

ESTUDO

SOBRE

A RESPONSABILIDADE CIVIL

CONNEXA

COM A CRIMINAL

**ESTUDO**

**SOBRE**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL**

**CONNEXA**

**COM A CRIMINAL**

**POR**

**MANUEL DIAS DA SILVA**

Licenciado em Direito  
e Socio effectivo do Instituto de Coimbra

**I**



**COIMBRA**  
**IMPRESA DA UNIVERSIDADE**  
**1886**

DISSERTAÇÃO INAUGURAL

PARA O

ACTO DE CONCLUSÕES MAGNAS

NA

FACULDADE DE DIREITO

DA

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

A

**MEUS PAES**

E A

**MEUS IRMÃOS**

## ADVERTENCIA

O principio da responsabilidade civil, consignado d'um modo generico no artigo 2361 do Codigo Civil, é, sem duvida, o principio mais fecundo de direito e de mais numerosas e frequentes applicações, sobre tudo hoje que o incremento incessante de novas e cada vez mais complexas relações que todos os dias se constituem no meio social, onde tantos interesses se cruzam e encadeiam, pondo sem cessar em contacto os direitos de uns com as emprezas dos outros, torna mais facil a offensa d'esses direitos e mais suceptiveis e irritaveis os interesses lesados.

Se é de frequente applicação, é tambem, não obstante a sua apparente simplicidade, o que mais difficuldades suscita na sua applicação aos factos, difficuldades que se aggravam quando a responsabilidade civil se acha connexa com a criminal. A determinação das relações de dependencia em que se acham as acções destinadas á effectivação d'esta dupla responsabilidade, e da influencia que reciprocamente se exercem, faz surgir novas difficuldades que, no estado actual do nosso direito, se afiguram por vezes insoluveis. Todos

aquelles que têm estudado o assumpto sabem quanto elle é obscuro e erigado de difficuldades, e quam parcos são os elementos a que o estudioso possa soccorrer-se a fim de se esclarecer.

A não ser a parte do *Commentario aoCodigo Civil* consagrada a este assumpto, não existe entre nós obra que d'elle tracte exclusivamente, ou que ao menos o discuta largamente: alguns escriptos dispersos pela imprensa jurídica do paiz, e uma ou outra decisão dos tribunaes superiores — eis ao que se reduz a nossa litteratura sobre tão difficil, como importante capitulo do direito. Escolhendo-o para assumpto da dissertação, que uma imposição legal nos obriga a apresentar impressa, não tivemos a pretensão de supprir a lacuna alludida; nem o permittia a escacez de nossos recursos intellectuaes e a difficuldade do assumpto, nem o comportava a natureza d'este trabalho que não póde nem aspira a passar d'uma obscura tentativa de estudo sobre a responsabilidade civil connexa com a criminal.

Quizeramos reunir n'um só volume tudo o que respeita á evolução por que a responsabilidade civil proveniente do crime passou no direito nacional e n'aquelle que com mais elementos contribuiu para a sua constituição, bem como tudo o que, segundo o direito vigente, respeita ás suas condições essenciaes, causas e extensão, acção a que dá logar e exercicio d'esta acção, desde a sua proposição em juizo para a declaração do direito, até á realisação d'este pela execução da condemnação: mas motivos alheios á nossa vontade inhibiram-nos de augmentar o presente volume até

o completo desenvolvimento do assumpto. Completal-o-hemos em volume posterior, examinando a quem compete esta acção e por quem e contra quem póde ser exercida, competencia dos tribunaes para a decidirem, processo a seguir-se, relações entre esta acção e a criminal e modos de a extinguir.

Coimbra, novembro de 1886.

*Manuel Dias da Silva.*

# PRIMEIRA PARTE

## ANTECEDENTES HISTORICOS DA DOCTRINA ACTUAL

Veniet tempus quo multa quae nunc latent in lucem expandet longioris aevi diligentia. Veniet tempus quo tam aperta nos ignorasse posteri nostri mirabuntur.

SENECA.

### CAPITULO I

#### SUMMARIO:

1. Distincção entre responsabilidade civil e criminal no direito moderno; causas que no direito primitivo impedem esta distincção. — 2. Transformação da vingança privada nas penas privadas, caracter e generalidade d'estas penas no direito antigo. — 3. Influencia da paixão na formação d'estas penas. — 4 e 5. Penas privadas no direito romano, generalidade d'ellas. — 6. Vestigios da vindicta privada no direito romano; composições. — 7. Apreciação e justificação d'este systema. — 8. Caracter das penas privadas e das acções penaes; confusão com as accusações publicas. — 9. Concepção restricta do crime e modo da sua punição em geral. — 10. Causas que no antigo direito de Roma impediram o desenvolvimento do direito criminal; punição dos crimes. — 11. Inconvenientes do systema adoptado em Roma. — 12. A sociedade não era interessada na repressão dos delictos. — 13. Transformação dos delictos em crimes. — 14. Desenvolvimento da idéa de culpa como fundamento da responsabilidade. — 15. Consequencias. — 16. Exclusão da pena do direito civil e desenvolvimento do principio da simples reparação. — 17 e 18. Apreciação geral do systema seguido pelo direito justinianeu. — 19. Inovação importante devida ao direito canonico.

1. A separação nitida e precisa que o direito moderno estabeleceu entre a responsabilidade civil e a criminal, entre

o direito de punir e o de fazer reparar o prejuizo causado ás pessoas lesadas pelo crime, distanceia, mais que o tempo, dos primitivos rudimentos da formação do direito a sua moderna concepção.

Emquanto a vingança privada, esse direito das epochas selvagens e barbaras, que transforma a victima ou os seus parentes em ministros da expiação, foi o principio dominante na legislação <sup>1</sup>, a distincção entre a responsabilidade criminal e a civil não podia surgir.

