factos.

O criterio geral da penalidade era a applicação, a todo o furto, da pena pecuniaria, que, segundo AULO GELLIO (1), consistia no pagamento de uma somma representativa do duplo do valor da cousa roubada. Mas DEMOSTHENES (2), notando a existencia de penas accessorias (3) para todos os casos,

s'est montré fidèle», e a que parece adherir DESJARDINS (obr. cit., pag. 71), pronuncia-se abertamente MANZINI (obr. cit., pag. 189), escrevendo que a legislação dracônica «non fu il prodotto spontaneo di norme sorte dal precedente costume, ma fu opera soggettiva di quel fanatico sanguinario, il cui nome suonò sempre nei secoli d'opprobrio».

(1) *Noctes Atticae*, lib. XI, c. 18, n. 5.

(2) Vid. MANZINI, *Trattato del furto* cit., pag. 193.

(3) PESSINA, *Elementi di diritto penale* cit., pagg. 190 e 191.

restringe a indicada por aquelle nem sempre exacto compilador ao caso de restituição do objecto do furto; quando não se effectuava esta restituição, era elevada ao decuplo. Era facultativa a applicação das penas corporaes, que incumbia ao tribunal popular.

A benignidade do systema de SOLON, saliente a respeito do furto simples (1), cedia o logar a excessivo rigor, quando se dava o concurso de circumstancias aggravantes. Assim, o valor da cousa roubada (quando excedente a cincoenta drachmas) o tempo em que era commettido o furto, o logar (lyceu, academia, gymnasios, banhos, agora) (2) e este combinado com o valor, o objecto do furto (escravos e homens livres, armas,apparelhos de navios, objectos de vestuario, objectos sagrados), o emprego de certos meios (abertura de muro), augmentando a quantidade natural e politica do

(1) O furto simples, commettido em damno de um particular, era considerado pelo legislador attico como um crime estranho á ordem publica; a circumstancia da violencia, implicando o pagamento de multa ao estado, faz consideral-o como lesivo das condições de segurança geral.

(2) DEMOSTHENES (contra TIMOCRATES): «Si quis item e balneis, e lyceo, aut academia aut cynosargo vestem, aut lagunculam, aut quidquam aliud minimi pretii, aut supellectilem e gymnasiis, aut portubus surripuerit supra X drachmas, huic quoque mors poena esto».

crime, determinavam a applicação da pena de morte. Havia casos especiaes de aggravação que sómente se verificavam com circumstancias peculiares de maior imputabilidade politica do facto, como a pena de morte applicada aos que roubavam fructos, com o intuito de impedir a invasão dos jardins. No caso de furto de cousas publicas, applicava-se, em regra, a pena de morte, excepcionalmente a pena pecuniaria.

Nos casos de furto com violencia de furto nocturno, o direito atheniense permite a morte do ladrão por legitima defesa, que era, todavia, necessario provar perante o *Delphinium*.

14. Poucos povos levaram tão longe como os romanos o culto da propriedade, nenhuma legislação nos apresenta um tão perfeito conjunto de disposições para a repressão do furto.

Fazendo remontar ás XII taboas as primeiras leis relativas ao furto, não desconhecemos que, representando o *Carmen decemvirale*, verosimilmente, como nota LANDUCCI (1), a codificação dos costu-

(1) *Storia del diritto penale romano*, Padova-Verona, 1898, pag. 909. Sobre a originalidade das XII taboas: PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, volume primo, *La costituzione e le fonti del diritto*, Innsbruck (Wagner), 1905, pagg. 41-51; ANTONIBOX, *Studi sulla legislazione decemvirale*, Torino, 1895, pag. 45 e segg.

mes precedentes, especialmente do direito familiar, se pôde conjecturar que a propriedade mobiliaria, então, a verdadeira força economica da familia, fosse já tutelada com as sanções da vindicta ou da transacção amigavel (*compositio*). Assim pensa MOMMSEN (1).

A coerção familiar romana que representa uma causa genetica e uma função integradora da justiça publica, marca, pela disciplina da *noxa*, a transição da primitiva vindicta individual para a repressão do estado; e este processo evolutivo encontra uma forma statica transitoria eloquente nas XII taboas (2), em que o direito de vindicta é limi-

(1) *Römische Geschichte*, Leipzig, 1899, vol. I, c. XI, t. I, pag. 106.

(2) Na *Tabula II* encontram-se as principaes disposições relativas ao furto:

Si nox furtum faxit, sine aliquis occisit jure caesus esto.

Si lucem furtum faxit, sine aliquis endo ipso capsit verberator ilique, cui furtum factum escit, adicitor.

Servus, virgis caesus, saxo deicitor.

Impubes, Praectores arbitrato verberator, noxiamque decernito.

Si se telo defensint quiritato endoque plorato; post deinde si caesi escint, se fraude esto.

Si furtum lance licioque conceptum escit, atque ut manifestum vindicator.

Si adorat furto, quod nec manifestum escit, duplione decidito.

tado ao caso do furto nocturno e ao do manifesto, quando haja resistencia do offensor.

N'ellas encontramos a distincção do *furtum manifestum* e *nec manifestum*, que era fundada não sobre a diversidade do modo de perpetração do crime de furto, mas sobre a accidentalidade da surpresa do ladrão em flagrante, *cum refurtiva antequam eo detulerit, quo deferre eo die destinaverat* (1). A pena do *furtum manifestum* era a escravidão para o homem livre, a *precipitatio* e *saxo* para o escravo; o *fur nec manifestus* era punido com a pena do duplo (2).

Si juri alienas arbores caesit, in singulas xxv aeris luito.

Si pro fure damnum decisum escit, furti ne adorato.

Furtivae rei aeterna auctoritas esto.

Na *Tabula VII*, que tracta *De delictis*:

Si tutor dolo malo gerat vituperato, quandoque finita tutela escit, furtum duplione luito.

Na *Tabula XII*, complemento d'aquella:

Si servus sciente domino furtum faxit, noxiamque nox, noxae dedito.

Vid. PASQUALE, *Reati*, cit., pag. 21 e segg.

(1) *Gaius*, III, §§ 184, 189, 190. Contra a opinião de CARRARA [*Sul vere origini del furto audace*, apud *Archivio giuridico*, diretto da Serafini, Pisa (Archiv. giuridico), 1872, vol. XXI, pag. 1 e segg.] sustenta GULLI (*Sul furtum manifestum*) que o *furtum manifestum* era caracterizado pela surpresa *in flagrante* e não pela audacia.

(2) ORTOLAN [*Explication historique des Institutes*, Paris

O mesmo criterio da prova informava outras especificações do furto: assim o *furtum conceptum*, *oblatum*, *prohibitum* e *non exhibitum*, respectivamente aquelle em que a *res furtiva* era encontrada mediante a cerimonia *per lancem et licium* (1); ou em que a cousa era offerecida pelo ladrão a terceiro, para que não fosse encontrada na propria casa; ou em que o presumido auctor do furto impedia a *quaestio* da *res furtiva* em sua casa, submettendo-se, voluntariamente, á sancção penal; ou em que elle se recusava a entregar a cousa furtada, encontrada, com testemunhas, em sua casa. Nos dois primeiros casos, o furto era punido com a pena do

(Plon), 1883, 12.^a ed., t. II, pag. 427] explica a differença de penalidade pelo «instinct grossier des pénalités primitives, qu'est de frapper avec plus d'emportement le coupable pris sur le fait, parce que la culpabilité est alors plus évidente...». Vid. VON IHERING, *De l'esprit du droit romain*, cit., t. I, pag. 129; LETOURNEAU, *L'évolution juridique* cit., pag. 367.

(1) Sobre esta cerimonia, que FESTUS assim explicara: «Lance et licio dicebatur apud antiquos, quia qui furtum ibat quearere in domo aliena, licio cinetus intrabat, lancemque ante oculos tenebat propter matrum familias, aut virginum praesentiam», divergem os eruditos. Vid. MANZINI, *Trattato del furto*, cit., pagg. 221-224; GULLI, *Del furtum conceptum secondo le XII tavole e la legislazione posteriore*, apud *Archivio giuridico*, vol. XXXIII, pag. 107 e segg.

triplo; nos dois ultimos, com a do furto domestico (1).

A *actio furti* competia exclusivamente ao *dominus*; a transacção (*pactio*) entre o auctor do furto e o lesado excluia o direito de acção. A *res furtiva* não podia ser adquirida pela *usucapio* (2).

O rigor do direito decemviral foi suavizado pela equidade dos pretores, que, nos seus editos, fixaram doze formulas para os diversos casos de furto (3), prohibindo a *addictio in servitute* do auctor do furto (*lex Paetilia*) e a fustigação (*lex Porcia*), que foi substituida pela pena pecuniaria (quadruplo do valor da *res furtiva* para o *furtum manifestum*, duplo para o *nec manifestum*, triplo para as restantes hypotheses).

A applicação dos criterios do direito privado ao furto alargou a primitiva noção, comprehendendo a *appropriatio indebita* e o *furtum possessionis* (4),

(1) Sob a penalidade do furto domestico: MORAND, *Des vols domestiques* cit., pagg. 21-26.

(2) Vid. FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto in diritto romano nei suoi rapporti colla teoria del possesso*, apud *Archivio giuridico*, 1891, t. XLVII, pag. 423-471.

(3) Vid. o commentario d'essas formulas, cinco das quaes não contêm modificação substancial, em LANDUCCI, *Storia del diritto penale romano*, cit., pagg. 913-914.

(4) Vid. sobre a origem do *furtum usus vel possessiones* MUZIO PAMPALONI, *Studi sopra il delitto di furto*, Torino

ao mesmo tempo que as necessidades da pratica começavam a abalar o velho principio de que *rei hereditariae furtum non fit*. O conceito da participação, elaborado lentamente na primitiva noção complexa do furto, adquiriu, pouco a pouco, caracteres autonomos, affirmando-se sob o aspecto da participação physica (1). Falta, porém, ainda a noção de tentativa.

A disciplina juridica do furto completa-se sob o imperio. A definição de PAULUS resume a theoria romana do furto nesta ultima phase: «*Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius, rei vel etiam usus ejus possessionisve*». Analysa-se minuciosamente o elemento da *contrectatio*; mantem-se a limitação do furto ás *res mobiles*; disciplina-se o concurso de delictos; suppre-se

(Fratelli Bocca), 1894, fascicolo I, pagg. 115-191; MANZONI, *Trattato del furto*, cit., pag. 297-300.

(1) É no inicio do imperio que começa a comprehender-se em alguns crimes a hypothese da participação intellectual, obtendo-se, assim, o pleno conceito da cumplicidade. *Is cujus dolo malo; is cujus ope consilio dolo malo factum sit* — diz-se em varios textos: l. 15, pr., D., ad leg. Jul. de adult., XLVIII, 5; l. 1, § 1; l. 10, D. ad leg. Jul. maiest., XLVIII, 4.

O processo evolutivo do pensamento juridico romano, acerca do conceito da participação, foi superiormente illustrado por PAMPALONI, *Studi cit.*, fascicolo II, I, Torino (Fratelli Bocca), 1900, pagg. 3-15.

a lacuna referente aos bens da herança jacente com a criação do *crimen expilatae hereditatis*; aperfeiçoa-se a doutrina da participação e do encobrimento; restringe-se o direito de legitima defesa aos casos de pura necessidade; regula-se o encobrimento e torna-se menos incerta a noção da tentativa.

A *actio rerum annotarum*, destinada a evitar a pena infamante do furto pelas subtracções entre conjuges, durante o matrimonio, e o instituto pretorio da *condictio furtiva* são minuciosamente regulados; e, quanto ao exercicio da *actio furti*, que era sempre da competencia do interessado (1), o qual podia escolher ou a *actio penalís ex furto* ou a *condictio ex causa furti*, *condictio furtiva*, pela restituição da cousa, a legislação imperial manda applicar a pena de furto tambem *ex officio*, pela jurisdicção delegada pelo imperador aos *praesides* das provincias.

Na jurisprudencia classica, a theoria do furto é illustrada nos primeiros sete titulos do livro XXXVII do Digesto: é a esta fonte de elaboração juridica dos criterios do furto que recorreremos na investigação analytica d'este estudo (2).

(1) «*Furti autem actio ei competit, cuius interest rem salvam esse*» (§ 13, Inst., de oblig. q. ex del., IV).

(2) Do furto em direito romano occupam-se, entre ou-

15. Ou producto de um estado mental inferior, «faisant peu de compte de la vie humaine et beaucoup au contraire des valeurs d'échange», como quer LETOURNEAU (1), ou, como pensa SUMNER MAINE (2), em virtude do predominio da propriedade mobiliaria sobre a imobiliaria, o conceito do furto entre os povos germanicos apresenta uma extraordinaria amplitude. Comprehendia todos os crimes contra a actividade patrimonial, que se consummavam com a subtracção occulta de coisa movel alheia, exigindo-se, para o furto em sentido proprio (*Diebstahl, diebliches Nehmen*), que a coisa estivesse na posse de alguém (*Gewere*); quando a appropriação não lesava a *Gewere*, surgia a figura distincta da *detentio furtiva* (*Diebliches Behalten*) (3), furto improprio.

tras, as seguintes monographias: RENÉ DUCAMP, *Du vol, de l'action furti en droit romain*, Poitiers (Oudin Frères), 1877, pag. 9 e segg.; SEVAUX, *Étude sur le vol*, Paris, (Alphonse Derenne), 1878, pag. 9 e segg.; BONNARD, *Du vol*, Bordeaux (Duverdiere et C.^{ie}), 1876, pag. 20 e segg.; *De furtis en droit romain*, Paris (Pichon), 1877, pag. 11 e segg.; PASCAUD, *Du furtum en droit romain*, Sancerre, (Pigelet), 1883, pag. 12 e segg.; DESJARDINS, *Traité du vol* cit., pag. 65 e segg.

(1) *L'évolution juridique* cit., pag. 437.

(2) *Codification juridique* cit., pag. 6.

(3) Assim, no caso de não restituição ao proprietario de

Technicamente, a distincção fundamental era a de *furta maiora* e *furta minora*, admittindo-se por vezes, uma terceira categoria, constituida pela subtracção de cousas de valor minimo (*hviniska*). A pena commun era, em regra, a pecuniaria (1), consistindo em um multiplo do valor da coisa roubada, que variava, nas diversas legislações barbaricas, do duplo ao quintuplo e attingindo, por vezes, no direito longobardo o nonuplo.

Além do criterio do valor, que baseava a distincção referida, attendia-se, para a determinação da pena, ás circumstancias do logar (*curtis principis*, templos, moinhos, fabricas), do tempo (em occasião de calamidade publica, etc.), do objecto (homens, vestuario e ornamentos dos cadaveres, gado, arvores, etc.), do modo de perpetração do

coisa achada. Vid. PERTILE, *Storia del diritto* cit., t. IV, pag. 171; t. V, pag. 638 e nota (4). Note-se que nem todas as cousas constituíam, não obstante os requisitos indicados, objecto de furto: «Si quis super tres uvas de vinea aliena tolerit, diz-se no *Editum Rotaris*, componat solidos sex: nam si usque tres tolerit, nulla sit ei culpa». D'aqui deriva HILLEBRAND o hodierno proverbio allemão: *drei sin frei*. FINZI, *I furti* cit., pag. 42.

(1) Já no tempo de TACITO, não obstante o uso da forca, era ella applicada aos ladrões: «Distinctio poenarum ex delicto; proditores et transfugas arboribus suspendunt; sed levioribus delictis pro modo poenarum equorum pecorumque numero convicti multantur». (*De mor. germ.*, c. 12).

furto [com violencia, quer sobre as pessoas (1) — *Raub, Robbaria, Schachum*, quer sobre as cousas (2)] e da reincidencia, que aggravavam o crime (3).

Correspondendo, segundo uns (4), á noção do *furtum manifestum* e recordando a *addictio* da legislação decemvival, abrangendo, segundo outros (5), tambem a hypothese do furto nocturno, o instituto germanico do *fegangi*, applicavel ao ladrão surprehendido *in flagrante*, deixava-o á discreção do lesado, a não ser que se resgatasse por dinheiro: «*et componat octuaginta solidos, haud animae suae incurrat periculum*». Eram excluidos do *fegangi* as mulheres livres (*mulier fegangi esse non potest*), os *servi regii* e os auctores de furto de cousa cujo valor fosse inferior a seis soldos (6).

(1) No primitivo direito germanico, a violencia, longe de aggravar o furto, tornava menos severa a sua sanção. E a ausencia da clandestinidade originava um crime distincto: a rapina. Vid. PERTILE, *Storia del diritto* cit., t. V, pag. 654, nota 107.

(2) «*Si vero clavem effregerit aut adulteraverit...*» (*L. Sal.*, 12). Vid. MASCHKE, *Das Eigenthum in Civil und Strafrecht*, Berlin und Leipzig (Georg Watenbach), 1895, pagg. 237-241.

(3) Vid. PASQUALE, *Reati* cit., pag. 65 e segg.; LETOURNEAU, *L'évolution juridique* cit., pag. 441.

(4) ANDREOTTI, *Contributo storico-giuridico* cit., pag. 31.

(5) MANZINI, *Trattato del furto* cit., pag. 31.

(6) Vid. FINZI, *I furti* cit., pag. 41; LOLLINI, *Sul reato di furto* cit., pag. 27.

Mas, do mesmo modo que no direito romano, modifica-se o conceito da repressão do furto, que de violação do direito privado passa a ser considerado como offensa ao bem publico; e, como consequencia logica, modifica-se a natureza da pena, que de reparação pecuniaria ao lesado passa ás mais rigorosas penas corporaes. Assim na *Constitutio de pace tenenda*, de Frederico I.

16. A noção do furto, segundo o direito canonico, abraça toda a usurpação dolosa dos bens alheios: «*furti enim nomine bene intelligitur omnis illicita usurpatio rei alienae*» (1). Ao lado d'esta singularidade, salienta-se o predominio assignado ao elemento subjectivo na repressão do furto: este, antes de crime, é peccado (2) e, como tal, pertence ao *forum conscientiae*, bastando o simples *affectus furandi* para provocar a *penitentia*.

(1) *Corpus juris canonici*, Pars 2, causa XIV, quaest. V, § 15.

(2) «*Neque molles, neque masculorum concubitores, neque fures, neque avari, neque ebriosi, neque maledici, neque rapaces regnum Dei possidebunt*». (Epist. 1, ad *Corinthios*, cap. VI, 10). D'aqui a justificação, pelos Doutores da Egreja, da repressão leiga, porque «*si passim homines, sibi invicem furarentur, periret humana societas*». S. THOMAZ, 9, 66, a. 6). Vid., sobre o systema penal ecclesiastico, PUGLIA, *L'évolutione storica e scientifica del diritto e della procedura penale* cit., pagg. 85-90.

O elemento juridico caracteristico é o *animus furandi*, que presuppõe no agente o estado de normalidade necessario para proceder livremente: assim presume-se o estado de necessidade, e por consequencia, exclue-se subjectivamente o furto, na hypothese do furto por fome (1).

Tambem o *furiosus*, como isento de dolo, ficava impune (2). E é tambem o estado de necessidade que justifica a permissão, que já a legislação moysaica consignára, da morte do ladrão nocturno, que emprega violencia, como a do ladrão diurno, no caso de defesa da propria vida (3).

(1) «Discipulos cum per segetes transeundo vellerent spicas et ederent, ipsius, Christi vox innocentes vocat, quia coacti fame hoc fecerunt». (Can. 26, de Consecr., dist. 5). Vid. tambem c. 3, x, de furtis, v, 18; c. 4, x, de regulis juris, v, 41. FARINACCIO legitimava o furto por fome pelo consenso presumido do proprietario da coisa subtrahida: «debet credere dominum rei furatae permissurum». Para CARRARA, o estado de necessidade por fome exclue o *animus furandi*, porque o acto tem por fim a propria conservação. Vid. FINZI, *I furti* cit., pag. 37 e segg.

(2) Desinvolvendo o conceito romano do dolo, o direito penal ecclesiastico proclamou que *non datur peccatum nisi voluntarium*, e, ao indicar o elemento subjectivo necessario para a possibilidade do facto criminoso, serviu-se das palavras *dolus et scienter* (c. 22, x, de hom.; c. 6, x, de injuriis, c. 18, x, de sent. excommunic., etc.).

(3) PASQUALE, *Reati* cit., pagg. 72-77; Vid. Sr. Dr. MAR-

O direito canonico distingue no furto a clandestinidade (*occulte auferre*) da visibilidade (*visibiliter eripere*); mas, em antithese com o direito germanico, considera esta como mais criminosa (1), não pela violencia, que não é seu elemento essencial, mas porque suppõe a offensa á pessoa.

Além da *penitentia*, a sancção do furto abrangia a restituição da coisa subtrahida, ou, quando esta não fosse possivel, a reparação pecuniaria do damno.

Mas o furto podia ser aggravado na sua intensidade objectiva pela qualidade da coisa subtrahida, pelo lugar onde era commettido ou pelos meios adoptados para a sua consummação; e ainda se attendia ao sujeito do crime, que, quando clérigo, ficava tambem submettido á *depositio*.

17. Na legislação penal intermedia das nações modernas penetram-se e confundem-se as tradições romanas e as concepções do direito germanico e canonico. A elaboração juridica do furto torna-se inteiramente pratica, e são os juriconsultos que,

NOCO E SOUSA, *A legitima defesa no direito penal português*, apud *Estudos juridicos*, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1903, pag. 294.

(1) «Poenale est occulte auferre; sed multo maioris poenae est visibiliter eripere...». (Can. 13, caus. 14, quaest. 5).

verdadeiras auctoridades legislativas, vêem introduzir aquellas numerosas e subtis distincções e qualificações, que então apresenta a doutrina do furto — resultado da não consideração do aspecto psychico do crime e da consequente necessidade de adaptar aos principios do direito a grande diversidade das condições materiaes. Forma-se, assim, a jurisprudencia dos *doctores (civilisti, canonisti e utriusque juris)*, ou *communis opinio*, que durante mais de dois seculos, dominou a administração da justiça penal (1) e que, no dizer de PUGLIA (2), fez «inondar di sangue le più belle contrade di Europa».

As penas pecuniarias cedem o logar ás corporaes (galés, bando, marca, mutilação, fustigação, morte) e a acção criminal é sempre publica — *quia cum furto concurrebat etiam violatio pacis* (3).

A legitima defesa, justificada pela doutrina do presumido consentimento do proprietario, limitava-se á hypothese de furto nocturno e quando, só por morte do seu auctor, pudesse o lesado reaver o objecto do furto. Era amplissimo o systema das circumstancias aggravantes.

A razão de Estado justificava todas as atroci-

(1) SCLOPIS, *Della auctorità giudiziaria*, Torino (Fontana), 1842, pag. 5 e segg.

(2) *L'evoluzione storica e scientifica* cit., pag. 104.

(3) JULIUS CLARUS, *Sententiarum*, lib. v, § furtum, n. 7, apud PASQUALE, *Reati contro gli averi* cit., pag. 78.

dades, applicando-se a *lex Julia de majestate*, em todo o seu rigor, não só aos casos n'ella contemplados, mas a hypotheses não previstas, por especiosos argumentos de analogia. MENOCHIO ensinava: «*cum agitur de delicto puniendo, lata interpretatio teneri debet*».

Assim, quando, ou em resultado das novas condições economicas, como pensa LORIA (1), ou pela necessidade de romper com instituições que não se adaptavam ao espirito nacional, como quer BERNER (2), ou como traducção de velleidades imperialistas, segundo defende MANZINI (3), as aspirações unitarias em materia de direito penal se traduziram nas ordenanças e constituições, as varias legislações nacionaes acolheram aquellas tradições de severidade penal.

A ordenança de Luiz ix de 1270 (*Établissement de Saint-Louis*), descurando todo o criterio de differença objectiva e subjectiva e de proporcionalidade na repressão do furto, veio, como diz MANZINI (4),

(1) *La sociologie* cit., pagg. 127 e 128.

(2) *Trattato di diritto penale* cit., pag. 181.

(3) *Trattato del furto* cit., pag. 496.

(4) Obr. cit., pag. 547. Artisticamente bella e psychologicamente assaz expressiva é esta ameaça dos *Établissements*: «Celui qui enlève de force l'habit ou la bourse des passants sur la voie publique ou dans les bois doit être pendu, ensuite trainé (à queue d'âne ou de cheval); puis tous ses

«quasi unificar os direitos locais na ideia da força»; a constituição criminal de Carlos v (*Keiser Karls des funfften und des heiligen Römischen Reichs peinlich gerichtordnung*), base do direito e do processo penal da Allemanha e da confederação helvética, punia com a pena capital o auctor do furto commettido *in loco insigni* ou de furto violento ou de terceiro furto simples (1); a constituição penal de Fernando i de 26 de abril de 1532 (*Gemeine Landtornung*); a constituição de Fernando iii, de 30 de dezembro de 1556 (*Neue Peinliche Landgerichtsordnung in Oesterreich unter der Enns*); e a *Constitutio criminalis Theresiana*, compilação das leis locais austriacas de 31 de dezembro de 1768, prescreviam a pena de morte para o furto de valor superior a 25 florins, o furto domestico e o terceiro furto simples e leve (2); e, segundo a ordenança

meubles confisqués au profit du baron, sa maison rasée, ses terres ravagées, ses prés brûlés, ses vignes arrachées, ses arbres depouillés de leur écorce». Vid. MORAND, *Des vols domestiques* cit., pagg. 33 e 34.

(1) PASQUALE, *Reati contro gli averi* cit., pag. 79 e 80; LOLLINI, *Sul reato di furto* cit., pag. 36; PRINS [*Science pénale droit positif*, Bruxelles-Paris (Christoffe, Marese), 1899, pag. 10], diz que a constituição de Carlos v é «sur-tout une œuvre de conciliation et de moderation» (1).

(2) Art. 94.º § 10.º: «Die gemeine Diebstähle, so deren einer oder mehrere zusammen sich auf 25 fl. belaufen»;

francêsa de Francisco i, de 1839 «*sur les voleurs et gretteurs des chemins*», podia ser infligida a pena de morte áquelle que fosse encontrado disfarçado com armas (1).

Tambem no antigo direito inglês existia para o crime de furto (*larceny*) uma severissima escala penal: bastava que o valor do objecto do furto excedesse quarenta schillings (*felony*) para ter logar a pena de morte e a mesma pena era applicavel ao furto com violencia (*robbery, burglary*) (2).

No antigo codigo geral das leis russas (*Sobornae Ulozine zakonn*), «antigo como Mosca, patriarchal como o povo russo, terrivel como a colera do tzar», e em que transparece bem a corrente de crueldade

§ 11: «Die schon vorher wegen kleiner Diebstählen zweimal gebüßt worden, das dritte mal gestohlen haben, obgleich alle solche Diebstähle zusammen sich nicht auf 25 fl. erstrecken (sind) mit dem Strang (zu straffen)». Exigia-se, como se vê, que as duas anteriores condemnações tivessem sido cumpridas.

(1) Vid. MANZINI, *Trattato del furto* cit., vol. ii, pag. 552; FARELL O'REILLY, *Du vol.* cit., pagg. 27-35.

(2) BLACKSTONE, *Commentaries on the law of England*, London (Benham and Reeve), 1854, book i, ch. 17, pag. 232 e segg.; MANZINI, *Trattato del furto* cit., pagg. 619 a 637; PESSINA, *Elementi di diritto penale* cit., t. ii, pag. 200; CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale* cit., vol. iv, pag. 60.

asiatica que a dominação tartara transfundiu na primitiva legislação penal (*Russkaia pravda*), o furto era punido, segundo os casos, com o carcere, com a pena de mutilação ou com a inflicção do *grande-knut* e a reincidência e o furto violento sempre sujeitos á pena capital (1). Na Polonia, o furto, originariamente reprimido segundo o criterio do talião economico, foi, desde Casimiro, o grande, punido com a pena capital (2).

O antigo direito hungaro punia o furto com a escravidão e com a perda de determinado peso da propria carne; no caso de reincidencia, applicava-se a pena capital (3). O codigo das *Siete Partidas* (1265), que, em materia de imputabilidade, representa notavel progresso sobre o direito canonico, pune o furto simples com marca e seis annos nas galés, o segundo com cem açoutes e galés perpetuas, o terceiro com a morte, pena esta tambem applicavel ao furto commettido na via publica ou com violencia (4). Na legislação estatutaria italiana,

(1) MANZINI, *Trattato del furto* cit., vol. II, pagg. 643 a 663.

(2) DE MAURO, *Del furto* cit., vol. I, pag. 106.

(3) PESSINA, *Elementi di diritto penale* cit., vol. II, pag. 200.

(4) Assim, não pune a actividade criminosa que não se traduza em actos, porque «los primeros movimientos que moven el corazon del home non son en su poder» (Par-

em que a repressão do furto se apresenta quasi exclusivamente publica e criminal, e em que são evidentes os vestigios das penas atrozissimas do direito bysantino, sanccionava-se, em regra, o crime de furto com a pena de fustigação, applicando-se a pena de morte ao terceiro furto e ainda ao segundo e ao primeiro, quando acompanhado do crime de incendio ou commettido em logar privilegiado, ou que tivesse por objecto *res sacrae* ou pertencentes ao estado, ou, finalmente, quando fosse commettido em occasião de calamidade publica (1).

18. Esta crueldade para os crimes contra a actividade patrimonial, tornada ainda mais grave pela venalidade e ignorancia dos juizes, que, peores do que os delinquentes, VOLTAIRE appellidava de «*barbares en robe*», e pelas imperfeições do processo, mantem-se até ás reformas legislativas da segunda metade do seculo XVIII (2). E, quando, com BECCA-

tida VII, tit. 5, ley 5). Igual preceito se lê na *Nueva recopilación* d'esta lei (1567), que vigorou até ao seculo XIX.

Vid. PACHECO, *Comento*, Madrid, 1848, t. I, pag. 48.

(1) DE SIMONI, *Del furto e sua pena*, pag. 18; PERTILE, *Storia del diritto italiano* cit., t. V, pag. 256; FINZI, *I furti privilegiati* cit., pag. 59 e segg.

(2) «*Quis enim non horreat, dicit indignado RENAZZI (Elementa juris criminalis, lib. IV, cap. XI, § 8), videns eum, qui plures abstulit tennes, vilesque res, aut semel*

RIA (1), se abre o glorioso cyclo scientifico, em que, com a reintegração dos direitos do individuo em

certam quandam pecuniae quantitatem furatus est hodiernis legibus laqueo puniri?». E, na sua *Utopia*, escrevera THOMAS MORUS: «decernuntur furto horrenda supplicia multo potius cum providendum foret, ut aliquis esset proventus vitae, ne cuiquam sit tam diva furandi primum, dehinc pereundi necessitas».

E, em concordancia com ALCIAT e CLARUS, RENAZZI e MATHAEUS, PATRIZI escrevia: «pessima jam invaluit consuetudo ut minimarum rerum etiam fures morte plectantur». Vid. PASQUALE *I reati contro gli averi* cit., pag. 81 e segg.; SCHUPFER, *Storia del diritto italiano*, Città di Castello, 1895, pag. 650; GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français* cit., t. I, pag. 86, nota 5.

(1) Com o livro *Dei delitti e delle pene*, publicado em 1764. Vid. CESARE CANTÙ, *Beccaria et le droit pénal*, *Essai*, trad. par JULES LACOMTE et C. DELPECH, Paris (Firmin Didot), 1886, pag. 5 e segg. Mas, já no seculo VII, um precursor — GROTIUS (*De jure pacis ac belli*), e, mais tarde, THOMASIIUS (*Institutiones juris naturalis*) e WOLF combatem, em nome do direito natural, o formalismo estreito da justiça repressiva; e KANT e FICHTE projectam sobre o empirismo feroz do direito penal do seu tempo a luz da liberdade moral. Como em França os encyclopedistas, tambem, na Inglaterra, BENTHAM viria, calcando a doutrina de HOBBS e LOCKE, protestar, baseado no principio da utilidade, contra os horrores da doutrina da expiação. Vid. PUGLIA, *L'evoluzione storica e scientifica* cit., pag. 111 e segg.; GREGORACI, *Della riparazione del danno* cit., pagg. 4-6.

face do despotismo absoluto do estado, se modificam profundamente as condições da justiça penal, censurou-se, como um dos mais salientes vicios do velho systema, a prodigalidade das penas de mutilação e extremo supplicio, especialmente em materia de furto.

Propugna-se, como meio de reprimir o furto «il delitto della miseria e della disperazione» (1) a restricção da liberdade pessoal, em lugar da tortura, que era abolida; e, ao mesmo tempo que se repelle a importancia excessiva ligada ao valor e natureza do objecto do furto, substitue-se ao conceito especial da reincidencia, como aggravação excepcional do furto até ao extremo supplicio, a theoria geral da reincidencia no crime.

Abraçadas por Leopoldo, gran-duque da Toscana (constituição de 30 de novembro de 1786) (2),

(1) BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, coi commenti del VOLTAIRE et altri opuscoli interessanti di vari autori, Basano, MDCCXXXIX, tomo primo, pag. 104.

(2) «Abbiamo finalmente riconosciuto, dizia PEDRO LEOPOLDO no preambulo da sua ordenança sobre a reforma das leis penaes, che la mitigazione delle pene congiunta con la più esatta vigilanza per prevenire le ree azioni, e mediante la celere spedizione dei processi e la prontezza e sicurezza della pena dei veri delinquenti, invece di accrescere il numero dei delitti ha considerabilmente diminuito il più comuni, e renduto quasi inauditi gli altri».

José II de Austria (codigo geral dos delictos e penas de 13 de janeiro de 1787), Frederico, o grande, (Direito geral prussiano de 1794) e Catharina II (1) estas ideias que FACHINEI (2) denominava de «odioso novità dei tempi», vieram ellas a informar toda a ulterior elaboração scientifica do furto; e, por via da legislação da revolução franceza em que o individualismo triumphou (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, nemo damnetur nisi per legale iudicium*) (3), foram consignadas nos codigos modernos.

(1) Vid. *Instructions adressées par sa Majesté l'impératrice de toutes les Russies à la commission*, etc., trad. de l'allemand, Petersbourg, MDCCCLXIX, pagg. 33-40.

(2) No livro *Note e osservazioni sul libro «Dei delitti e delle pene»*, que provocou a soberba refutação de BECCARIA, na *Risposta ad uno scritto che s'intitola «Dei delitti e delle pene»*, apud *Dei Delitti e delle Pene* cit., t. II. Sob o aspecto juridico, salientaram-se, na critica feita á obra de BECCARIA, JOUSSE (*Traité de la législation criminelle de France*) e MUYART DE VOUGLANS (*Réfutation du traité des délits et des peines de Beccaria*).

(3) Sobre o movimento individualista no seculo XVIII e a sua influencia na revolução franceza, veja-se HENRY MICHEL, *L'idée de l'État*, Paris (Hachette et C.^{ie}), 1898, pag. 30 e segg.

§ 2.º

Synthese das legislações

- SUMMARY: — 19. — A revolução franceza e a nova phase da justiça penal. Systema que seguimos nesta synthese legislativa.
20. — Elemento material do crime de furto; criterios legislativos. Especialidades.
21. — Factor psychologico do crime de furto; elementos que abrange. Diversidade das legislações.
22. — A penalidade do furto e suas circunstancias modificadoras.
23. — Furto violento e circunstancias que influem n'esta qualificação.
24. — Furto modificado por circunstancias que não constituem violencia: a) criterio do valor; b) criterio da qualidade da cousa; c) criterio da qualidade do auctor do furto; d) criterio do tempo; e) criterio do logar; f) criterio dos meios de execução.

19. Com as reformas legislativas da revolução, a innovação especulativa tornou-se, de uma maneira decisiva, innovação activa e real. Reflectindo as doutrinas do contracto social, o codigo criminal de 25 de setembro — 6 de outubro de 1791, obra principal da Assembléa constituinte, se não accusa, sob o aspecto technico, progresso sensível a respeito da legislação anterior, distancia-se immensamente d'ella sob o ponto de vista humanitario: para

o furto simples prescreve penas correccionaes, para o qualificado (com violencia, em casa de habitação, domestico, etc.) estabelece a pena de oito a vinte e quatro annos de trabalhos forçados. Pela primeira vez se definia claramente o conceito da cumplicidade no furto; a tentativa não era punida (1).