Ou a vingança se exercia directamente na pessoa do offensor, e então o principio da reparação do damno era desatendido; ou se admittia a composição pecuniaria, e então o principio da penalidade, como satisfação á sociedade pela reparação do damno a ella causado na ordem moral, não era tido em consideração.

2. A vingança privada, não reconhecendo outra medida senão o gráu puramente arbitrario e accidental da sobreexcitação do individuo lesado, de ordinario, em vez de aniquillar a injustiça, não faz mais do que duplical-a, accrescentando á injustiça existente uma nova injustiça; e porisso é facil de comprehender que, em uma sociedade que tenha

---

<sup>1</sup> Póde ler-se com interesse sobre o direito de vingança, sua legitimidade, seu caracter proprio, e suas relações com as origens e desenvolvimento do direito penal, um estudo de Alberto du Boys em appendice no fim do vol. II da sua *Histoire du droit criminel des peuples modernes*, pag. 707 e seg. Vej. tambem E. B. Tylor: *A Sociedade Primitiva*, trad. do sr. Teixeira Bastos, vol. VIII da *Bibliotheca das Ideias Modernas*.

alguns traços de organização, cedo devem manifestar-se os esforços do poder central para regularem o seu exercício, já limitando-a pela pena de talião, já admittindo e estabelecendo composições pecuniarias e instituindo tribunaes para decidirem da sua applicação.

Mas estas penas, verdadeiro resgate da vingança ou exercício d'ella sob outra fórma, revestem o mesmo character que ella; nem o interesse social é tido em consideração, nem a sua applicação é regulada pelas normas da justiça, pois applicam-se, como a vingança, a todo o offensor, embora inconsciente ou innocente.

É porisso que no direito antigo taes penas reinam soberanamente e se manifestam em todas as suas partes, penetrando mais ou menos profundamente todas as relações juridicas, ligando-se-lhes directamente ou como uma consequencia, quando se tornam objecto d'uma acção; só mais tarde é que o seu campo se restringe e a sua noção se purifica.

É este um dos factos mais importantes que a historia do direito nos apresenta: o progresso realizado pelo homem, que, partindo da paixão selvagem e da vingança cega, chega á moderação, ao imperio de si mesmo, á justiça.

**3.** Nos homens incultos, rudes e facilmente irasciveis, o movimento de colera que a creança e ainda o homem civilizado sentem, sob a primeira impressão da dôr, contra a causa, embora inconsciente, d'esta dôr, domina completamente o sentimento juridico e traduz-se facilmente em uma manifestação exterior. O sentimento juridico, então ainda

brutal, vê em toda a contestação ou retenção do seu direito uma lesão pessoal, um crime: a injustiça é apreciada, não segundo a sua causa, mas segundo o seu effeito, não segundo as circumstancias que se dão na pessoa do auctor, mas unicamente sob o ponto de vista do bem do lesado <sup>1</sup>. Quando a paixão é excitada, importa pouco que seja a intenção, a negligencia ou mesmo o acaso que tenham guiado a mão que causou o mal: a paixão impõe a expiação, mesmo ao innocente. Uma simples divergencia de opinião irrita o homem inculto e o leva a excessos, que elle justifica dizendo que se mente scientemente; para elle, como para a creança, dizer uma cousa, que não é verdadeira, equivale a mentir. O mesmo succede com os povos. Quando um povo se acha apaixonadamente commovido por uma idéa qualquer, pune mesmo a simples differença de opiniões: então os erros ou mesmo as verdades que desagradam ao publico, ou que elle não comprehende, são crimes; as fogueiras e a guilhotina refutam as idéas. Muitas penas do direito do periodo da infancia são uma emanação d'este modo de ver. N'este caso se acham as penas impostas a *toda* a parte que succumbir n'um processo.

A parte succumbente sustentou o que não era verdade.

Póde ser que a sua pretensão fosse verdadeira, mas que importa? Ella não póde fornecer a prova, o adversario ne-

---

<sup>1</sup> J. Ortolan, *Éléments de Droit Penal*, 4.<sup>me</sup> édit., tom. 1, n.<sup>os</sup> 55, 171-174; Ihering, *L'Esprit du Droit Romain*, traduit de l'alle. par O. de Meulenaere, 2.<sup>me</sup> édit., tom. 1, § 11 pag. 128.

gou, o juiz recusou a credital-a, por conseguinte não tem razão, deve ser punida.

Só a educação auxilia os povos, como os individuos, a despojar o sentimento juridico da paixão que primitivamente o reveste; e só quando tem passado a phase em que o sentimento juridico é limitado pela dôr, é que este sentimento adquire na sua justa medida a apreciação da injustiça, e attinge a distincção entre a simples reparação do damno e a pena <sup>1</sup>.

4. Um quadro bem saliente da evolução juridica que acabamos de esboçar apresenta-nol-o o direito romano.

Não obstante a vingança privada ter sido abolida muito cedo em Roma, graças á energica intervenção do poder central <sup>2</sup>, a penalidade por que foi substituida vem demonstrar o nosso asserto.

Reacção violenta contra toda a injustiça soffrida — eis o traço fundamental que se destaca do antigo direito de Roma.

Pouco importa que a lesão seja puramente objectiva, isto é, que o lesante seja subjectivamente sem culpa alguma, que a consciencia e a intenção da lesão do direito d'outrem falem completamente, ou que seja ao mesmo tempo uma lesão subjectiva; innocente ou culpado, o lesante é responsavel

---

<sup>1</sup> Vej. Ihering. *De la Faute en Droit Privé*, trad. de l'alle. par Meulenaere, pag. 9.