Mas a lei de 26 floreal anno v comminou de novo a pena de morte para o furto qualificado, augmentando, em geral, as penas estabelecidas no codigo de 1791; e, depois de successivas modificações, em que são de notar a da lei de 22 floreal anno iv, que declarou punivel, como o furto consummado, a simples tentativa; a lei de 26 floreal, anno v, que restaurou a pena de morte para o furto violento; a de 29 nivose anno vi, que estendeu esta pena a quasi todas as hypotheses de furto qualificado — foi publicado o codigo de 1810, actualmente em vigor (2).

O pensamento dominante d'este codigo, em que

(1) Vid. a secção II, do titulo II, parte III, do citado codigo. Sobre as reformas penaes realizadas em França no periodo revolucionario: PUGLIA, *L'evoluzione storica e scientifica cit.*, pag. 138; FARELL O'REILLY, *Du vol cit.*, pagg. 36-46.

(2) Sobre legislação penal posterior ao codigo: GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français cit.*, t. I, pag. 93-102.

tão claramente se revela a influencia do despotismo imperial e das doutrinas utilitarias do tempo, foi a prevenção dos crimes mediante o terror do castigo, determinando-se a sua gravidade, não sob o ponto de vista intrinseco da justiça violada, mas sob o aspecto extrinseco do perigo social. Relativamente aos crimes contra a actividade patrimonial, traduzia-se essa orientação em um complicado systema de penas que vão desde a prisão correccional até ao extremo supplicio.

A partir d'este momento, e porque, no movimento geral da reforma das leis penaes, saliente é a influencia do codigo de 1810, como foi constatado por ORTOLAN (1), determinando até, como fonte legislativa, uma das correntes da legislação penal europeia (2), procuraremos abraçar as varias legislações no seu conjuncto, substituindo á ordem geographica, á *justaposição de legislações*, como lhe chama VON LISZT (3), o confronto dos systemas ju-

(1) *Cours de législation pénale comparée*, Paris (Joubert), 1841, pag. 39.

(2) Vid. sobre a influencia da codificação franceza na legislação dos estados europeus e americanos, ALVAREZ, *Une nouvelle conception des études juridiques*, Paris (Chevalier-Marescu, Pichon), 1904, pag. 52-59.

(3) *Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in Rechtsvergleichender Darstellung*, Berlin (Otto Liebmann), 1894, 1. Band, pagg. XXX-XXV. Sobre a funcção do direito compa-

ridicos relativos ao furto, attendendo já ao seu conteúdo, já ao aspecto technico. Faz-se sobresahir assim, como escreve o Sr. Dr. MARNOCO E SOUSA (1), os centros em volta dos quaes gravitam as legislações, mostra-se as tendencias da evolução e evita-se repetições inuteis e fastidiosas.

E reconhecendo com MANZINI (2) e PUGLIA (3), contra TUOZZI (4), THOMAZ ALVES JUNIOR (5), COSTARELLI (6), a impossibilidade da comparação, em complexo, das diversas noções do furto, pela heterogeneidade dos seus elementos constitutivos, con-

rado: ROGUIN, *Traité de droit civil comparé*, Paris (Chevalier-Maresq, Pichon), 1900, pagg. 6 e 7; LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, Paris (Giard et Brière), 1903, pagg. 8-15 e 892 e segg.; VIDAL, *Cours de droit criminel* cit., pagg. 72 e 73; RAFAEL ALTAMIRA, *Historia del derecho español*, Madrid (Victoriano Suarez), 1903, pag. 49 e segg.

(1) *Execução extraterritorial das sentenças civeis e commerciaes*, Coimbra (França Amado), 1898, pag. 64.

(2) *Trattato del furto* cit., Parte seconda, vol. secondo, sezione prima, pag. 8.

(3) *Delitti contra la proprietà* cit., pag. 41.

(4) *I reati contro gli averi* cit., pag. 91 e segg.

(5) *Annotações theoricas e praticas ao codigo criminal*, Rio de Janeiro (B. L. Garnier), 1883, t. III, pag. 623 e segg.

(6) *Del furto, studio delle legislazioni europée comparate al codice del regno d'Italia*, CATANIA, 1870, pag. 151 e segg.

sideraremos estes separadamente. E, pois que a definição romana do furto informou, ainda que limitada quanto á intenção do agente, as definições ou noções descriptivas do furto nas leis penaes contemporaneas (1), ligar-nos-hemos aos elementos naquella contidos.

20. O primeiro elemento essencial do furto —, a força physica subjectiva ou elemento material do crime, como se exprimem os criminalistas modernos, e que os romanos traduziam, como vimos, na palavra *contrectatio*, não tem, nas modernas legislações, uma designação exclusiva.

Desconhecendo os dois momentos que a noção romana encerra (*rei alienae apprehensio* e *amotio de loco ad locum*) (2), um duplo grupo de legislações reduz a substancialidade objectiva do crime de furto

(1) A noção do furto falta no codigo penal da Dinamarca (*Almindelig borgerlig Straffelov*), de 10 de fevereiro de 1866: cap. 23-26 (*Tyveri og Ran*); na lei penal sueca (*Straffelag*) de 16 de fevereiro de 1864: cap. XXII; no codigo penal sardo, de 1859: artt. 596.º-639.º; na lei criminal de Hongkong, de 1860: cap. 34-36; no antigo codigo penal napolitano; artt. 407.º-460.º; Vid. JAMES FITZ-JAMES STEPHEN, *A digest of the criminal law*, London (Macmillan and Co), 1883, third edition, pag. 5 e segg.; *Von Liszt und Crusen, Die Strafgeseztgebung* cit., I Band, pagg. 207 e 244; II, Band, pagg. 334-338.

(2) HÉLIE, *Théorie du code penal* cit., n.º 2163.

a cada um d'aquelles elementos, fazendo coincidir o momento da sua consummação, já com a *amotio*, com a simples mudança do logar da cousa, já com a pura *rei apprehensio* (1).

Ao primeiro grupo respeitam o código penal austriaco (*Kaiserliches Patent vom 27. Mai 1852*): §§ 171-189; o de Friburgo (*Code pénal du Canton de Fribourg du 1.^{er} janvier 1874*): liv. III, tit. IX, art. 230.^o; o de Schaffhausen (*Strafgesetz für den Kanton Schaffhausen vom 3. April 1859*): § 209; o de Lucerna (*Kriminalstrafgesetze vom 29. Wintermonat 1860*): § 191; o de Oberwalden (*Kriminalstrafgesetz für den Kanton Unterwalden ob dem Wald, vom 20. Weinmonat 1864*): §§ 99-104.

Ao segundo, o código penal da Colombia (*Código penal de la Republica de Colombia, 18 octubre 1890*): art. 792.^o; o allemão (*Das Deutsche Strafgesetzbuch, 1. Januar 1871*): § 242; o hungaro (*Das ungarische*

(1) MANZINI, (*Trattato del furto cit.*, p. II, t. II, pag. 8) distingue nas legislações penaes tres criterios substanciaes quanto ao acto material constitutivo do furto: «criterio del sottrarre, del togliere e dell'impossessamento», que PUGLIA (*I delitti contro la proprietà cit.*, pagg. 43 e 44) reduz ao primeiro e ultimo. Nenhum dos systemas corresponde porém á diversidade legislativa. ALVES JUNIOR (*Anotações cit.*, pag. 630) nota a differença de expressões — subtrahir, apoderar, tomar, desviar, tirar, nas leis que enumera, sem, todavia, tentar o agrupamento d'estas.

Strafgesetzbuch über Verbrechen und Vergehen vom 29. Mai 1878): § 333; o da Bulgaria, de 2 de fevereiro de 1896: § 313; o hespanhol (*Código penal de España, 18 de Junio 1870*): art. 530.^o, n.^o 1; o de Berne (*Strafgesetzbuch für den Kanton Bern vom 30. Januar 1866*): § 209; o de Turgovia (*Strafgesetzbuch für den Kanton Thurgau vom 10. Februar 1868, in Kraft getreten 13. Mai 1868*): § 136; o de Glaris (*Strafgesetzbuch für den Kanton Glarus, 1867*): §§ 129-133; o projecto do código penal dos Estados Unidos (*Penal Code of the United States, 15. may 1901*); o código hollandês (*Wetboek van Strafrecht, 3. marz 1881*): art. 310.^o; o de Vaud (*Code Pénal du Canton de Vaud, adopté par le Grand Conseil le 18. Février 1843*): art. 269.^o (1).

Á doutrina exaggeradamente formalista, traduzida nas legislações dos dois grupos indicados, contrapõe-se a da *ablatio*, porventura excessivamente

(1) SEYMOUR HARRIS (*Principii di diritto e procedura penal e inglese cit.*, pag. 139) define o furto (*larceny*) em face da legislação inglesa: «l'impossessamento, voluntariamente ingiusto o frodolento, dei beni di altro, con la criminosa intenzione di toglierne a questo la proprietà». Comentando a legislação inglesa sobre o furto, diz SCHUTZ (apud *Die Strafgesetzgebung cit.*, t. I, pag. 659) que «kein Teil des englischen Strafrecht befindet sich in einem so chaotischen Zustande wie die Bestimmungen über Diebstahl und Unterschlagung...».

exigente, seguida por um terceiro grupo de legislações: em lugar da simples remoção da cousa, exige-se que esta passe absolutamente para uma esphera diversa de actividade patrimonial. Tal o criterio accentuadamente romanista que, por via da expressão — *subtracção da cousa*, foi seguido pelo codigo francês de 12 de fevereiro de 1810, art. 379.º; pelo do Haiti (*Code pénal et code de instruction criminelle*, 11 août 1835): art. 324.º; pelo do cantão de Valais (*Code pénal du Canton de Valais*, 26 mai 1858): art. 187.º; pelo belga (*Code pénal belge*, du 8 juin 1867): art. 461.º; pelo do Equador (*Código penal de la Republica del Ecuador de 6 de junho de 1873 e 9 de setembro de 1890*): art. 497.º; de Genebra (*Code pénal du Canton de Genève du 21 octobre 1874*): art. 316.º; do Japão (*Code pénal (Kei-ho) promulgué par le decret n.º 36 le 7.º mois de la 13.º année de Meiji (1880), traduction officielle*): art. 366.º; pelo argentino, (*Código penal de la República Argentina, sancionado por ley del congreso el 25 noviembre de 1886*): art. 193.º; de Neuchâtel (*Code pénal de la République et Canton de Neuchâtel*, du 12 février 1891): art. 360.º; pelo brasileiro (*Código penal dos Estados Unidos do Brazil*, 11 de outubro de 1890): art. 330.º; de Zurich (*Strafgesetzbuch für den Kanton Zürich*, 8. Januar 1871): § 162.º; o do Uruguay (*Código Pénal de la República Oriental del Uruguay*, de 17 de Enero de 1889): art. 369.º

Entre estes criterios extremos, collocam-se as legislações que comprehendemos em um quarto e ultimo grupo. Se não bastava a simples *amotio* ou a mera *apprehensio*, não seria, porventura, necessario chegar ao exaggero empirico do criterio da subtracção; e d'ahi o criterio intermedio que se adoptou, considerando-se como elemento indispensavel, mas sufficiente, para integrar a subsistencia do crime do furto a violação da posse, traduzida na mudança do lugar da cousa.

Naquella violação reside o momento essencial do furto; e, para que tal succeda, basta que a cousa, com acto de dominio, seja subtrahida á esphera de actividade patrimonial do possuidor. Assim o codigo penal do cantão dos Grisões (*Strafgesetzbuch für den Kanton Graubünden mit Abschied vom 8. Juli 1851*): art. 151.º; a lei penal do cantão de Argovia (*Peinliches Strafgesetz für den Kanton Aargau vom 11. Hornung 1857*): § 118.º; o codigo de Tecino (*Codice penale della Republica e Cantone del Tecino*, 25 gennaio 1873): art. 359.º; o da India inglesa (*Indian penal code 1860*): § 378.º; o do Mexico (*Código penal mexicano*, 7 de diciembre de 1871): art. 368.º; o da Russia (*Strafgesetzbuch für Russland, Angriffe auf die Vermögensordnung; Entwurf der Redaktionskommission*, 1885): art. 1644.º; o do Canadá (*Criminal code*, 1892): art. 303.º; o da Noruega (*Almindelig borgerlig Straffelov af 22 mai 1902*): § 257.º

Accentuando que nem sempre as legislações seguem um critério exclusivo (1), que, por vezes, se confunde, na doutrina, o segundo e quarto critérios (2), que, dentro de cada grupo de legislações, não se observa absoluta identidade de terminologia (3), e que, como observa MANZINI (4), se *presume*, em dados casos, a *contractatio* (5), notaremos, ainda, quanto á materialidade do crime de furto:

- 1.º — que, implícita ou expressamente, e, neste último caso, ainda em referência genérica ou especificadamente (6), exigem

(1) Assim, o código penal do cantão de Friburgo que poderia, porventura, ser incluído no segundo e terceiro grupo; e o código penal do Uruguay, que além do terceiro, poderia ser compreendido no quarto grupo.

(2) Vid. PESSINA, *Elementi* cit., t. II, pag. 207.

(3) Empregam-se, por vezes, especialmente nas legislações do terceiro grupo, as palavras: fraudulentamente, clandestinamente (o código do Haiti emprega, simultaneamente, os dois advérbios), conscientemente, ilícitamente.

(4) *Trattato del furto* cit., parte II, vol. II, pag. 13.

(5) Vid. código penal do Chile, de 12 de novembro de 1874 (art. 454.º); lei criminal de Malta, de 30 de janeiro de 1854 (art. 270.º).

(6) O código penal da Dinamarca prevê, no § 334.º, hipóteses particulares do furto. Vid., também, código penal russo, art. 1644.º

as legislações a mobilidade da coisa (1), que constitui o objecto do furto;

- 2.º — que, á parte o código penal do Japão de 1880 (art. 371.º), o do Brasil de 11 de outubro de 1890 (art. 332.º) e o projecto federal suíço de março de 1896 (art. 72.º), se exclue da noção do furto o *furtum possessionis* (2), consequência do princípio *communis* a todas as outras legislações, de que a coisa, objecto do

(1) O código penal da Noruega (§ 257.º) dispõe que «na expressão bens moveis se comprehende toda a energia produzida ou accumulada, apta a dar luz, calor ou movimento».

(2) Como o código do Mexico de 7 de dezembro de 1871 (art. 369.º) e de Neuchâtel de 12 de fevereiro de 1891 (art. 366.º), o código penal português (art. 422.º) assimila ao crime de furto a subtracção de coisa pertencente ao auctor do furto «estando ella em penhor ou deposito em poder de alguém», ou a sua destruição ou descaminho «estando penhorada ou depositada em seu poder por mandado da justiça». A primeira das hypothèses referidas constitui crime *sui generis* no código penal allemão de 1 de janeiro de 1871 (§ 289.º) e no da Noruega de 22 de maio de 1902 (§ 280.º). Quanto ao *furtum usus*, que, no direito romano, nos apparece sempre associado ao *furtum possessionis*, veja-se o código penal allemão (§ 290.º) e PAMPALONI, *Studi sopra il delitto di furto* cit., pagg. 168-172 e nota 17 a pag. 168.

furto, não deve constituir pertença do auctor d'este (1); afóra, para alguns codigos (2), a hypothese da sua propriedade na cousa;

3.º — que, exceptuado o codigo penal allemão (§ 291.º), todas as legislações excluem do furto as *res nullius* (3).

Não obstante infracção *material*, o furto não necessita, para a sua consummação, de um evento consecutivo á acção subjectiva, que effectivamente viole o direito de propriedade (4). Mas o

(1) Simplesmente, se nota a diversidade da fórmula empregada: «cousa que não pertença ao ladrão»; «cousa alheia», «cousa pertencente a outrem», «cousa d'outrem».

(2) As cousas pertencentes *em parte* ao agente do furto podem constituir objecto deste crime no codigo da Dinamarca (art. 310.º), do Brasil (art. 334.º), da Noruega (§ 257.º).

(3) Citando HARRIS, affirma MANZINI (*Trattato del furto* cit., p. II, t. II, pag. 23) que a *common law* inglesa admite o furto de algumas cousas *nullius*. Certo é, porém, que nada se encontra naquella auctor que auctorize tal conclusão. Vid. STEPHEN, *Digest of the Criminal Law*, London, 1887, pag. 181.

(4) Assim o entendeu o codigo mexicano, que expressamente declara «que o furto considera-se consummado... ainda que a cousa seja tirada ao ladrão antes de a ter removido para outro logar ou de a ter abandonado».

momento da tentativa punivel varia segundo os criterios indicados; e, não confiando, porventura, na applicação á tentativa de furto das regras geraes sobre o *conatus proximus* e o *conatus remotus*, vieram alguns codigos disciplinar especialmente aquella figura criminosa. Assim, ao lado do codigo penal francês, que equipara a tentativa de furto ao furto consummado (artt. 379.º-401.º), declararam aquella punivel o codigo belga (art. 466.º), o do Haiti (art. 330.º) o japonês (art. 375.º), e o projecto do codigo russo de 1888 (art. 250.º) (1).

E de notar é ainda o regimen da tentativa em materia de furto violento, limitando-se alguns codigos, como o da Finlândia de 1889 (cap. XXXI), a declarar-a punivel, dispondo outros, como o português (art. 434.º, § 2.º), que ella será punida como o crime consummado com circumstancias attenuantes, e declarando outros, com o de Vand (art. 275.º), que ella é punida como o crime consummado, quando as violencias foram effectivamente exercidas contra as pessoas.

21. Relativamente ao factor psychologico do furto, ao elemento intencional especifico, indicado na definição de PAULUS pela expressão *dolo malo*,

(1) Neste caso, tambem, o codigo penal português, art. 421.º, § 1.º

decompol-o-hemos, para que mais completa resulte a nossa indagação legislativa, nos dois elementos que elle abrange: a intenção de commetter o furto no agente da *contrectatio* e a falta de consentimento da pessoa cujo direito é violado.

Quanto ao primeiro elemento, ao *animus lucri faciendi* da definição romana, que, diga-se de passagem, a lei sempre presume(1), uma triplice direcção desde logo se nos depara nas legislações: ou se mantém, no seu estreito alcance, a expressão tradicional, o que, com expressão vária, se observa em bem pouco numerosas legislações(2); ou, rompendo em absoluto com a formula classica, se omite a referencia ao dolo específico do furto, que a *con-*

(1) Expressamente, o código penal da Colombia declara (art. 792.º) que «a intenção de appropriar a cousa se presume até prova em contrario».

(2) Empregam a fórmula *animo de lucro* os codigos: hespanhol (art. 530.º), toscano (art. 374.º), do cantão do Tecino (art. 359.º) e norueguês (§ 268.º); a phrase *para tirar proveito* foi adoptada pelo código austriaco (§ 171.º), pelo projecto do código italiano de 1870 e pelos projectos de Zanardelli (1882 e 1887), de Savelli e de Pessina; a expressão *aproveitar-se* vê-se no código de Uruguay (art. 369.º). Coherentemente com a fórmula adoptada, o código da Noruega não reconhece o elemento objectivo da impunitabilidade na appropriação de productos naturaes de valor diminuto.

trectatio implicitamente comprehenderia(1); ou, seguindo uma via intermedia, conserva-se a referencia áquelle elemento differencial, alargando, todavia, consideravelmente, a sua latitude(2). Com esta solução, diz GARRAUD(3), o mero proveito pecuniario deixa de constituir, como defenderam alguns dos interpretes do direito romano, a essencia mesma d'esta intenção. Á falta de consentimento do proprietario da cousa, character commun ao furto e aos outros crimes contra a propriedade, alludem expressamente o código penal toscano (art. 374.º),

(1) Assim os codigos: francês (art. 379.º), belga (art. 461.º), mexicano (art. 368.º), da Republica Argentina (art. 193.º), do cantão de Genebra (art. 316.º), de Neuchâtel (art. 360.º), japonês (art. 366.º), do Canadá (art. 303.º).

(2) Apparece-nos a fórmula *intenção de apropriar-se* no código penal de Friburgo (art. 230.º), hollandês (art. 310.º), do Equador (art. 497.º), de Zurich (§ 162.º), allemão (§ 242.º), hungaro § 333.º, projecto do código penal italiano de 15 de abril de 1870, código do cantão de Argovia (§ 118.º) de Schaffhausen (§ 209.º), de Turgovia (§ 136.º), da Bulgaria (§ 313.º), de Vaud (art. 187.º). Como é facil de ver, a maior parte das legislações modernas ligou se, na indicação do fim do delinquente, á definição dada por PAULUS, no *Commentarius ad Edictum*, enquanto as legislações que representam a segunda direcção indicada, seguiram a definição das *Institutiones Justiniani*.

(3) *Traité théorique et pratique du droit pénal français* cit., t. v, pag. 408.

hespanhol (art. 530.^o), hungaro (§ 346.^o), de canção do Tecino (art. 359.^o), brasileiro (art. 330.^o), mexicano (art. 368.^o) e todos os projectos do código penal italiano. Mas a omissão nos demais códigos é justificada, já que, concorrendo a vontade do proprietário, não pode a appropriação das cousas a este pertencentes constituir facto criminoso. E é ella certamente preferivel á formula — *sem o consentimento do possuidor*, que, com evidente imperfeição technica, nos apparece nos codigos noregues (§ 257.^o) e austriaco (§ 171.^o) (1).

Mas, necessario é ter em consideração as especialidades que, no campo legislativo, apresenta o elemento intencional do furto: bastará indicar a respeitante aos furtos determinados pela necessidade — a *malesuada fames*, circumstancia que, embora prevista na parte geral de quasi todos os codigos, apparece regulada, com referencia exclusiva ao crime de furto, no código hespanhol (art. 531.^o, n.^o 5.^o), que commina o minimo da pena ao crime de furto inferior a vinte pesetas; no da Turgovia (§ 146.^o), que o considera como contravenção; no projecto francês de 16 de março de 1900, segundo o qual «o caso de extrema miseria do auctor

(1) Vid. PUGLIA, *I delitti contro la proprietà* cit., pagg. 48-50; MANZINI, *Trattato del furto* cit., P. II, t. II, pag. 13 e segg.; VON LISZT, *Die Strafgesetzgebung* cit., t. I, XII, III, § 9, sec. IV, n.^o 1, a.

de uma subtracção de objectos de primeira necessidade pode ser considerado pelos tribunaes como um motivo de irresponsabilidade penal do delinquente»; etc. (1).

E devemos ainda notar que os effeitos do dolo específico do furto podem ser modificados por um evento posterior, como a restituição do objecto do furto ou a indemnização do damno que, afóra o projecto russo de 1888 (art. 25.^o) e a lei inglesa, conduzem: ou á eliminação da pena (código do Tecino, art. 368.^o; de Neuchâtel, art. 86.^o; austriaco, § 187.^o), ou á sua diminuição ou redução, segundo varias condições concretas (código de Vaud, art. 307.^o; do Mexico, art. 378.^o), ou sómente á sua redução (código de Turgovia, § 147.^o; do Japão, art. 86.^o; do Chile, art. 456.^o) (2).

22. A pena do furto nas actuaes legislações é, em regra, a de prisão (3). Mas, para a graduação

(1) Vid. CHASSAIN, *La responsabilité pénale et l'extrême misère*, Paris, 1900, pag. 22. Vid. tambem código penal allemão (§ 370.^o), austriaco de 1852 (§§ 46 f e 264 f), chileno de 1875 (§ 2.^o, art. 10.^o, n.^o 7.^o) e bulgaro de 1896 (art. 46.^o).

(2) Circumstancia especifica que em alguns codigos (de Zurich, § 170.^o; do Uruguay, art. 377.^o) leva, igualmente, á diminuição da pena, é a do furto entre conjuges.

(3) A pena de morte, applicavel ao furto nas leis penaes da Belgica, Bulgaria, Hespanha, Mexico, Servia, etc., foi

da pena, attende-se á distincção, de character exclusivamente pratico, entre furtos simples e, pelas circumstancias extrinsecas ou intrinsecas que o modificam, aggravados ou qualificados. E ainda o furto aggravado póde, quanto a nós, ser distincto em duas categorias fundamentaes, abrangendo a primeira os furtos aggravados por circumstancias que não constituem violencia, a segunda os furtos aggravados pela circumstancia especial da violencia.

de ha muito, abolida de facto. Desde o codigo penal da Servia, que representa, na actualidade, o maximo da severidade penal, até á legislação escosseza, que deixa ao juiz a fixação da pena em todos os crimes do direito commun, apparece-nos uma multiplicidade de penas accessorias ou subsidiarias. Lembraremos a de confisco (codigo penal do Mexico, art. 1129.º; do Uruguay, art. 144.º), a de fustigação (direito inglês), a de multa, proporcional ao valor do furto (codigo penal do Brasil, art. 363.º; do Mexico, art. 371.º), a de interdicção de funcções publicas e de privação de certos direitos (codigo penal allemão, §§ 248.º e 256.º; mexicano, art. 373.º; bulgaro art. 317.º); etc. E, aparte o direito inglês e o projecto do codigo penal russo de 1888, art. 25.º, que rejeitam, em absoluto tal criterio, a restituição do objecto do furto ou a indemnização do damno podem modificar a pena, quer reduzindo-a (codigo penal do Japão, art. 86.º; de Schaffhausen, § 215.º; de Friburgo, art. 245.º; do Chile, art. 456.º), quer eliminando-a completamente (codigo austriaco, § 187.º; de Neuchâtel, art. 86.º). No codigo do Mexico (art. 378.º) e do cantão de Vaud (art. 307.º), a circumstancia referida tem um ou outro d'esses effeitos, segundo o valor do objecto do furto.

Não nos parece inoportuno adoptar, portanto, as duas locuções distinctas do furto qualificado e do furto violento. A este ultimo, que tem como característica propria converter o crime contra a actividade patrimonial em crime mixto, contra a pessoa e contra a propriedade, dão os codigos, com excepção do codigo penal da Dinamarca, a designação de roubo (*rapina, robo, Rau, rasboi, depredazione, Raub, robbery*). Por elle começaremos.

23. A violência, qualificando o crime de furto e elevando-o a roubo, constitue por si mesma, como é evidente, uma circumstancia aggravante do furto, para a qual a generalidade das legislações prescreve sancções particulares. Mas, com excepção do codigo penal do Uruguay (art. 373.º, n.º 1.º), do projecto federal para os Estados Unidos da America do Norte de 15 de maio de 1901 (sect. 287.º) e do codigo do Tecino (art. 371.º a), que expressamente se referem á *contrectatio* unida á violencia, as demais legislações limitam-se a indicar a violencia physica (1) ou psychica (2), como condição diffe-

(1) Alarga a violencia physica ás cousas o codigo penal brasileiro (art. 356.º) e o argentino (art. 191.º); por vezes, como no codigo penal português (art. 432.º, § unico), considera-se como violencia contra as pessoas «a entrada em casa habitada, com arrombamento, escalamento ou chaves falsas» e semelhantes.

(2) Contra a tendencia geral das legislações, que alar-

rencial do furto e do roubo. Simplesmente, como graduação da intensidade criminosa do facto, attendem ás circumstancias que podem acompanhar aquella, dando-se, pois, uma qualificação dentro da propria violencia. Esta qualificação (*depredazione qualificata ou grassazione*, no codigo penal italiano), que, aliás, nem só da violencia deriva (1), póde, quanto a esta, resultar:

a) da circumstancia do homicidio, consummado ou tentado, que implica a aggravação da pena, desde a minima — prisão celllular por oito annos, consignada no codigo penal português (art. 433.º) até á de morte, prescripta, entre outros, no codigo

gam aos bens a ameaça do mal proveniente da violencia psychica, limitam a sua sancção á ameaça de perigo para a pessoa, os codigos de Genebra (art. 318.º), allemão (§ 249.º), hollandês (art. 312.º), de Neuchâtel (art. 372.º). Na violencia psychica comprehendem alguns codigos a «suspensão da vontade mediante o emprego de substancias narcoticas ou outras, que tenham por resultado a privação do uso dos sentidos»: assim, o codigo penal do Japão de 1880 (art. 383.º), projecto federal suíço de 1896 (art. 76.º), o codigo da Hungria de 1878 (§ 346.º), o de Neuchâtel de 1891 (art. 373.º).

(1) Vid., por exemplo, o codigo penal chileno que, no art. 436.º, attende ao valor como criterio para graduar a penalidade. Quanto á aggravante especial da recidiva, veja-se o codigo penal allemão (§ 250.º), da Noruega (§ 268.º), etc.

belga (art. 475.º), japonês (art. 380.º), hespanhol (art. 516.º, n.º 1.º);

b) de lesões pessoaes (ácerca das quaes são omissoes os codigos da Finlândia, Italia, Haiti e Uruguay) graves (1), violação (codigo penal japonês, art. 380.º; português, art. 437.º), restricção da liberdade pessoal (codigo penal do cantão de Tecino, art. 372.º e; do Uruguay, art. 373.º; português, art. 434.º);

c) da circumstancia da reunião de duas ou mais pessoas, por simples accordo ou constituindo associação (2) (porventura só não prevista no codigo da Hungria e no projecto do codigo para os Estados Unidos, de 1901), circumstancia que, por vezes, apparece combinada com outras (codigo penal hespanhol, art. 517.º; belga, art. 471.º; francês, art. 382.º; português, art. 434.º § 1.º);

d) do porte de armas, apparentes ou occultas — circumstancia que, em alguns codigos, apparece combinada com outras (francês, art. 381.º; hespanhol, art. 514.º; projecto do codigo russo de 1888,

(1) A gravidade da lesão não é exigida no codigo francês (art. 382.º) e hespanhol (art. 516.º, n.ºs 2.º, 3.º e 4.º).

(2) São de notar, quanto á repressão das formas especiaes de furto violento por associação, o codigo penal da India Inglesa (art. 333.º) e o da Servia (§§ 244.º e 245.º), relativamente ás associações dos *Dacoity* e *Aiducchi*.

art. 25.º; belga, art. 471.º; português, art. 434.º, § 1.º);

e) da circumstancia de ser commettido o roubo em praças publicas, estradas, alto mar, caminho de ferro (codigo penal allemão, § 250.º, n.º 3.º; projecto suíço de 1896, art. 76.º)(1);

f) da simulação de ordens e qualidades officiaes (codigo penal belga, art. 470.º; hollandês, art. 312.º, n.º 3.º; norueguês, § 268.º, n.º 4.º).

Quanto ao furto com violencia não qualificada ou *simples*, se assim nos podemos exprimir, limitarnos-hemos a notar que, áparte os codigos que procuram definil-o em harmonia com os criterios seguidos para a determinação do dolo específico do furto (*animus lucri faciendi*: codigo chileno, art. 432.º; hespanhol, art. 515.º; norueguês, § 267.º; *intenção de appropriação ilícita*; austriaco, § 190.º; húngaro de 1878, § 344.º; allemão de 1871, § 249.º); as legislações presuppõem a noção do furto, considerando a violencia uma qualificação d'aquelle.

24. Resta-nos fallar do furto modificado por circumstancias que não constituem violencia. Não implicam emprego d'este processo criminoso as cir-

(1) Vid. ANDRÉ SENLY, *La Piraterie*, Paris (Arthur Rousseau), 1902, pagg. 111-142; JEANNET, *La Piraterie*, Paris (Arthur Rousseau), 1903, pag. 102 e segg.

cumstancias referentes ao valor e á qualidade da cousa (quantidade natural do furto) e á pessoa, ao tempo, ao logar e ao modo de execução do furto (quantidade politica do furto).

a) *Criterio do valor.* — Ao contrario dos codigos penaes francês (art. 401.º) e belga (art. 363.º), que não tem em consideração a quantidade objectiva dos crimes contra a propriedade, e, por consequencia, o valor do objecto do furto, as restantes legislações attendem ao criterio do valor para a medida da quantidade natural do furto. Mas, ao passo que alguns codigos estabelecem um systema de exacta gradação, segundo o qual, á medida que augmenta o valor do objecto do furto, augmenta, em uma regra de proporção crescente, a pena de furto (1); outros põem de parte aquella gradação e, fixando um determinado valor attingivel pelo furto, estabelecem uma diversa penalidade para os crimes cujo objecto fica áquem ou ultrapassa aquella linha divisoria (2);

(1) Seguem este systema: o codigo penal hespanhol (art. 531.º), brasileiro (art. 330.º), mexicano (art. 376.º), chileno (art. 436.º, n.º 1.º), português (art. 421.º, n.ºs 1.º a 4.º).

(2) Neste caso, os codigos: sardo (art. 606.º), austriaco (§§ 172.º, 173.º e 179.º), húngaro (§ 334.º), de Turgovia (§ 137.º), de Vaud (artt. 270.º-273.º), de Schaffhausen (§ 210.º), de Lucerna (§ 212.º), de Berne (§ 210.º), de

outros, emfim, seguindo um systema que representa a combinação dos dois anteriores, mantém a gradação proporcional sobre certa escala de fraccionamento, e, reproduzindo a distincção entre furto simples e qualificado, a que deu logar o systema anterior, abandonam esta distincção logo que o furto ascenda a uma somma determinada (1). Debalde procuraríamos, porém, uniformidade legislativa em qualquer d'estes systemas; bastará notar, com referencia áquella distincção, que, se, na determinação do valor que marca a transição do furto simples para o qualificado, os codigos oscillam entre dez francos (codigo penal de Neuchâtel de 1831, art. 356.º e segg.), e trezentos rublos (codigo penal russo, art. 26.º), na determinação do augmento de pena não menores são as divergências: á pena de um anno de prisão, que, nas circumstancias dos n.ºs 6.º e 7.º do art. 426.º, o codigo penal portuguez commina para o furto qualificado, contrapõe-se a pena de morte do codigo penal mexicano (artt. 376.º e 215.º).

b) *Criterio da qualidade da cousa.*—Não menor

Argovia (art. 119.º), do Haiti (art. 408.º), de Neuchâtel (art. 362.º, n.º 12.º).

(1) Assim o codigo penal bulgaro (art. 134.º), toscano (art. 377.º), a lei sueca de 20 de junho de 1890 (§ 1.º), a lei servia de 17 de junho de 1861.

é a heterogeneidade de normas legislativas quanto ás circumstancias inherentes á qualidade da cousa, que influem sobre a imputabilidade do furto.

Porque representa, simultaneamente, violação do direito de propriedade e offensa do sentimento religioso, reprimiram as legislações, com normas rigorosas, o furto sacrilego. Mas uma de tres direcções segue cada codigo: ou o furto é qualificado pela simples circumstancia de ser commettido *loco sacro* (codigo penal portuguez, art. 426.º, n.º 4.º; codigo do cantão do Tecino, art. 365.º b); ou se exige, além da anterior circumstancia, a qualidade de *sacra na res furtiva* [codigo penal allemão, § 243.º (1); chileno, art. 449.º; portuguez, art. 441.º]; ou, mantendo-se a primeira circumstancia, estende-se a qualificação a cousas que não revestem aquella qualidade (codigo penal de Zurich, § 163.º; hungaro, § 336.º) (2).

(1) Pela *Carolina* bastava uma das duas circumstancias.

(2) Quanto á legislação franceza, deve notar-se que, emquanto pelas ordenanças de 1724 e 1727 era comminada a pena do fogo para os ladrões sacrilegos, o codigo penal de 1810 não mencionou tal aggravante, entrando o furto sacrilego na noção commun do furto. A jurisprudencia suppria o silencio da lei, equiparando, para os effeitos da qualificação, os logares consagrados ao culto ás casas habitadas. Esta interpretação abusiva terminou com as modificações de 1832 ao 385.º, alinea 1.ª, do codigo penal.

Tambem o furto dos animaes destinados á cultura, ao trabalho agricola ou factores de producção (*pastoricia*) foi reprimido pelas legislações com sancções especiaes. Abandonado quasi totalmente o criterio tradicional da importancia ou do numero dos animaes subtrahidos, prevalece, actualmente, como qualificador, no systema do direito comparado, o criterio do logar. Assim, o codigo penal francês (art. 388.º), hollandês (art. 311.º), da Baviera (art. 218.º), dinamarquês (§ 229.º, n.º 1.º), norueguês de 1904 (§ 288.º, n.º 4.º), mexicano de 1871 (art. 381.º, n.º II), brasileiro (art. 331.º, § 1.º), de Neufchâtel, (art. 362.º, n.º 1.º).

Mas, além da especialidade do codigo penal da Finlândia (c. 28, § 2.º, n.º 10.º), que attende ao numero e qualidade dos animaes, prescindindo, por completo, do logar do furto, merece menção o direito inglês tradicional, que qualificou como *felony*, por uma lei de 1861, os *ferae naturae* e *domitae naturae* da legislação anterior, punindo com a pena de deportação de tres a quinze annos o auctor do furto de cavallos, bois e carneiros.