<sup>2</sup> Vej. Theodore Mommsen, *Histoire Romaine*, trad. par C. A. Alexandre, tom. I, liv. I, chap. XI, pag. 203.

para com o lesado, e não só pelo simples reconhecimento ou restabelecimento do seu direito, mas ainda por uma satisfação pessoal para com o seu sentimento irritado e lesado; a vingança não se satisfaz com a reparação, embora completa, do damno; pede que o adversario seja ferido, prosegue a applicação d'uma pena <sup>1</sup>.

Pela lei das XII taboas o auctor de lesões corporaes, ou fosse innocente ou culpado, se não transigisse, soffria a pena de talião, ou era submettido á composição forçada, quando esta mais tarde substituiu a primeira pena <sup>2</sup>.

A lei das XII taboas punia mesmo o roubo commettido pelos impuberes; applicava-lhes, é certo, uma pena menor que aos puberes, mas, differentemente do direito posterior, não se preocupava de modo algum com o seu desenvolvimento intellectual nem com o seu gráu de responsabilidade <sup>3</sup>.

O devedor insolvente, ainda que em consequencia de desastres por que não fosse responsavel, via-se reduzido á triste condição de expiar a insolvabilidade pela ruina de toda a sua existencia, e até, no caso de concurso de credores, podia ser cortado em pedaços <sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Vej. Ihering, *L'Esprit du Droit Romain*, tom. I, § 41, pag. 127.

<sup>2</sup> J. Ortolan, *Histoire de la Législation Romaine*, taboa VIII, § 2, Aulus Gellius, *Noctes atticae*, lib. XX, cap. I, § 15, 16, 34: «*Neque ejus... tantam esse habendam rationem arbitrati sunt, ut an prudens IMPRUDENSVE recepissent, spectandum putarent.*»

<sup>3</sup> Ortolan, *obr. cit.*, tab. VIII, § 14.

<sup>4</sup> Ortolan, *obr. cit.*, tab. III, § 6. Vej. o n.º 118, pag. 125 e Ihering. *obr. cit.*, tom. I, § 12, pag. 134.

O escravo, instituído herdeiro pelo seu senhor insolvente, incorria na infâmia que resultava de toda a bancarrota, apesar de não ter commettido pessoalmente falta alguma <sup>1</sup>.

O vendedor respondia pelo duplo no caso de evicção, sem distinguir se elle sabia ou não que a cousa vendida pertencia a outrem <sup>2</sup>.

Aquelle em cuja casa fosse encontrado um objecto roubado pagava o triplo do valor do objecto, embora não tivesse conhecimento de que o objecto era roubado (*furtum oblatum*) <sup>3</sup>.

Aquelle que empregasse materiaes alheios na construcção d'uma casa respondia pelo duplo, embora procedesse em boa fé <sup>4</sup>.

Mas onde o direito romano fez uma applicação especial d'este ponto de vista, que em parte se perpetuou até ao direito novo, foi no processo formulario, onde quasi todas as penas eram incursas pelo unico facto de se succumbir no processo, sem distinguir se a parte tinha obrado ou não com consciencia do nenhum valor das suas pretensões.

A perda do *sacramentum* para a parte que succumbisse no antigo processo *per sacramentum* <sup>5</sup>, a pena do decimo ou

<sup>1</sup> Gaii *Comm.* II, § 154.

<sup>2</sup> Pauli *Sentent.* lib. II, tit. XVII, § 3: «*Res emptā, mancipatione et traditione perfecta, si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur.*»

<sup>3</sup> Ortolan, *obr. cit.*, tab. VIII, § 5, Gaii *Comm.* III, § 186, 187, 191.

<sup>4</sup> Ortolan, *obr. cit.*, tab. VI, § 7, 8.

<sup>5</sup> Ortolan, *obr. cit.*, tab. II, § 1.º, n.º 141, pag. 139; Keller, *De la Procédure Civile et des Actions chez les Romains*, trad. de l'alle. par Charles Capmas,

do quinto do valor da acção contra o auctor vencido, nas causas em que um *contrarium iudicium* tinha sido dado contra elle <sup>1</sup>, a pena da *sponsio poenalis* para o réu e a *restipulatio* para o auctor <sup>2</sup>, a *summa fructus licitationis* no interdicto *uti possidetis* para a parte que na licitação sobre a posse tivesse feito a offerta mais elevada e em seguida succumbisse <sup>3</sup>, a pena do duplo contra o réu que negasse a obrigação, na *legis actio per injectionem* e em todos os casos em que ella fosse imitada (*ubi lis inficiando crescit in duplum*) <sup>4</sup>, e muitas outras, eram impostas á parte vencida, quer tivesse procedido de má fé, quer não. Innocentes e culpados eram punidos com a mesma pena quando vencidos; tanto incorria n'ellas o que scientemente contestava uma reclamação fundada, ou levantava uma infundada, como aquelle que assim procedia julgando ter bom direito. O fa-

§ XIII, pag. 48; Mommsen, *obr. cit.*, liv. I, chap. II, pag. 210; Walter — *Hist. de la Procédure civile chez les Romains*, trad. de l'alle. par E. Laboulaye, chap. XI, pag. 124.

<sup>1</sup> Gaii *Comm.* IV, § 177, 178: «*Contrario vero iudicio omnimodo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet alia opinione inductus CREDIDERIT SE RECTE AGERE.*»

<sup>2</sup> Ortolan, *Explication Historique des Instituts*, tom. II, n.º 1917, 2322, 2336; Gaii *Comm.* IV § 13, 171, 180. Diz este ultimo: «*Restipulationis quoque poena ex certis causis fieri solet: et quemadmodum contrario iudicio omnimodo condemnatur actor si causam non tenuerit, NEC REQUIRITUR AN SCIERIT NON RECTE SE AGERE; ita etiam restipulationis poena omnimodo damnatur actor.*»

<sup>3</sup> Gaii *Comm.* IV, § 167.

<sup>4</sup> Gaii *Comm.* IV, § 171; Ortolan, *Explication Hist. des Instit.*, tom. II, n.º 2336; Keller *obr. cit.*, § LVIII, pag. 256.

cto, só de per si, importava a pena, sem que a sua relação com a vontade fosse tida em ulterior consideração.

5. É ainda no carácter da paixão que pôde encontrar-se a explicação satisfactoria da gradação bizarra d'algumas d'estas penas.

O ladrão que rouba de noute ou mesmo de dia defendendo-se com armas, pôde ser morto; o ladrão preso em flagrante delicto (*fur manifestus*) perde a liberdade (*addictus*) em favor do roubado *adictus*, ao passo que o *fur non manifestus* fica quite com a pena do duplo. A pena eleva-se até ao triplo, quando o furto foi encontrado em casa do ladrão em consequencia d'uma busca (*furtum conceptum*), e, quando elle procurasse impedil-a (*furtum prohibitum*), era equiparado pela lei das XII tabuas ao *fur manifestus*, e pelo direito pretoriano era condemnado no quadrupulo <sup>1</sup>.

Temos hoje difficuldade em conceber como uma circumstancia puramente exterior, que depende inteiramente do acaso e pôde augmentar a evidencia do acto, mas que em nada augmenta a sua criminalidade, pôde servir de base a uma aggravação tão consideravel da pena.

Não era assim para os antigos romanos. O antigo direito, influenciado pela paixão, punha de lado o elemento da culpabilidade, para attender sómente ao da irritação, que a lesão produzia n'aquelle que se sentia lesado, e ao gráu de vin-

---

<sup>1</sup> Ortolan, *Hist. de la Lég. Rom.*, tab. VIII § 12-16; Gaii *Comm.* III, § 184-192, IV, § 173; Institutas, liv. IV, tit. 1, § 3, 4, 5.

gança que elle exerceria; apreciava a injustiça, não no auctor, mas na victima <sup>1</sup>.

Ora o *fur manifestus* tinha de arrostar contra o arrebatamento e impetuosidade cega do primeiro sentimento, ao passo que o *fur non manifestus* encontrava-se em condições mais favoraveis. O tempo decorrido desde o facto exercera sua influencia apaziguadora, e o proprietario, em vez de irritado, ficava contente por ter encontrado uma cousa, que para sempre julgara perdida. No *furtum conceptum* ainda não desapparecera a irritação do lesado, nem este tinha perdido a esperança á cousa roubada, pois procurava-a, e portanto maior devia ser a pena, a qual devia augmentar no *furtum prohibitum*, pois a opposição do lesado, já por sua natureza, já pelo perigo de perder a cousa a que expunha o lesado, mais devia aggravar a sua irritação.

Esta é tambem a razão da injustiça da pena comminada ao devedor insolvente; o credor perdia o que lhe pertencia e que esperava receber: mais irritação, por conseguinte maior pena <sup>2</sup>.

A applicação do mesmo principio encontra-se nas leis anglo-saxonias e nas outras leis germanicas; tambem ellas admittem que o ladrão preso em flagrante delicto possa ser immediatamente enforcado, ao passo que infligem a pena do

---

<sup>1</sup> Ihering, *obr. cit.* tom. I, § 11, pag. 129; Ortolan, *Explic. Hist. des Inst.*, tom. II, n.º 1719, e *Éléments de Droit Pénal*, tom. I, n.º 766 e 767; Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, trad. de l'angl. par Courcelle Seneuil, 1874, chap. X, pag. 358 e 360.

<sup>2</sup> Ihering, *obr. cit.*, tom. I, § 11, pag. 129.

homicídio áquelle que o matar, não tendo sido preso em flagrante delicto <sup>1</sup>.

6. Vê-se dos exemplos citados que na epocha da lei das XII taboas o systema das penas privadas, como resgate da vingança ou exercicio d'esta sob outra fórma <sup>2</sup>, estava já em adeantado estado de formação. Apparecem ainda alli alguns vestigios da vingança privada, como a permissão de matar o ladrão que rouba de noute <sup>3</sup>, a sua adjudicação como escravo ao roubado, quando é preso em flagrante delicto, a perda da liberdade para o devedor insolvente e a pena de talião para algumas lesões corporaes, mas, ainda n'estes casos, a composição entre as partes era permittida <sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Maine, *obr. cit.*, pag. 358 e 359.

<sup>2</sup> A palavra *poena*, bem como a grega *ποινη*, etymologicamente significam *resgate*; d'aquí as expressões como *poenas dare*, *solvere*, *pendere*, *petere*, *exigere*, *sumere*, *capere*, muito frequentes nos Jetos romanos e que indicam todas a hypothese, não da applicação d'uma pena, mas do pagamento d'uma composição. Vej. Ihering, *obr. cit.* tom. I, § 12, nota 53, pag. 134.

<sup>3</sup> Alguns auctores vêem no direito de matar o ladrão quando rouba de noute, consignado na lei das XII tabuas, um caso de legitima defeza. Mas esta explicação é pouco conforme com um-texto de Cicero, em que se diz que ella permite matar o ladrão, quando rouba de noute, *quoquo modo*, e Ulpiano emprega a expressão *omnimodo*. Só mais tarde é que tal direito foi reduzido ao caso de necessidade absoluta, e portanto de legitima defeza (l. 9, D. *ad legem Cornel. de sicariis* (48-9). Vej. Massenat Deroche, *De l'Imputabilité en matière pénale*, Part. I, chap. III, n.º v, pag. 131.

<sup>4</sup> Ortolan, *Hist. de la Lég. Rom.*, tab. VIII, § 12, 13, 14, 15, tab. III, § 6, tab. VIII, § 2. A expressão usada para esta negociação era *pacere*, *pacisci*, *depecisci*; d'onde se vê que a significação originaria da palavra *pactum* não era a de contracto, mas a de *pax*, paz, isto é, o apaziguamento das hostilidades.