E, em antithese com as disposições legislativas antecedentes, um tratamento objectivamente privilegiado os codigos estabelecem para o furto de productos campestres, que é considerado simples contravenção no codigo penal francês (art. 475.º, n.º 15.º), hespanhol (art. 607.º), bulgaro (art. 521.º), na lei austriaca de 3 de dezembro de 1852 (art. 60.º),

e na lei hungara sobre economia e policia rural (XII do anno de 1894).

c) *Criterio da qualidade do auctor do furto.* — As qualidades pessoaes do auctor do furto, que aggravam este, referem-se á pluralidade de furtos — condição absoluta ou relativa, ou á pluralidade de deveres violados pelo auctor do furto — relativa.

Quanto á pluralidade de furtos, e abstrahindo das legislações que, como a italiana, comprehendem todos os crimes nas disposições geraes sobre a reincidencia, podemos destacar as legislações que consideram a repressão da reincidencia em cada variedade do furto, das que, sem attender á variedade de furtos, respeitam apenas ao facto da reincidencia em geral.

Entre as primeiras, referiremos especialmente a inglesa (*Larceny act*, 1861, c. 96); relativamente ás segundas, notaremos que, umas vezes, se attende só á primeira reincidencia (codigo penal hollandês de 1881, art. 421.º), outras á segunda (codigo penal portuguez, art. 421.º, § 2.º; allemão, § 244.º; austriaco, § 176.º), outras á segunda ou além d'esta (codigo penal hespanhol, art. 533.º, n.º 3.º), outras a qualquer grau de reincidencia (codigo penal da Dinamarca de 1866, § 230.º; da Noruega, § 263.º).

Quanto á pluralidade de pessoas, qualificação expressa na quasi totalidade dos codigos, notaremos

a particularidade de algumas legislações que, não reprimindo especialmente a accidentalidade da reunião, exigem a circumstancia da *associação organizada*: assim, o código penal allemão (§ 243.º), o norueguês (§ 259.º, n.º 1.º).

Relativamente á circumstancia indicada em ultimo lugar, que abrange, particularmente, o auctor do furto domestico, limitar-nos-hemos a indicar a tendencia das legislações, traduzida no código penal allemão, para excluir das circumstancias aggravantes do furto a do abuso de confiança domestica (1).

d) *Criterio do tempo*. — Qualifica o furto: 1.º a circumstancia de ser praticado de noite, ou quando esta circumstancia importe presumpção de perigo ou alarme publico (código penal austriaco, §§ 173.º a 176.º; do Mexico, art. 395.º; hollandês, art. 311.º), ou quando facilite a acção criminosa (francês, art. 385.º, n.º 1.º; allemão, § 243.º, n.º 7.º; de Neuchâtel, art. 362.º, n.º 8.º; de Zurich, § 163.º; da Noruega, § 258.º, n.º 2.º) (2); 2.º a de ser commettido

em tempo de calamidade (incendio, inundação, naufragio, tumulto, epidemia, etc.); publica (código penal de Neuchâtel, art. 362.º; do Japão de 1880, art. 367.º; da Hollanda de 1881, art. 311.º, n.º 2.º), ou publica ou privada (código italiano, art. 404.º, n.º 2.º; austriaco, § 174.º; do Uruguay, art. 371.º, n.º 3.º).

e) *Criterio do logar*. — A variedade de condições e de normas relativas ao criterio do logar deixa ver que, na generalidade dos casos, elle não representa senão um conceito empirico e indeterminado, abraçando uma multiplicidade de elementos heterogeneos, que só uma classificação mais scientifica teria podido disciplinar convenientemente. Assim, e ligando-nos apenas ao character extrinseco e accidental do logar, notaremos que, ao contrario do código penal mexicano (art. 387.º), que attende ao criterio exclusivo do logar, esta circumstancia, como aggravante da imputabilidade do auctor do furto, apparece, em geral, conjugada com outras. Assim a condição do logar habitado (1) vem connexa á do

(art. 371.º, n.º 4.º), e poucos mais, a determinação concreta do tempo nocturno é deixada ao juiz.

(1) A determinação de que por tal deva entender-se é feita, por meio de verdadeira descripção explicativa, nos códigos mexicano (art. 388.º) e hespanhol (art. 523.º). Na generalidade das legislações alarga-se o conceito do logar de habitação até abranger todo o logar cercado por muros.

(1) É de notar o rigor do código penal do Uruguay, de 1889, que, no art. 371.º, declara que «será punido com penitenciaria de 2 a 4 annos...: 2.º—o furto commettido aproveitando-se da facilidade derivada das relações domesticas...».

(2) À parte os códigos belga (art. 478.º), do Uruguay

tempo nocturno no código francês (art. 385.º, n.º 2.º), de Zurich (§ 163.º), de Neuchâtel de 1891 (art. 362.º, n.º 8.º); á de se apresentar o ladrão armado, no código hespanhol (art. 521.º), japonês (art. 370.º); a circumstancia de ser o furto praticado em estradas publicas, que, diga-se de passagem, representa uma qualificação que poucos códigos mantem, vem nos códigos quasi sempre alliada a outras (código francês, art. 383.º; do Haiti, art. 328.º, n.º 1.º; do Mexico, art. 391.º; português, art. 426.º, n.º 2.º); e o criterio do logar publico apparece, não poucas vezes, associado ao da qualidade da cousa (código do Tecino, art. 365.º *a*; do Uruguay, art. 370.º, n.º 1.º; do Brasil, art. 333.º), ao da religiosidade do logar (código do Tecino, art. 365.º *b*; do Uruguay, art. 370.º, n.º 2.º; português, art. 426.º, n.º 5.º), e, ainda este, apparece no código do Mexico (art. 381.º, n.º 1.º) ligado ao da qualidade da cousa.

f) Criterio dos meios de execução. — Compreendemos neste criterio as circumstancias de arrombamento, escalada, emprego de chaves falsas, porte de armas, uso de disfarce, que, ou isoladas ou concorrendo duas ou mais circumstancias, foram prevenidas na quasi totalidade das legislações penaes. A combinação de duas das circumstancias referidas constitue qualificação especial no código de Neuchâtel (art. 364.º) e do Chile (art. 453.º); o

concurso de cinco categorias de circumstancias agrava notavelmente o crime no código francês (art. 381.º) e do Uruguay (artt. 371.º e 372.º).

Separadamente, o arrombamento, que o código francês (art. 394.º) distingue em exterior e interior, e que no direito inglês abrange tambem a escalada, é, como esta, regulada diversamente nas legislações, sendo impossivel reduzi-las a grupos. E diverso é o conceito do arrombamento e da escalada nas varias legislações: notaremos, entretanto, que, em uma formula synthetica, o código do Uruguay (art. 372.º, n.º 1.º) considera furto com arrombamento o que é practicado «destruindo, demolindo o rompendo de cualquier modo los cercos ó construcciones puestas para la defensa de las personas ó de las propiedades», e que, em geral, a escalada abraça o ingresso por via subterranea ou por qualquer passagem não destinada ao transito ordinario.

Tambem a expressão — emprego de chaves falsas, foi, pelos códigos allemão (§ 243.º, n.º 3.º), belga (art. 487.º), hespanhol (artt. 528.º e 529.º), alargada a qualquer instrumento apto para obter a abertura necessaria para commetter o furto, e pelos códigos português (art. 426.º, n.º 8.º), de Neuchâtel (art. 362.º, n.º 2.º), de Zurich (§ 163.º, n.º 3.º), ás chaves verdadeiras que, por erro ou astucia, não se encontram nas mãos do seu proprietario.

Prevêem a circumstancia qualificante do dis-

farce o código italiano (art. 404.º, n.º 3.º), de Noruega (§ 259.º, n.º 3.º) e do Uruguay (art. 372.º, n.º 5.º), e, nesta qualificação, comprehende-se, por vezes, o furto praticado com usurpação do título ou insignias de um funcionario publico (código português, art. 246.º, n.º 7.º; do Uruguay, art. 372.º, n.º 6.º).

Qualificam o furto, pelo emprego de armas: apparentes — os códigos da Dinamarca (§ 229.º, n.º 5.º) e da India Inglesa (sec. 382.º); apparentes ou occultas — os códigos de Neuchâtel (art. 362.º, n.º 6.º), hungaro (§ 337.º), francez (art. 385.º, n.º 4.º); sem referencia áquella circumstancia — os códigos de Zurich (§ 168.º, n.º 11.º), austriaco (§ 174.º), belga (art. 482.º), português (art. 426.º, n.º 1.º)(1).

(1) Veja-se, para estudo da legislação comparada: VON BAMNHAEUER, *Aperçu comparatif des législations pénales de la Belgique, de la France, des Pays-Bas et de la Saxe royale*, apud *Report of the proceedings of the 4. th Session of the int. stat. Congress*, London, 1861, pag. 402; *Crimes et délits contre la propriété par cupidité*, apud *Mémoires de la Commission permanente du Congrès international de statistique*, Saint-Petersbourg, 1876, pag. 829; BOSCO, *Législation et statistique comparée de quelques infractions à la loi pénale*, Rome (Bertero), 1900, pag. 218 e segg.

CAPITULO II

O furto no direito português

SECÇÃO I

Esboço historico do direito antigo

SUMMARY: — 25. — A repressão do furto no direito penal português anterior ao regimen liberal.

26. — Influxo do movimento liberal de 1820 sobre o systema penal. O crime de furto na legislação anterior á actual.

25. Se, como diz ROSENFELD (1), o direito peninsular procede das florestas da Germania, a fusão das raças hispano-romana e goda, que a homogeneidade árica das suas instituições apressára (2), contribuiu para que, desde muito cedo, as instituições juridicas da península assumissem physionomia propria. Substituido o regimen da personalidade pelo da territorialidade do direito, o código

(1) MANZINI, *Trattato del furto* cit. P. I, t. II, pag. 593.

(2) Sr. Dr. THEOPHILO BRAGA, *A Patria Portuguesa*, Porto (Ernesto Chardon), 1894, pagg. 262 e 263.

wisigothico, que traduz esta transformação, fica constituindo o fundo principal da legislação hispânica; e, persistindo através da dominação árabe, vem a tornar-se lei fundamental dos estados da reconquista. Assim, com a formação da monarchia portuguesa, fica elle vigorando nesta(1); e, reflectindo, predominantemente, nas suas disposições o systema penal dos romanos, muito contribuiu, como já notava MONTESQUIEU (2), para o character verda-

(1) ... «vigeabant autem apud nos id temporis Wisigothicus Codex, Concilii Legionensis statuta generalia anno 1020 edita, Coyacensis 1050, et Ovetensis 1115» [*Portugaliae Monumenta Historica, Leges et consuetudines*, vol. I, Olisipone (Typis academicis), MDCCCLVI, pagg. VII e VIII]. Vid. Sr. Dr. GAMA BARROS, *Historia da administração publica em Portugal* nos seculos XII a XV, Lisboa (Imprensa Nacional), 1885, tomo I, pag. 1 e segg.; ANTONIO CAETANO DO AMARAL, *Memoria III para a historia da legislação e costumes de Portugal*, apud *Memorias da Academia*, t. VI, pagg. 147 e 155 e nota 61; Sr. Dr. JULIO DE VILHENA, *Raças historicas da Peninsula iberica*, Coimbra, 1873, pag. 70.

(2) *Esprit des lois*, loc. cit. Vid. HENRIQUES SECCO, *Da historia do direito criminal português desde os mais remotos tempos*, apud *Revista de legislação e de jurisprudencia*, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1872, 4.º anno, pag. 450 e segg., *praec.*, pag. 486; COELHO DA ROCHA, *Ensaio sobre a historia do governo e da legislação de Portugal*, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1843, 2.ª ed., pagg. 25 e 26; VON LISZT, *Die Strafgesetzgebung der Gegenwart* cit., 1. Band, pagg. 535 e 536.

deiramente feroz da futura legislação penal portuguesa. Certo que, em materia de furto, se encontram vestigios do systema germanico da composição (*wehrgeld*) (1), como escreve o Sr. Dr. DIAS DA SILVA (2); mas, além de que a reparação é extremamente excessiva (3), transmittindo-se para os herdeiros a obrigação de indemnizar o damno que o auctor do furto teria de pagar se fôsse vivo (4), o

(1) O *wehrgeld* não é um castigo imposto pela sociedade, nem uma multa sobre a criminalidade, mas o preço do perdão, o resgate da *faida*. A multa (*fried*) é a reparação publica; a composição a reparação individual. Sobre a disciplina juridica do furto entre os povos germanicos: FUSTEL DE COULANGES, *Histoire des institutions politiques de l'ancienne France, L'alleu et le domaine rural*, Paris (Hachette), 1889, pag. 101; CESAR CANTU, *Historia Universal*, trad. de ANTONIO ENNES, Rio de Janeiro-Lisboa (Silva Lobo), vol. VII, pag. 213 e segg.

(2) *Estudo sobre a responsabilidade civil connexa com a criminal*, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1886, tomo I, pag. 54.

(3) «Cuiuslibet rei furtum, et quantalibet pretii aestimatione taxatum, ab ingenuo novies, a servo vero sexies, ei qui perdidit sarcietur, et uterque reus c. flagellorum verberibus coerceatur. Quod sit aut ingenuo desit unde comprobatur, aut dominus componere pro servo non adnuat; persona, quae se furti contagio sordidavit, servitura rei domino perenniter subiacebit» (Lib. VII, tit. II, l. XIII).

(4) «Si quis furi mortuo in haereditatem, aut ex testamento, aut ex sanguinis propinquitate successerit; quia

princípio da expiação social, que no código prevalece (1), determina a applicação simultanea de severissimas penas corporaes (2).

Caído em desuso o código visigothico, cujo espirito, destinado a organizar e regular uma grande monarchia, era pouco compativel com a vida municipal (3), não deixaram ideias analogas de inspirar o direito consuetudinario.

ALEXANDRE HERCULANO (4), refutando a opinião commun de que a reparação pecuniaria era um princípio juridico que abrangia todos os crimes, e substitua ou podia substituir em todos elles as penas corporaes, deixou bem demonstrado que es-

crimen cum fure defecit, poenam quidem non sustineat, sed damni satisfactionem exsolvat, quod fur si vixisset, fuerat soluturus. Si autem maius est damnum quam haereditas, facia cessionem» (Lib. VII, tit. II, l. XIX).

(1) OLIVEIRA MARTINS, *Historia da civilização ibérica*, Lisboa (A. M. Pereira), 1897, 4.^a ed., pag. 51.

(2) Sobre o systema penal do código visigothico, veja-se HENRIQUES SECCO, *Da historia do direito criminal* cit., pagg. 500 e 501.

(3) SCHAEFFER, *Historia de Portugal*, vert. por ASSIS LOPES e continuada por PEREIRA DE SAMPAIO (BRUNO), Porto, 1893, vol. I, pagg. 215 e 216.

(4) *Historia de Portugal*, Lisboa (Bertrand), 1887, t. IV, pag. 383 e segg. Vid. ALBERT DU BOYS, *Historia del derecho penal de España*, vers. por CARADANTES, Madrid, 1872, pag. 73 e segg.

tas, incluindo a mutilação e a morte, existiam na jurisprudencia municipal.

Em um dos artigos das côrtes de 1331 affirmase que, desde tempos antigos, estava generalizado nos concelhos o «costume de pagarem os ladrões o dobro do roubo ao roubado e sete tantos ao fisco; mas que essa pena se applicava só a primeira vez que se perpetrava o delicto, e que, no caso de reincidencia, o ladrão era enforcado» (1). Os costumes de Santarem e dos concelhos do mesmo typo dispõem que nos crimes de roubo o esbulho dos que vão a enforcar pertença ao mordomo (2).

Nos foraes, encontra-se, relativamente ao furto, esta fórmula commun: «*Furtum cognitum nonies componatur*». O roubado recebia primeiro o objecto furtado ou seu valor completo e dividia as oito partes restantes com o juiz, em fracções eguaes (3).

(1) Côrtes de Affonso IV de 1331, art. 20.^o

(2) Cost. de Alcaer, Montemór e Gravão, Ineditos, t. V, pagg. 376-383.

(3) Foral de Penamacôr de 1209; ou a real camara recebia a ultima parte, segundo prescrevia o foral de Gravão. ALEXANDRE HERCULANO (*Historia* cit., t. IV, pag. 395, nota) diz, porém, que «parece que a composição não revertia para o roubado, mas que era integralmente para o fisco; porque os mesmos foraes ordenavam que, sendo o delinquente caseiro ou solarengo de algum visinho, aquella

Mas, em varios foraes, encontra-se consignado que, além da composição, se cortavam as orelhas ao auctor do furto e, que, se reincidia, os alcaides mandavam matal-o (1). E, em outros, diz-se que, além de ter de pagar ao roubado o duplo do valor do roubo, como reparação, e nove vezes o mesmo valor, metade como multa municipal e metade ao fisco, como calumnia ou imposto criminal, o ladrão será sempre enforcado (2).

No meio da variedade dos direitos locaes surge a legislação geral traduzindo a unidade nacional. Analogo é o espirito que, a principio, anima esta legislação (3). No reinado de D. Affonso III, em que

multa seja repartida igualmente entre o amo ou senhorio do culpado e o fisco, sem se attender á reparação do lesado».

(1) Vid. Foral de Penamacôr de 1209 e de Santa Cruz de Villariça de 1225, apud *Portugaliae Monumenta Historica, Leges et consuetudines*, pagg. 539-541 e 601-605; SANTA ROSA DE VITERBO, *Elucidario*, t. II, pag. 185; SCHAEFFER, *Historia* cit., t. I, pag. 252; ANTONIO ENNES, *Historia de Portugal*, vol. I, Lisboa (Empreza litteraria de Lisboa), 1876, pagg. 130-135.

(2) Em alguns foraes, como o de Freixo e Salvaterra do Extremo, encontra-se a distincção entre furto simples e latrocínio; contra este apparece comminado o supplicio da forca. *Portugaliae Monumenta Historica, Leges et consuetudines*, pagg. 508 e segg.

(3) Vid. FRANCISCO FREIRE DE MELLO, *Discurso sobre*

a legislação criminal toma grande incremento, re-prime-se o crime de furto mais severamente que o de homicidio (1); e, tentada, infructiferamente, pelo mesmo monarcha como, depois, por D. Affonso IV, a abolição do direito de revindicta (2), que D. Pedro I, pelas *cartas de seguro*, fortemente limitaria (3), con-

delictos e penas, Lisboa, CIO.IO.CCCXXII, pag. 19. Sobre as providencias tomadas nas pretendidas côrtes de Lamego, acerca do furto, veja-se MELLO FREIRE, *Resposta á censura de Antonio Pereira de Figueiredo*, Lisboa, 1821; a pena de morte applicava-se mesmo contra os furtos simples, mandando-se, todavia, dar parte ao rei, antes da execução da pena.

(1) Vid. *Monarchia Lusitana*, Liv. xv, cap. 13; FREIRE DE MELLO, *Discurso* cit., pagg. 24 e 25; ANTONIO ENNES, *Historia* cit., pagg. 252 e 253.

(2) Regulada por D. Affonso II, que «impozera aos Nobres e Homens bons a obrigação de vingarem as injurias, para não serem degradados dos fóros de cavalleiros, costume que se estendeu a todos» [SOUSA PINTO, *Lições de direito criminal português*, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1861, pagg. 27 e 28]. Vid. SILVA FERREIRA, *Theoria do direito penal applicada ao Código penal português*, Lisboa (Typographia Universal), 1856, vol. I, pagg. XLVII e XLVIII.

(3) Foi abolido o direito de revindicta por D. Affonso V. Vid. *Orden. Philipp.*, liv. v, tit. XXXIII, §§ CXXIII, CXXVIII, CXXX; PEREIRA E SOUSA, *Classes dos crimes*, Lisboa (Impressão regia), 1830, pagg. 94-99; MELLO FREIRE, *Institutiones juris criminalis lusitani*, Conimbricæ (Typis academicis), 1815, pagg. 49 e 50.

tinua a pena de morte a ser applicada aos auctores do crime de furto.

Nas *Siete Partidas* de Affonso x, que, no dizer de MARINA (1), pouco mais representam do que a collecção methodica das decretaes, do código de JUSTINIANO e do DIGESTO, e cuja auctoridade, entre nós, no século xiv, é incontestavel (2), o furto é também, como já indicámos, barbaramente reprimido. É punido com a morte, independentemente de processo, o ladrão preso *in flagrante* — conjuncção do instituto romano-wisigodo do furto manifesto e do paleogermanico do *fegangi*, e ao furto qualificado (militar, balnear, agricola, aulico) applica-se sempre a pena ultima (3). Quanto aos effeitos civis do furto, o lesado podia fazer valer os proprios direitos tanto contra o ladrão, como contra os seus herdeiros, que eram obrigados á restituição *in natura* ou

(1) *Ensayo historico crítico sobre la legislación de los reynos de Leon y Castilla*, Madrid, 1834, § 319.

(2) R. LABRA, *Portugal y sus códigos*, Madrid, 1874, pag. 3 e segg.

(3) Vid. Partida vii, tit. x, ley 1 e 2; tit. xiii, ley 1-8; tit xiv, ley 22. Na Partida vii, tit. xxxi, ley 8, dispõe-se que «na applicação da pena, o juiz deve considerar as pessoas que devem soffrel-a: deve punir-se mais severamente o escravo do que o homem livre, este do que o fidalgo, o adulto do que a creança, o velho do que o adulto». Também: Pacheco, *Commento cit.*, t. i, pag. 48.

á indemnização. Como nesta compilação, também nas *Ordenações do senhor rey D. Affonso v* (Ordenações Affonsinas), cujos redactores trasladaram quasi litteralmente leis inteiras das *Partidas* (1), é visivel a influencia do direito romano e canonico. «O legislador, diz COELHO DA ROCHA (2), não teve em vista tanto os fins das penas, como conter os homens por meio do terror e do sangue: o furto do valor do marco de prata é punido com pena de morte». Egual doutrina é consignada nas *Ordenações Manuelinas e Philippinas*.

Distingue-se nestas o furto proprio do *furtum usus et possessionis*, deixando-se a repressão d'estes, que podia chegar á *morte natural*, ao arbitrio do julgador (3); com pena igual á do auctor do furto é punido aquelle que «comprar alguma cousa, que verosimilmente pareça, segundo a qualidade d'ella e do vendedor, que he furtada, ou que não he do que a vende» (4); não se estabelece distincção entre *furtum manifestum* e *nec manifestum*, e *nocturnum* e *diurnum*, que são igualmente punidos (5). Pune-se

(1) Sr. Dr. GAMA BARROS, *Historia cit.*, tom. i, pag. 68.

(2) *Ensaio cit.*, § 164, pag. 127.

(3) *Orden. Man.*, liv. v, tit. xxxvii, § viii; *Philipp.*, tit. ix, § viii. Vid. também *Ord. Philipp.*, liv. iv, tit. lviii.

(4) *Orden. Philipp.*, liv. v, tit. lx, § v.

(5) MELLO FREIRE, *Institutiones cit.*, pag. 68, nota ao

com a *morte natural*: «aquelle, a que fôr provado, que em caminho, ou no campo, em qualquer logar fóra de povoação tomou por força, ou contra vontade a outra pessoa cousa, que valia mais de cem réis, e sendo de valia de cem réis para baixo, seja açoutado e degredado para sempre para o Brazil»; a pessoa «que tomar cousa por força, se a cousa assi tomada valer mais de mil réis» (1); a pessoa que «abrio alguma porta, ou entrou em alguma casa, que stava fechada, per a porta, janella, telhado, ou por qualquer outra maneira, e que furtou meio marco de prata ou sua valia» (2); o sacrilegio — *rei sacrae de loco sacro contrectatio* (3); etc. A pena de flagellação é comminada a cada passo (4).

Confirmadas por D. João IV as ordenações e leis posteriores (5) promulgadas pelos Filippes,

§ v. Não se fala, nas *Ordenações*, do furto domestico, nem do furto de productos campestres, nem da tentativa de furto.

(1) *Orden. Philipp.*, liv. v, tit. LXI; *Orden. Man.*, liv. v, tit. xxxviii.

(2) *Orden. Philipp.*, liv. v, tit. LX, § 1.

(3) *Orden. Philipp.*, liv. v, LX, § IV. Vid. PEREIRA E SOUSA, *Classes dos crimes* cit., pagg. 322-324.

(4) Vid. *Orden. Philipp.*, liv. v, tit. LX, §§ I, II, IV; tit. LXI, § 1; liv. I, tit. LXV, § XXIV. Quanto á pena pecuniaria, veja-se *Orden. Philipp.*, liv. v, tit. LX, §§ II, VI; liv. II, tit. L, pr.

(5) CANDIDO DE OLIVEIRA, *Curso de legislação compa-*

«emquanto as circumstancias da guerra não permittiam cuidar de uma nova recopilação» (1), desde logo, no entanto, se protesta contra a severidade das penas e rigor processual. «A impunidade ou o arbitrio da condemnação tornou-se, diz SILVA FERRÃO (2), uma necessidade relativa: as leis pnaes cahiram em desuso (3), mesmo sem ser dero-

rada, As fontes do direito, Rio de Janeiro (Ribeiro dos Santos), 1903, pagg. 73-82. Notemos as leis de 5 de julho de 1526 (art. 42.^o), de 27 de julho de 1532, de Filippe II e de 6 de dezembro de 1612, de Filippe III, que providenciam quanto aos feitos crimes. Vid. PEREIRA E SOUSA, *Primeiras linhas sobre o processo criminal*, Lisboa (Typographia Lacerdina), 1806, 3.^a ed., pagg. 204, nota 505 e 236-238, nota 568.

(1) Lei da confirmação das *Ordenações* de 29 de janeiro de 1643.

(2) *Theoria do direito penal* cit., tom. I, pag. 21. Vid. PEREIRA E SOUSA, *Esboço de um dictionario juridico theoretico e pratico*, Lisboa (Typographia Rollandiana), 1827, tomo segundo, vb. *furto*.

(3) Escreve MELLO FREIRE (*Institutiones* cit., tit. I, § XIX, pag. 21): «Et hinc consequitur, ut leges criminales plus justo severiores ipsorum Imperantium voluntate, et conniventia quadam, cum illarum non urgeant exsequutionem, aut per non usum abrogatae videantur. Et tales apud nos sunt *Ordd.* lib. 5, titt. 3, 13, 14, 15, 17, 19, 25, 26, 32, 36, 38, 60, in princ., 66, §§ 7 e 10, 69, 70, 79, 80, 82, 86, § 5, 90, 92, 93, 94, 100, 101, 109, 123, 133, et

gadas». E quando, á voz eloquente de BECCARIA, que aggride vigorosamente a triplice fonte do direito romano, do direito canonico e da *auctoritas doctorum* (1), um impulso reformador agita toda a Europa, reconheceram-se a necessidade de expurgar das nossas leis penaes «aquellas que se achavam antiquadas e, pela mudança das cousas, inuteis para o presente e futuro» (2).

D'esta tentativa de reforma legislativa saiu o projecto de codigo criminal devido a MELLO FREIRE (3), que, embora reagisse contra a barbaridade

plures aliae, de quibus suis locis; quae quidam, ad poenas quod adtinet, injustae sunt, et atroces, ne dicam crudeles, vix enim debitam servant porportionem».

(1) Tambem, entre nós, o MARQUEZ DE POMBAL «pela lei de 18 de agosto de 1769, fez restituir ás Leis Patrias a dignidade e consideração, que até ali lhe tinham negado, uns pela supersticiosa veneração que professavam ao Direito Romano e Canonico, outros pela commodidade de recorrer ás opiniões e arestos» (COELHO DA ROCHA, *Ensaio* cit., § 254, pag. 198).

(2) Vid. Decretos de 31 de março de 1778, de 12 de janeiro de 1784 e de 3 de fevereiro de 1789, e o aviso de 9 de fevereiro do mesmo anno.

(3) Vid. *Codigo criminal intentado pela Rainha D. Maria I*, Lisboa (Thadeo Ferreira), CLD-1800CC-XXIII, 2.^a ed., pag. xv. Vid tambem RIBEIRO DOS SANTOS, *Notas ao titulo III, Dos Juizes e penas*, do novo codigo de direito

penal das *Ordenações*, «aquelle monstruoso codigo, aonde foram a esmo copiadas as leis de CALIGULA e NERO» (1), não se atreveu a proscrever a pena de morte para o crime de furto (2).

26. A escola classica erguera, em todo o mundo civilizado, uma campanha contra as penas infamantes e contra todos os requintes de crueldade inventados á sombra do mysticismo da idade media. A revolução franceza vicia traduzir essas ideias em factos e, como ella, inspirado no principio do respeito e protecção á personalidade humana, o movimento liberal de 1820 cuidou desde logo de expungir da nossa legislação penal a barbaridade antiga, fazendo penetrar nella o espirito humanitario da epoca: assim a constituição de 23 de setembro de 1822 declarava «abolida a tortura, a

publico de Portugal, do DR. PASCHOAL JOSÉ DE MELLO, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1844, pag. 169 e segg.

(1) Vid. *Relatorio do decreto de 18 de agosto de 1852*, que cria uma commissão destinada a organizar os codigos criminal e commercial.

(2) Vid. *Codigo criminal* cit., titulo xxxvi (*Dos furtos*). Além d'aquella pena, commina-se «á proporção da malicia», (§ 1.^o), a de reparação pecuniaria, de prisão, degredo, trabalho nas obras publicas, galés, açoutes e confiscação de bens.

confiscação de bens, os açoites, o barão e pregão, a marca de ferro quente, e todas as mais penas crueis ou infamantes» (1).

Mas, em absoluta incompatibilidade com um governo monarchico estavel e permanente, a constituição, separando-se theoricamente, em concepções abstractas, do estado social preexistente, não era viavel (2); e restaurado, momentaneamente, o regimen absoluto, que fez renascer o antigo systema penal, veio a carta constitucional de 1826 não só abolir este, mas preceituar que se organizaria «quanto antes, um codigo criminal fundado nas solidas bases da justiça e equidade» (3). O *Codigo Penal da Nação Portuguesa*, organizado em 1837, por JOSÉ MANOEL DA VEIGA e aprovado por decreto de 4 de janeiro, mas não levado á execução, já não mencionava entre as penas as torturas ou as crueldades de qualquer ordem. Instava, entretanto, a necessidade da reforma; mas os acontecimentos politicos do tempo fizeram differir a publicação do novo codigo, que só em 10 de dezembro de 1852 veio a apparecer.

(1) Art. 11.º

(2) Sr. Dr. LOPES PRAÇA, *Collecção de leis e subsidios para o estudo do direito constitucional português*, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1894, vol. II, pag. XIX.

(3) Art. 145.º, §§ 17.º-19.º. Vid. SOUSA PINTO, *Lições de direito criminal português* cit., pag. 32.

Inspirado nas doutrinas de ROSSI, CHAUVEAU e HÉLIE, e tendo como fontes legais principalmente os codigos francês de 1810 e hespanhol de 1848, o novo codigo, que no livro II, titulo V, *Dos crimes contra a propriedade*, e artt. 421.º-444.º se occupou do furto e do roubo, accusa ainda notavel severidade (1). Comminava-se a pena de degredo temporario para o auctor de furto de valor superior a vinte mil réis e a de degredo perpetuo, no caso de reincidencia (2). Para o crime de roubo a pena era a de trabalhos publicos no ultramar, temporarios ou perpetuos, segundo as circumstancias que nelle concorressem; quando o roubo fosse comettido ou tentado, concorrendo o crime de homicidio, seria applicada a pena de morte (3). Declaravam-se applicaveis as penas do furto ao que fraudulentamente subtrahisse uma cousa que lhe pertencesse, estando ella em penhor ou deposito; ao que, tendo achado qualquer objecto pertencente a outrem, deixasse fraudulentamente de o entregar a seu dono; ao que furtasse algum processo ou parte d'elle, ou documento ou qualquer escripto (4).

(1) LEVY MARIA JORDÃO, *Commentario ao codigo penal português*, Lisboa (Baptista Miranda), 1854, tomo III, pag. 242.

(2) Art. 421.º e § 3.º

(3) Artt. 433.º-435.º

(4) Artt. 422.º-424.º

A tentativa seria sempre punida (1). O furto sacrilego era punido com a pena de trabalhos publicos por toda a vida no ultramar, ou com o maximo da mesma pena temporaria (2). O furto qualificado era, em regra, punido com o degredo temporario (3).

A lei de 1 de julho de 1867, que organizou o systema penitenciario entre nós, adoptando o regimen cellullar continuo e que, pode dizer-se, foi antecipado pelo projecto de 20 de outubro de 1861 (4), substituiu a pena de morte, que o codigo de 1852 applicava ao crime de roubo, pela de prisão cellullar perpetua; a de trabalhos publicos perpetuos pela de oito annos de prisão maior cellullar, seguida de degredo em Africa por tempo de doze annos; a de trabalhos publicos temporarios pela de prisão maior cellullar por tres annos, seguida de degredo em Africa por tempo de tres até dez annos; a de degredo perpetuo pela de degredo por oito annos, precedida da pena de prisão maior cel-

(1) Art. 421.º, § 2.º

(2) Art. 441.º

(3) Artt. 425.º-429.º

(4) Vid. *Codigo penal portuguezs*, tomo I, *Relatorio da commissão*, Lisboa (Imprensa Nacional), 1861. Quanto ao furto, o tomo II, *Projecto da commissão*, art. 252.º e segg. A pena de morte, incluída na 1.ª edição do projecto (art. 83.º), desapareceu da edição de 1864.

lular por quatro; a de degredo temporario pela de dois a oito annos de prisão maior cellullar (1). A duração maxima da pena de prisão correccional, que pelo codigo era de tres annos, foi limitada a dois annos (2). Deve, todavia, notar-se que, declarando-se no art. 64.º da lei de 1 de julho de 1867 que, enquanto não estivesse em inteira execução o regimen penitenciario, os reus seriam condemnados em alternativa nas penas que, á excepção da pena de morte, pelo codigo penal fossem applicaveis aos crimes praticados, o auctor do crime de furto soffria praticamente, dada a difficuldade do estabelecimento do regimen penitenciario, as penas do codigo de 1852.

A nova Reforma Penal, approvada por decreto de 14 de junho de 1884, modificando o anterior systema penal, abolia as penas perpetuas de prisão cellullar de trabalhos publicos e de degredo, e a pena de trabalhos publicos temporarios (codigo de 1852) com a correlativa da lei de 1 de julho de 1867 (art. 5.º) (3). A pena de morte era substituida pela pena de prisão maior cellullar por oito annos seguida de degredo por vinte, com prisão no logar

(1) Lei cit., artt. 1.º-9.º

(2) Lei cit., art. 33.º

(3) Artt. 46.º-48.º

do degredo até dois annos ou sem ella conforme parecesse ao juiz(1).

Para o effeito das penas em alternativa, substitua, em sentido benigno, as penas do codigo penal de 1852. A pena de morte era substituida pela pena fixa de degredo por vinte e oito annos, com prisão no logar do degredo por oito a dez annos; a de trabalhos publicos perpetuos pela pena fixa de degredo por vinte e cinco annos; a de degredo perpetuo pela pena fixa de degredo por quinze annos(2). A pena de degredo temporario ficava reduzida ao maximo de doze annos(3). Relativamente á pena de prisão correccional, manteve o limite maximo de duração em dois annos(4). Estas penas passaram para o codigo penal em vigor, approved por decreto de 16 de setembro de 1886(5).

(1) Art. 49.º

(2) Art. 50.º, n.ºs 1.º, 2.º e 4.º

(3) Art. 51.º

(4) Art. 57.º

(5) Artt. 421.º-444.º

SECÇÃO II

Systema do direito português actual

§ 1.º

A noção do furto

- SUMMARY: — 27. — Noção descriptiva do furto no codigo penal português.
 28. — Força physica subjectiva do crime de furto. Critica da doutrina acolhida pelo legislador português.
 29. — O elemento subjectivo no crime de furto: dolo generico e especifico.
 30. — Sujeito passivo do furto.
 31. — Mobilidade e materialidade da cousa, objecto da lesão patrimonial. Furto de gaz de illuminação e de energia electrica; opiniões divergentes.
 32. — Causa alheia. *Res nullius, derelictae e communes.*

27. Em uma noção descriptiva do furto, o codigo penal português, inspirando-se na theoria romanista, mas dando-lhe menor alcance, declara que commette o crime de furto o agente que procede *subtrahindo fraudulentamente alguma cousa que lhe não pertença* (art. 421.º)(1).