Para as lesões pessoaes em que era permittida a pena de talião é expresso o texto: «*Ni cum eo pacit, talio esto;*» para o *furtum manifestum* tambem a lei das XII tabuas mencionava o *pacisci*, sem que se saibam os seus precisos termos <sup>1</sup>, e com relação ao devedor insolvente e preso reconhecia expressamente o direito de se compor <sup>2</sup>, e no caso negativo mandava que os credores o expozessem á venda durante tres feiras consecutivas, declarando em alta voz a quantia por que se achavam condemnados, a fim de ver se alguem se apresentava para os resgatar <sup>3</sup>.

Esta transição da vingança privada e da pena de talião para as penas pecuniarias privadas, além de reclamada pela ordem, era conforme á importancia de que em Roma gosava a propriedade.

«Lorsque la fortune, diz Ihering, est placée si haut dans l'estime du peuple que sa lésion entraîne pour le voleur la perte de la liberté, et pour le banqueroutier la perte de la vie, lorsque, en partant de considérations pécuniaires, on en arrive à comminer les peines les plus graves, il est bien permis aussi d'intervertir les rôles, et de convertir une peine encourue en paiement d'une somme d'argent.

---

dades — o accordo para pôr termo á discordia. Vej. Ihering, *obr. cit.*, tom. I, § 12, pag. 138.

<sup>1</sup> L. 7, § 14, D. *De pactis* (2-14); Ortolan, *Hist.*, tab. II, § 4.

<sup>2</sup> Ortolan, *Hist.*, tab. I, § 5.

<sup>3</sup> Ortolan, *Hist.*, tab. III, § 5. Segundo refere Tito Livio (lib. VI, cap. XX) M. Manlio, no 4.º seculo de Roma, salvou por este modo das mãos dos credores quatrocentos devedores.

Le lésé renonçait à exiger la peine du talion, moyennant le paiement d'une composition considérable; sa soif de vengeance était tout aussi bien apaisée lorsque son adversaire était obligé de lui abandonner ce qu'il avait de plus précieux au monde, que s'il lui avait infligé quelques blessures graves..... Il n'est pas plus étonnant de voir poursuivre contre *la personne* la satisfaction à raison d'une *lésion pécuniaire*, que de voir la *fortune* de l'adversaire payer la peine d'une *lésion personnelle*. A la place de l'argent, les membres du corps (*in partes secare*), à la place des membres du corps, l'argent! <sup>1</sup>.

7. Por mais desfavoravel que seja a impressão causada pelo quadro que acabamos de traçar do antigo direito de Roma, não póde deixar de reconhecer-se n'elle um verdadeiro progresso. As vias de direito tinham substituído as de facto; o offendido já não era o juiz supremo e o apreciador soberano da reparação; a lei definia as infracções e uma jurisdição regular fixava a pena. Se é facil condemnal-o, quando nos achamos á altura do desenvolvimento juridico actual, não o é quando se attenda ás circumstancias que acompanham as phases originarias do direito. Então, á falta de poderes convenientemente organisados e de instituições de segurança publica, a fixidez da ordem juridica reclama essencialmente o concurso energico dos individuos, e esta

---

<sup>1</sup> *Obr. cit.* tom. 1, § 12, pag. 135.

energia não póde proceder senão d'uma reacção vivaz do sentimento juridico, insurgindo-se contra a injustiça soffrida. Quanto mais firme e levantada sustentar cada um a arma que a lei lhe colloca nas mãos, para defender o seu direito particular, tanto mais forte será a protecção com que ella cerca a commuidade. Guarda e vingador da lei na sua esphera restricta, estimulado pela pena privada que lhe apresenta em perspectiva o premio do serviço prestado, o individuo cumpre sua missão, realisa tanto mais perfeitamente a ideia do direito, quanto mais orgulhoso for do seu direito, quanto mais inexoravel e mais implacavel for em repellir e vingar nos termos da lei todas as lesões que se lhe causem. Que importa que seja um interesse pessoal, mesquinho, que o impilla? Na economia da historia os motivos ainda os mais infimos encontram seu emprego para a realisação do bem. Motivos mais nobres e elevados substituil-os-hão mais tarde <sup>1</sup>.

8. Cumpre, porém, não confundir estas *penas* e as acções penaes que lhes diziam respeito com a perseguição dos crimes e as accusações publicas. Foi esta confusão que, como nota Ortolan, induziu em erro toda a jurisprudencia europea na reconstrucção que procurou fazer do direito penal romano <sup>2</sup>. Quasi todos os que se occuparam d'este assumpto, ao enunciarem as penas em vigor entre os romanos, não se esque-

---

<sup>1</sup> Ihering, *De la Faute en Droit Privée*, já cit., pag. 22.

<sup>2</sup> *Explicat. Hist. des Instit.*, tom. II, n.º 2417.

ciam de inscrever as penas pecuniarias privadas, chegando até alguns a concluir que ellas constituiam a unica penalidade durante o periodo primitivo do direito penal romano.

Os actos de vingança privada são communs a todos os povos barbaros; é uma lei geral, dizem; ora os barbaros de todos os tempos têm-se distinguido pela avareza e pelo desprezo da dor. As suas penas têm sido sempre pecuniarias <sup>1</sup>.

Esquecem-se, em primeiro lugar, de que as penas pecuniarias privadas suppõem já um estado um tanto adeantado de civilisação e a intervenção energica do poder publico, para regular e substituir os impetos do odio e a sede de sangue; esquecem-se, em segundo lugar, de que as penas privadas, cuja fixação e exposição abarca a quasi totalidade dos codigos antigos, não pertencem rigorosamente, segundo o criterio d'então, ao direito penal, e de que as offensas contra os individuos não constituem rigorosamente um crime.