(1) Noção analogica do furto se encontra no codigo penal militar (Vid. Cod. pen., artt. 15.º, § unico, n.ºs 2.º e 16.º; Codigo de justiça militar, approved por carta de lei de

Analysemos separadamente os elementos constitutivos do furto, contidos nesta noção (*subtracção da coisa d'outrem* — materialidade do crime; *fraude* — elemento intencional), completando-os com a referencia ao dolo especifico, que o legislador português avisadamente omittiu.

28. Seguindo as legislações do terceiro grupo por nós indicado, o código penal português, repellindo o criterio da *amotio* e o da *apprehensio*, faz residir a força physica subjectiva do crime de furto na subtracção. «Não basta, pois, para a existencia

13 de maio de 1896, art. 184.º, e, tambem, artt. 158.º, 160.º, 162.º, n.º 2.º, 164.º, 185.º-189.º), que, como escreve Vico (*Furto, Diritto penale militare*, apud *Digesto italiano*, anno XI, 1897, vol. II, pag. 1121) a proposito do código penal italiano, não differe, essencialmente, quanto ao furto, do código penal commun, senão pela especialidade de jurisdicção. Analogamente se exprime o código de justiça da armada, approved por carta de lei de 1 de setembro de 1899, no art. 199.º Vid. tambem o código penal e disciplinar da marinha mercante portugueza, approved por carta de lei de 4 de julho de 1864, art. 19.º, n.º 13.º [Sr. Dr. DELGADO DE CARVALHO, *Manual do processo criminal moderno*, Coimbra (Imprensa da Universidade) 1898, vol. II, pagg. 306 e 307]. Em termos identicos aos do código penal vigente, se exprimia o código de 1852, termos que, com mais a referencia ao caracter mobiliario da coisa, foram mantidos no projecto de 1861 (art. 252.º).

do crime, como diz LEVY MARIA JORDÃO (1), que o agente tenha posto a mão sobre a coisa, e a tenha mudado de um logar para outro; se ella não foi levada pelo accusado, poderá existir a intenção, mas o delicto não está consummado, não passa ainda de projecto». Nem se trata de mera violação da posse, como parece opinar DE MAURO (2), ao escrever que «il furto avviene appunto appena il ladro si é definitivamente impossessato della refurtiva», mas de verdadeira substituição de posse, que só se verifica quando a coisa sae da esphera da actividade e da disponibilidade do lesado para a do ladrão.

E descabido achamos o reparo de CARRARA (3), de que «seria absurdo querer fazer coincidir a consummação do furto com a aquisição do dominio

Na segunda edição do projecto (1864), falla-se, porém, de «apropriação de cousas ou valores mobiliarios alheios» art. 252.º). Vid. *Revista de legislação e de jurisprudencia*, t. XXV, pagg. 195 e 345; *Revista dos tribunaes*, t. I, pag. 62 e t. V, pag. 381.

(1) *Commentario ao Código penal português cit.*, t. III, pag. 236.

(2) *Il momento consumativo del furto* apud *Supplemento alla Revista penale cit.*, vol. IV, pagg. 5-19.

(3) *Programma del corso di diritto criminale cit.*, vol. IV, pag. 23; *Lineamenti di pratica legislativa penale*, Torino (Fratelli Bocca), 1874, *Osserv.* XI, pag. 229.

por parte do ladrão, porque, não se adquirindo nunca o dominio da *res furtiva*, todos os furtos seriam sempre tentados e nunca consummados», já que não se trata da *adquisição* de dominio pelo ladrão, mas de *cessação* do dominio por parte do lesado. Mas, se o furto se consumma pela passagem da coisa para a esphera de actividade patrimonial do ladrão, e se, por outro lado, constitue elle um delicto instantaneo e não um delicto continuo, porisso que consiste na subtracção, isto é, num facto, e não na posse, isto é, num estado (1) —, pôde offerecer diffi-culdade a determinação do momento preciso em que se consumma aquella subtracção. A questão não

(1) No direito romano, admittia-se a continuidade do furto pela posse: 47, *Dig., de furtis*, 267. No direito moderno, em que se reputa crime ou infracção continua a detenção arbitraria de uma pessoa (Cod. pen., art. 330.º), não se considera tal a detenção arbitraria de uma coisa. Com razão diz GARRAUD (*Traité théorique et pratique du droit pénal français* cit., t. v, pag. 396) que seria para desejar a modificação na qualificação de um crime que nos ameaça cada vez mais e que traria como consequencia uma melhor protecção dos interesses sociaes. Demais o furto continúa com a posse, porque esta posse continua a actividade delictuosa do agente. Vid. Dr. HENRIQUES DA SILVA, *Questões praticas de direito penal internacional*, apud *Estudos juridicos*, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1903, pag. 161; MORAND, *Des vols domestiques* cit., pag. 102 e segg.

póde surgir a respeito dos codigos que, como o francês, punem egualmente a tentativa e o crime consummado (1), como é ociosa para aquelles que, como BUCCELLATI (2), entendem, embora com um falso criterio, que a tentativa ou não deve ser punida ou deve sel-o como o delicto perfeito, ou, como FERRI (3), GAROFALO (4) e, em geral a escola positiva do direito penal, defendem, seguindo a doutrina subjectiva allemã (5) —, e attendendo á maior ou menor temibilidade e energia offensiva do delinquente, ou a insusceptibilidade de punição da tentativa ou a sua equiparação ao crime consummado.

Não assim no codigo penal português. Subamos, pois, aos principios.

Na historia do pensamento juridico doutrinal, quatro theorias apparecem quanto ao momento consummativo do furto, á definição da sua substancialidade objectiva: a da *amotio*, a da *apprehensio*, a

(1) GIOVANNI PORQUEDDU, *Sul tentativo in materia di furto*, apud *Rivista Penale* cit., vol. xxx, pag. 34; MARCHETTI, *Compendio di diritto penale* cit., pag. 67.

(2) *Istituzioni di diritto e procedura penale* cit., pag. 366 e segg.

(3) *Sociologia criminale* cit., pagg. 702-705.

(4) *Criminologia* cit., pag. 354 e 355.

(5) Vid. MOSSA, *Il tentativo*, Sassari (G. Dessi), 1896, pagg. 61-64.

da apropriação ilegítima (subtracção) e a da violação da posse pela mudança de lugar da coisa (*contractatio*) (1).

(1) Por vezes confundem-se os dois últimos systemas. WAECHTER (*Della consumazione del furto*, apud *Nuovo archivio di diritto criminale*, anno 1840, t. XXI, pag. 50), IMPALLOMENI (*Il codice penale* cit. t. III, pag. 233) e HENKE apud LOLLINI (*Sul reato di furto* cit., pag. 50) fazem corresponder a palavra subtracção á *contractatio* dos romanos; mas grande é a distancia entre os dois conceitos. Lê-se, com effeito, no fragmento 21, pr., *De furtis*, 42, 2: «Si quis armarium quod tollere non poterat aperuit et omnes res quae in eo erant *contractaverit* atque ita discesserit, deinde reversus unam ex his *abstulerit*, et autequam se reciperet quo destinaverit deprehensus fuerit, ejusdem rei et manifestus et nec manifestus fur erit». Emerge claramente d'este fragmento que o acto de furto expresso pelo verbo *abstulerit*, em contraposição a *contractaverit*, é consummado no momento em que o ladrão subtrahiu a coisa á esphera de actividade patrimonial do lesado, passando-a para a esphera propria. De facto, *auferre* não equivale a *contractare*, porque, se fossem synonymos, o fragmento depois de ter dito «et omnes res quae in eo erant *contractaverit*», deveria dizer «*fuerit*». Mas o jurisconsulto para poder declarar ladrão tal, empregou o verbo *abstulerit*, sem duvida para accentuar bem o conceito da subtracção, e com razão diz FERINI (*Diritto penale romano*, apud *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale*, publ. da *Pietro Cogoli* cit., vol. I, parte I, pag. 151) «che *furtum* deriva da *auferre* il che significa appunto *asportazione*». Vid. GEORGES LEVY, *De l'action furti en droit romain*, Paris (Mouquet), 1885, pag. 66 e segg.

Não nos demoraremos na refutação da primeira theoria indicada, que faz consistir o momento consummativo do furto na transferencia da coisa *eo loco quo fur destinaverat*, e que, como irresponsavelmente deixou demonstrado MORELLI (1), deriva de uma inexacta interpretação dos textos romanos e da confusão da objectividade jurídica do furto, segundo a jurisprudencia romana, com a sua prova no *furtum manifestum*. E tambem a segunda, restringindo-se á materialidade da *apprehensio rei*, ao facto de pôr a mão sobre a coisa, com intenção de apropiá-la ilegítimamente, parte da consideração, erroneamente deduzida da *contractatio* dos romanos, do furto como delicto *formal* (2), que *unico acto perficitur*. Mas, triumphantemente, refutou CARRARA (3) tal doutrina, mostrando que «ella pretere pela *objectividade ideologica* o evento consummativo do facto criminoso em que consiste a violação do direito de posse e que representa a objectividade immediata do furto».

(1) *Del momento consumativo del furto*, Pistoia (Cino), 1870, pag. 28 e segg. Para maior desinvolvimento d'esta theoria, que tem a defendel-a ARABIA, GIULIANI e PUTMANN: CRIVELLARI, *Dei reati contro la proprietà* cit., pag. 26 e segg.

(2) *Programma del corso di diritto criminale* cit., vol. IV, pagg. 20-22.

(3) Vid. FEDERICO BENEVOLO, *Il tentativo*, Torino (Unione tipografico-editrice), 1887, pag. 121.

Assim, estas duas theorias, porque attendiam a circumstancias ou deficientes ou excessivas para a consummação do delicto, tiveram poucos defensores na doutrina moderna do furto. Prendamo-nos, pois ás duas ultimas.

Pelo systema da *contractatio*, defendido por DE MAUKO (1), CRIVELLARI (2), CARRARA (3), BUCCELLATI (4), MORELLI (5), TOLOMEI (6), PUCCIONI (7), BASEVI (8), CARMIGNANI (9), MANZINI (10), BERNER (11), WAECHTER (12), a essencia material do furto reside na *rei alienae apprehensio* e na *amotio de loco in lo-*

(1) *Del furto cit.*, pag. 7 e segg.

(2) *Dei reati contro la proprietà cit.*, pag. 26 e segg.

(3) *Programma del corso di diritto criminal cit.*, vol. IV, pag. 22 e segg.; *Del momento consumativo del furto (prolusione al corso academico di diritto criminale, 1870-1871)*, Lucca (Giusti), 1870, pag. 5 e segg.

(4) *Istituzioni di diritto e procedura penale cit.*, pag. 229.

(5) *Del momento consumativo del furto cit.*, pag. 266.

(6) *Diritto e procedura penale*, Parte filosofica, Padova, 1874, apud PUGLIA, *Delitti contro la proprietà*, Firenze (Fratelli Cammelli), 1898, pag. 28 e segg.

(7) *Codice penale toscano illustrato cit.*, pag. 321.

(8) *Elementi di diritto criminale*, Milano, 1882, § 1037.

(10) *Trattato del furto cit.*, P. II, vol. II, pag. 227 e segg.

(11) *Trattato di diritto penale*, trad. BERTOLA, Milano, 1892, pag. 440 e segg.

(12) *Del consummazione del furto cit.*, pag. 273.

cum, esta constituida por dois termos: o termo *a quo* (logar onde a coisa se encontrava antes do furto) e o termo *ad quem* (logar para onde a coisa foi transferida).

O furto considera-se consummado logo que o ladrão, apprehendendo a coisa, a transferiu para logar differente; e, consistindo em uma violação da posse de outrem, não depende da continuação da coisa em poder do ladrão, mas verifica-se no *primeiro momento da amotio* (1). Mas, se, em face do nosso codigo, tal doutrina é inaceitavel, porisso que á palavra subtracção (equivalente aos termos *adtreclare, locomovere, amovere, tollere, auferre*, de que se servem indifferentemente os juriscultos romanos, a proposito do *furtum*) anda alliada, como deixamos dito, a ideia de substituição da posse do ladrão á do lesado, tambem, no campo doutrinal, ella nos parece pouco segura. E isto pela razão intuitiva de que uma mesma coisa não pode pertencer, ao mesmo tempo, ao ladrão e ao roubado: se o delinquente fôr descoberto emquanto procura sair da casa e abandona a coisa, como se poderá

(1) «Non fa mestieri, diz BUCCELLATTI (*Istituzioni di diritto e procedura penale cit.*, pag. 130), che la cosa materialmente entri nella sfera patrimoniale del ladro, poichè quando questi smuove la cosa dal legittimo possesso altrui per farla propria, essa aderisce naturalmente alla persona e quindi entra nella sfera patrimoniale del ladro».

dizer, logicamente, como faz DE MAURO (1), que ainda neste caso ha «a violação *virtual* do direito de posse sobre a cousa»?

Pôr a questão equivale a resolvel-a. O *systema* da *contractatio* constitue o inicio do momento consummativo do furto; constitue a remoção da cousa. Mas esta é mero acto preparatorio: o crime só se integra com a subtracção da cousa á actividade patrimonial do roubado.

Assim, a theoria da subtracção foi preferentemente acolhida por PUGLIA (2), ZANARDELLI (3), MOLINIER (4), KLIEN (5), TITTMANN (6), MAGRI (7), GARRAUD (8), TRIBUT (9), ZIRCKLER (10), CHAUVEAU et

(1) *Del furto* cit., pag. 7.

(2) *Delitti contro la proprietà* cit., pagg. 61 e segg., e 90 e segg.

(3) *Relazione della commissione della Camera dei deputati sul progetto di codice penale*, Torino, 1888.

(4) *La répression du vol d'après les lois anciennes et la jurisprudence du Parlement de Toulouse*, Toulouse, 1868, pag. 15 e segg.

(5) *Rivista delle teorie relative al delitto di furto* cit., pag. 125.

(6) Apud WAECHTER, *Della consummazione del furto* cit., loc. cit.

(7) *Reati contro la proprietà* cit., pag. 108 e segg.

(8) *Traité théorique et pratique du droit pénal français* cit., t. v, pag. 399.

(9) *Notion de la soustraction comme élément constitutif du vol*, Paris (Henri Jouve), 1904, pag. 52 e segg.

(10) *Théorie du code penal* cit., t. IV, loc. cit.

HÉLIE (1), MICELA (2), LUCCHINI (3), JOUSSE (4) e outros que, seguindo PESSINA (5), vêem a substantialidade objectiva do furto na integração da *apprehensio* e da *amotio*, consistindo este ultimo elemento na mudança de logar, isto é, da *esphera de actividade do legitimo detentor da cousa* (6).

Sem o *terminus ad quem*, a *amotio* é incompleta; incompleta a *amotio* é-o igualmente a *contractatio*;

(1) Apud ANDREOTTI, *Contributo storico-giuridico* cit., pag. 55.

(2) *Trattato sul furto*, PALERMO (Domenico Maccarrone), 1897, pagg. 248 e 249.

(3) *Elementi di procedura penale*, Firenze (Barbera), 1899, pag. 69.

(4) *La justice criminelle* cit., t. IV, pag. 166.

(5) *Elementi di diritto penale* cit., t. II, pagg. 211-213.

(6) Para tornar mais claro este conceito, PESSINA aduz exemplos que afastam qualquer duvida, e aqui reproduzimos: «Se si entra nella casa altrui a commettervi reato di furto, l'uscita del ladro dalla casa è condizione necessaria perchè il furto si dica consumato: se due persone dimorano nella medesima casa ma in diversa stanza, l'una delle due non consuma veramente il furto, se non quando porta la cosa fuori della stanza nella quale essa era riposta. Se due individui dimorano nella medesima stanza, come i compagni di una cella carceraria; o i convittori di un collegio, il furto può dirsi consumato, quando la cosa è totta da quell'augusto recinto ove si contiene tutto ciò che appartiene al *dominus* di essa, ad è portata via nascondendosi sia altrove, sia fra gli oggetti stessi del sottrattore».

incompleta a *contrectatio*, o furto é imperfeito, e erro grave é pretender ver em tal hypothese um furto consummado.

Mas esta doutrina tem sido vivamente criticada. Assim DE MAURO (1) rejeita-a como vaga e indefinida, porque não apresenta um criterio nitido e seguro para determinar em que consista a esphera de actividade patrimonial do proprietario da *res furtiva*, esquecendo que, qualquer que seja a formula empregada, sempre as contingencias varias da execucao do furto suscitarão difficuldades para a determinação do momento consummativo do furto (2). Outros repellem-a por intrinsicamente inexacta, já que dá logar aos paradoxos mais graves, fazendo-se depender, em dados casos, a consummção do crime, não do facto do ladrão mas do roubado: «tal o que succederia, diz um escriptor (3), na hypothese em que

(1) *Del furto* cit., pag. 9. Tambem MANZINI (*Trattato del furto* cit., loc. cit.), diz que «a noção da esphera de actividade patrimonial do lesado e do ladrão é puramente ideologica; trata-se de uma determinação concreta, em que nada ha de juridico, além da deducção que o juiz faz do facto examinado e livremente apreciado...».

(2) Vid. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Paris (Guillaumin et C.^{ie}), 1885, 2.^a ed., t. II, pag. 47 e segg.

(3) DE MAURO, *Del furto* cit., loc. cit. Mas, este mesmo escriptor se mostra indeciso, quando, criticando um exemplo de MARCIANO (*Il titolo x del codice penale*, Napoli, 1890,

o meu estalajadeiro, roubando-me o anel, o esconda na mesma casa em que habito, hypothese que, na doutrina da subtracção, não seria de furto consummado, porque o objecto não saíu ainda da minha esphera de actividade, que, certamente, se estende a toda casa...». Mas esta critica não nos convence, já porque para a determinação da esphera de actividade deverá examinar-se, em cada caso concreto, se a coisa saíu da disponibilidade do roubado para a do ladrão; já porque, na hypothese referida (1), se trata de esphera de actividade com-

pag. 22), diz que, «quando o ladrão, pondo a mão sobre um relógio, é surprehendido antes que tenha conseguido apoderar-se d'elle, não se trata de furto consummado», porque «il ladro non è ancora pervenuto ad impossessarsi definitivamente dell'oggetto furtivo».

(1) Invocando o exemplo referido, WAECHTER (*Della consummazione del furto* cit.), diz, reproduzindo CARRARA (*Programma del corso di diritto criminale* cit., pag. 24), que, com a theoria da subtracção, se confunde a posse da coisa com a posse da casa. Mas, tal confusão não se dá, visto que simplesmente se sustenta que, enquanto o ladrão não transpôs os limites da casa, não pode dizer-se que esteja consummada a violação do direito de propriedade, ou em termos mais geracos, da relação preexistente entre a coisa e uma determinada pessoa. Trata-se de crimes contra a actividade patrimonial, diz com razão PUGLIA (*Delitti contro la proprietà* cit., p. 57), a qual tem formas diversas de manifestação, e parece pouco exacto afirmar

mum ao ladrão e ao roubado, e neste caso, bastará para a consummação do furto que o auctor d'este, appropriando-se da cousa, a tenha subtrahido á disponibilidade propria. Em tal caso, seguindo theoria diversa, admittimos que haja furto consummado.

Allega-se mais que a nossa doutrina contradiz abertamente os principios do direito penal, porque confunde a objectividade juridica do crime com o fim remoto que o agente tem em vista — dispôr livremente da cousa, pondo-a ao seu alcance. Mas notaremos, com PESSINA (1), que não se faz consistir o momento consummativo do furto na consecução da liberdade de dispôr da *res furtiva*, mas na subtracção da cousa á esphera de actividade do detentor ou proprietario, que é o fim immediato que o delinquente se propõe conseguir e que constitue, precisamente, a objectividade juridica do crime do furto.

Diz-se, ainda, que a theoria que defendemos está em perfeita antithese com os principios do direito civil em materia de posse, pois que, ao passo que segundo estes «a occupação material de uma cousa

que o furto se consumma com a violação da posse, porque, em muitos casos, com o furto, viola-se o absoluto dominio que uma pessoa tem sobre a cousa...

(1) *Elementi di diritto penale* cit., t. II, pag. 212.

fica perfeita com a sua apprehensão, com a intenção de a appropriar» (1), para se considerar consummado o furto exige-se que a cousa sáia da esphera de actividade d'aquelle a quem ella pertence. Mal comprehendemos, porém, tal objecção. Em direito civil, a occupação tem logar quando a cousa sáe da esphera de actividade do proprietario, e, em direito penal, sustentamos que o furto se reputa consummado quando a cousa é subtrahida áquella esphera de actividade: onde, pois, a antithese?

E note-se que, se para as *res nullius* basta a simples occupação, para as *res alterius*, pelo contrario, estabelecem os codigos, como garantia da posse e do dominio, normas fixas e taxativas, que regulam a forma por que se adquirem aquellas cousas (2).

Inefficaz julgamos tambem a objecção de que esta doutrina é perigosa nas suas applicações, porque, devendo o furto dizer-se consummado quando o ladrão põe a cousa em logar seguro, a propriedade dos cidadãos fica exposta a mais frequentes

(1) Vid. Sr. Dr. TEIXEIRA D'ABREU, *Lições de direito civil português*, Coimbra (França Amado), 1898, pag. 199.

(2) Vid. VON IHERING, *Teoria de la posesión, El fundamento de la protección posesoria*, vers. por ADOLFO POSADA, Madrid (Revista de legislación), 1894, pag. 15 e segg.

ataques dos malfeteiros, visto que muito differente é o alcance da fórmula por nós empregada.

Poderá, na verdade, dizer-se que a *res furtiva* está em logar seguro desde que o ladrão transpôs os limites da casa onde commetteu o furto? Se, para se considerar consummado o furto, devemos esperar que o ladrão tivesse conduzido a cousa para logar seguro, a maior parte dos furtos consummados seriam punidos como tentados e a repressão penal perderia de efficacia. Bem dizia MITTERMAIER (1), que só é justa a theoria que declara consummado o furto quando o ladrão «ha rimossa la cosa ove il derubato la custodiva, e l'ha presa in modo che resta sottoposta alla sua sola disposizione».

Entre, pois, a doutrina que considera consummada a lesão da actividade patrimonial do roubado, quando, de facto, ella não teve ainda logar; a que a faz consistir o momento de consummação do furto na apprehensão da cousa com intenção de appropriar-a; a que exige, para a consummação do furto, a transferencia da cousa para o logar destinado pelo auctor do furto, circumstancia que não pôde ter importancia alguma juridica para os fins da responsabilidade penal; e a que reputa consummado o crime de furto quando se realiza a subtra-

ção da cousa á esphera de actividade patrimonial do proprietario, cremos esta preferivel (1).

É um *quid medium* entre a theoria da *contrectatio* e a da *ablatio*: aquella muito rigorosa, esta muito formalista (2). E foi ella a adoptada pelo codigo penal português.

(1) Desnecessario é dizer que a distincção de CARRABA (*Programma del corso di diritto criminale* cit., pagg. 28 e 29) entre *amotio* definitiva (a que se faz da cousa que se quer furtar) e preparatoria (a que respeita a cousa que serve para facilitar o furto de outra) é perfeitamente inutil na nossa theoria, por isso que é impossivel a confusão entre os actos preparatorios ou constitutivos da tentativa e os que constituem a consummação do furto. Vid. CRIVELLARI, *Dei reati contra la proprietà* cit., pag. 33; MANZINI, *Trattato del furto* cit., p. II, vol. II, pagg. 233-235.

(2) Esta theoria recebe fecunda e pratica applicação no caso em que a avidez do ladrão seja dirigida a uma pluralidade de cousas. Assim, na hypothese referida por DE MAURO (*Del furto* cit., pag. 10), WAECHTER (*Della consumazione del furto* cit., loc. cit.) e MORELLI (*Del momento consumativo del furto* cit., loc. cit.), em que o agente põe de parte, em um predio do roubado, uma cousa a que pretende reunir outras para as subtrahir de uma só vez, não basta a simples junção d'aquellas cousas para se ter o crime consummado: a posse destas cousas, que permanecem sempre na esphera da actividade patrimonial do lesado, não soffre alteração pelo facto de terem mudado de logar. Trata-se de simples preliminares do furto, de mera preparação, conservando a parte lesada a disponibilidade

(1) Apud LOLLINI, *Sul reato di furto* cit., pag. 48.

Mas, se o código consignou a doutrina, a nosso ver, preferível, pouco feliz foi, todavia, como termos ocasião de ver, na fórmula que adoptou.

das cousas. Mal se poderá, pois, sustentar, como fazem os críticos da nossa theoria, que cada uma das cousas constitue, separadamente, objecto de furto, que se consumma com a simples apprehensão; e cáem elles em uma petição de principio, porque sendo a intenção do ladrão dirigida mais além do que o simples furto, não se pôde logicamente dizer que seja consummado o que, na intenção do agente, só estava começado.

Nem colhe o reparo de WAECHTER, que procura apoio num sectario da doutrina opposta — ZIRKLER (apud SARWEY, *Giornale per l'amministrazione della giustizia del Regno di Wurtemberg*, t. III, pag. 3), dando, aliás, ao texto invocado interpretação que, por forma alguma, elle auctoriza, de que a nossa theoria não poderia ser applicada «quando il ladro incominci subito a sottrarre alla custodia del derubato de singole cose pigliate *gettandole fuori dalla finestra* per potersi più comodamente e sicuramente caricar sulla strada di notte tempo». Na verdade, o ladrão exerceria sobre as cousas que lançava pela janella um acto de dominio que o proprietario certamente não exerceria; mas os seus actos eram ainda actos preparatorios, porisso que podia ser descoberto quando lançava fóra o ultimo objecto, e, neste caso, mal se poderia dizer que se consummara o furto de objectos que ficavam na disponibilidade do proprietario. Vid. ANDREOTTI, *Contributo storico-giuridico alla teorica del furto* cit., pagg. 54 e 55.

29. «Qualquer que seja a origem, a essencia ou o resultado dos nossos actos, diz STEPHEN (1), para que possam envolver a nossa responsabilidade é necessario que, na base destes actos, exista a vontade». Este elemento irreductivel, que se encontra na origem de todas as infracções puniveis, é, quanto á figura juridica do furto, designado no art. 421.º do código penal português pelo adverbio *fraudulentamente*, com que, pouco cautelosamente, o legislador pretendeu indicar o elemento intencional, ou na expressão dos criminalistas, a força moral subjectiva do crime de furto (2).

(1) *General view of the criminal law in England*, London (Mac millan and C.º), 1863, pag. 76.

(2) Pouco cautelosamente, dizemos, porque, se bem que se faça, por vezes, coincidir os termos dolo e fraude (VIDAL, *Cours de droit criminel e de science penitentiaire* cit., fasc. I, pag. 179 e segg., praec. nota 1 e pag. 183), coincidência que já se pretendeu ver nas expressões *fraudulosa* e *dolus malus* da definição romana do furto (DESJARDINS, *Traité du vol* cit., pag. 92 e nota 4; PUGLIA, *Delitti contro la proprietà* cit., pag. 37), e que, com referencia á expressão «*soustraction frauduleuse*» do art. 379.º do código penal francês, é geralmente defendida (Vid. GARBAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français* cit., t. V, pag. 407; MANZINI, *Tratatto del furto* cit., p. II, vol. II, sez. I, pag. 271, CHAUVEAU et HÉLIE, *Théorie du code penal* cit., vol. III, pag. 26; BASKVI, *Dei delitti contro la proprietà* cit., pag. 25), certo é que o termo *fraudu-*

Não constitue, pois, crime de furto a subtracção involuntaria da coisa alheia, nem, pela inexistência do dolo (*voluntas sceleris*), pelo facto de intenção dirigida á violação do direito de posse de outrem, se póde conceber a figura jurídica do furto culposo.

Desde CARRARA (1) e MARCIANO (2) a MAGRI (3),

losa, da definição romana, não indicava o dolo generico do furto, mas os meios por que este se realisava, servindo para distinguil-o das appropriações violentas que cahiam sob a *actio de vi bonorum raptorum* (FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto* cit., pag. 151) e envolvendo a ideia de maliciosa clandestinidade; o dolo consistia na *scientia fraudis* e *propositum delinquendi*, prevalecendo na elaboração da jurisprudencia, este segundo elemento psychologico do crime, isto é, o acto da resolução criminosa: «*malitia distinguit voluntas et propositum delinquentis*» (Dig. 47, 2, 53). E este diverso modo do apreciar a definição romana do furto tem-se reflectido na jurisprudencia franceza, onde já se pretendeu resuscitar, a proposito do citado artigo, o originario conceito da fraude no furto. Preferivel seria, pois, a expressão *subtracção dolosa*. Vid. CARMIGNANI, *Juris criminalis elementa*, Roma, 1829, §§ 25 e segg.; MAGRI, *Reati contro la proprietà* cit., pagg. 112 e 113; MORAND, *Des vols domestiques* cit., pag. 110-113; *Revista de legislação e de jurisprudencia*, t. XV, pag. 279.

(1) *Programma del corso di diritto criminale* cit., vol. IV, pag. 29.

(2) *Il titolo X del codice penale italiano* cit., pag. 33.

(3) *Reati contro la proprietà* cit., pag. 113.

MICELA (1), VICO (2), DE MAURO (3), LOLLINI (4), MANZINI (5), PUGLIA (6), sustenta-se, com excepção unica, do nosso conhecimento, de KLIEN (7), que a culpa, em materia de furto, escapa á sancção penal, porque, no dizer do primeiro dos escriptores indicados, «a imprudencia humana só tem necessidade de ser reprimida quando seja causa de damno não reparavel, o que não tem logar quando, pór inadvertencia, se subtrahiu a coisa de outrem, pois que a reparação completa da imprudencia com a restituição do objecto (ou do seu valor, juntaremos) elimina o caracter politico do crime». Recendo que os ensinamentos da escola positiva permittem defender o furto culposo (8), repellimos a

(1) *Del furto* cit., pag. 88.

(2) *Furto*, apud *Digesto italiano* cit., pag. 1020.

(3) *Del furto* cit., t. II, pagg. 60 e 61.

(4) *Sul reato di furto* cit., pag. 67.

(5) *Trattato del furto* cit., p. II, vol. II, sez. I, pag. 287.

(6) *Delitti contro la proprietà*, cit., pagg. 66 e 67.

(7) *Rivista delle teorie relative al delitto di furto* cit., pag. 125.

(8) Vid. ANGIOLINI, *Dei delitti colposi*, Torino (Fratelli Bocca), 1901, pag. 39 e segg.; FERRI, *Sociologia criminale* cit., pag. 630 e segg. Hesitante entre a doutrina classica e a escola positiva, mostra-se STOPATTO, *L'evento punibile*, Padova-Verona (Fratelli Drucker), 1898, pag. 104 e segg. Vid. tambem os estudos de PUGLIA, sobre a psychologia da culpa e responsabilidade penal da culpa, na

doutrina por esta propugnada quanto á modificação do dolo penal que seria substituído, como critério do elemento subjectivo do crime, pelo do fim ou do motivo determinante do facto criminoso (1), já que estes dois coefficients ou são elementos diferenciadores das especies criminosas ou graduadores da penalidade, mas nunca essenciaes á noção juridica do crime no seu conteúdo subjectivo.

Uma acção é punivel quando, voluntariamente commettida, lesa ou póde lesar um direito protegido pela ordem juridica: a natureza do motivo determinante da acção, o seu valor etico-social só póde influir sobre a apreciação da quantidade politica do crime e sobre a graduação da pena, mas não sobre a essencia juridica do facto criminoso, que é punivel desde que se verifique a existencia da vontade consciente da criminalidade do acto e dos seus effeitos e se verifique um facto, voluntariamente praticado, que constitua damno effectivo ou potencial, directo ou indirecto.

cit. *La scuola positiva*, 1898, anno VIII, pag. 129; 1900, anno X, pag. 577; e o Sr. Dr. PEDRO MARTINS, *Da quebra e da insolvencia no direito criminal português*, Coimbra (França Amado), 1901, pag. 184 e nota 2.

(1) Vid. sobre o mesmo assumpto, entre outros, FLORIAN, *Trattato di diritto penale*, Milano (Vallardi), 1900; RESTANO, *Soggettivismo e oggettivismo nella scienza del diritto penale*, Modena, 1898, pag. 5 e segg.

O motivo determinante da acção será, como diz CONTI (1), um «*indice psicologico*» do crime, mas não o seu elemento subjectivo essencial, que só se manifesta na direcção da energia volitiva consciente e normal para a pratica do crime. O critério, para nós, fundamental, do dolo penal reside, pois, na voluntariedade da acção com a consciencia de actuar contra o direito, e sómente as suas intensificações ou diferenciações podem consistir em uma variedade especifica do seu motivo determinante. Surge, assim, ao lado do dolo generico, o dolo especifico, que, restringindo ao crime de furto, reside na direcção consciente da vontade para a appropriação anti-juridica da coisa movel alheia (*animus rem sibi habendi*), com o intuito de tirar proveito della.

Mas, se, com PUGLIA (2) e CARRARA (3), entendemos necessaria a distincção do dolo e da intenção de prejudicar, porisso que, para que haja dolo no furto, basta que o ladrão saiba que a coisa é d'outrem, sem que seja necessario conhecer a quem precisamente pertence, e porque a confusão do

(1) *Ancora dei moventi a delinquere*, apud *Revista penale* cit., vol. LI, pag. 271.

(2) *Delitti contro la proprietà* cit., pag. 69.

(3) *Programma del corso di diritto criminale* cit., vol. IV, pagg. 31-33.

animus nocendi com a intenção de prejudicar levaria á exclusão do dolo na maior parte dos crimes contra a propriedade, não vemos a necessidade, para a integração do crime de furto, do seu motivo determinante, como sustenta o primeiro dos escriptores indicados: o crime, como concepção jurídica subjectiva, é já perfeito com a prova de *rem sibi habendi* contra a vontade do legítimo detentor da cousa; o fim que o reu se propõe é indifferente á essencia jurídica do crime.

Não desconhecemos que a doutrina que rejeitamos tem por si a escola criminal italiana (1) e que na propria magistratura da Italia é notavel a concordancia quanto ao reconhecimento do *animus lucrandi* como condição necessaria do crime de furto e como criterio distinctivo do crime das outras offensas contra a actividade patrimonial; como sa-

(1) PESSINA, *Elementi di diritto penale* cit., t. II, pag. 214; CRIVELLARI, *Dei reati contro la proprietà* cit., pagg. 35 e 36; MAGRI, *Reati contro la proprietà* cit., pag. 113 e ARABIA e BRUSA, *ahi citados*; MANZINI, *Trattato del furto* cit., p. II, vol. II, sez. I, pagg. 289-291; BASEVI, *Dei delitti contro la proprietà* cit., pagg. 25-27; CIVOLI, *Manuale di diritto penale* cit., pagg. 1307-1310; MARCHETTI, *Compendio di diritto penale* cit., pag. 287.

Contra: LUCCHINI, *Intorno alla sottrazione delle cose pignorate e sequestrate*, apud *Rivista penale* cit., t. XXXIII, anno 1891, pag. 18.

bemos que, não obstante impugnada por CHAUVEAU ET HÉLIE (1), GARRAUD (2) e BLANCHE (3), tem ella sido applicada, mais de uma vez, pelos tribunaes francezes (4). Mas, com razão, escreve BERNER (5), cuja opinião recolhe os suffragios da generalidade dos escriptores allemães, que «l'intenzione del ladro è rivolta ad una *ingiusta appropriazione*; che lo scopo di lucro non è richiesto; che ammettendo che il ladro deve essere mosso a rubare dallo scopo di lucro, si uscirebbe dal campo giuridico, e che la folla dei piccoli ladri dovrebbe andare impunita».

A intenção do ladrão é chegar a uma appropriação injusta: quer appropriar-se da cousa, que sabe pertencer a outrem, e cuja appropriação este não consentiria. Tal é a medida e tal é o limite da intenção dolosa nesta materia (6). Nem se diga que

(1) *Théorie du code penal* cit., t. III, pag. 28.

(2) *Traité theorique et pratique du droit pénal français* cit., t. V, pag. 408.

(3) Apud GARRAUD, *Traité theorique et pratique du droit pénal français* cit., loc. cit., nota 66.

(4) Vid. GEORGES VIDAL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire* cit., fasc. I, pag. 183, nota 1.

(5) *Trattato di diritto penale* cit., pagg. 441. Assim, entre outros, MEYER, SCHÜLZ, GEYER.

(6) Vid. *La Scuola Positiva* cit., 1906, anno XVI, pag. 448 e segg. Com razão escreve LEVY MARIA JORDÃO (*Com-*

a característica diferencial do furto e do damno consiste na diversidade do fim abstracto que o agente se propõe; é á essência material que é necessario ir buscar o criterio distinctivo: ha furto quando houver subtracção da coisa (1); damno, quando houver destruição.