A ideia de que as offensas e os attentados contra os individuos importam offensas e attentados contra o corpo social suppõe uma concepção elevada da solidariedade social, concepção abstracta que não penetra facilmente no espirito de povos primitivos. Porisso bem póde dizer-se com Maine que na infancia do direito o cidadão não é protegido contra a violencia ou fraude pelo direito penal, mas pelo direito relativo aos delictos, *torts*, *damnos* <sup>2</sup>.

É d'estes, bem como dos *peccados*, offensas contra os

---

<sup>1</sup> Vej. Massenat Deroche, *obr. cit.*, part. 1, chap. 1, pag. 89.

<sup>2</sup> *Obr. cit.*, pag. 351.

deuses, que se occupam amplamente os codigos das antigas sociedades.

9. Relativamente ás offensas directamente commettidas contra toda a tribu, contra o Estado, ou contra a collectividade dos cidadãos, as unicas em que então apparece a noção do crime, raras são as disposições que apparecem n'estes codigos, pequeno é o imperio da lei, ao contrario do direito moderno, que o reclama mais n'este do que em qualquer ramo do direito.

Mas concluir d'este silencio dos antigos codigos que as offensas directamente commettidas contra toda a sociedade ficavam impunes, ou, quando muito, eram punidas só com penas pecuniarias, é o mesmo que pretender que ás sociedades primitivas falta o sentimento instinctivo do perigo social, a capacidade para comprehender uma ideia tão simples e tão clara como a d'uma offensa directa contra a collectividade dos cidadãos, e desconhecer ao mesmo tempo a fereza dos costumes dominantes n'estas sociedades; é, n'uma palavra, ignorar a historia, que desde a mais remota antiguidade nos attesta o exercicio da vingança publica, e pelas penas mais severas, contra as offensas publicas, ou seja pela justiça popular tumultuariamente e sem forma de processo, ou seja de um modo regular e ordenado por uma pessoa auctorizada a representar o povo para este fim, ou pelo proprio povo reunido nos seus comicios <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Vej. Taylor, *obr. cit.*, pag. 48, e Gustave le Bon, *L'Homme et les Sociétés*, tom. II, pag. 385; Ihering, *obr. cit.*, tom. I, § 48, pag. 213.

Foi talvez, pelo contrario, a concepção muito nitida d'esta ideia que em algumas sociedades impediu o nascimento d'um verdadeiro direito criminal e produziu a sua indeterminação.

10. Esta conclusão é certa para o maior povo da antiguidade.

Para o romano a cidade era tudo, era a familia, era o mundo, era a sua vida inteira. Este elevado amor da patria suppria a falta de leis criminaes; bastava ao legislador declarar em geral que todo o facto que causasse damno á cidade seria considerado como um crime, sem ter necessidade de determinar os factos, precisar os actos e fixar as penas.

Não era necessario determinar ao cidadão como elle devia proceder em relação ao Estado; o seu proprio sentimento lhe dictaria a conducta.

«Civis, diz Platner, scire debet ex notione reipublicae, cui adscriptus est, quae peccata sint fugienda, si in poenam incurrere nolit. Legem hic omnino deesse dici nequit, verum enimvero lex, qua poena infligitur, est illa omnium civium communis conscientia, quae cum unoquoque quasi nascitur et adolescit, ita ut a nemine ignorari possit, qui vinculo reipublicae illigatus teneatur<sup>1</sup>».

Quando, porém, a sociedade se julgava offendida, a analogia d'esta offensa com a que attingia um individuo era levada até ás suas ultimas consequencias; a majestade do

---

<sup>1</sup> *Quaestiones de jure criminum Romano*. Quaest. 1, pag. 8.

povo romano sabia alarmar-se com as menores offensas e vingar-se contra o offensor. A principio os reis *ex officio*, e mais tarde o povo por uma lei especial, puniam toda a offensa contraria á segurança e paz publicas, aos interesses da sociedade.

Os attentados directamente dirigidos contra a independencia e honra da patria, as conpirações contra a republica, a revolta contra os magistrados, a usurpação de poderes, a traição em frente do inimigo, as imprecações contra o povo romano, e mesmo qualquer palavra de natureza a offender a majestade desse povo, eram severamente punidas <sup>1</sup>.

É a primeira concepção do *crimen*, acto de tal consequencia que o Estado, em vez de deixar julgal-o pelo tribunal civil ou religioso, formulava uma lei especial ou *privilegium* contra o offensor. O processo não differia d'aquelle que se seguia para fazer uma lei; era dirigido pelas mesmas pessoas e revestido das mesmas formalidades, mas a decisão só constituia lei para o caso particular a que respeitava.

O julgamento de cada crime constituia um facto extraordinario, irregular e independente de regras fixas ou de condições definidas. Não havia n'esta epocha nem lei contra os crimes, nem tão pouco jurisprudencia criminal, porque não era possivel classificar os actos prescriptos ou prohibidos, e

---

<sup>1</sup> Mommsen, *obr. cit.*, tom. 1, liv. 1, chap. xi, pag. 203; René Roland, *De l'Esprit du Droit Criminel*, part. 1, liv. iv, pag. 176 e seg.; Faustin Hélie, *Traité de l'Instruction Criminelle*, tom. 1, § 7, 8 e 9.; Féréol Rivière, *Esquisse Historique de la Législation Criminelle des Romains*, part. 1, chap. 1, II.

porque o tribunal que julgava era o proprio soberano accumulava o poder legislativo e o judiciario <sup>1</sup>.

11. É certo que a lei das xii taboas continha já algumas disposições criminaes especiaes, e, nomeadamente, o principio geral de que as penas capitaes não podiam ser pronunciadas senão pelo *comitiatus maximus*—comicio por centurias <sup>2</sup>; mencionavam-se tambem em alguns casos as *leges* e os *mores*, como bases da accusação <sup>3</sup>, mas não é menos verdade que o proprio modo por que o povo exercia o poder que lhe pertencia prova que elle em geral não se sentia sujeito a regras, que se abandonava ás influencias politicas e á inspiração do momento, ao puro capricho e á arbitrariedade. O mesmo crime importava muitas vezes penas muito differentes: se se tractava d'um cidadão odiado, o povo vingava-se asperamente d'um crime relativamente leve; se, pelo contrario, se tractava d'um crime grave, mas commettido por um cidadão popular, o povo mostrava-se benigno e descontava na pena a lealdade das intenções do culpado e os serviços por elle prestados ao Estado <sup>4</sup>. O povo, com a sua soberania legislativa, mas tambem com as paixões e os appetites inherentes á multidão, com a sêde de dominação e o

<sup>1</sup> Maine, *obr. cit.*, pag. 352 e 353.

<sup>2</sup> Ortolan, *Hist.*, taboa ix, § 2; Roland *obr. cit.*, pag. 181; Hélie, *obr. cit.*, tom. i, § 10; Mommsen, *obr. cit.*, tom. ii, appendice B. pag. 347.

<sup>3</sup> Tito Livio, lib. xxvi, cap. iii: «...*quominus seu legibus, seu moribus mallet, anquiret.*»

<sup>4</sup> Ihering, *obr. cit.*, tom. ii, § 30, pag. 45.

desejo ardente de egualdade, que não admitte mesmo a supremacia da lei, tinha conservado nas suas funcções de juiz os seus instinctos de omnipotencia.

D'aqui uma immobilidade incessante em instituições, que, mais que quaesquer outras, exigem principios fixos e dados certos — a incerteza da lei criminal e a arbitrariedade das penas.

«On se plait, diz *Mommsen*, à célébrer le peuple Romain comme le peuple privilégié de la jurisprudence: et ses lois excellentes apparaissent comme un don mystique du ciel à ses admirateurs ébahis; moyen commode sans nul doute de n'avoir pas quelquefois à rougir de la pauvreté de leur droit national! Qu'on veuille donc bien jeter aussi un regard sur la législation criminelle de Rome, vacillante et embryonnaire entre toutes; et l'on se convaincra bien vite de la fausseté d'une telle croyance <sup>1</sup>.»

Tal é a consequencia inevitavel a que conduz a confusão do poder legislativo e judiciario. O direito romano só abandonou esta via errada com o estabelecimento das *quaestiones* ou tribunaes especiaes, que depois se tornaram permanentes — (*quaestiones perpetuae*), e eram encarregados de julgar e punir, segundo a forma de processo e com as penas estabelecidas nas leis que os instituiam, certos crimes tambem nomeados e definidos pelas mesmas leis <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> *Obr. cit.*, tom. II, liv. II, chap. 8, pag. 200, nota (2).

<sup>2</sup> As principaes leis são: a *Lex Calpurnia de repetundis*, que estabeleceu a primeira *quaestio perpetua*, anno 605 de Roma, a *Lex Plautia de vi*, a *Lex*

12. Não havia, pois, a principio direito penal, com quanto se punissem os crimes; mas não se consideravam taes as offensas contra os particulares. A sociedade, não obstante intervir com os seus tribunaes para forçar o offensor a compensar as offensas commettidas contra os particulares, mostrava-se desinteressada n'esta reparação, que deixava a arbitrio da parte interessada. O Estado era tambem lesado, porque o roubo, as injurias etc., perturbam a ordem juridica cuja guarda é confiada ao Estado; mas esta consideração era muito elevada para a concepção material da epocha antiga, esta perturbação não se *via*.

A prova de que a primitiva intervenção do Estado com seus tribunaes em taes casos nada tinha de commum com a noção d'uma offensa á comunidade está na administração primitiva da justiça e na forma do processo estabelecido pela lei das XII taboas. O processo era uma especie de combate judiciario, que na sua forma e nos seus effeitos se approximava o mais possivel da verdadeira lucta, a que antes deviam entregar-se o offensor e o offendido, e as compensações concedidas tinham simplesmente por medida os senti-

---

*Fabia de plagio*, as *Leges Corneliae repetundarum, majestatis, de sicariis, de falsis*; as *Leges Juliae (Caesaris) repetundarum, de vi majestatis*; a *Lex Pompeia de parricidiis*, as *Leges Juliae (Augusti) judiciorum publicorum, ambitus, de sacrilegio, de peculatu et de resibus, de vi publica, de vi privata, de adulteriis, de fraudata annonae*. São as *Leges Juliae* e as *Leges Corneliae* que, junctas, formam o nucleo do direito criminal romano. Vej. Ortolan, *Hist.*, n.º 275 e seg., 323; Hélie, *obr. cit.*, tom. 1, § 12, 13; Maine, *obr. cit.* pag. 361-363, 368-371; Mommsen, *obr. cit.* tom. 8, append. C, pag. 306; Montesquieu, *De l'Esprit des Loix*, liv. XI, chap. 18.

mentos do lesado e o gráu de vingança que elle exerceria segundo as circumstancias do caso <sup>1</sup>.

O *sacramentum*, embora entrasse nos cofres do Estado, não representava uma compensação pelo mal que o réo lhe tivesse causado, mas simplesmente o preço do tempo e do trabalho dos seus magistrados <sup>2</sup>.

E, note-se, este mesmo processo servia junctamente contra o offensor e contra o devedor: as relações que derivavam do delicto eram, pois, assimiladas nos seus effeitos ás que derivavam da obrigação contractual.

É evidente que n'estas circumstancias a responsabilidade civil e a criminal não podiam dar-se junctamente.