30. O objecto immediato ou sujeito passivo do furto é designado no codigo penal português pela

mentario ao codigo penal português cit., t. III, pag. 238): «É necessario que o agente tenha a intenção de privar da coisa o dono contra vontade d'este. E advirta-se que é indifferente o fim com que elle praticou o furto; basta só a intenção de privar da coisa o seu dono, pois nisto é que consiste o crime». Vid. accordão da Relação de Lisboa, de 15 de abril de 1889 (*Gazeta da Relação de Lisboa*, XI, pag. 722), de 4 de março de 1891 (*Gazeta cit.*, v, pag. 304), de 10 de junho de 1893 (*Gazeta cit.*, VII, pag. 19); accordão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de novembro de 1892 (*Jurisprudencia dos Tribunaes*, III, pag. 1).

(1) Diametralmente opposta á lei é a doutrina defendida no accordão da Relação do Porto, de 3 de março de 1893 (*Revista do Fôro Português*, t. VIII, pag. 61), em que se sustenta que «não constitue só crime de furto o facto da subtracção, mas tambem outros factos empregados para o mesmo fim, visto a subtracção não ser mais do que a acção de haver alguma coisa contra a vontade do seu dono». Vid. accordão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de maio de 1893 (*Revista cit.*, t. VIII, pag. 124).

palavra *cousa*. Esta expressão abstracta, de significação essencialmente juridica, afasta para logo do dominio do furto as cousas *extra-commercium*, como insusceptíveis de propriedade particular (1).

Notando que, entre as cousas que, ou pela sua natureza ou por motivos eticos, religiosos ou politicos, o nosso codigo civil subtrahе ás relações do direito privado, comprehendemos, contra a opinião de DERNBURG e LAMMASCH (2), o cadaver humano, cuja sonegação ou occultação o codigo penal por-

(1) Codigo civil, artt. 370.^o-372.^o. Não pela razão adduzida por MANZINI (*Trattato del furto cit.*, p. II, vol. II, sez. I, pag. 328) de que «le persone sono oggi considerate *res extra-commercium*», mas porque a noção juridica da coisa implica a inexistencia de personalidade (vid. codigo civil, art. 369.^o), não pôde o homem constituir, no moderno direito, objecto de furto. A sujeição a captiveiro de homem livre (codigo penal, art. 328.^o), a retenção em carcere privado (codigo penal, art. 330.^o), a subtracção de menores (codigo penal, art. 342.^o), o rapto de qualquer mulher com fim deshonesto (codigo penal, art. 395.^o), não representam crimes contra a actividade patrimonial mas crimes contra as pessoas. E, porque conservam o caracter do todo, tambem as partes destacadas do organismo humano vivo são insusceptíveis de furto, como tambem, no entender de VOX LISZT (*Lehrbuch cit.*, pag. 444), as partes *artificiaes*, quando inseparaveis do corpo.

(2) *Diebsthal und Beleidigung cit.*, pag. 21.

tuguês (1), aliás, expressamente exclue dos crimes contra a actividade patrimonial, julgamos inacceitável a opinião, por aquelles auctores defendida, de que a coisa que constitue o sujeito passivo do furto deva ter valor pecuniariamente apreciável.

A consideração do furto como crime lesivo do patrimonio, economicamente considerado, que levou os escriptores á distincção de valor de uso e valor de troca (2) e á eliminação, por alguns propugnada, do dominio do furto das cousas de valor minimo (3), esquece o character e os fins da tutela penal, que se destina a assegurar todas as relações juridicas, e esquece que o valor *juridico*, que a coisa deve ter para que possa ser sujeito passivo do furto, se aprecia com criterios puramente subjectivos e relativos á pessoa do lesado: não é uma

(1) Vid. código penal, art. 389.º. Diverso é o espirito que informa o § 168.º do código penal allemão.

(2) Vid. PUGLIA, *Delitti contro la proprietà* cit., pag. 130; PESSINA, *Elementi di diritto penale* cit., t. II, pag. 213; MAGGI, *Reati contro la proprietà* cit., pag. 116; CARMIGNANI, *Elementa* cit., pag. 359.

(3) Lê-se na Nov. LXIX: «Quamvis res de qua agitur minima videatur, tamen justitiae ratio non ex quantitate, sed ex suis regulis debet existimari, nam et quod aliis vilissimum videtur, hoc aliis pretiosissimum est». Vid. DUTRY, *Dissertatio de furto rei minimae*, pag. 310; LOLLINI, *Sul reato di furto* cit., pag. 69.

qualidade da coisa, mas uma relação entre a coisa e a pessoa, pela qual esta assigna áquella uma dada utilidade economica ou moral, real ou presumida. Todas as cousas, ainda não constituindo bens, na accepção do código civil (1), nem tendo, por consequencia, valor objectivo, podem ser subtrahidas ao dominio de quem as detinha; e este estado de facto torna-se, penalmente, uma relação juridica só pela circumstancia de não estar em absoluta opposição com o direito que estatue genericamente sobre a propriedade. E o direito penal hodierno, rejeitando o conceito exclusivamente politico, que informára a primeira phase da sua constituição scientifica, e que tão perigosos conflictos originára entre o direito penal e a moral publica (2), veio assentar, pela bocca de Vico (3), a necessidade de comprehender no furto «non solo i beni patrimoniali, ma anche le cose tutte in proprietà» (4).

(1) Sr. Dr. GUILHERME MOREIRA, *Instituições do direito civil português*, cap. II, § 28.

(2) Vid. GEBAUER, *Der strafrechtliche Schutz wertloser Gegenstände*, Breslau, 1893, pag. 49 e segg.

(3) *Furto* cit., pagg. 972 e 973.

(4) Assim, e contra a opinião de CARRARA (*Programma del corso di diritto criminale* cit., t. IV, pag. 34), SAREDO (*Eco dei Tribunali*, aprile, 1870, n.º 2304, apud LOLLINI, *Sul reato di furto* cit., pag. 69), DE MAURO (*Del furto* cit., t. II, pag. 18) e PUGLIA (*Delitti contro la proprietà*

Nesta doutrina, perfilhada pela jurisprudencia franceza (1), parece ter-se inspirado, não obstante a opinião em contrario de SILVA FERRÃO (2), o legislador portuguez (3).

31. Quasi constante na evolução legislativa e doutrinal da theoria do furto é o criterio da mobilidade da cousa, objecto da lesão patrimonial (4).

cit., pag. 130), entendemos que a subtracção de uma nota de banco falsa, cartas particulares (vid. para a *abertura* de cartas ou papel fechado de outra pessoa, codigo penal, art. 461.^o), telegrammas, etc., póde constituir objecto de furto. E o mesmo sustentamos a respeito de cousas que, tendo por si mesmas um determinado valor, não podem ser utilizadas pelo auctor do furto: neste caso a subtracção de titulos de credito nominativos.

(1) GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français* cit., t. v, pagg. 382 e 383, nota 15.

(2) *Theoria do direito penal* cit., vol. VIII, pag. 28 e segg. Vid. tambem LEVY MARIA JORDÃO, *Commentario ao codigo penal portuguez* cit., t. III, pag. 249.

(3) Vid. codigo penal, art. 424.^o; accordão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de julho de 1900 (*Gazeta da Relação de Lisboa*, XIV, pag. 222); *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, t. XXXI, pag. 56; *Revista do Fôro Portuguez*, t. VII, pag. 173; *O Direito*, t. XXIII, pag. 66.

(4) Só no direito primitivo se faz consistir o crime de furto na *rei alienae contractatio*, sem distinguir o seu objecto; mas na jurisprudencia classica fixou-se, como criterio essencial da *contractatio*, o character de cousa movel: «abo-

Como se observa nas legislações penaes estrangeiras, que seguem o criterio da subtracção, não faz o codigo penal portuguez referencia, por superflua, ao character mobiliario do sujeito passivo do furto (1). Mas, porque differentes são os fins da tutela patrimonial penal, não é applicavel, quanto aos effeitos penaes, o criterio da mobilidade ou immobildade das cousas em direito civil: as cousas moveis constituem objecto do furto só porque a respeito d'ellas dá a interrupção da posse effeitos especiaes, que dependem precisamente da sua mo-

lita est, diz-se na L. 2, tit. VI, de usucapionibus, quorundam veterum sententia existimantium etiam fundi locive furtum fieri», e ULPIANO (Dig., XLVII, 2, 25) observa que «verum est, quod plerique probant, fundi nomine furti agi non posse», pela razão de que «immobilia non contractantur sed invaduntur». Note-se, porém, que, nas leis romanas, se fazia distincção entre objectos destacados do immovel, que constituíam parte absolutamente integrante d'ella e objectos que, pela separação, adquiriam individualidade propria. A *contractatio* dos primeiros não era assimilada ao furto, porisso que não eram considerados, rigorosamente, cousas moveis (L. 7, § 5, Dig., quod vi aut clam). Tal distincção não encontra applicação nas legislações modernas.

(1) Foi, porventura, por se desejar conservar tal referencia, expressa na primeira edição do projecto de 1861, que, na segunda (1864), se substituiu a expressão *subtracção* pela de *appropriação*.

bilidade e se concretizam na dificuldade de reivindicar-as. Na accepção material da palavra cousa reside, pois, o character juridico de tal elemento no furto (1).

(1) Assim, os moveis *por natureza* (codigo civil, art. 376.º) podem constituir objecto de furto, porque são susceptiveis de serem removidos *de loco ad locum*; e a elles devemos juntar os *semoventes*. Os moveis por disposição da lei, isto é, os direitos inherentes aos moveis por natureza e que não tenham sido por lei immobilizados (codigo civil, artt. 375.º n.º 2 e 376.º), não podem ser objecto de furto, mas podem ser os documentos, os manuscriptos que constatarem e provam aquelles direitos (PESSINA, *Elementi di diritto penale* cit., t. II, pag. 208). Mas, nem todas as cousas immoveis, nos termos do codigo civil (artt. 374.º e 375.º), são excluidas da noção juridica do furto: os immoveis por natureza que, como taes, não podem ser objecto de furto, adquirem tal capacidade pela mobilização de uma determinada parte (BERNER, *Trattato* cit., pag. 439); os immoveis mediante a acção do homem pela sua mobilização total ou parcial (Sr. Dr. TEIXEIRA D'ABREU, *Lições de direito civil português*, pag. 82 e segg.); os immoveis por disposição da lei podem constituir, á excepção dos comprehendidos em o n.º 2 do art. 375.º do codigo civil, sujeito passivo do furto, já que só por ficção legal são elles subtrahidos á classe das cousas moveis. Quanto á appropriação dolosa de aguas particulares, que DE SANCTIS (*Furto o usurpazione d'acqua?* apud *Monitore dei pretori*, Firenze, 1892, t. XXIV, n.º 6) e FRISIOLI [*Non furto nè frode d'acqua, ma danneggiamento*, extratto dal *Riforma giudiziaria*, Napoli (Tocca), 1898,

E, da noção juridica do furto, como da evolução historica do direito penal e da propria linguagem technica, resulta que o objecto do furto é inseparavel do elemento da materialidade (1), porisso que,

pag. 65] excluem do furto, considerando-a o primeiro crime de usurpação e o segundo de damno, é de seguir, em face da legislação portugueza, a doutrina de MARCIANO (*Dei delitti contro la proprietà* cit., pag. 15) de que «l'acqua altrui, divenuta mobile mediante l'estrazione, sia suscettiva di furto». Vid. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, t. XXIII, pag. 153.

(1) Com razão observa BERNER (*Trattato* cit., pag. 440), que «non importa che la natura della cosa sia piuttosto meccanica o chimica, poichè tanto nell'uno quanto nell'altro caso può avere luogo la sottrazione». Do facto de dever ser a cousa movel e corporea deriva que, se é inconcebivel o furto de entidades immateriaes, como o pensamento scientifico ou litterario, as concepções artisticas, a iniciativa economica, o estado financeiro de uma empresa industrial, os planos militares de mobilização, os proprios direitos, etc., podem elles resultar de uma cousa corporea e, como tal, susceptivel de furto: assim, como já notamos, pode ser objecto de furto a subtracção de documentos, de manuscriptos, de titulos de credito, obrigações e acções sociaes, etc. Vid. CHAVEAU ET HÉLIE, *Théorie du code penale* cit., t. III, pag. 19; ANDREOTTI, *Contributo storico juridico* cit., pag. 63. Note-se que, quanto á subtracção de titulos ao portador, divergem os escriptores, incluindo-a uns (LISZT, MEYER, HÖLTZENHEIN) entre os crimes de burla, considerando-a outros (FREISEMBERGER, SCHNEIDER) abuso de con-

para a apropriação exclusiva de uma coisa, pela sua apprehensão, necessario é que aquella respeite á propria substancia da coisa, e não se trate de um puro phenomeno dynamico e separado da coisa de que provém, de uma mera qualidade, insusceptivel de implicar a detenção effectiva e o uso real da coisa.

Mas, se é necessario que a coisa seja material ou, antes, corporea, de rejeitar é o antigo conceito da *tangibilidade* das coisas moveis, porisso que, como escreve CARRARA (1), o uso de meios indirectos não altera a essencia do facto criminoso. O criterio fundamental da coisa movel reside, pois, antes na sua materialidade ou susceptibilidade de ser removida de um para outro lugar, do que na sua *contrectatio* manual; e este principio, se não auctoriza a absurda hypothese do furto de energia genetica, porisso que, quer considerada no seu estado dynamico ou no momento funcional, quer no momento estatico ou na nova materia elaborada,

fiança, e integrando-a a maioria dos escriptores na figura juridica do furto. Vid. LANZA, *Furto di libretti di risparmio*, apud *Giustizia penale*, 1899, t. v, pagg. 577-580; VICO, *Furto* cit., pag. 975; PUGLIA, *Delitti contro la proprietà* cit., pagg. 130 e 131.

(1) *Programma del corso di diritto criminale* cit., t. iv, pag. 36.

sempre ella, connexa ao orgão e ao animal que a produz, representa, como nota DE ROBERTIS (1), uma mera função da coisa, recebem, com as novas descobertas industriaes, fecunda applicação na tutela penal das relações derivadas da apropriação dolosa das coisas que se apresentam sob a forma de fluidos. Neste caso, a subtracção do gaz de illuminação e de energia electrica.

Mas, notavel é a divergencia, na doutrina e na jurisprudencia, quanto á possibilidade de integrar a subtracção de energia electrica na figura do furto.

(1) *Furto de energia genetica*, apud *Foro delle Puglia*, Trani, 1904, t. v, pag. 225 e segg. Esta opinião, defendida tambem por BUTERA (*Se si possa concepire furto di energia genetica*, apud *La Giostra giudiziaria*, Catanzaro, 1904, anno v, pagg. 59-63 e MANZINI, *Trattato del furto* cit., p. II, vol. II, sez. I, pagg. 356 e 357), foi impugnada por MORO (*Furto d'energia genetica*, apud *Foro delle Puglie* cit., t. v, pag. 107 e segg.) com o argumento de que «l'energia genetica non può annoverarsi tra i frutti civili dell'animale, ma è un prodotto che si separa dal produttore e se acquista *ipso jure*, come cosa a se stante, dal proprietario dell'animale...». Mas, nem a energia genetica pôde constituir, juridicamente, objecto de posse, como coisa *a se*, existente na sua individualidade juridica — *suis inuza viribus*; nem os textos do direito romano, em que MORO se baseia, auctorizam a sua conclusão. Vid., com effeito, ULPIANUS (Fr. 7, § 3, Dig. 44, 2), PAULUS (Fr. 30 princ., Dig. 41, 2) e GAIUS (Fr. 7, § 1, Dig. 41, 1).

Sem nos determos na analyse desta questão, suscitada, primeiro, a respeito do gaz illuminante, e, quanto a esta, hoje resolvida, unanimemente, em sentido affirmativo (1), limitar-nos-hemos a pôr em confronto com o criterio tradicional da essencia objectiva do crime de furto as opiniões que é possível destrinçar em tal assumpto:

- a) — a electricidade não pôde ser objecto de furto: FREUNDENTHAL (2), HOMPEL (3), FONTANA (4), BOCCELLI (5), MANZINI (6), ANDREOTTI (7);
- b) — a subtracção de energia electrica constitue

(1) Vid. LOLLINI, *Sul reato di furto* cit., pagg. 72 e 73; HESHUYSEN, *An is quis gaz dolo malo contrectat furtum faciat*, apud CARRARA, *Programma* cit., vol. IV, loc. cit.

(2) *Il furto d'elettricità*, apud Cassazione Unica, 1898, t. IX, pagg. 417-420.

(3) Referido por GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français* cit., t. V, pag. 384, nota 18.

(4) *La dolosa sottrazione di energia elettrica*, apud *Rivista di diritto penale e sociologia criminale*, Pisa, 1901, t. II, pagg. 45-48.

(5) *La sottrazione di elettricità nel diritto vigente*, Roma, 1900, pag. 6 e segg.

(6) *Trattato del furto* cit., p. II, vol. II, sez. I, pagg. 357-362.

(7) *Contributo storico-giuridico alla teoria del furto* cit., pagg. 94-96.

furto de uso, que não pôde ser inermiado: HOPPE (1), DERNBURG (2);

- c) — a tutela da electricidade deve ser abrangida nas disposições sobre damno e fraude: FREUNDENTHAL (3), BARON (4);
- d) — a subtracção de electricidade constitue crime de abuso de confiança: STENGLEIN (5);
- e) — a subtracção dolosa de electricidade constitue crime de furto: GARRAUD (6), FRASATI (7), D'ARCA (8), DE MAURO (9), CIVOLI (10), PIPIA (11), LOLLINI (12).

(1) *Diebstahl an Elektrizität*, apud *Deutsche Juristen Zeitung*, 1897, t. VI, pag. 58.

(2) *Elektrizitätsdiebstahl*, apud *Deutsche Juristen Zeitung* cit., 1897, t. I, pag. 473.

(3) *Il furto d'elettricità* cit., loc. cit.

(4) *Kein Diebstahl an Elektrizität sondern Sachbeschädigung*, apud *Deutsche Juristen Zeitung* cit., 1891, pag. 151.

(5) *Diebstahl an Elektrizität*, apud *Deutsche Juristen Zeitung* cit., 1897, t. VI, pagg. 102 e 103.

(6) *Traité théorique et pratique du droit pénal français* cit., t. V, pag. 383.

(7) *L'energia elettrica e il furto*, apud *Supplemento alla Rivista penale* cit., 1897-1898, vol. VI, pagg. 257-277.

(8) *I furti della energia elettrica*, apud *Foro delle Puglie* cit., 1900, t. I, col. 441-444.

(9) *Del furto* cit., t. II, pag. 19.

(10) *Manuale di diritto penale* cit., pag. 1305.

(11) *L'elettricità nel diritto*, Milano, 1900, pag. 21.

(12) *Sul reato di furto* cit., pag. 77.

Rejeitando, como inaceitavel, a doutrina indicada em segundo logar, porisso que, ao passo que o uso tem por presupposto absoluto e indispensavel a conservação da cousa, no nosso caso trata-se de um verdadeiro e proprio consumo de energia electrica, que é subtrahida ás especulações do proprietario, tambem julgamos pouco defensavel aquella que sujeita a subtracção da energia electrica á disciplina juridica do damno, já porque falta em tal caso o *animus nocendi*, que caracteriza o damno, mal podendo dizer-se, como faz WITKO (1) que «quem adapta ao conductor um outro fio para subtrahir a corrente, deteriora aquelle, porque lhe faz perder uma das qualidades essenciaes», já porque a solução indicada seria insufficiente para tutelar as relações que derivam do facto de transporte da energia electrica sem fios (2). Tambem a doutrina propugnada por STENGLEIN, que, digamos de passagem, menos vulneravel se apresenta em face da lei penal portugueza, do que da allemã ou italiana, que aquelle escriptor tem em vista (3), nos

(1) *Kein Diebstahl an Elektrizität sondern Sachbeschädigung*, apud *Deutsche Juristen Zeitung* cit., 1898, pag. 215.

(2) Vid. GALASSI, *La telegrafia senza fili e il codice penale*, apud *Rivista penale* cit., anno LVIII, 1903, pagg. 285-289.

(3) Segundo o codigo penal portuguez (art. 453.º), commette crime de abuso de confiança «aquelle que desenea-

parece inapplicavel á hypothese, em que se trata de subtracção e não de defraudação do alheio, sendo, no abuso de confiança, o objecto desenhado ou dissipado entregue á disposição, commquanto determinada, do delinquente (1).

Ficam, pois, em campo, as duas hypotheses contrarias.

A inconciliabilidade da punição da subtracção dolosa de energia electrica com o conceito do furto nas modernas legislações penaes, seria, no entender de FREUDENTHAL, demonstrada pela ausencia do requisito da materialidade, da appropriação directa, da *contractatio* e *ablatio*, não podendo a electri-

minhar ou dissipar, em prejuizo de proprietario ou possuidor ou detentor... cousa movel... que haja recebido... para uso ou emprego determinado», constituindo-se na «obrigação de restituir... valor equivalente» e será condemnado ás penas de furto. Vid. codigo penal italiano, art. 413.º

(1) Vid. SILVA FERRÃO, *Theoria do direito penal* cit., vol. VIII, pag. 140; LEVY MARIA JORDÃO, *Commentario* cit., t. III, pagg. 315-317; HENRIQUES SECCO, *Codigo penal portuguez*, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1881, 6.ª ed., pag. 269. Tambem: DORIGNY, *Étude de la loi et de la jurisprudence sur le délit constructif d'escroquerie*, Paris (Arthur Rousseau), 1899, pag. 5; LÉVI, *Des éléments constitutifs du vol, de l'escroquerie et de l'abus de confiance*, Paris (Moquet), 1885, pag. 63 e segg.; *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, t. XXV, pag. 72.

cidade, por sua natureza, comparar-se a um gaz, mas sendo um estado, uma força, uma energia molecular. Mas, além de que o intuito de abranger na noção de furto a appropriação dolosa de energia electrica é visivel no codigo penal de New-York, que definindo-o «the dolose appropriation of a article of valour», torna assim, o elemento objectivo do furto mais ductil e comprehensivo (1), a opinião contraria é justificada pelos principios geraes do direito sobre o fim da tutela penal patrimonial e pela consideração de que o legislador, excluindo as cousas que *nullo continentur loco* e que só existindo *juris intellectu* não podem ser sujeito passivo do furto, quiz comprehender no art. 421.º todas as cousas moveis que, tendo existencia material ou juridica, estão sujeitas á *contractatio*, e reclamam, consequentemente, a tutela do respectivo direito de propriedade. «A logica do direito importa, diz CARRETTO (2), que sómente, *mas todas* as cousas

(1) Merece referencia especial a lei inglesa de 1882 (45, 46, Vict., c. 56), sobre iluminação electrica, que, com espirito eminentemente pratico e positivo, consigna, quanto á tutela penal de energia electrica, a disposição especial de que «quem illegalmente ou com intenção de defraudar subtraher, dissipa, desvia, abusa ou usa da electricidade, é culpado de furto simples e, como tal, deve ser punido».

(2) *Del furto di elettricità*, apud *Foro italiano*, 1901,

moveis susceptiveis de posse, isto é, que possam ser detidas na sua materialidade ou individualidade juridica, possam constituir objecto de furto» (1).

32. Dissémos que o dolo no furto consiste na intenção de appropriar a cousa de outrem, e que um dos principaes factores psychologicos do dolo é a consciencia de que a cousa, objecto da subtração, não pertence ao auctor d'esta. Tal a ideia contida nas expressões — *cousa que lhe não pertença* e *cousa alheia*, que se encontram, respectivamente, nos artt. 421.º e 432.º do codigo penal português.

E, porque o legislador preteriu, a proposito do roubo, a formula mais precisa do art. 421.º, devemos notar que com a expressão *cousa alheia* não se pretende significar que não possa accionar o

vol. II, pag. 335. E nada impede, como diz GALASSI (*La telegrafia senza fili e il codice penale cit.*, pag. 288), que se admitta o furto de energia electrica «quando questa viene raccolta con potenti meccanismi, regolata nei suoi movimenti, e imprigionata nel filo conduttore, che è segno visibile e non equivoco del possessore», e que, pelo contrario, seja excluido «quando con un apparecchio speciale o con una macchina identica a quella dell'ufficio ricevente riuscisse qualcuno a sorprendere per via uno radio-telegramma», isto é, um effeito da energia transmittida sem fios.

(1) Sr. Dr. LOPES DA SILVA, *Repertorio juridico português*, t. IV, fasc. VII, pag. 131.

auctor do furto quem não seja proprietario da cousa, mas sómente que o auctor da subtracção não deve ser possuidor da *res furtiva* (1). Consequencia do que fica dito é que, nem a appropriacção das *res nullius* e das *res derelictae*, comprehendendo nesta expressão as cousas voluntariamente abandonadas pelo seu proprietario, com a intenção de as deixar á disposição do primeiro occupante, nem a de cousa propria (2), nem a das

(1) D'aqui a conclusão, expressa por BUCCELLATI (*Istituzioni di diritto e procedura penale* cit., pag. 341), de que constitue furto a subtracção da *res furtiva* ao ladrão; não só porque, como observa MICELA (*Del furto* cit., pag. 58), no furto commettido com a subtracção da cousa ao ladrão, não se offende um direito d'este, mas do proprietario ou d'aquelles que, em nome d'este, a possuem (usuário, usufructuario, locatario, commodatario, depositario, etc.); mas porque o direito penal, afóra qualquer preocupação patrimonial, pune, como escreve MANZINI (*Trattato del furto* cit., p. II, vol. II, sez. I, pag. 337), os factos dolosos nas pessoas que os commettem, não em relação aos individuos, sujeitos passivos dos crimes, mas tendo em consideração o fim social da repressão da delinquencia e a criminalidade intrinseca da acção.

(2) Com a excepção do caso do art. 422.º do código penal, que, como escreve o Sr. Dr. PEREIRA DO VALLE (*Anotações ao livro primeiro do código penal português* cit., pag. 47), «não é propriamente um furto, como se mostra no art. 421.º, mas é equiparado ao furto tão sómente para a applicação da pena».

res communes, constitue crime de furto. As *res nullius*, não podendo entrar no patrimonio de uma pessoa determinada senão pelo facto da apprehensão ou da occupação e ficando, até então, sem proprietario, não podem ser, como geralmente se ensina (1), sujeito passivo do furto.

As *res derelictae* tornadas *nullius* e, portanto, sus-

(1) Note-se, porém, que, quanto aos animaes bravios que nunca tiveram dono, que, segundo o código civil (artt. 384.º-399.º), constituem objecto de caça e pesca, já se sustentou (vid. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale* cit., t. IV, pagg. 43 e 44) que concorrem os elementos do furto no caso de caça em predio alheio, sem licença do dono, e, recentemente, decidiu-se «che gli animali fieri e selvaggi custoditi in un bosco chiuso e recinto di steccato non possono considerarsi *res nullius*, e perciò chi li prende ed uccide dentro il bosco viola il diritto di proprietà, e commette un furto» (*Sentenza del 12 agosto 1884 della Cassazione di Firenze*, apud *Legge* cit., anno 1885, t. I, pag. 247). Vid. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français* cit., t. V, pagg. 402 e 403 e nota 51. Tal parecer é, porém, insustentavel. Desde que o animal se encontre no seu natural estado de liberdade, é licito a qualquer a sua appropriação (código civil, artt. 383.º, 384.º e 395.º), sem commetter furto, ainda que para aquelle se penetre no predio alheio *inuito domino*, ou se cace ou pesque em tempo defeso, ou por processos prohibidos. Ter-se-ha, neste caso, uma infracção das leis reguladoras da caça e pesca, ou um crime de damno, mas nunca o crime de furto.

ceptíveis de occupação, por um facto voluntario que faz d'ellas cousas *vacuae domini* (abandonadas: código civil, artt. 404.º, 411.º e 412.º; thesouros: artt. 422.º-427.º) (1), e as cousas *vacuae possessionis*

(1) Discutiui-se largamente e ainda, por vezes, fazem referencia os modernos escriptores á questão do furto de cousas de naufragos, que JAVOLENUS (ad l. 21, § 1, de acquir. possess.) dizia que «*magis pro deperditae quam pro derelictae habentur*». Mas, ainda na hypothese de abandono da cousa, em caso de perigo, mal se poderá dizer que falta o elemento da ausencia de consentimento do proprietario para integrar o crime de furto, como fazem alguns escriptores, baseados, porventura, no principio de que *coacta voluntas tamen est voluntas*, já porque deve suppôr-se no proprietario a esperanza de recuperção, como, seguindo PAULUS (L. 2, § ult., ff. ad legem Rhodiam de jactu), escreve HUBER (apud PUGLIA, *Delitti contro la proprietà* cit., pag. 132), já porque, como sustenta LOLLINI (*Sul reato di furto* cit., pag. 83), o proprietario continua exercendo o dominio sobre a sua cousa, que não se extingue pela eventualidade de um caso de força maior. E não é necessario dizer que não podem considerar se *derelictae* as cousas lançadas fóra para pô-las a salvo, em caso de incendio, inundação, ruina de edificios, etc., antes, como veremos, a appropriação de taes cousas constitue furto qualificado. Vid. LAMMASCH, *Diebstahl und Beleidigung* cit., pag. 21; MANZINI, *Trattato del furto* cit., p. II, vol. II, sez. I, pagg. 390-392. Tambem, quanto á entidade juridico-patrimonial pelos romanos denominada thesouro (vid. PAMPALONI, *Il concetto giuridico del tesoro nel diritto romano e odierno*, estr. dagli Studi

(perdidas ou extraviadas: código civil, artt. 405.º, 413.º-421.º), podem constituir objecto de furto, se

giuridici e storici per l'VIII centenario dell'Università di Bologna, 1888, pag. 4 e segg., praec., pagg. 8 e 16), *res nullius* que podem tornar-se sujeito passivo de occupação, por um facto voluntario ou fortuito, se levantou a duvida ácerca dos casos em que a sua appropriação possa constituir crime de furto. Mas, se o thesouro, abstractamente considerado, não representa cousa *nullius*, em sentido proprio, porisso que, não obstante constituir elle, no systema do nosso código civil, objecto de occupação, a lei declara-o pertencente ao proprietario do predio onde se encontra (código civil, art. 425.º), como o facto da invenção por parte de terceiro attribue a este a propriedade de um terço do mesmo (código civil, art. 424.º), a lei cria entre o achador e a cousa uma relação analoga á da aquisição da propriedade por occupação da *res nullius* em sentido proprio. Ora, se o inventor se appropri dos dois terços pertencentes ao proprietario, commette furto? Contra CHAUVEAU ET HÉLIE que, no silencio do código penal francês, entendem que a appropriação da totalidade do thesouro constitue crime de furto, parece-nos preferivel a opinião expressa por CRIVELLARI (*Dei reati contro la proprietà* cit., pagg. 97-100) de que a appropriação de todo o thesouro por parte do inventor não apresenta os caracteres essenciaes do crime do furto, porque aquelle, mediante a *contrectatio*, não viola a posse do proprietario do predio: tem só a obrigação juridica de entregar dois terços ao proprietario, que só pôde invocar contra elle a acção civil. Nem julgamos que a recusa do inventor em entregar a parte que não lhe pertence apresente tal

bem que se notem, quanto a estas, no campo doutrinal e legislativo, profundas divergencias entre os escriptores.

Abstrahindo da discussão das condições em que a coisa se deve considerar perdida, que PREIFFER (1) liga a reprehensível negligencia da parte do proprietario, que, para LANGE (2), reside no termo da materialidade da posse do proprietario, que outros fazem depender do esquecimento da coisa em um logar que não era destinado para a sua guarda; e pondo de parte, ainda, o exame das condições em que a coisa é achada, que CHAUVEAU ET HÉLIE (3), CARRARA (4) e PUGLIA (5) com razão, preferem aquella, porisso que é na in-

caracter de gravidade que justifique a inflicção de uma pena. Claro que o mesmo não defenderíamos a proposito do thesouro *improprio*, isto é, o que não é achado só por effeito do acaso, em que diverso é o elemento psychologico. E julgamos comprehendida tal hypothese no art. 421.º do codigo penal. Contra esta opinião, veja-se ALPI, *Appropriazione indebita e furto di tesoro*, apud *Supplemento alla Rivista penale* cit., 1892, t. I, pag. 43.

(1) Apud PUGLIA, *Delitti contro la proprietà* cit., pag. 74, nota.

(2) *De furto ferarum* cit., pag. 128.

(3) *Théorie du code pénale* cit., vol. III, n.º 1926.

(4) *Programma del corso di diritto criminale* cit., t. IV, pagg. 42-44.

(5) *Delitti contro la proprietà* cit., pagg. 74 e 75.

tenção do achador e na natureza especial do dolo de quem appropriar a coisa perdida que é preciso ir perscrutar o criterio fundamental da distincção do furto da simples appropriação da coisa perdida, limitar-nos-hemos a dizer que da doutrina romanista se apartou, nesta materia, o codigo penal português.

Quer na hypothese em que o achador deixou de entregar a outrem o objecto achado, sabendo que elle era o seu dono, quer no caso em que, ignorando-se o dono da coisa achada, se deixaram de praticar as diligencias por lei prescriptas, temos não um verdadeiro furto, como succedia no direito romano (1), não um crime de abuso de confiança, como preceituam alguns codigos modernos (2), não um furto *improprio*, como sustenta a escola allemã, mas um facto punivel, que, sómente para a applicação da pena, é equiparado ao furto (3).

(1) Os romanos consideravam a appropriação da coisa perdida como um verdadeiro furto: «qui alienum quid jaciens lucri faciendi causa sustulit, furti abstringitur, sive sciatur ejus sit, sive ignoret; nihil enim ad minuendum furtum facit quod ejus sit ignoret» (L. 43, § 4, Dig. XLVIII).

(2) Vid. FIORETTI, apud *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale*, pubbl. da PIETRO COGLIOLO, cit.

(3) Codigo penal, art. 423.º; codigo civil, artt. 405.º-410.º, 413.º-421.º; Sr. Dr. TEIXEIRA D'ABREU, *Licções de direito civil português* cit., pag. 330.

Quanto á subtracção de coisa propria (1), a doutrina germanica, LISZT (2) á frente, sustenta que a figura do furto é excluida pelo facto da detenção, a qualquer titulo, do objecto subtrahido. Mas, a mera relação fiduciaria com a coisa de outrem não basta para constituir a posse penal e, por consequencia, a detenção eliminadora do furto, antes, por vezes (3), representa circumstancia aggravante do crime de furto; e, em dados casos, a detenção, excluindo o crime de furto, não impede que, por indevida, a appropriação revista o character de facto punivel (4).

(1) Porque o direito penal attende a meras relações de facto, emquanto como taes e, prescindindo da sua adaptação particular aos fins do direito privado, possam ter existencia juridica é necessario excluir do conceito da posse tudo o que seja inconciliavel com este estado de facto. Assim, não commette furto, como nota IMPALLOMENI (obr. cit., t. III, pag. 235), aquelle que tem posse de facto, legitima ou illegitima, sobre a coisa que converte em proveito proprio, e bastará sempre a simples detenção — a *Gewahrsam* dos juristas allemães (BERNER, *Trattato* cit., pagg. 441 e 442; LISZT, *Lehrbuch* cit., pag. 445), sem que se exija o *animus possidendi*.

(2) *Lehrbuch* cit., pag. 449. Vid. BERNER, *Trattato* cit., pag. 440 e segg.

(3) Código penal, art. 425.º

(4) Assim, o depositario, que possui geralmente a coisa depositada, quando d'ella se approprie não commette crime

E no caso em que, consistindo o direito de outrem sobre a coisa propria na mera detenção desta, o proprietario subtráe a sua coisa a terceiro que legitimamente a retém, commette o *furtum possessionis*, de que os codigos modernos, concordes em excluil-o do ambito do furto proprio, fizeram, em geral, uma figura especial de crime patrimonial. Afastando-se da doutrina penal germanica (1),

de furto, mas de abuso de confiança (codigo civil, artt. 1431.º-1451.º e codigo penal, art. 453.º). O credor pignoratício tem a detenção puramente negativa da coisa recebida em garantia, emquanto judicialmente não seja ordenado que o penhor fique em poder d'elle em pagamento, e até a concorrência do debito (codigo civil, art. 860.º); e, se dispõe da coisa ou a aliena, soffrerá a simples sanção patrimonial, afora o caso em que, procedendo dolosamente, commetter crime de abuso de confiança ou de burla (codigo penal, artt. 450.º, n.º 1.º e 453.º). Tambem o commodatario transfere, em sentido penal, a posse da coisa para o commodatario e, consequentemente, elimina o titulo do furto da subtracção commetida por este (codigo civil, artt. 1510.º-1522.º e codigo penal, art. 453.º); e, do mesmo modo, a locação transfere para o locatario uma posse sufficiente para excluir o furto da subtracção da coisa que constitue objecto de tal contracto. Mas, a este respeito, duvidas surgem entre os escriptores: veja-se — MANZINI, *Trattato del furto* cit., p. II, vol. II, sez. I, pagg. 252-254.

(1) Vid. KLIEN, *Revisione* cit., pagg. 232-238 e auctores citados em a nota 76.

suffragada por LUCCHINI (1), que entende que «a res propria pôde, por condições jurídicas, considerar-se aliena quando o proprietario não tem a livre disposição d'ella», por PESSINA (2), para quem o «proprietario da cousa penhorada commette, subtrahindo-a, o crime de furto, porque o seu direito de dominio é limitado ao contracto de penhor», por PAMPALONI (3), que escreve que «o proprietario da cousa dada em penhor, deposito, commodato ou usufructo, não é o seu exclusivo dominus, commettendo o crime de furto quando a subtraher com animus lucrandi», o codigo penal português (4), sem o considerar tal, impõe as penas de furto no caso de subtracção fraudulenta de cousa propria, quando ella esteja em penhor (5) ou deposito em poder de alguém, ou no de destruição ou descaminho, quando ella esteja penhorada ou depositada em seu poder por mandado de justiça. E, prevenindo discussões que poderiam surgir em torno do art. 422.º do codigo penal, deveremos dizer que, se a theoria

(1) *Intorno alla sottrazione delle cose pignorate o sequestrate*, apud *Rivista penale* cit., 1891, t. XXXIII, pag. 18.

(2) *Elementi di diritto penale* cit., t. II, pag. 210.

(3) *Furto di posse e furto di uso*, apud *Studi sopra il delitto di furto* cit., pagg. 136 e 137.

(4) Art. 422.º

(5) Vid. codigo civil, art. 860.º, n.º 2.º

que reconhece no *furtum rei suae* um crime *sui generis*, uma especie de furto *improprio*, é de jure condendo a preferivel (1), não é possível defendel-a em face de um codigo como o nosso, que, na definição do furto, refere o facto criminoso á cousa de outrem.

Quando o direito de outrem sobre a cousa propria não se limita á simples detenção, dando-se a eliminação do direito concreto do proprietario, como succede no usufructo (2), a subtracção por aquelle de cousas moveis não fungiveis (3) constitue, a nosso ver, crime de furto, porisso que o usufructuario não é um simples possuidor, mas tem sobre os bens sujeitos a usufructo um direito real, distincto e independente do do *nudus* proprietario, um direito de gozo como o proprietario. E tambem o direito de uso, ainda que não possa ter por objecto senão bens immoveis, não exclue a possibili-

(1) Vid. LOLLINI, *Sul reato di furto* cit., pag. 95; VICO, *Furto* cit., pag. 984; GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. V, pag. 407; STOPPATO, *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni* cit., pag. 200 e segg.

(2) Codigo civil, art. 2197.º

(3) Codigo civil, art. 2209.º. A respeito das cousas fungiveis, é ociosa a discussão, porque, quanto a estas, tem o usufructuario a propriedade plena e effectiva.

dade do furto quanto ás cousas que, moveis por natureza, foram por lei immobilizadas ou quanto ás partes mobilizadas do immovel (1), CARRARA (2) e IMPALLOMENI (3), notando que os codigos modernos não prevêem o caso do furto de uso (4), vêem esta figura juridica na subtracção de coisa alheia, não com o fim de a apropriar, mas com o fim de retirar d'ella uma dada utilidade, restituindo-a depois. E, na verdade, a intenção de restituir a coisa não deve excluir o furto, como não a exclue a efectiva restituição do lesado (5); e mal poderá dizer-se, com PUGLIA (6), que «o abuso da posse

(1) Código civil, artt. 2254.º-2261.º

(2) *Programma del corso del diritto criminale* cit., t. IV, pag. 40 e segg.

(3) *Il codice penale italiano* cit., t. III, pag. 236.

(4) Com excepção do código penal allemão, § 290.º: «Öffentliche Pfandleiher, welche die von ihnen in Pfand genommenen Gegenstände unbefugt in Gebrauch nehmen, werden mit Gefängniss bis zu einem Jahre, neben welchem auf Geldstraf bis zu neunhundert Mark erkannt werden kann, bestraft». Vid. LISZT, *Lehrbuch* cit., pag. 128.

(5) L. 5, D. *vi bon. rapt.*, 47, 8. Em contrario se exprime PESSINA, *Elementi di diritto penale* cit., t. II, pag. 216. Vid. código penal, art. 39.º, circ. 19.ª

(6) *Delitti contro la proprietà* cit., pag. 472 e segg., que cita PESSINA, CHAUVÉAU ET HÉLIE, BERNER e PUCCIONI. Segundo este, «a appropriação indica a arbitraria apprehensão da coisa alheia e exclue, por consequencia,

não póde constituir um crime», porisso que, áparte a questão delicada de julgar da existencia do furto no excesso de uso, que envolve a apreciação da posse e do dolo generico do imputado e a delimitação entre o facto lícito e facto ilícito, entre a lesão puramente contractual e a lesão penal (1), concorrem no caso em questão a lesão da actividade patrimonial, a appropriação, embora temporaria, de coisa alheia e a falta de consentimento do proprietário.

Quanto ás *res communes*, a que fizémos referencia, as modernas legislações, afastando-se do direito romano (2), concordam no principio de que o ca-

o uso indevido de uma coisa já precedentemente appropriada».

(1) O art. 2257.º do código civil preceitua, de facto, que «o usuario dos fructos de um predio não póde haver mais do que os necesarios para os seus gastos e da sua familia, quer esta se torne mais numerosa, quer menos», o que importa a determinação do que é sufficiente ou superfluo para as necessidades do usuario. «Su questo *superfluo*, appunto, diz MANZINI (*Trattato del furto* cit., t. cit., pag. 410), può cadere un delitto patrimoniale, giacchè la cosa di cui si impolessa togliendola dal luogo dove si trovava entre i limiti del suo diritto è cosa propria e non altrui».

(2) Pelas leis romanas, «si socius communis rei furtum fecerit (potest enim communis rei furtum facere) indubitae dicendum est, furti actionem competere» (L. 46, Dig. XLVIII), o que trazia como consequencia que a subtracção da coisa

racter de coisa commun exclue a presumpção do furto commettido pelo comproprietario, reduzindo-se a questão á indagação do elemento intencional da subtracção, isto é, se esta foi feita com a consciencia de que se exercia um direito, ou pelo contrario, com a de um illegítimo *animus lucrandi*. A razão juridica no furto da coisa commun, está, pois, na appropriação dolosa da coisa que não é detida pelo comproprietario, em prejuizo do outro comproprietario, ao qual se subtráe a respectiva quota *pro indiviso*. A simples circumstancia da posse physica da coisa commun, pelo comproprietario, elimina a noção juridica do furto (1); todos

moveis pertencente a uma sociedade, por parte do socio, constituia crime de furto. Reconhecia-se, porém, a necessidade da prova de que o socio subtrahira a coisa com dolo, prova que competia ao comproprietario que se julgava lesado: «merito autem adjectum est ita denum furti actionem esse, si per fallaciam et dolo malo amovit, quia cum sine dolo malo fecit furti non tenetur; et sane plerumque credendum est eum qui partis dominus est, jure potius suo uti quam furti consilium inire» (L. 51, Dig. pro socio).

(1) Assim, se a subtracção da pretendida coisa commun é imputada ao socio de uma sociedade commercial, este será reu de furto, se não detinha a coisa e de abuso de confiança, se a detinha (codigo penal, art. 433.º), ainda que inferior á sua quota seja a parte subtrahida dos fundos sociaes, porque, nos termos do codigo commercial (art. 159.º) o patrimonio de uma sociedade commercial não é com-

os outros elementos entram sómente no conceito da prova do dolo, como nos outros crimes.

Como applicação d'estes principios, faz o codigo penal português (1) referencia á sociedade conju-

propriedade dos socios, mas propriedade exclusiva da sociedade. Vid. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Torino (Fratelli Bocca), 1903, 2.ª ed., vol. II, pag. 14 e segg. Se o comproprietario, socio ou coherdeiro não detentor se appropriar de toda a coisa commun ou de toda a herança indivisa, não póde surgir duvida sobre a existencia do crime de furto, quando concorra o elemento do dolo. E o mesmo pensamos, não obstante o parecer em contrario de MARCIANO (*Il titolo x del codice penale italiano* cit., pag. 17), que sustenta que «para a violação da posse constitutiva do furto é necessario que se verifique a subtracção de parte da coisa que exceda os limites da quota pertencente ao subtrahente», de VICO (*Furto* cit., pag. 990), de PESSINA (*Elementi di diritto penale* cit., t. II, pag. 209), de CASSUTO (*Furto e appropriazione indebita della cosa commune*, Livorno, 1901), para quem «se il condomino, socio ou coerede sottrae della cosa commune o eredità indivisa una porzione non superiore alla quota che gli spetta, non v'è furto», a respeito dos casos em que o comproprietario, socio ou coherdeiro se appropriar só de parte da coisa commun, qualquer que seja a natureza da coisa ou a quota pertencente ao auctor da subtracção. Vid. *O Direito*, t. XIV, pag. 20.

(1) Art. 431.º, n.º 1.º. Vid. tambem art. 438.º; Sr. Dr. DIAS FERREIRA, *Codigo civil português anotado* cit., vol. I, pag. 196; accordão do Supremo Tribunal de Justiça de

gal, que póde dar logar a uma universal communhão de bens entre os conjuges (1): para que a subtracção commettida pelo conjuge em prejuizo do outro possa implicar a acção criminal de furto, é necessario que haja separação de pessoas e bens. E o silencio do codigo, quanto á subtracção, pelo conjuge sobrevivo, das *res hereditariae* (2), leva a considerar aquella como crime de furto, se bem que se deva notár que o facto da convivencia familiar antes da morte de um dos conjuges determinará, a maior parte das vezes, aquella detenção que

1 de agoso de 1896 (*Gazeta da Relação de Lisboa*, t. x, pag. 188).

(1) Código civil, art. 1168.º e segg.

(2) No direito romano, a noção do furto não se considerava applicavel á subtracção das *res hereditariae*, porisso que ninguem tinha d'ellas a posse. Sómente com o rescripto imperial de MARCO AURELIO foi introduzido o *crimen extraordinarium expilatae hereditatis*, devolvido ao conhecimento do *praefectus urbis*, que tinha pleno arbitrio na applicação da pena; ao herdeiro ficava reservada ou a *petitio hereditatis* (*actio ordinaria civilis*) ou a acção criminal (*actio extraordinaria*), contra o auctor da subtracção, a qual não era, porém, admittida, nem contra o conjuge sobrevivo, nem entre coherdeiros, para as cousas hereditarias indivisas. Vid. MOMMSEN, *Droit pénal romain*, trad. par DUQUESNE, Paris (Fontemoing), 1906, pag. 110; DEVISE, *Du vol entre époux*, Paris (Giard et Brière), 1893, pag. 23 e segg.

exclue a imputação do crime de furto. Esta exclusão é, na lei penal portuguesa, igualmente estendida ás subtracções commettidas pelo ascendente em prejuizo do descendente (1).

(1) No principio da individualidade do patrimonio ou no condominio vêem CHAUVEAU ET HÉLIE (*Théorie du code pénal* cit., loc. cit.) a razão da exclusão, que FAURE baseia em uma razão politica ou de oportunidade social, qual a de evitar dissensões no seio da familia e que MARCIANO (*Il titolo x del codice penale italiano* cit.), justifica com o argumento de que o furto entre parentes é um facto lesivo do direito privado, mas não productivo de damno social ou politico. Cremos que cada uma d'estas razões seja insufficiente para justificar todos os casos de impunidade para determinados vinculos de sangue ou de parentesco, mas que todas explicam, em os varios casos particulares, a serie de excepções estabelecidas pela doutrina e pelas legislações. Vid. código penal, art. 431.º, § 2.º e accordão da Relação de Lisboa de 2 de novembro de 1892 (*O Direito*, t. xxviii, pag. 303); accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de março de 1884 (*Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, t. xxvii, pag. 491) e de 1 de agosto de 1896 (*Gazeta da Relação de Lisboa*, t. x, pag. 188); *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, t. xxv, pagg. 25 e 59; *Mundo legal e judiciario*, t. iv, pag. 1561. Para a evolução do direito penal moderno sobre furto domestico e extensão do termo «familia» nos nossos codigos penaes, ordinario e militar: *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, t. xxxiv, pag. 549.

§ 2.º

Critérios jurídicos das modificações do furto

- SUMMARY: — 33. — Critérios determinadores da quantidade natural e política do furto.
34. — Influência do valor do sujeito passivo do furto na quantidade do crime.
35. — Circunstâncias inherentes á qualidade da cousa, que influem na imputabilidade do furto.
36. — Circunstâncias relativas ao logar.
37. — O critério qualificador do tempo.
38. — Modificações do crime do furto determinadas pela qualidade do agente.
39. — A qualificação do modo: *a*) furto.
40. — A qualificação do modo: *b*) roubo e extorsão.

33. Sempre que concorram, em uma figura criminosa, sem que algum facto de natureza especial venha modificar o seu character, os elementos que acabamos de indicar, ter-se-ha o crime de furto simples. Mas, já CARRARA (1) notava que o furto offerece uma infinita variedade de circunstancias, tanto em relação á quantidade natural (damno immediato), pela indefinida diversidade das cousas que formam o seu sujeito passivo, como relativa-

(1) *Programma del corso di diritto criminale* cit., vol. IV, pag. 60.

mente á quantidade politica (damno mediato) (1), pela influencia que as circunstancias que acompanham o furto exercem sobre o alarme publico. E as legislações, tendo em vista estas circunstancias modificadoras do furto, quer porque denotam maior audacia e maior energia aggressiva no delinquente, quer porque diminuem o poder defensivo do offendido, expressamente regularam o furto aggravado ou qualificado.

Seguindo a escola classica italiana, que, na indagação dos criterios determinadores da quantidade do crime, distinguia as circunstancias aggravantes das attenuantes — distincção que tão vivo debate provocou no campo scientifico (2), o

(1) «A qualidade é, ensina BERNER (*Trattato* cit., pag. 430), o que distingue um *titulo* criminoso de outro; a quantidade é a diversa *gravidade* abstracta das varias especies criminosas, o differente predomínio *abstracto* de um titulo sobre outro...». Vid. GAROFALO, *Criminologia* cit., pag. 313 e segg.

(2) Restaurando, a diversa luz, as ideias da escola estoica («*Peccata omnia sunt aequalia*, nam, et qui autem stadiis, et qui uno a canapo abest; aequa uterque canopi non est...»), a escola positiva do direito criminal nega, baseada na classificação anthropologica dos delinquentes, a legitimidade das circunstancias aggravantes, como das attenuantes, defendida pela escola penal classica. Vid. FERRI, *Sociologia criminale* cit., pag. 722; WAHLBERG, *Das Princip der Individualisirung in der Strafrechtspflege*, Wien, 1889, pag. 144 e segg., praec. pag. 160.

codigo penal português reprime diversamente o furto simples e o aggravado (1). E reflectindo a distincção, feita por alguns criminalistas e em algumas legislações, das circumstancias aggravantes em aggravantes propriamente ditas e qualificadas (2), expressamente admitte o codigo o furto qualificado.

Não passou sem reparo esta tripartição do furto, que CARRARA (3), PAOLI (4), ANDREOTTI (5), MA-

(1) Não faz o codigo referencia expressa ao furto aggravado. Mas, como veremos, admitiu elle esta pouco accetavel distincção. Em contrario: SILVA FERRÃO, *Theoria do direito penal* cit., t. VIII, pag. 8.

(2) Estas augmentam a quantidade politica do crime, produzindo uma especial diminuição do poder de defesa privada e comprehendendo todos os meios e relações que tornam a lesão de direito particularmente insidiosa ou violenta, excluida a relação de pluralidade dos direitos violados pelo mesmo facto criminoso; as aggravantes propriamente ditas, envolvendo tambem a diminuição do poder de defesa privada, seriam, por menos graves, deixadas, na latitude da pena, á apreciação do juiz. Nestas se comprehenderia a pluralidade de direitos lesados pelo mesmo facto anti-juridico. Vid. BRUSA, *Saggio di una dottrina generale del reato*, Torino, 1884, pag. 132.

(3) *Programma del corso di diritto criminale* cit., vol. IV, pagg. 61-66.

(4) *Esposizione storica e scientifica dei lavori preparatori del codice penale italiano dal 1866 al 1884*, Firenze, 1885, vol. II, pag. 16.

(5) *Contributo storico-giuridico* cit., pag. 69.

GRI (1) e MICELA (2) impugnavam, como destituída de valor scientifico, já que o furto aggravado não era senão «uma subdivisão ficticia do qualificado, com o fim de melhor proporcionar a pena ao delicto», que nem na tradição juridica encontrava apoio, porisso que no direito romano prevaleceu o systema de destacar da noção geral do furto as suas formas qualificadas, criando outras tantas especies criminosas, reguladas por normas proprias, segundo a importancia da lesão politica produzida pelo crime patrimonial e a offensa immediata ao direito do offendido. Mas, sem acceitar a doutrina de CRIVELLARI (3) e LOLLINI (4), para quem o fim

(1) *Reati contro la proprietà* cit., pag. 118.

(2) *Trattato di diritto penale sulle qualifiche del furto*, Palermo (Domenico Maccarone), 1897, pag. 30 e segg.

(3) *Reati contro la proprietà* cit., pag. 139.

(4) *Sul reato di furto* cit., pag. 98. Reconhecendo o infundado da classificação apontada, tentaram alguns criminalistas substitui-la por outras: notavel é a de ERHARD e PUTTMANN, que distinguem o furto *improvvisado*, o *preordenado* e o *qualificado*. Mas consideramol-a inaccetavel, porisso que a premeditação é condição essencial do furto, e, como tal, não se pôde tornar uma circumstancia aggravante. E, por outro lado, a natureza do furto aggravado depende da accidentalidade de circumstancias que podem ou não verificar-se; e, precisamente, por esta accidentalidade estranha e independente da essencia juridica do crime, impossivel é subpôr a regras geraes e a formulas codifica-

prático indicado justifica cabalmente tal systema, e que ANGIOLINI (1) vivamente defende, ligar-nos-hemos ao systema legal (2).

Antes de passar á analyse de cada grupo de circumstancias aggravantes ou qualificadoras do crime de furto, diremos, quanto aos criterios determinadores da quantidade do furto, que a reacção da consciencia social, determinando uma mais grave sanção repressiva para restabelecer a segurança perturbada pela lesão patrimonial natural ou politica do crime, se affirmou quasi constantemente

das as circumstancias aggravantes, que podem acompanhar este crime. Quanto ás circumstancias que, attenuando a força subjectiva do crime, diminuem a sua imputabilidade, é possível submettel-as a regras preventivas; mas, pela proteiforme variedade do furto, não procuraram os legisladores enumeral-as, e, indicando as principaes que o aggravam (codigo penal, art. 429.º), deixaram as outras á apreciação do magistrado, nos limites fixados pela lei. Perante esta impossibilidade de encontrar uma doutrina geral e constante sobre as circumstancias modificadoras do furto, limitar-nos-hemos a percorrer algumas das previstas no codigo.

(1) *Aggravanti e qualifiche del furto*, apud *La Scuola positiva* cit., 1894, anno iv, pag. 740 e segg.; 1895, anno v, pag. 145 e segg.

(2) Nos projectos de 1861 e 1864 apparece a distincção do furto em simples (artt. 253.º-255.º) e qualificado (artt. 256.º-262.º).

pelas seguintes circumstancias do furto: valor e qualidade da cousa, que influem na quantidade natural do furto, porisso que aquelles elementos integram o damno material, o logar, tempo, modo, qualidade e numero de pessoas (1).

34. Concentra-se no criterio do valor o damno patrimonial directo produzido pelo furto.

Tres theorias elaborou o pensamento juridico doutrinal quanto á influencia do valor do sujeito

(1) Os criterios da repetição do furto e da sua consumação *in flagranti*, que vimos predominar no desinvolvimento historico das circumstancias qualificadoras d'este crime, foram gradualmente abandonados, com o progresso technico do direito penal, porisso que, se, com a elaboração juridica da noção de reincidencia, como norma *per se stante* e geral, applicavel a todos os crimes, como circumstancia aggravante de imputabilidade politica d'aquelles, a noção especial do furto repetido perdeu a razão de ser, a ligação da segunda circumstancia ao processo, ás formalidades probatorias, fez perder a sua eficiencia como elemento concomitante de noção essencial do furto, perfeito com os elementos subjectivo e objectivo indicados. Vid. MICELA, *Trattato di diritto penale sulle qualifiche del furto* cit., pag. 11 e segg.; GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français* cit., t. v, pag. 439; ANSALDI, *Furto qualificato*, Lucca (Ansaldo), 1896, pag. 18 e segg.; LOLINI, *Aggravanti e qualifiche nel furto*, apud *Supplemento alla Rivista Penale* cit., ix, 1901, fasc. v e vi.

passivo do furto na quantidade do crime. MAGRI (1), FILANGIERI (2), SILVA FERRÃO (3) e LEVY MARIA JORDÃO (4) impugnaram a distincção entre grande e pequeno furto e a influencia do criterio do valor do objecto do furto no calculo da penalidade, com o argumento de que falta a proporção entre *pena* e *crime*, quando se estabeleça um criterio fixo artificial, que distinga o grande do pequeno furto, fundando-se tal distincção sobre o criterio da riqueza, por indole sempre relativa. Além de que, observa-se, é necessario attender á intenção do agente e a que a repressão do furto visa á tutela do direito de propriedade, indistincto sob o ponto de vista abstracto.

CREMANI (5) e PAZZI (6), CARMIGNANI (7) e LAN-

(1) *Reati contro la proprietà* cit., pag. 118 e segg.

(2) *Scienza della legislazione*, Capolago, 1835, vol. VIII, pag. 233. Esta doutrina foi consignada no art. 401.º do codigo penal francês, que ficou constituindo excepção entre as legislações penaes contemporaneas. Vid., quanto ao direito inglês, em que, em regra, o valor não influe no furto: HARRIS, *Principii di diritto e procedura penale inglese* cit., pag. 145.

(3) *Theoria do direito penal* cit., t. VIII, pagg. 8 e 9.

(4) *Commentario ao codigo penal português* cit., t. III, pagg. 242 e 243.

(5) *De jure criminali*, § 151.

(6) Apud ANDREOTTI, *Contributo storico-giuridico* cit., pag. 71.

(7) *Elementi di diritto criminale*, § 1040.

za (1), PESSINA (2) e PUGLIA (3), vêem no valor da *res furtiva* o criterio de qualificação do furto, considerando aquelle em relação com o damno causado ao offendido e abstrahindo do lucro do agente.

ERHARD (4), CARRARA (5), ROMAGNOSI (6) CRIVELLARI (7), LOLLINI (8), MICELA (9) defendem a determinação real e objectiva do valor da coisa como criterio quantitativo do furto, com a distincção do direito de propriedade em abstracto e concreto.

(1) *Reati contro la proprietà*, Milano, 1899, pag. 115.

(2) *Elementi di diritto penale* cit., t. II, pag. 218.

(3) *Delitti contro la proprietà* cit., pag. 544 e segg. Já CARPZOVIO (*Practica criminalis*) definia o *furtum parvum* aquelle em que o valor da coisa subtrahida não excede o valor variamente definido pelas leis, segundo os diversos costumes e condições dos povos, e ensinava «*justo tamen et communi proetio res aestimanda est*», e, sob a auctoridade de BOHEMERO, opinava que necessario era «*aspectare conditionem ejus cui furtum factum est*», punindo menos severamente quem lesava o rico do que o pobre, e que o criterio do valor não podia basear-se na *ratio lucri*.

(4) *De furti notione* cit., pag. 148 e segg.

(5) *Programma del corso di diritto criminale* cit., vol. IV, pag. 66 e segg.

(6) *Genesi del diritto penale*, Prato, 1842.

(7) *Dei reati contro la proprietà* cit., pag. 197.

(8) *Sul reato di furto* cit., pag. 139.

(9) *Trattato di diritto penale sulle qualifiche del furto* cit., pag. 47 e segg.

sendo este valor concreto e relativo que constitue a materia do furto; com a necessidade de medir pela importancia da lesão causada pelo agente a intenção d'este e com a consideração de que o legislador não pôde punir só a intenção, quando não seguida de um evento conforme (1); com o alarme social que varia de intensidade segundo o valor do furto; e com o incentivo aos grandes crimes contra a actividade patrimonial, que certamente derivaria da repressão uniforme para os grandes e pequenos crimes de furto.

Não é aqui o lugar de expôr, parallelamente ás doutrinas juridicas communs, a doutrina da escola positiva. Sómente observaremos que o principio de que o valor influe sobre a quantidade dos crimes patrimoniaes e, por consequencia, a sua diversa punibilidade, é contestado por esta escola. Chegando, fundamentalmente, ás conclusões da escola subjectivista, na corrente em primeiro lugar indi-

(1) «Qualunque sia il pensiero del delinquente, quando non è seguito dall'involamento d'un grande valore, non può, diz MICELA (*Trattato del diritto penale sulle qualifiche del furto* cit., pagg. 51 e 52), punirsi come autore di furto in questa senza rovesciare tutta la dottrina della scienza, e tutta la teorica del tentativo; come non può punirsi come autore di furti di poco, quando al fine del delinquente corrispose l'evento col furto di un valore ingente».

cada, ella affirma que á proporção penal inferida da gravidade do damno material se deve substituir o principio da investigação da idoneidade do agente criminoso para a vida social nos diferentes casos de delicto, da adaptação da repressão á sua especial natureza criminosa. Qualquer que seja a doutrina que adoptemos (1), certo é que sobre a quantidade do crime influe a importancia do direito lesado, e a importancia do direito lesado pelo furto não pôde ser exactamente apreciado quando se prescinda do valor da cousa. Assim, foram, em geral, concordes as legislações em augmentar a pena além de um certo valor, se bem que, relativamente á determinação do *quantum* delimitativo do furto simples e qualificado, seja notavel, como já frisá-

(1) Reconhecendo quanto de aceitavel ha nos ensinamentos da escola classica objectiva, repellimos, no entanto, a sua pretensão de calcular a energia criminosa do agente pelo valor da cousa furtada. É de facto, evidente, como escreve GAROFALO «che un valore molto elevato può occasionalmente rendere ladro un uomo di una debole costituzione psichica, con tendenza al furto assai meno sviluppate di quello che, per delinquenza congenita o acquisita, ruba per 20 centesimi». E não desconhecemos que o criterio historico do valor, materialmente concebido e numericamente formulado no preceito positivo da lei, contraria o principio racional e politico do furto.

mos, a divergencia legislativa. No nosso codigo, o criterio arithmetico do valor, que mereceu as justas censuras de BRUSA, MARCORA e ELLERO (1), serve para graduar a pena do furto simples (2)

(1) Vid. MAGRI, *Reati contro la proprietà* cit., pagg. 93 e 94; MICELA, *Trattato di diritto penale sulle qualifiche del furto* cit., pag. 66.

- (2) a) Se o valor da cousa não exceder a 10\$000 reis: prisão até seis meses e multa até um mês;
- b) se exceder a esta quantia e não fôr superior a 40\$000 reis: prisão até um anno e multa até dois meses;
- c) se exceder a 40\$000 reis e não fôr superior a 100\$000 reis: prisão correccional até tres annos e multa até seis meses (accordão da Relação de Loanda de 6 de maio de 1899, apud *Revista dos Tribunaes* t. XIX, pag. 106);
- d) se exceder a 100\$000 reis: prisão maior cellular de dois a oito annos, ou, em alternativa, degredo temporario, com multa até um anno em ambos os casos (codigo penal, art. 421.º, n.ºs 1.º-7.º; decreto de 15 de dezembro de 1894, artt. 1.º e 3.º, § unico).

Vid. accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de fevereiro de 1883 (*O Direito*, t. XIX, pag. 35); accordão da Relação do Porto, de 17 de maio de 1887 (*Revista dos Tribunaes*, t. VI, pag. 154); accordão do Tribunal Superior de guerra e marinha de 3 de maio de 1888 (*Boletim dos Tribunaes*, t. III, pag. 510).

e do mesmo modo o qualificado (1), como, em

(1) Quando o furto fôr commettido com usurpação de titulo, ou uniforme, ou insignia de algum empregado publico, civil ou militar, ou allegando ordem falsa de qualquer auctoridade publica, ou com arrombamento, escalammento ou chaves falsas, em casa não habitada, será punido com as penas seguintes:

- a) se o valor da cousa não exceder a 10\$000 reis: prisão até um anno e multa até dois meses;
- b) se exceder esta quantia e não fôr superior a 40\$000 reis: prisão correccional até dois annos e multa até seis meses;
- c) se exceder 40\$000 reis e não fôr superior a 100\$000 reis: prisão maior cellular de dois a oito annos, ou, em alternativa, degredo temporario, com multa até um anno em ambos os casos;
- d) se exceder a 100\$000 reis: esta mesma pena aggravada.

Quando o furto fôr commettido de noite, em casa habitada ou destinada a habitação, ou em edificio publico ou destinado ao culto religioso ou em cemiterio ou em estrada ou caminho publico, sendo de objectos que por elle foram transportados, ou por duas ou mais pessoas, se fôr accompanhado de qualquer das circumstancias que tornam o furto qualificado, será punido com as penas seguintes:

- a) se o valor da cousa não exceder a 10\$000 reis: prisão correccional até dois annos e multa até seis meses;
- b) se exceder esta quantia e não fôr superior a 40\$000 reis: prisão maior cellular de dois a oito annos ou,

dadas circunstancias, do furto aggravado (1),

em alternativa, degredo temporario, com multa até um anno em ambos os casos;

- c) se exceder a 40\$000 reis e não fôr superior a 100\$000 reis: a mesma pena aggravada, e nunca inferior a tres annos de prisão maior cellular ou, em alternativa, a cinco annos de degredo;
- d) se exceder a 100\$000 reis: prisão maior cellular por oito annos, ou, em alternativa, com doze annos de degredo (codigo penal, artt. 426.º-428.º).

(1) 1.º Os creados que fartarem alguma cousa pertencente a seus amos ou a qualquer pessoa na casa de seus amos ou na casa que os acompanharem ao tempo do furto; os servidores assalariados ou individuos que trabalhem habitualmente na habitação, officina ou estabelecimento, em que commetterem o furto; os estalajadeiros ou quaesquer pessoas que recolhem e agasalham outros por dinheiro, ou seus propostos, os barqueiros, os recoveiros ou quaesquer conductores ou seus propostos, serão punidos:

- a) se o valor do furto fôr inferior a 10\$000 reis: com a pena da prisão até um anno e multa até um mês;
- b) se não exceder a 40\$000 reis nem fôr inferior a 10\$000 reis: prisão até dois annos e multa até seis meses;
- c) se exceder a 40\$000 reis: prisão maior cellular de dois a oito annos ou, em alternativa, degredo temporario e multa até um anno, em ambos os casos.

E se se tratar de furto de objectos confiados para transporte, se estes se alterarem com substancias prejudiciaes á saude, será *tambem* imposta a pena de prisão no logar do

que, quando inferior a 500 reis e não habi-

degredo, pelo tempo que parecer aos juizes (codigo penal, art. 425.º).

2.º A *primeira* reincidencia do crime de furto será punida:

- a) se o valor da cousa não exceder a 10\$000 reis: prisão correccional de seis meses a um anno ou dois meses de multa;
- b) se exceder a 10\$000 reis e não fôr superior a 40\$000 reis: prisão de um a dois annos e quatro meses de multa;
- c) se exceder a 40\$000 reis e não fôr superior a 100\$000 reis: prisão de dois a tres annos e nove meses de multa;
- d) se exceder a 100\$000 reis: prisão cellular não inferior a quatro annos ou, na alternativa, o degredo correspondente (decreto de 15 de dezembro de 1894, art. 3.º).

3.º No caso de segunda ou mais reincidencias:

- a) se o valor da cousa não exceder a 10\$000 reis: prisão correccional e multa correspondente;
- b) se exceder a 10\$000 reis e não fôr superior a 100\$000 reis: prisão maior cellular de dois a oito annos, ou, em alternativa, degredo temporario;
- c) se exceder a 100\$000 reis: prisão maior cellular por quatro annos, seguida de degredo por oito annos, ou, em alternativa, a pena fixa de degredo por quinze annos (codigo penal, art. 421.º, § 2.º).

Note-se que a pena de prisão correccional, applicavel ao crime de furto em materia de reincidencia, nunca póe ser

tual, só terá logar queixando-se o offendido (1). Quanto ao criterio da determinação juridica do valor da cousa subtrahida, em que é omissio o nosso codigo, excluido o criterio subjectivo, defendido por MANZI (2), que attendia ao lucro obtido pelo auctor do furto, consideramos, com a generalidade dos escriptores, seus elementos integrantes: o valor effectivo, intrinseco e venal do sujeito passivo do furto, sem attenção aos damnos moraes eventualmente produzidos pelo furto e ao valor estimativo da cousa subtrahida (3); e a sua re-

substituida pela de desterro. Vid. Sr. Dr. PEREIRA DO VALLE, *Annotações ao livro primeiro do codigo penal português* cit., pagg. 368 e 369; accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de agosto de 1892 (*Revista de direito*, t. I, pag. 240).

(1) Codigo penal, art. 430.º; accordão da Relação do Porto de 22 de março de 1892 (*Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, xxv, pag. 123).

(2) *De eo quod interest* cit., pag. 55.

(3) Vid. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno*, vol. II, *Colpa extra-contrattuale*, Torino (Fratelli Bocca), 1887, pagg. 228. Se todos os escriptores (Vid. MARCIANO, *Il titolo x del codice penale italiano* cit., pag. 429 a) concordam em excluir o valor estimativo, diversa é a noção d'este por elles defendida. A sciencia economica considera tal o valor subjectivo, em sentido lato, composto de dois elementos: do facto de que uma cousa é apta para satisfazer patrimonialmente os interesses, necessidades e todos

ferencia ao momento em que o furto foi commetido (1).

E, contra PUGLIA (2) e MAGRI (3), que, baseados no principio «*voluntas non fertur in incognitum*», sustentam que não deve exigir-se no auctor do furto o conhecimento do valor da cousa subtrahida, entendemos, com MOSCHINI (4) e TUOZZI (5), que

os fins em geral de determinada pessoa; e do gran de [tal] aptidão. Assim entendido, o valor estimativo é sempre economicamente e penalmente apreciavel. Indefinida e impropria é a denominação de valor de uso. Vid. NEUMANN, *I concetti fondamentali dell'economia sociale*, apud *Biblioteca dell'economista* cit., serie III, vol. IX, pag. 184 e segg.; Sr. Dr. MARNOCO E SOUSA, *Sciencia economica*, Coimbra, 1905, pag. 682. GEBAUER (*Der Strafrechtliche Schutz werthloser Gegenstände*, Breslau, 1893, pagg. 3-9, praec. pag. 8) nota que, «quando o valor estimativo da cousa não respeita só ao individuo, mas á collectividade, converte-se elle em verdadeiro e proprio valor patrimonial...».

(1) Vid., quanto ao momento a que, entre os romanos, se attendia para a determinação do valor da *res furtiva*, as opiniões divergentes de PAMPALONI [*Studi sopra il diritto di furto* cit., pag. 140 nota (1)] e MANZINI (*Trattato del furto* cit., t. cit., pag. 898).

(2) *Delitti contro la proprietà* cit., pag. 544 e segg.

(3) *Reati contro la proprietà* cit., pag. 96.

(4) *Il concetto del valore nella cosa rubata*, apud *La Scuola positiva* cit., 1900, anno x, pag. 111.

(5) *Corso* cit., pag. 287, nota (2).

deve o agente ter conhecimento do valor approximado da cousa, porisso que, se a circumstancia do valor, pelo modo por que foi legislativamente disciplinada, mostra os caracteres proprios das circumstancias modificadoras da responsabilidade, por outro lado, considerada na sua essencia especifica, influe sobre a imputabilidade, augmentando ou diminuindo a quantidade politica do crime (1).

Quanto á tentativa do furto que o nosso codigo declara sempre punivel (2), julgamos a ella inapplicavel a qualificação do valor, não podendo ter-se em conta, para os effeitos da aggravação penal, senão as circumstancias aggravantes já consummadas no momento em que se detem o *iter criminis* (3).

(1) É natural que, na maior parte dos casos, tal conhecimento se presuma até prova em contrario, do mesmo modo que se presume o dolo generico nos crimes. Vid. MICELA, *Tratatto di diritto penale sulle qualifiche del furto* cit., pag. 69.

(2) Art. 421.º § 1.º Sobre os elementos da tentativa do crime de furto: acc. do Supremo Tribunal de Justiça, de 11 de outubro de 1889 (*O Direito*, t. XXIX, pag. 84); sobre a tentativa de crime de furto inferior a 10\$000 réis: decr. de 15 de dezembro de 1894, art. 3.º § unico, e *O Direito*, t. XX, pag. 354.

(3) Em contrario pensa CRIVELLARI (*Dei reati contro la proprietá* cit., pag. 202) que escreve que «circa il quan-

35. — Entre as circumstancias inherentes á qualidade da cousa, que influem na imputabilidade do furto, previstas pelo legislador português, podemos incluir: a) a subtracção de objectos sagrados ou em logar sagrado (1); b) a de algum processo ou parte d'elle, ou qualquer documento, ainda quando subtrahido por quem os tiver produzido em juizo em qualquer causa, livro de registo ou parte d'elle, e a subtracção, descaminho ou destruição de papeis ou quaesquer objectos depositados em depositos publicos ou estabelecimentos encarregados pela lei de os guardar (2); c) a subtracção de fructos

tum il problema si risolve facilmente, perchè il si determina sui mezzi di trasporto preparati dal ladro». Com razão escreve, porém, MICELA (*Tratatto* cit., pag. 70), que «è strano parlare di volontà e di conoscenza di valore; qualunque fossero la volontà e la conoscenza del contenuto che voleva rubarsi, finchè non sono seguite dall'atto di esecuzione, che determina ciò che si prende, il giure penale non può e non deve occuparsene». Quanto á analyse das fórmulas que póde revestir a questão do valor: CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale* cit., vol. IV, pag. 78 e segg.; LOLLINI, *Sul reato di furto* cit., pag. 140 e segg.

(1) Código penal, artt. 441.º e 426.º, n.º 4.º. Vid. Sr. DR. DIAS FERREIRA, *Código civil português anotado* cit., t. I, pagg. 263 e 264.

(2) Código penal, art. 424.º §§ 1.º, 3.º e 4.º. Póde á

em terreno alheio (1). Se, em harmonia com as transformações do sentimento religioso, variou o conteúdo do symbolo ou do objecto venerado, como significação psychologica collectiva, constante foi na evolução legislativa a qualificação do furto *sacrilego*. E o criterio juridico foi sempre identico nas varias legislações: maior quantidade politica do crime que offendia o sentimento, radicado na consciencia collectiva, da divindade e do culto (2).

primeira vista parecer que deve concorrer, neste caso, a circumstancia do logar; não é, porém, esta, mas o facto de estar a cousa n'elle guardada que faz surgir a qualificação. Vid. MARCIANO, *Il titolo x del codice penal italiano* cit., pag. 44.

(1) Código penal, art. 430.º, §§ 1.º e 2.º

(2) Vid. FERRINI, *Diritto penale romano; teorie generali*, Milano (Hoepli), 1899, pag. 157; MICELA, *Tratatto di diritto penale* cit., pag. 88 e segg. A unica differença na evolução etico-historica de tal repressão consiste em que nas legislações primitivas dominava um conceito utilitario, aggravando-se a pena do furto sacrilego para afastar a vingança divina, que acompanha sempre as formas inferiores do sentimento religioso (Vid. OLIVEIRA MARTINS, *Systema dos mythos religiosos*, Lisboa (A. M. Pereira), 1895, 2.ª ed., pag. 21 e segg.); enquanto no direito penal moderno o conceito religioso, elevando-se ás formas mais ideaes do espirito, exerceu uma influencia renovadora no criterio juridico da repressão dos factos violadores do mesmo, pela qual a

Na doutrina da escola classica italiana, para que o furto podesse ser qualificado como sacrilego, exigia-se, em harmonia com o principio formulado pelo direito canonico: *furtum rei sacrae de loco sacro, vel non sacrae de sacro, vel sacrae de non sacro* (1), que o furto da *res sacra* fosse commettido em logar religioso. Mas ao criterio da *consecratio* do objecto subtrahido substituiu-se o do uso e destino d'aquelle ao culto, conservando-se sómente o criterio tradicional do logar, destinado ao seu exercicio. Aceitando a distincção, que CARRARA (2) defendia, de furto sacrilego proprio e improprio, o legislador português, exigindo sempre a condição do logar, pune com a pena de oito annos de prisão maior cellular ou, em alternativa, com doze annos de degredo o furto em edificio destinado ao culto reli-

qualificação referida do furto protege exclusivamente o sentimento universal do culto, qualquer que seja a religião professada pelo individuo, e isto porque, como diz ANDREOTTI (*Contributo storico giuridico* cit., pag. 75), «o ladrão sacrilego viola, além da lesão patrimonial, aquelle vinculo intimo e espirital de veneração que liga os fieis ás cousas que, nos logares sagrados, representam o symbolo e traduzem a função sensível da fé religiosa».

(1) *L. si contumax*, § 17, 9, 4.

(2) *Programma del corso di diritto criminale* cit., vol. IV, pag. 103 e segg.

gioso, ou em cemiterio (1) (*non sacrum in sacro*) e manda applicar as penas de furto ou de roubo, no maximo da sua aggravação, quando as cousas furtadas ou roubadas em edificio destinado ao culto, ou em acto religioso, forem objectos sagrados (2). E insubsistente julgamos a opinião de PUGLIA (3), de que o legislador teve em vista não reprimir a offensa á divindade, mas a subtracção de cousas expostas á confiança publica: o criterio da qualificação reside, quanto a nós, na protecção do sentimento religioso colectivo, exteriorisado nos varios cultos, publicamente professados, cuja violação, suppondo no seu auctor maior desprezo da sociabilidade e provocando maior alarme na consciencia publica, torna aquelle politicamente mais impuavel. Nem, a acceitarmos aquelle parecer, haveria, por comprehendida na sancção geral do furto de cousas publicas, necessidade de criar uma qualificação especial para o furto sacrilego.

Comprehendida pelos escriptores no furto de cousa publica, a subtracção das cousas da segunda categoria foi, durante muito tempo, abrangida na

(1) Código penal, artt. 426.º n.º 4.º, 428.º n.º 4.º, 34.º circ. 16.ª e 17.ª

(2) Código penal, art. 441.º

(3) *Delitti contro la proprietà* cit., pag. 167.

figura juridica do peculato, attendendo-se exclusivamente á circumstancia objectiva da violação patrimonial publica (1). Foi a technica do direito penal que elaborou a theoria do peculato, destacando-a da do furto e constituindo uma especie criminosa propria, fundada em um criterio juridico de repressão diverso do do furto, isto é, sobre a violação da confiança publica consummada pelo empregado publico que subtrahе o patrimonio mobiliario de que, em razão das suas funcções, tem a disponibilidade legal e material. Assim, o peculato proprio foi, pelo nosso codigo, classificado nos crimes contra a ordem e tranquillidade publica (2),

(1) «La distinzione fra peculato proprio ed improprio secondochè commesso da un privato o da un pubblico funzionario non è romana, diz LANDUCCI (*Storia del diritto penale romano* cit., pag. 451, nota 3); sorse nel Medio Evo, ebbe come tante altre distinzioni dei dottori lo scopo umanitario di sottrarre una classe di rei alle pene più gravi del peculato e di sottoporle a quelle più miti del furto».

(2) Vid. Código penal, art. 313.º «Todo o empregado publico que em razão das suas funcções tiver em seu poder dinheiro, titulos de credito, ou effeitos moveis pertencentes ao Estado, ou a particulares, para guardar, dispendar ou administrar, ou lhes dar o destino legal, e algum d'estes furtar, maliciosamente levar, ou deixar levar ou furtar, a outrem; ou applicar a uso proprio ou alheio, faltando á applicação ou entrega legal...». Vid. artt. 314.º,

pela objectividade juridica de tal crime; e, pelo contrario, foi aggravado o furto das cousas que, ou por seu destino ou natureza, ou pelo lugar onde se encontram, além do damno patrimonial, viola os *bens sociaes* destinados a satisfazer necessidades collectivas. Contra MICELA (1) e MANZINI (2), vemos, porém, na qualidade da cousa, o criterio predominante (3) nesta qualificação do furto, já que aquella implica uma maior quantidade natural da lesão — patrimonial (subtracção material da cousa) e politico-social. Assim o entender o legislador português (4).

316.º e 317.º; Sr. Dr. DIAS FERREIRA, *Codigo de processo civil annotado*, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1890, t. III, pag. 46.

(1) *Tratatto di diritto penale* cit., pag. 83: «è dalla custodia in quel luogo che la cosa assume la sua qualità aggravatrice...»

(2) *Trattato del furto* cit., t. cit., pag. 448 e 449.

(3) Neste sentido: MARCIANO, *Il titolo x del codice penale italiano* cit., pag. 44. Vid. CAIRE, *Furto d'oggetti esposti alla pubblica fede*, Torino, 1894, pag. 5 e segg.; MOSCHINI, *Furto di oggetti esposti nelle fieri e nei mercati*, apud *La Scuola positiva* cit., 1894, anno IV, pag. 977.

(4) Quanto a penalidades, vid. art. 424.º. Vid. acc. do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de abril de 1891 (*O Direito*, t. XXX, pag. 227), de 20 de julho de 1900 (*Gazeta da Relação de Lisboa*, t. XIV, pag. 222 e *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, t. XXV, pag. 119).

Pela pequena gravidade que apresenta, no elemento material como no intencional, consideraram as legislações estrangeiras, em todos os tempos (1), com especial benignidade, e, igualmente, a nossa antiga e moderna legislação penal (2), o facto de

(1) Vid. FINZI, *I furti privilegiati* cit., pagg. 13-32. A uniformidade legislativa que, desde a legislação moysaica, se nota quanto á repressão da figura juridica a que nos referimos, não representa a negação das ideias de LORIA (*Les bases économiques de la constitution sociale* cit., pag. 185 e segg.) e GROPPALI (*Saggi di sociologia*, Milano, 1890, parte seconda, pag. 119 e segg.), de que «dove non c'è variazione di norme legislative, non c'è variazione di condizioni economiche di cui il diritto è il riflesso necessario»?. Vid. CARFORA, *Spilogamento in fondo altrui*, apud *Digesta italiano* cit., vol. XXII, parte IV, Torino, 1900, pag. 412 (estr.); LAMMASCH, *Diebstahl und Beleidigung* cit., pag. 26; RIGHI, *Il ladro campestre, Castelnovo né monti* (Ferraboschi-Casoli), 1893, pag. 15 e segg.; RAZETTI, *Del furto campestre nella dottrina e nella giurisprudenza*, Torino, 1891, pag. 13 e segg.; TARANTINI, *Sul furto di frutti pendenti*, Trani, 1895, pag. 3 e segg.

(2) Nos projectos de 1861 e 1864, declarava-se *contra-venção* contra a propriedade:

Art. 480.º n.º 4.º: «Respigar ou rebuscar nos campos antes de retiradas as colheitas, e antes de nascer ou depois do pôr do sol»; n.º 5.º: «colher fructos de propriedade alheia, comendo-os ali mesmos». Vid. *Codigo penal*, art. 430.º, §§ 1.º e 2.º; *Revista de legislação e de jurisprudencia*, t. XXXII, pag. 410; *Revista de Direito e Jurisprudencia*.

colher, rebuscar ou respigar fructos em terreno alheio: afóra o caso de reincidencia, commina o codigo — para aquelle a pena de reprehensão, para este a de prisão até seis dias, exigindo-se, em ambos os casos, queixa do offendido.

36. — As circumstancias relativas ao logar, que influem na quantidade politica do furto, respeitam, segundo a lei portugueza, ao furto commettido em casa habitada ou destinada a habitação, em edificio publico ou destinado ao culto religioso, em cemiterio, em logar ermo e em estrada ou caminho publico, neste ultimo caso quando se trate de objectos transportados pelo auctor do furto (1).

cia, 1.^a série, n.º 78, pag. 8; 2.^a série, n.º 25, pag. 2; Sr. Dr. TEIXEIRA REBELLO, *Codigo penal anotado*, Porto (Typ. Gutemberg), 2.^a ed., pagg. 47 nota (1) e 173 nota (1).

(1) Codigo penal, artt. 426.º n.º 2.º, 4.º e 5.º, 428.º, 434.º § 1.º e 435.º n.º 1.º, 34.º, circ. 17.ª e 18.ª Vid. tambem art. 425.º n.ºs 2.º e 3.º. Tambem, quanto ao furto de papeis ou quaesquer objectos *depositados em depositos publicos ou estabelecimentos encarregados de os guardar*, a que já nos referimos, será aggravada a pena, segundo as regras geraes (Codigo penal, art. 424.º § 3.º). E, com VICO (*Furto* cit., pag. 1032), BASEVI, (*Delitti contro la proprietà* cit., pag. 44) e MAGGI, (*Reati contro la proprietà* cit., pag. 119), devemos notar que, para os effeitos da aggravação, não basta que a cousa materialmente se en-

Afastando-se da generalidade das legislações, o codigo penal portuguez considera sufficiente a simples circumstancia do logar de habitação, para qualificar o furto, não se inspirando, para essa qualificação, na presumpção do perigo pessoal, que implicaria a hypothese exclusiva da casa realmente habitada, mas na ideia da violação do domicilio ou no facto da impossibilidade da defesa privada (1). E, se, na

contre ou seja simplesmente deposta em um instituto publico, mas ao facto material deve accrescer o da guarda da cousa. Vid. sobre a interpretação do art. 416.º com referencia aos elementos constitutivos do crime de furto: acc. da Relação do Porto, de 20 de abril de 1886, apud *Revista dos Tribunaes*, t. VI, pag. 380.

(1) Vid. BERTOLA, *Furto qualificato per l'abitazione*, apud *Supplemento alla Rivista penale* cit., t. I, 1892, pag. 242. O codigo penal não define a casa habitada, limitando-se a assimilar a ella, sob o ponto de vista da aggravação do furto, os edificios que, não sendo habitados, são destinados á habitação; nem distingue entre a casa habitada pelo auctor do furto e a que serve de habitação, momentanea ou habitual, á victima do furto ou a qualquer outra pessoa: «elle a en pour but de proteger, escreve BLANCHE (obr. cit., t. V, n.ºs 553.º e 554), d'une manière générale l'habitation, c'est-à-dire le lieu destiné à la demeure des citoyens». «Na denominação de casa habitada ou destinada a habitação e casa não habitada, a que se refere a lei penal, não póde comprehender-se a casa em construção, destinada áquelles fins, e quando é accidental-

qualificação do furto em edificio publico ou religioso, em que, contra MARCIANO (1) e MICELA (2), julgamos comprehendidas as capellas particulares não accessiveis ao publico, predomina quer o intuito de tutelar as cousas publicas ou sagradas nelle contidas, quer o de punir mais gravemente a audacia do criminoso, quanto ao furto commettido em cemiterio, cuja repressão variou com as vicissitudes dos costumes funerarios, veio este a assumir character autonomo, quando, pela prohibição da inhumação nos templos, faltou a defesa religiosa e material que estes asseguravam (3). Mas semelhante qualificação do furto carece de solida base moral

mente occupada pelos operarios que nella trabalhavam e costumavam dormir: para tal hypothese prevê o art. 421.º n.ºs 1.º e 2.º» (Acc. da Relação do Porto, de 28 de maio de 1901, apud *Revista dos Tribunaes*, t. xx, pag. 10). Em acc. de 13 de abril de 1885, julgou o Supremo Tribunal de Justiça (*Revista de Legislação e de Jurisprudência*, t. xxix, pag. 464) que «o ser praticado o crime em casa habitada não é circumstancia aggravante». Vid. Sr. Dr. PEREIRA DO VALLE, *Furto simples ou qualificado?*, apud *Estudos juridicos* cit., pag. 186 e segg.

(1) *Il titolo x del codice penale italiano* cit., pag. 50.

(2) *Tratatto di diritto penale sulle qualifiche del furto* cit., pag. 93.

(3) BERNARDINO CARNEIRO, *Elementos de direito ecclesiastico português*, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1896, 5.ª ed., pag. 295 e segg.

e juridica, por isso que, como bem escreve MANZINI (1), «non si può concedere che lo Stato moderno, che è o dovrebbe essere laico, s'incarrichi di codeste fascende, che s'attengono principalmente alla politica teocratica, minimamente al vero e puro sentimento religioso». E tambem, quanto ao furto commettido em logar ermo e estrada ou caminho publico, pronunciada é a tendencia da doutrina e das legislações para a eliminação de tal qualificação, cuja razão de ser desapareceu perante as facilidades, a rapidez e a segurança dos diversos meios de transporte e comunicação (2).

De notar é que todas as circumstancias indicadas não constituem, por si só, circumstancias qualificadoras do furto, não tendo este character senão

(1) *Tratatto del furto* cit., t. cit., pag. 471. Vid. IMPALLOMENI, obr. cit., pag. 241.

(2) A razão da severidade penal a que eram submettidos os ladrões de estrada era dada, exactamente, pelos textos: «*Publice enim utile et sine metu et periculo per itinera commeari*». Não foi, porém, sómente o temor e o perigo que determinou a inserção d'esta circumstancia qualificadora no codigo penal português, que, acolhendo o conceito largo e comprehensivo do logar ermo, abrange, quanto a nós, em contrario do que, em face do codigo francês, sustentavam CHAVEAU et HÉLIE (*Théorie du code penal* cit., t. v, pag. 243), ainda o furto commettido em caminho publico juncto d'uma habitação ou mesmo através de povoações.

concorrendo com outras circumstancias externas, que completam e precisam a criminalidade (1).

37. O criterio qualificador do tempo nocturno, cuja remota antiguidade e universalidade a indagação historica nos revela, e que FILANGIERI (2) e PAOLI (3) repellem com a consideração de que na violação do direito nada influe o tempo em que foi realizada, foi tambem acolhido pelo legislador português (4).

(1) É o que se infere das palavras do art. 426.º do código penal: «...quando for qualificado .. pelo concurso de alguma ou algumas das circumstancias seguintes...», do art. 427.º, em que, para a determinação da pena, se associa áquellas o criterio do valor, e do art. 428.º que faz depender a applicação das penas nelle consignadas para o furto commettido de noite, em casa habitada ou destinada a habitação ou em edificio publico ou destinado ao culto religioso ou em cemiterio ou em estrada ou caminho publico, sendo de objectos transportados pelo auctor do furto, do facto de *ser acompanhado de qualquer das outras circumstancias enumeradas no artigo 426.º*

(2) *Scienza della legislazione* cit., lib. III, parte II, cap. 54.

(3) *Esposizione storica e scientifica* cit., pag. 100. E ajunta: «o la cosa era chiusa ed allora il furto deve avvenire mediante scasso, o chiave falsa o scalata ove stanno le vere qualifiche; o fu lasciata aperta, ed allora la notte non accresce l'allarme nè il pericolo del reato, il quale dipende dall'incuria del proprietario».

(4) Código penal, art. 426.º, n.º 2.º Do *furtum calami-*

Sem duvida, a lesão do direito é identica, qualquer que seja o tempo em que o furto tenha sido commettido; mas a menor defesa privada e o maior alarme social provocam justamente a intervenção de uma maior defesa publica, independentemente da identidade do direito violado. O facto isolado de que o furto seja commettido de noite, não constitue, de resto, em o nosso direito, causa de aggravação do crime, exigindo-se que á circumstancia da noite accresçam outros criterios de damno mediato ou de pluralidade de lesões juridicas consummadas pelo furto: o facto de ser commettido por duas ou mais pessoas (1), ou em casa habitada ou destinada a habitação, ou em edificio publico ou destinado ao culto religioso, ou em cemiterio, ou em estrada ou caminho publico, quanto a objectos transportados pelo auctor do furto (2).

tosum, previsto na maior parte das legislações, não se occupou o nosso legislador, que se limitou a considerar circumstancia aggravante «ter sido commettido o crime na occasião de incendio, naufragio, terremoto, inundação, obito, qualquer calamidade publica ou desgraça particular do offendido» (art. 34.º, circ. 22.º). Vid. ALIMENA, *I limiti e modificatori dell'imputabilità* cit., t. III, pag. 704; ORTOLAN, *Éléments de droit pénal* cit., t. I, n.º 814 a 851.

(1) Código penal, art. 428.º, § unico.

(2) Código penal, art. 428.º Veja-se, quanto a penali-

E, repellindo o criterio astronomico, illustrado por CARMIGNANI(1) e MULLER(2), que considerava noite o tempo decorrido desde uma hora depois do pôr do sol até uma hora antes do nascimento, e que, dependendo essencialmente da diversidade de estações, climas e logares, era manifestamente indefensavel; a theoria do crepusculo, defendida por VOET(3), IMPALLOMENI(4) e CHAUVEAU ET HÉLIE(5), que, consistindo em applicar ao crepusculo matutino e vespertino os effeitos juridicos do dia, esquece que aquelle não é senão um momento astronomico, arithmeticamente calculavel e rigidamente immutavel, que, se póde auxiliar a investigação judicaria, não póde servir de regra geral, porque a razão eminentemente social da qualificação nem surge com o facto, meramente physico, do crepusculo; a

dades, os n.ºs 1.º-4.º d'este artigo. Tambem: Acc. do Supremo Tribunal de Guerra e Marinha, de 24 de janeiro de 1893 (*Revista dos Tribunaes*, t. xv, pag. 207); *O Direito*, t. xxi, pag. 20; *Rev. de Leg. e de Jur.*, t. xxix, pag. 514; Acc. do Supremo Tribunal de Justiça, de 1 de abril de 1898 (*Revista de Direito e de Jurisprudencia*, 1.ª série, n.º 17, pag. 11).

- (1) *Elementi di diritto criminale* cit., § 1139.
- (2) Apud MICELA, *Trattato di diritto penale sulle qualifche del furto* cit., pag. 228.
- (3) ANDREOTTI, *Contributo storico-giuridico* cit., pag. 89.
- (4) Obr. cit., t. iii, pag. 254 e segg.
- (5) *Théorie du code pénal* cit., t. iii, loc. cit.

doutrina da escuridão, sustentada por CRIVELLARI(1) e ALPI(2), que eliminaria, em desharmonia com os fins da disposição de que se trata, os logares illuminados artificialmente de noite; a theoria do repouso nocturno, que recolhe os suffragios de CARRARA(3) e LISZT(4), BERNER(5) e SCHUTZ(6), que deixa sem solução o problema do tempo nocturno — a lei penal portugueza abandonou a determinação d'esta circumstancia, de ordem physica, á apreciação soberana do juiz.

Nos costumes locaes deverá este inspirar-se, attendendo ao tempo de repouso, segundo aquelles, e preterindo, assim, o criterio astronomico ou chronometrico por uma relação psycho-sociologica(7).

(1) *Dei reati contro la proprietà* cit., pag. 287.

(2) *L'aggravante della notte nel furto*, estr. dal *Monitore dei pretori*, 1896, pag. 17.

(3) *Programma del corso di diritto criminale* cit., vol. iv, pag. 305 e segg.

(4) *Lehrbuch* cit., pag. 255.

(5) *Trattato* cit., pag. 450.

(6) MICELA, *Trattato di diritto penale sulle qualifche del furto* cit., pag. 229.

(7) Vid. FERRI, *La notte nel codice penale*, apud *La Scuola Positiva* cit., 1893, anno iii, pag. 1031. A determinação concreta do tempo nocturno pelo juiz é defendida, entre outros, por TUOZZI, *Corso di diritto penale* cit., t. ii, pag. 324; MARCIANO, *Il titolo x del codice penale italiano* cit., pag. 86; VICO, *Furto* cit., pag. 1072; SOLIMENA, *La definizione*

Quanto ao furto começado de noite e consuminado de dia ou vice-versa, sustentam BERNER(1) e ARABIA(2) que, não ao início do crime, mas á sua consummação deve referir-se a qualificação do tempo, de cuja opinião se approxima GARRAUD(3), para quem a determinação do *tempus delicti* se deve referir ao momento da execução da tentativa ou da consummação do crime, enquanto MARCIANO(4) e CARRARA(5) opinam que a qualificação existe tanto no momento inicial como naquella em que o crime fica perfeito. Mas, além de que a existencia punivel do furto começa com a tentativa(6), é necessario não confundir aquella com a existencia da qualificação; estabelecido o concurso dos elementos da noção do furto, deve passar-se aos elementos da qualificação, d'aquelles independentes. A lei em-

giuridica del tempo di notte, secondo i dettami del gius punitivo, apud *Cassazione Unica*, XII, 1900, pag. 513; CASTELLI, *Del furto notturno nella dottrina e nella giurisprudenza*, Roma-Torino-Firenze (Fratelli Bocca), 1891, pag. 9 e segg.

(1) *Trattato cit.*, pag. 451.

(2) *Principii cit.*, pag. 315.

(3) *Traité théorique et pratique du droit pénal français cit.*, t. v, pag. 456.

(4) *Il titolo x del codice penal italiano cit.*, pag. 87.

(5) *Programma del corso di diritto criminale cit.*, vol. IV, pag. 306.

(6) Código penal, art. 421.º, § 1.º

prega a expressão «*commettido de noite*» e não a de consummação, tendo em vista, certamente, abraçar todos os momentos do crime, ainda os que, considerados por si, não sejam puniveis, mas que, considerados no complexo do facto criminoso, caracterizam o seu processo executivo. E, fazendo-se depender a qualificação da consummação do furto, incorrer-se-ia no absurdo de punir o furto tentado mais severamente do que o consummado, na hypothese em que o ladrão fôsse surprehendido de noite, em casa, sem poder esperar pelo dia para a consummação do furto.

Com uma insidiosa incerteza de dicção, a que é necessario dar uma lata interpretação, qualifica o código o furto quando se trata de objectos transportados por estrada ou caminho publico(1). O criterio informador d'esta qualificação é o do menor poder de defesa privada dos bens(2). A critica feita

(1) Código penal, art. 426.º, n.º 5.º Vid. tambem art. 425.º, n.º 4.º e § 3.º

(2) Escreve MANZINI (*Trattato del furto cit.*, tomo cit., pag. 481): «L'ansia, la preoccupazione, lo spostamento delle ordinarie abitudini di vita, la necessità di portar seco le cose indispensabili, prodotte dal viaggiare, generano uno stato soggettivo e oggettivo anormale rispetto alla custodia della proprietà, di cui sogliono profittare largamente i ladri».

por BERNER (1) ao código allemão, que determina e limita os objectos de transporte, e por MANZINI (2) ao código italiano, que só abrange os objectos pertencentes aos viajantes, foi evitada pela lei penal portugueza que, com a sua expressão comprehensiva, caiu no exaggero opposto.

38. A aggravação determinada pela qualidade do auctor do furto abraça, na lei penal portugueza, hypotheses varias que podemos referir á pluralidade de deveres violados por aquelle, á pluralidade de pessoas e á pluralidade de furtos.

a) Sob o primeiro aspecto, o nosso código penal, desprezando o systema preferivel do código penal italiano, que, em uma fórmula geral e comprehensiva, faz a enunciação synthetica do conceito que informa todas as hypotheses, sem indical-as (3), e reflectindo a distincção doutrinal do *famulatus* ou furto domestico em proprio e improprio (4), abrange

(1) *Trattato cit.*, pag. 433.

(2) *Trattato del furto cit.*, tomo cit., pag. 486.

(3) Art. 4.º, n.º 1.º: «Se il fatto sia commesso con abuso della fiducia derivante da scambievoli relazione di ufficio, di prestazione d'opera o di coabitazione, anche temporanea, fra il derubato e il colpevole, sulle cosa che in conseguenza di tali relazione siano lasciate od esposte alla fede di quest'ultimo».

(4) Vid. MORAND, *Des vols domestiques cit.*, pag. 67 e segg. Sob tal *nomen juris* comprehendem a doutrina e as legis-

sob egual sanção penal: 1) o furto commettido por

lações o furto commettido por individuos ligados ao lesado pelo vinculo de parentesco, ao qual era, a principio, exclusivamente applicada tal designação: em breve, porém, ao *intuitus sanguinis* associou-se o facto da cohabitação em a mesma casa. Mas, ainda que, desde então, cessasse a designação, muito differente ficou sempre a disciplina juridica, vendo-se na constituição familiar, na communhão de destino dos bens e ainda na genese etico-psychologica da acção — consciencia do menor damno e do presumido consenso (VIAZZI, *Impunità, estratto dall'Enciclopedia giuridica italiana*, Milano, 1900, pag. 3), razão para a impunidade do furto entre parentes. Afastando-se do código penal austriaco, que subordina o movimento da acção penal ao chefe de familia [ANDREOTTI, *Il vincolo del sangue ed il codice penale italiano*, Roma (Tip. edit. del *Diritto italiano*), 1901, pag. 17], o código penal português, seguindo o allemão (BERNER, *Trattato cit.*, pag. 458), faz depender a acção criminal do furto (quando praticado pelo criminoso contra seus ascendentes, irmãos, cunhados, sogros ou genros, padrastos, madastras ou enteados, tutores ou mestres) da queixa do offendido, (Vid. Acc. do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de março de 1889, apud *Gazeta da Relação de Lisboa*, t. IV, pag. 37) cessando o procedimento logo que os prejudicados o requeiram (cod. pen., artt. 431.º, §§ 1.º e 2.º, 438.º e 125.º, §§ 3.º e 11.º). Vid. *Revista de Leg. e de Jur.*, t. XXIV, pag. 334.

Mas, não se comprehende porque muitos dos motivos de ordem moral, que excluem ou limitam a perseguição do furto entre parentes (convivencia, occasião, etc.), se con-

creados, de cousa pertencente a seus amos ou a qualquer pessoa, na casa de seus amos, ou na casa em que os acompanharem ao tempo do furto; 2) o commettido por qualquer servidor assalariado ou qualquer individuo que trabalhe habitualmente na habitação, officina ou estabelecimento em que se commetter o furto; 3) o furto commettido por estalajadeiros ou quaesquer pessoas, que recolham e agasalhem outros por dinheiro, seus propostos, por barqueiros, recoveiros ou quaesquer conductores ou seus propostos, de todo ou parte do que, por esse titulo, lhes era confiado (1).

vertam em causas de extraordinaria severidade, quando se trate de relações entre pessoas que convivam a titulo diverso do parentesco.

(1) Código penal, art. 425.º, n.ºs 1.º-4.º As tres ordens de relações designadas pela lei constituem uma indicação *taxativa*, não extensiva a outras relações. Nem é ocioso estabelecer este principio, como parece a VICO (*Furto* cit., pag. 1056), já que não subsiste a affirmação de que não haja hypothese que não entre nas tres especies de relações declaradas pela lei. Basta attender, para nos convenceremos do contrario, á multiplicidade das relações contractuaes. O furto aggravado pelo abuso de funcções publicas, que abrange as formas de subtracção qualificadas, pela qualidade da pessoa que os commette, em *peculato* e *concussão*, foi previsto nos artt. 313.º-317.º do código penal. HENRIQUES SECCO, Cod. pen. portuguez cit., pagg. 252 e 253, nota 2; *Rev. de Leg. e de Jur.*, t. XXIV, pag. 549; *Mundo legal e judiciario*, t. v, pag. 2199.

Vendo, contra MARCIANO (1), o criterio informador d'esta circumstancia modificadora do furto exclusivamente no principio moral do abuso de confiança (2), em concurso com a lesão do patrimonio alheio, já que a maior facilidade em commetter o furto representaria, antes, causa de suavização penal, pouco justificavel nos parece a identidade de repressão para as indicadas fórmulas do furto. E mal comprehendemos como o legislador portuguez que, na classificação das varias aggravantes, se guiou pelo criterio da pena, puna igualmente o furto commettido por um creado ou por um servidor assalariado, em que o principio essencialmente ético, que inspira a repressão do furto commettido por um creado, cede a simples relações de trabalho.

Nem a qualificação de que tratamos, cuja repressão se eleva, sob o influxo dos principios aristocraticos, a extraordinario rigor, e que MICELA (3) defende pela protecção devida á propriedade — «questa arca santa di ogni civile progresso», é defensavel, quer sob o ponto de vista da politica cri-

(1) *Il titolo x del codice penale italiano* cit., pag. 67.

(2) Sobre a distincção entre o abuso de confiança e o furto domestico, vej. ALIMENA, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità* cit., t. III, pag. 641.

(3) *Trattato di diritto penale sulle qualifiche del furto* cit., pag. 104.

minal, já que, como demonstra Gross (1), a suavização da repressão penal do furto domestico produziu, na Allemanha, notavel decrescimento nesta modalidade da actividade criminosa, quer sob o aspecto moral, porisso que se exige de uma lei de ordem eminentemente publica uma função estranha á sua indole, qual a de procurar no rigor penal, antes que na escolha cuidadosa dos servidores, o meio de garantir a segurança dos bens (2).

E, ao contrario da lei penal italiana, que acolheu o conceito innovador da paridade de sancção repressiva do furto para as subtracções commettidas pelo operario em prejuizo do patrão, ou vice-versa, o nosso codigo penal, conservando-se refractario á elaboração legislativa dos nossos dias, limita a qualificação do furto ao commettido em prejuizo do patrão, esquecendo que, sob o ponto de vista da imputabilidade politica, dignas de maior protecção da lei penal são as fórmulas praticas do trabalho humano, devendo aquella tutelar efficazmente o que constitue o patrimonio economico do operario: o seu poder de trabalho (3).

(1) *Handbuch für Untersuchungsrichter*, Graz, 1899, t. II, pag. 678.

(2) Vid. MANZINI, *Trattato del furto* cit., tomo cit., pag. 564.

(3) Porque offerece, nas relações do direito penal patri-

Notando que a expressão da lei «trabalhando

monial, criterio seguro para resolver as incertas e fluctuantes questões da doutrina e da jurisprudencia, provocadas pela falta de normas completas e codificadas sobre o contracto de trabalho (JANNACONE, *Il contratto di lavoro*, Milano, 1897, pag. 5 e segg; CAMILLO CAVAGNARI, *Le controversie del lavoro*, Milano, 1900, pag. 13 e segg.), reproduzimos, na parte referente á theoria do furto, a lei belga de 10 de março de 1900:

Artigo 1.º: A presente lei disciplina o contracto pelo qual um operario se obriga a trabalhar sob a auctoridade e direcção de um empregatorio, mediante remuneração dada por este, e calculada quer em razão da duração do trabalho, quer em proporção da quantidade, qualidade e valor do trabalho realizado, quer segundo qualquer outra convenção estabelecida entre as partes.

3.º-8.º: O operario tem obrigação de restituir em bom estado ao empregatorio os utensilios e materias primas não empregadas, que lhe forem confiadas.

11.º: O empregatorio é obrigado a dar ao operario, salva estipulação em contrario, os utensilios e materias necessarios á realização do trabalho.

13.º: O empregatorio não tem, em caso algum, o direito de reter os utensilios pertencentes ao operario.

33.º: Os instrumentos necessarios ás occupações pessoasas da mulher e os moveis adquiridos com o concurso do seu salario não podem, sem o seu consentimento, ser alienados a titulo oneroso ou gratuito, alugados nem confiados, por emprestimo, ao marido (Vid. *Archivio di diritto industriale in rapporto al diritto penale*, t. IV, pag. 174).

A relação de trabalho torna-se necessaria, como neces-

habitualmente abraça os trabalhos intellectuaes, como os materiaes (1), e que, quanto ás circumstancias que constituem o habito, não é necessario que o trabalho seja continuo, se bem que não baste que seja accidental (2), observaremos que a distincção entre cohabitação retribuida e gratuita é absoluta-

saria é a entrega de utensilios e a prestação de serviços pelo operario, e, por consequencia, todo o furto em detrimento do operario ou do patrão será sempre qualificado por abuso de confiança, insita na natureza e no espirito do contracto de trabalho. Provado o elemento intencional do crime, surgirá a sanção energica repressiva do furto: assim, o empregario, que retiver abusivamente os instrumentos do operario, não poderá invocar a presumpção de que procedia nos limites do seu direito (Vid. STOPATTO, *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni* cit., pag. 151 e segg.), porque será sempre considerado de má fé, em face da disposição do art. 13.º, commettendo, em tal caso, uma subtracção dolosa de cousas moveis pertencentes ao operario; assim, o operario, que não restituia os instrumentos ao empregario ou as materias primas não utilizadas, commetterá, se a sua retenção fôr dolosa, um furto qualificado e não simples appropriação, porque a entrega, obrigatoria e necessaria no empregario, não é nunca voluntaria relativamente á natureza da relação especial de trabalho.

(1) MORAND, *Des vols domestiques* cit., pagg. 199-203.

(2) GARBAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français* cit., t. v, pag. 447; BASEVI, *Dei delitti contro la proprietà* cit., pag. 60 e segg.

mente estranha á noção da aggravante do furto, nas duas hypotheses indicadas (1).

Tambem, nos casos de *furtus improprius*, a que se refere o n.º 4.º do art. 425.º do codigo penal, o abuso de confiança é o elemento essencial e predominante de tal qualificação (2).

b) O furto colectivo, isto é, o commettido por duas ou mais pessoas que, na actividade criminosa do furto, concorrem como co-auctores ou cúmplices, foi sempre considerado como furto qualificado. Simplesmente variou o conceito da qualificação e a sua interpretação, que, nas primitivas legislações, se baseava sobre a materialidade da reunião de mais pessoas na execução do furto, enquanto no moderno direito penal accresce ao elemento objectivo de tal circumstancia o criterio psychologico

(1) No mesmo sentido: MICELA, *Trattato di diritto penale sulle qualifiche del furto* cit., pag. 111; MANZINI, *Trattato del furto* cit., tomo cit., pag. 537. Contra: PUGLIA, *Delitti contro la proprietà* cit., pag. 189 e segg.

(2) Assim, no direito romano, que preceituava que, contra *nautae, campones, stabularii*, etc., se podia proceder *ex delictu*, (se se tratava dos proprios conductores ou hospedeiros), *ex quasi delictu* (quando a subtracção era commettida por seus propostos) e *ex quasi contractu* (quando feito por qualquer individuo por aquelles transportado, hospede, etc.). Vid. L. 1, *Dig., naut., camp. et stabul.*

do accordo anterior á consummação do furto (1). E, se o fundamento commun da especial repressão do furto colectivo reside no maior alarme social que elle provoca, no menor poder de defesa privada e na maior audacia e efficacia da actividade do ladrão associado (2), diverso foi, nas legislações, o criterio numerico das pessoas necessarias para constituir a qualificação, cuja integração depende, em alguns codigos, do concurso de outras circunstancias.

(1) Opinião intermedia entre a defendida por LOLLINI (*Aggravanti a qualifiche del furto* cit., pag. 25) e POZZOLINI (*Il furto commesso da tre o più persone riunite: se sia necessario il precedente concerto*, apud *Rivista di diritto penale e sociologia criminale* cit., t. II, 1901, pag. 190), que sustentam a necessidade de accordo anterior á execução do crime e a que, defendida por VICO (*Furto* cit., pag. 1107), se satisfaz com o facto material, puro e simples, do numero (Vid. CAIRE, *Furto qualificato per il numero delle persone*, Torino, 1894, pag. 18; RASI, *Il furto qualificato per il numero delle persone*, Cesena (Fratelli Bettini), 1903, pag. 13). Com razão, CARRARA (*Programma del corso di diritto criminale* cit., vol. IV, pag. 139), advertia que «l'unione deve precedere o almeno essere volontariamente concomitante alla controttazione, e che in una parola occorre che i ladri abbiano rubato a comune per un accordo avvenuto sull'atto».

(2) «Il numero delle persone, diz AURITI, costituisce per sè una violenza implicita perchè intimorisce...».

A lei portugueza considera qualificado o furto quando commettido «por duas ou mais pessoas» (1), declarando applicaveis as sanções penaes do artigo 428.º «ao furto commettido por duas ou mais pessoas, com o concurso de duas ou mais das circunstancias enumeradas no art. 426.º» (2) e comminando a pena de prisão maior celllular de dois a oito annos, ou, em alternativa, a pena de prisão maior temporaria, para o crime de roubo «commettido por duas ou mais pessoas» (3).

Basta, pois, a simultaneidade da acção, que, querida pelos agentes do crime, faz surgir aquelle accordo immediato e instantaneo na acção que agrava a responsabilidade penal; accordo que póde abranger não só os co-reus, como inexactamente affirmam IMPALLOMENI (4) e CASONI (5), mas tam-

(1) Código penal, art. 426.º, n.º 3.º

(2) Código penal, art. 428.º, § unico.

(3) Código penal, art. 435.º, n.º 2.º Quanto á pena em que incorre o co-reu, que tiver convocado ou seduzido os outros ou dado instrucções para o roubo ou dirigido a sua execução, vej. cod. pen., art. 436.º Vid., quanto aos encobridores de furto, o Acc. da Relação do Porto, de 17 de janeiro de 1893 (*Revista do fôro português*, t. VIII, pag. 22); Sr. Dr. LOPES DA SILVA, *Reportorio* cit., t. IV, fasc. VII, pag. 132.

(4) Obr. cit., pag. 261.

(5) *Sulla qualifica del numero delle persone nel furto*,

bem os cúmplices do furto, porisso que commettem o furto não só os seus auctores materiaes ou mo-raes (1), mas tambem «os que concorreram directamente para facilitar ou preparar a execução nos casos em que, sem esse concurso, pudesse ter sido commettido o crime» (2), concurso que bem pôde ser prestado durante o facto (3). Contra Vico (4), sustentamos, porém, que a reunião de duas ou mais

apud MANZINI, *Trattato del furto* cit., tomo cit., pag. 676; RASI, *Il furto qualificato per il numero delle persone* cit., pag. 4 e segg.

(1) Código penal, artt. 19.º e 20.º

(2) Código penal, art. 22.º n.º 2.º

(3) Com razão se julgou (*Cassazione italiana*, 18 giugno 1899) que tal qualificação «non viene meno sol perchè non siano materialmente riunite nello stesso locale del furto le tre persone, mentre stavano due di esse in un locale attiguo o comunicante, in guisa da poter in ogni istante prestare aiuto al compagno». O criterio mais seguro para distinguir os co-reus dos cúmplices é fornecido pela distincção entre actos de execução e actos preparatorios: quem intervem na consummação do furto, qualquer que seja a parte que nella representa, é sempre co-reu; quem interveio precedentemente, sem que a sua actividade se exerça no momento de consummação do crime, é simples cúmplice.

(4) Vid. MOSCHINI, *Il furto qualificato per la riunione di tre o più persone*, apud *La Scuola positiva* cit., 1891, anno I, pag. 753.

pessoas só será dolosa e punivel quando sejam penalmente imputaveis, o que leva a excluir d'aquella os menores que procederem sem discernimento (1).

c) O conceito da reincidencia como aggravação do furto, apenas esboçado no direito romano da decadencia (*abigeatum*) (2), progride ulteriormente no direito estatutario italiano, vindo a ser acolhido nos modernos codigos penaes. Entre elles, o código português, que commina especial e severa sanção para a segunda reincidencia do crime de furto (3).

Vinculada á aggravação do furto por reincidencia está a questão delicada da distincção entre a unidade e a continuação do crime. Porque os limites d'este trabalho não se compadeecem com a minuciosa analyse de tal problema, limitar-nos-hemos a dizer que os codigos hodiernos não consideram, para os effeitos da pena, crimes distinctos os que

(1) Código penal, artt. 42.º, 43.º e 39.º circ. 3.ª

(2) Vid. ANDREOTTI, *Contributo storico-giuridico* cit., pagg. 78-82.

(3) Código penal, artt. 421.º § 2.º, 430.º § 3.º. O decreto de 15 de setembro de 1891 pune especialmente, como indicámos o caso de primeira reincidencia. Vid. acc. do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de agosto de 1895 (*Revista dos Tribunaes*, t. XIV, pag. 186), e de 17 de outubro de 1896 (*Revista* cit., t. XVI, pag. 165); acc. da Relação do Porto, de 15 de outubro de 1886 (*O Direito*, t. XX, pag. 96).

constituem violação da mesma disposição de lei, commettidos com actos executivos da mesma resolução criminosa (1), e que, na doutrina, se define crime permanente «o que consiste em um facto criminoso que se prolonga sem interrupção por um maior ou menor periodo de tempo, implicando uma ininterrupta violação da lei penal (2). Assim, por isso que não violam a mesma disposição de lei, isto é, a mesma norma que estabelece uma sanção punitiva determinada em quantidade e qualidade, não podem considerar-se como crime continuado os furtos simples e agravados ou qualificados, nem os agravados e qualificados, nem qualquer d'aquelles e o roubo; mas, se se trata de furtos agravados ou qualificados, sendo diversas as circunstancias aggravantes ou qualificadoras que nelles concorrem, a relação de continuação não impede a applicação das regras geraes estabeleci-

(1) Para haver unidade de resolução basta a *unidade generica*, no sentido de resolução complexa em relação aos varios factos constitutivos do crime continuado. Vid. PAMPALONI, *Studi sul delitto di furto* cit., I, pagg. 111 e 112. Para LUCCHINI, os elementos do crime continuado são unidade ou identidade de intenção, de objecto e de sujeito passivo; pluralidade de determinações, de acções e de lesões. Vid. Código penal, artt. 35.º, 36.º e 38.º

(2) Vid. IMPALLOMENI, *Sul reato continuato*, apud *Rivista penale* cit., anno XXV, 1887, pag. 302.

das para os casos de concurso de circunstancias (1).

Evidente no nosso código o intuito de reprimir a habitualidade criminosa, que distingue o ladrão da maior parte dos outros delinquentes (2), exceptúa

(1) Notemos que: 1.º Entre as circunstancias modificadoras do furto, ha algumas que não o qualificam nem aggravam senão quando se combinam entre si (assim o facto de que o furto foi commettido de noite não qualifica o crime senão nos caso do art. 428.º), podendo dizer-se, em geral, que o furto só é aggravado ou qualificado pelo concurso de varias circunstancias. Casos ha, todavia, cuja gravidade é tal que, isolados, influem sobre a qualificação do furto sobre a sua penalidade; como na hypothese do furto com violencia.

2.º—que a lei teve em consideração o numero de circunstancias concorrentes para estabelecer a sua escala, não sendo licito ao juiz substituir as suas ás combinações legais. A presença de uma nova circunstancia não justifica a aggravação da pena, senão nos casos em que a lei regulou os seus effeitos: não basta que exista uma circunstancia nova de que a lei faz, em geral, uma causa de aggravação, tornando-se necessario que ella tenha previsto o effeito e calculado a combinação sobre a penalidade.

3.º—Cada circunstancia aggravante, mesmo em caso de concurso, deve conservar os seus caracteres proprios, sendo necessario verificar, para cada uma d'ellas, se reúne as condições exigidas por lei. (Vid. Código penal, artt. 429.º, 34.º, 91.º).

(2) MAGRI, *Reati contro la proprietà* cit., pag. 60 e

elle da exclusão consignada para os crimes de furto, cujo objecto não exceda o valor de 500 réis (1), o caso em que taes crimes sejam habituaes.

39. — Resta-nos fallar da ultima qualificação — a do modo, de todas a mais importante e a mais grave. Com razão VOUGLANS (2) a considera a mais perigosa, já como reveladora de maior audacia e energia criminosa do auctor do furto, já porque a indefinida variedade de meios por aquelle adoptados chega, não raro, á neutralização de todas as precauções do proprietario e de todas as medidas

segg. As theorias juridicas da successão e accumulção de crimes (vid. codigo penal, artt. 37.º e 38.º) são criticadas pela escola positiva, «in quanto si viene a dar una specie di sconto al colpevole, per il maggior numero di reati commessi». Mas, prescindindo de outros motivos, cremos que, tratando-se de furto continuado ou de accumulção de furtos, a causa da diminuição da pena reside no facto de que o bom exito do primeiro crime teve por effeito paralisar as forças inhibitorias, a reacção penal. Ora quando aquelle resultado é destruido pela effectiva imposição da pena, motivo sufficiente haverá para diminuir a repressão proporcionalmente á acção estimulante produzida pelo bom exito do primeiro crime...

(1) Codice penal, art. 430.º; *O Direito*, t. XVII, pag. 161.

(2) Obr. cit., pag. 115.

preventivas da sociedade. O damno immediato póde permanecer o mesmo, a mesma a quantidade natural, e augmentar, entretanto, a quantidade politica do damno mediato pelo maior alarme social produzido pela violencia, que, quando empregada contra as pessoas, constitue o roubo (1), quando sobre a cousa o furto qualificado pelo modo. Ensinase communmente que a qualificação do modo abrange exclusivamente o furto commettido com arrombamento, escalamento ou chaves falsas (2); mas, sem repetir as observações de PAOLI (3) sobre a exactidão d'aquelle parecer, é facil constatar que, nas circumstancias relativas ao meio, podem e devem comprehender-se não só aquellas, mas as circumstancias que, influindo sobre a quantidade politica do furto, respeitam ao facto de ser este commettido «com usurpação de titulo, ou uniforme, ou insignia de algum empregado publico civil ou militar, ou allegando ordem falsa de qualquer auctoridade publica» (4), ou «trazendo o cri-

(1) Codice penal, art. 432.º

(2) Codice penal, art. 426.º n.º 7.º

(3) *Della necessità di mantenere nelle nostre leggi penali il linguaggio giuridico italiano*, apud *Rivista penale* cit., I, 1874, pag. 20.

(4) Codice penal, art. 426.º n.º 6.º Vid. art. 235.º

minoso ou algum dos criminosos no momento do crime armas apparentes ou occultas» (1), que não são senão meios de que se serve o agente para commetter o furto. Simplesmente ha a distinguir, nas indicadas hypotheses legais, os meios moraes dos materiaes.

- a) O arrombamento, o escalamento ou o emprego de chaves falsas, que a lei define (2), não são previstos e incriminados senão como meios de introdução, para commetter um furto, em lugar fe-

(1) Código penal, artt. 426.º n.º 1.º e 434.º § 1.º e 435.º n.º 1.º

(2) «É arrombamento o rompimento, fractura ou destruição, em todo ou em parte, de qualquer construção, que servir a fechar ou impedir a entrada exterior ou interiormente da casa ou logar fechado d'ella dependente, ou moveis destinados a guardar quaesquer objectos. É escalamento a introdução em casa ou logar fechado, d'ella dependente, por cima dos telhados, portas, paredes, ou de quaesquer construções, que sirvam a fechar a entrada ou passagem, e bem assim por abertura subterranea não destinada para a entrada.

São consideradas chaves falsas: 1.º, as imitadas, contrafeitas ou alteradas; 2.º as verdadeiras, existindo fortuita ou sobrepticamente fóra do poder de quem tiver o direito de as usar; 3.º, as gazuas ou quaesquer outros instrumentos que possam servir para abrir fechaduras», (Código penal, art. 442.º)

chado, não habitado (1), independentemente da violencia ou da fraude n'elles implicita (2).

(1) «A entrada em casa habitada, com arrombamento, escalamento ou chaves falsas é considerada como violencia contra as pessoas, se ellas effectivamente estavam dentro nessa occasião». (Código penal, art. 432.º § unico). A disposição legal corta a questão, tão debatida na Alemanha, originada pelas especiaes formas legislativas dos furtos perigosos, de saber se o meio adoptado para constituir uma qualificação deve ou não implicar o perigo da pessoa, além do da propriedade. Aquelle póde concorrer, mas não constitue elemento de qualificação do modo. Vid. MICELA, *Tratatto di diritto penale sulle qualifiche del furto* cit., pag. 246 e segg.; Sr. Dr. PEREIRA DO VALLE, *Furto simples ou qualificado?* cit., pag. 186 e segg.; accordão da Relação do Porto, de 3 de fevereiro de 1893 (*Revista dos Tribunaes*, t. XI, pag. 269 e 283); *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, t. XXIX, pagg. 464 e 514 e t. XXXIII, pag. 132; acc. do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de abril de 1898 (*Revista de Direito e de Jurisprudencia*, 1.ª série, n.º 17, pag. 11).

(2) PRINS (*Science pénale et droit positif* cit., pag. 296) observa que o legislador, na determinação das circumstancias aggravantes, considera antes o character abstracto d'estas circumstancias que o character perigoso do delinquente: «bornons-nous à signaler comme exemple que l'he malheureux qui, à la vue d'un pain sur le banc d'une cour de ferme cloturée, escalade la clôture et vole pour la première fois dans sa vie, commet un vol qualifié, c'est-à-dire un crime puni de la réclusion. Il est pourtant moins re-

Mas, se a doutrina seguida pelo legislador tem a suffragal-a o parecer de CARRARA (1), CARMIGNANI (2), PUCCIONI (3), BLANCHE (4) e CRIVELLARI (5), que sustentam a inapplicabilidade de tal qualificação, quando o emprego d'aquelles meios não tenha por fim a execução do furto, mas se destine a procurar saída do ladrão ou da cousa do logar do furto, isto é, quando, segundo elles, o furto já estava consummado, certo é que, como deixamos indicado a proposito do momento da consummação do furto, este não se consumma só com a *apprehensio rei*, mas com a *ablatio rei*, no sentido em que vimos que tal expressão deve ser tomada. E o criterio inspirador d'esta qualificação, consistindo na menor efficacia da defesa privada, deve estender-

doutable et moiis pervers que le voleur à la tire qui, lui, ne se rend coupable que de délits, mais exerce une véritable profession». Mas o exemplo não demonstra a indevida inclusão das circumstancias indicadas entre as aggravantes do furto.

(1) *Programma del corso di diritto criminale* cit., vol. IV, loc. cit.

(2) *Elementi di diritto criminale* cit., loc. cit.

(3) *Il codice penale toscano* cit., pag. 271.

(4) Obr. cit., t. VI, n.º 25.

(5) *Dei reati contro la proprietà* cit., pag. 309. Contra: GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français* cit., t. V, pagg. 476 e 477.

se aos meios tendentes a conseguir o transporte da cousa do logar do furto.

Note-se, porém, que é do fim que se propoz o agente que deriva a criminalidade do meio; e que o furto pôde até ser qualificado por uma circumstancia relativa ao modo, que se verifique depois da sua consummação: assim, quando o ladrão apprehende um bahu fechado á chave para se appropriar do seu conteúdo, certamente tinha, contemporaneamente, o intuito de o arrombar, e este pensamento anterior faz retrotraír ao momento do furto o arrombamento, ainda quando feito em outro logar e posteriormente (1). Nem se trata, em tal caso, de uma ficção inadmissivel em materia penal: a unidade psychologica do pensamento criminoso produz a unidade ontologica do facto (2).

(1) Traduzindo as exigencias da doutrina, consigna o codigo penal português que «a subtracção do movel fechado, que serve á segurança dos effeitos que contém, e commettida dentro da casa ou edificio, considera-se feita com a circumstancia de arrombamento, ainda que o movel seja aberto ou arrombado em outro logar» (art. 442.º § unico).

(2) Já os romanos haviam proclamado a regra de que «in maleficiis voluntas spectatur non exitus». Da applicação de tal principio á hypothese em questão resulta, diz MICELA (*Tratatto di diritto penale sulle qualifiche del furto*

Observaremos, por ultimo, que as tres circumstancias referidas são pela lei completamente assimiladas, dando logar ás mesmas penalidades e não sendo incriminadas senão como actos tendentes a facilitar o furto, e que a lei pune, como crime *sui generis*, um acto preparatorio, que tem por fim facilitar a fabricação ou alteração de chaves falsas (1), o uso d'ellas (2) e, ainda, o simples facto de a alguém ser encontrada gazúia ou outro artificio para abrir fechaduras (3).

b) A segunda categoria de meios que qualificam o furto respeita ás duas circumstancias que approximamos: simulação da qualidade de empregado publico e porte de armas, apparentes ou occultas.

Revelando o simples facto do porte de armas (4),

cit., pag. 254), que, «em direito, não deve considerar-se a materialidade do facto ou da circumstancia que acompanha o crime, mas a sua juridicidade, isto é, a força moral e intellectiva que o produziu e que, assim, lhes imprimiu significação juridica...».

(1) Código penal, art. 444.º

(2) Código penal, art. 443.º n.º 2.º

(3) Código penal, art. 443.º n.º 1.º

(4) O código penal declara comprehendidos na denominação de armas, «todos os instrumentos cortantes, perfurantes ou contundentes», preceituando, porém, que «aqueles objectos, que servirem habitualmente para os usos ordinarios da vida, são considerados armas sómente no

da parte do auctor, intenções de violencia, constitue elle circumstancia qualificadora do furto, independentemente do uso das mesmas armas, que representa, por seu lado, outra circumstancia aggravante, d'aquella distincta.

Quanto á simulação da qualidade de empregado publico, qualificação que, para CARNOT (1), existe desde que «il colpevole siasi presentato sotto il titolo di pubblico ufficiale, e con questo mezzo consumato il furto», e cuja opinião MICELA (2) defende com o argumento de que «o titulo verdadeiro se torna falso desde que não é usado no exercicio legitimo das attribuições a elle inherentes», pensamos que o conceito legal exclue o furto commetido pelo empregado publico, servindo-se d'esta sua qualidade, já porque, como notam CHAUVEAU ET HÉLIE (3), a usurpação de titulos, uniformes ou in-

caso em que se tiverem empregado para matar, ferir ou espancar» (art. 178.º §§ 2.º e 3.º). Vid. BIANCHI, *L'aggravante dell'arma nei singoli reati*, apud *Rivista penale* cit., 1900, pag. 121; NICOLA BONI, *Le armi propriamente dette agli effetti delle leggi penali*, Fano (Società typografica cooperativa), 1898, pag. 3 e segg.

(1) MICELA, *Trattato di diritto penale sulle qualifiche del furto* cit., pag. 302.

(2) *Trattato di diritto penale sulle qualifiche del furto* cit., pag. 302.

(3) *Théorie du code penal* cit., t. IV, pag. 80.

signias ou a allegação de ordem falsa de qualquer auctoridade publica é bem differente do facto de invocar titulo que áquelle pertence, já porque se teria, em tal caso, o crime de concussão, previsto no art. 314.º do código penal (1). E, porque a razão de tal qualificação consiste, não já na violencia moral, como pretende Vico (2), mas na facilidade em commetter o furto, pela menor probabilidade de que a suspeita recáia sobre o seu auctor, entendemos, não obstante o parecer contrario de MARCIANO (3) e MANZINI (4), que não basta para qualificar o furto a simples prova da simulação: esta deve ser meio para o furto e mal se comprehenderia a existencia de tal qualificação na hypothese, em que, existindo, não tivesse sido empregada para commetter o crime. Nem se trata de circumstancias exclusivamente referentes á pessoa do reu, mas de circumstancias materiaes inherentes ao facto.

(1) «Todo o empregado que extorquir de alguma pessoa, por si ou por outrem, dinheiro, serviços ou outra qualquer cousa que lhe não seja devida, empregando violencias ou ameaças...».

(2) *Furto* cit., pag. 1109.

(3) *Il titolo x del codice penale italiano* cit., pag. 130.

(4) *Tratatto del furto* cit., t. cit., pag. 686.

40.—O roubo é um verdadeiro e proprio furto, caracterizado pela violencia, que o aggrava mais do que qualquer outra circumstancia: não se trata, neste caso, de mera lesão do direito patrimonial, mas a esta, que constitue o objecto do crime, vem juntar-se a violação do direito á liberdade individual e, por vezes, do direito á integridade pessoal. A incerteza da propria segurança pessoal e a insufficiente garantia da força privada para a tutela da propriedade, justifica, diz ALMENA (1), o severo regimen repressivo das legislações, quanto a esta circumstancia aggravante do furto. A lei penal portugueza prevê duas formas de *furtum violentum*, para as quaes prescreve identica penalidade (2):

(1) *I limiti e i modificatori dell'imputabilità* cit., t. III, pagg. 650-669.

(2) O roubo será punido com prisão maior celllular de dois a oito annos, ou em alternativa, com degredo temporario, e em ambos os casos, com multa até um anno, excepto nas hypotheses seguintes:

a) o roubo commetido ou tentado, concorrendo o crime de homicidio, será punido com a pena de prisão maior celllular por oito annos, seguida de degredo por vinte annos, com prisão no logar do degredo até dois annos, ou sem ella, conforme parecer ao juiz, ou, em alternativa, a pena fixa de degredo por vinte e oito annos, com prisão no logar do degredo por oito a dez annos (código penal, artt. 493.º e

a subtracção de coisa alheia, que se commette com

351.º circ. 3.ª) no maximo da sua aggravação para para o co-reu promotor do roubo (codigo penal, art. 436.º n.º 1.º);

b) o roubo commettido concorrendo crime de carcere privado (codigo penal, artt. 330.º-335.º) ou de violação (codigo penal, art. 393.º), ou offensa corporal de que resulte ficar o offendido privado da razão ou impossibilitado por toda a vida de trabalhar ou que, commettido voluntariamente, mas sem intenção de matar, occasiona a morte do offendido (codigo penal, art. 361.º e § unico), será punido com a pena de prisão maior cellular por seis annos, seguida de degredo por dez, ou, em alternativa, com a pena de degredo por vinte annos (codigo penal, art. 434.º); excepto quanto ao co-reu promotor do roubo que será punido com a pena de oito annos de prisão maior cellular, seguida de degredo por doze annos, ou, em alternativa, com a pena fixa de degredo por vinte e cinco annos, mas aggravada (codigo penal, art. 436.º n.º 2.º); a tentativa será punida como o crime consummado, com circumstancias attenuantes, não applicaveis ao indicado co-reu (codigo penal, artt. 434.º § 2.º e 436.º n.º 4.º).

c) o roubo commettido em logar ermo, por duas ou mais pessoas, trazendo armas apparentes ou occultas, quando da violencia resultar ferimento, contusão ou vestigio de qualquer soffrimento, será punido (com referencia a qualquer dos criminosos),

violencia ou ameaça contra as pessoas (1) e a extorsão de assignatura ou entrega de qualquer es-

segundo a gravidade dos resultados da violencia, com a pena de prisão maior cellular nunca inferior a cinco annos e quatro mezes, ou, em alternativa, com prisão maior cellular por quatro annos, seguida de degredo por oito, ou, em alternativa, com a pena fixa de degredo por quinze annos (codigo penal, art. 434.º § 1.º); comminando se para o co-reu promotor do roubo a pena de prisão maior cellular por seis annos, seguida de dez de degredo, ou, em alternativa, uma das penas fixas de degredo por quinze annos (codigo penal, art. 436.º § 3.º); a tentativa punida como no caso antecedente (codigo penal, artt. 434.º § 2.º e 436.º n.º 4.º).

d) o roubo commettido por uma pessoa só, com armas, em logar ermo, ou por duas ou mais pessoas, fóra dos casos anteriormente declarados, será punido com a pena de prisão maior cellular de dois a oito annos, ou, em alternativa, com a de prisão maior temporaria (codigo penal, art. 435.º n.ºs 1.º e 2.º); comminando-se na segunda hypothese, para o co-reu promotor do roubo, a pena de prisão maior cellular, nunca inferior a cinco annos e quatro mezes, ou, em alternativa, a de prisão maior temporaria nunca inferior a oito annos (codigo penal, art. 436.º n.º 5.º).

(1) Codigo penal, art. 432.º

cripto ou titulo, que contenha ou produza obrigação, ou disposição, ou desobrigação (1).

Como modalidade do furto, implica o roubo a appropriação da coisa alheia com *animus lucrandi*, devendo notar-se que, em face do elemento moral do crime, deve considerar-se o meio por que aquelle se verifica: o dolo característico do furto, deve, por isso, procurar-se unicamente na appropriação, enquanto só o dolo generico (vontade de commetter um facto contrario á lei) se pôde encontrar na violencia.

Entre o dolo generico da violencia e o especifico deve existir um nexu etiologico directo de finalidade e de tempo, que pode não preceder a consummação do furto: a violencia pode surgir no inicio do furto, quando é predisposta para a sua execução; durante a execução do mesmo, quando se emprega para vencer os obstaculos que se oppõe á subtracção da coisa alheia; immediatamente depois da consummação do furto, para transportar a *res furtiva* ou procurar a impunidade.

A violencia pode ser physica (simples «violencia» na expressão legal) ou moral (ameaças), não aggravando as condições da imputabilidade do roubo o facto de, no mesmo acto criminoso, concorrerem

tanto a violencia physica como a violencia moral (1).

Como aggravantes do roubo, communs tambem á extorsão especifica, consigna o codigo o concurso do crime de homicidio, de carcere privado (2), de violação, de offensas corporaes, bem como o de ser o roubo commettido por uma pessoa só, em logar ermo, por duas ou mais pessoas, e, em logar ermo, por duas ou mais pessoas, trazendo armas apparentes ou occultas.

Quanto ao crime de extorsão; observaremos que, ainda que elle represente uma especie de furto commettido com violencia (3) e figure na nomen-

(1) Vid. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français* cit., t. v, pag. 503. Quanto á questão de saber se a violencia constitue uma circumstancia pessoal, respeitante exclusivamente ao que a empregou, ou se, pelo contrario, representa uma circumstancia real, modificadora da criminalidade do roubo, para todos os auctores e cumplices da infracção, ainda que estranhos ao facto da violencia, questão que se liga á theoria da cumplicidade, a jurisprudencia franceza pronuncia-se no sentido de ver na violencia uma circumstancia de facto, commun a todos os que nella participaram.

(2) BARSANTI, *Il ricatto*, Milano (Società editrice libraria), 1900, pag. 3 e segg.

(3) Larga é a controversia suscitada, a este respeito, na

(1) Codigo penal, art. 440.º

elatura do código penal sob a rubrica «roubo», differe da subtracção fraudulenta pelo seu objecto, visto que o que é extorquido pelo agente é um título juridico, contendo obrigação ou desobrigação, cujo valor depende de certas eventualidades. E, porque mediará, ordinariamente, um intervallo de tempo entre o meio criminoso pelo qual o título é obtido e a producção dos effeitos que d'elle derivam, descabida achamos a assimilação legal dos crimes de roubo e extorsão, em que será, quasi sempre, possível evitar o prejuizo d'ella resultante. Por outro lado, a extorsão não tem logar, como o roubo, *invito domino*: a obtenção da assignatura ou da entrega do título suppõe que o proprio signatario foi levado a assignar ou entregar o escripto ou título. Mas impossível é destacar completamente o

doutrina franceza: emquanto CHAUCHEAU ET HÉLIE (*Théorie du code pénal* cit., t. III, n.º 2123) e CARNOT (*Commentaire du code pénal sur l'art. 400*) entendem que a extorsão «n'est qu'un vol commis à l'aide de la force, de la violence ou de la contrainte», MALVEZI [*Essai sur le crime d'extorsion de titres et de signatures et sur le délit de chantage*, Paris (A. Pédone), 1896, pag. 28 e segg.] sustenta a diversidade essencial entre a extorsão e o furto. Na Italia, MANZINI (*Trattato del furto* cit., t. cit., pag. 742) escreve que «l'elemento della contrettazione... non rimane escluso dal fatto d'una consegna coartata...». Vid. ROCCO, *L'abusio di foglio in bianco*, Milano, 1903, pag. 182 e segg.

crime que nos occupa das infracções em que o legislador português o incluiu: é o attentado ao direito de propriedade que constitue o objectivo do agente, não podendo a extorsão considerar-se consummada emquanto não tiver logar a entrega do título juridico obtido por violencia. A assignatura ou entrega do título constitue, pois, o elemento material do crime; o elemento intencional resulta da intimidacção empregada como meio e da assignatura ou entrega do título como fim.

INDICE

	Pag.
PREFACIO	XI
INTRODUÇÃO	3
1. — A propriedade e o conteúdo específico do direito; a forma juridico-privada da propriedade. — 2. O exercício do direito de propriedade e os limites da sanção civil. — 3. Diferenças características entre as sanções civis e penaes. As violações do direito de propriedade e a repressão penal. — 4. Crimes contra a actividade patrimonial; seus ele- mentos essenciaes. — 5. Classificação dos crimes contra a actividade patrimonial. — 6. Conceito do furto.....	

CAPITULO I

O furto na evolução historica e na legislação comparada

§ 1.º

O furto na historia do direito

7. — Significação historica primitiva do furto e a sua
repressão. — 8. O furto no direito chinês; phases
características. — 9. Os crimes contra a actividade
patrimonial no direito indiano; particularidades
na repressão do furto. — 10. O regimen repres-
sivo do furto no Egypto; suavidade penal. —
11. O furto entre os hebreus; sanções civis e pe-
..

Pag.

naes. — 12. O furto na Persia; duplo criterio da penalidade. — 13. A propriedade individual na Grecia e a repressão do furto. — 14. O furto no direito romano; noção e repressão do furto, suas modalidades, phases da sua evolução. — 15. O furto entre os povos germanicos; bases do systema penal. — 16. O furto no direito canonico; predominio dos elementos subjectivos na repressão do furto. — 17. O furto nas legislações penaes intermedias das nações modernas; severidade penal. — 18. O furto e as reformas legislativas do seculo XVIII 44

§ 2.º

Synthese das legislações

19. — A revolução franceza e a nova phase da justiça penal. Systema que seguimos nesta synthese legislativa — 20. Elemento material do crime de furto; criterios legislativos. Especialidades. — 21. Factor psychologico do crime de furto; elementos que abrange. Diversidade das legislações. 22. — A penalidade do furto e suas circumstancias modificadoras. — 23. Furto violento e circumstancias que influem n'esta qualificação. — 24. Furto modificado por circumstancias que não constituem violencia: a) criterio do valor; b) criterio da qualidade da cousa; c) criterio da qualidade do auctor do furto; d) criterio do tempo; e) criterio do logar; f) criterio dos meios de execução 87

CAPITULO II

O furto no direito português

SECÇÃO I

Esboço historico do direito antigo

Pag.

25. — A repressão do furto no direito penal português anterior ao regimen liberal. — 26. Influxo do movimento liberal de 1820 sobre o systema penal. O crime de furto na legislação anterior á actual. 119

SECÇÃO II

Systema do direito português actual

§ 1.º

A noção do furto

27. — Noção descriptiva do furto no codigo penal português. — 28. Força physica subjectiva do crime de furto. Critica da doutrina acolhida pelo legislador português. — 29. O elemento subjectivo no crime de furto: dolo generico e especifico. — 30. Sujeito passivo do furto. — 31. Mobilidade e materialidade da cousa, objecto da lesão patrimonial. Furto de gaz de illuminação e de energia electrica; opiniões divergentes. — 32. Cousa alheia. *Res nullius, derelictae e communes* 137

§ 2.º

Critérios jurídicos das modificações do furto

	Pag.
33. — Critérios determinadores da quantidade natural e política do furto. — 34. Influência do valor do sujeito passivo do furto na quantidade do crime. — 35. Circunstâncias inherentes á qualidade da cousa, que influem na imputabilidade do furto. — 36. Circunstâncias relativas ao lugar. — 37. O critério qualificador do tempo. — 38. Modificações do crime de furto determinadas pela qualidade do agente. — 39. A qualificação do modo: a) furto — 40. A qualificação do modo: b) roubo e extorsão ...	194

ERROS PRINCIPAES

ag	lin.	onde se lê	leia-se
5	14	WIEN (Toeplitz), 1884	<i>elimine-se</i>
7	3	transformadora	transformadora
17	9	pruativo	punitivo
26	7-9	como o arrancamento de marcos com o fim de usurpar propriedade alheia (Cod. pen., art. 446 °)	<i>elimine se</i>
28	25	<i>esprit</i>	<i>esprit</i>
32	2	deficiencia	deficiencia
38	5	<i>proprietà</i>	<i>furto</i>
"	21	porisso	porisso que
46	9	foi o furto	foi o furto interno
48	12	da	de
50	8	<i>delinquerunt</i>	<i>delinquerunt</i>
57	4	E	E
59	10-11	concorrecem	concorressem
62	24	contra	contro
65	10	violencia de furto	violencia e de furto
71	8	<i>amotarum</i>	<i>amotarum</i>
80	11	<i>Neae</i>	<i>Neve</i>
"	11-12	<i>Lundgerichtsordnung</i>	<i>Landgerichtsordnung</i>
90	23	<i>Delitti contra</i>	<i>I delitti contro</i>
101	25	<i>Commentarius</i>	<i>Commentarium</i>
111	13	na	na
144		acrescente-se a nota (7): <i>Il codice penal toscano</i> , t. v, pag 9.	
155	15	cautellosamente	cautelosamente
156	18	do	de
163	29	<i>Diebsthal</i>	<i>Diebstahl</i>
169	25	CHAVEAU	CHAUVEAU
192	12	agoso	agosto
221	26	CHAVEAU	CHAUVEAU
"	23	juncto	junto