Se a offensa era contra a sociedade, — *delictos publicos, crimina publica*—só havia logar á responsabilidade criminal. Qualquer cidadão no gozo dos seus direitos podia, em regra, perseguir a accusação d'estes crimes perante os comicios e mais tarde perante as *quaestiones*, mas o julgamento só tinha em vista o interesse social. Era a segurança do Estado que os tribunaes protegiam pela intimidação, quando a pena era corporal; era o thesouro publico o beneficiado com a condemnação, quando a pena era pecuniaria. A parte lesada era aqui a republica: era ella que perseguia a reparação do prejuizo que lhe tinha sido causado <sup>3</sup>.

Se as offensas eram commettidas contra particulares, só

<sup>1</sup> V. *supra* n.º 5.

<sup>2</sup> Maine, *obr. cit.*, pag. 356 e 357.

<sup>3</sup> Waldeck, *Institutiones Juris Civilis*, § 734, 844.

tinha logar a responsabilidade civil. Taes delictos, considerados como puramente civis, não davam logar senão a uma acção perante a jurisdicção civil, e esta acção, exclusivamente privada, tinha rigorosamente por fim, não a repressão do delicto, mas a reparação do interesse do lesado, porque, segundo a expressão de Ulpiano, *ibi principaliter de damno agitur quod domino datum est* <sup>1</sup>. Esta acção, como todas as acções civis, pertencia só ás partes interessadas. É certo que estes delictos podiam dar logar á applicação de penas pecuniarias, mas estas penas, instituidas no interesse dos lesados e dependentes da sua acção perante os tribunaes civis, faziam de algum modo parte da reparação civil, eram o complemento da divida contrahida pelo delinquente, uma ampla satisfação concedida ao lesado, tanto pela perda material que soffreu, como pela lesão pessoal resultante da violação do seu direito, e a cuja vingança renunciou <sup>2</sup>.

**13.** Á medida, porém, que a sociedade romana foi progredindo e o poder social se engrandeceu, a ideia fecunda, que faz ver a lesão social ao lado da lesão individual e que faz do malfeitor o inimigo de todo o Estado, foi-se fazendo luz pouco a pouco, e, como consequencia, os delictos mais graves começaram a ser considerados crimes.

A lei das XII taboas incluia já entre os crimes e ameaçava

---

<sup>1</sup> L. 7, D. *de injuriis*. (47-40).

<sup>2</sup> Vej. Savigny, *Traité de Droit Romain*, traduit de l'alle. par Guenoux, Paris 1846, tom. v, § cccx, p. 53.

com a vindicta publica alguns maleficios causados a particulares, como o homicidio, o crime de incendio, o roubo de searas <sup>1</sup> etc.; porém foi só quando o direito criminal se fixou com o estabelecimento das *quaestiones* que o maior numero de *delictos* se converteu em *crimes* <sup>2</sup>.

Ia-se comprehendendo que todo o delicto continha uma lesão pessoal, e que o Estado, protegendo e salvaguardando os interesses individuaes, se defendia a si mesmo.

Entretanto, mesmo depois que Augusto completou as suas leis, continuaram a considerar-se delictos muitas offensas que as sociedades modernas consideram como crimes; e d'estas algumas nunca em direito romano foram consideradas crimes, e outras só o foram numa data posterior, mas incerta, pelas constituições que mencionaram novas categorias de offensas, a que o Digesto chama *crimina extraordinaria* <sup>3</sup>.

Exerceram-se nomeadamente perseguições criminaes e *extraordinarias* contra o roubo commettido nos banhos publicos <sup>4</sup>, contra o roubo de animaes <sup>5</sup>, contra o roubo de cousas pertencentes a uma herança <sup>6</sup> e contra muitas espe-

<sup>1</sup> Ortolan, *Hist.*, tab. VIII, § 9, 10, 24, tab. IX, § 2.

<sup>2</sup> Vej. *supra*, pag. 20 nota 2.

<sup>3</sup> Lib. 48, tit. 1, de *publicis judiciis*, e lib. 47, tit. XI, de *extraordinariis criminibus*. Vej. Ortolan, *Hist.*, n.º 443, e *Explicat. Hist. des Inst.*, tom. II, n.º 2349 e seg.; Maine, *obr. cit.*, pag. 372; Pothier, *Pandectes de Justinien*, tom. 20, lib. XLVII, tit. XI, n.º I e seg.

<sup>4</sup> D. de *furibus balneariis* (47-17).

<sup>5</sup> D. de *abigeis* (47-14).

<sup>6</sup> D. de *expilatore hereditatis* (47-19).

cies de ladrões designados pelos nomes de *effractores*, *expilatores*, *saccularii*, *directarii* <sup>1</sup>; acabou-se mesmo por admitir a perseguição criminal contra os ladrões ordinarios <sup>2</sup>, contra os injuriadores <sup>3</sup>, etc., e foi-se estabelecendo gradualmente o principio da perseguição criminal *ex officio* pelos magistrados contra alguns crimes <sup>4</sup>.

Ao sentimento crescente da majestade do povo romano repugnava ver estes actos não importarem para seus auctores senão o pagamento de perdas e damnos, e porisso concederam ás *pessoas offendidas* a faculdade de os perseguir como crimes *extra ordinem*, isto é, por uma forma de processo excepcional differente da do processo ordinario, e por uma pena a arbitrio do juiz <sup>5</sup>.

14. Ao passo que o direito criminal assim ampliava a sua esphera, as penas privadas, substituidas pelo principio da reparação, tendiam a desaparecer do direito civil, e a noção de responsabilidade tendia a purificar-se.

Se é facil constatar uma revolução subita, cujos effeitos

<sup>1</sup> D. *de effract. et expilator.* (47-18); L. 7, D. *de extraord. crim.* (47-11), L. 3, § 1, 2, D. *de off. praef. vigil.* (1-15).

<sup>2</sup> L. 56, § 1, L. 92, D. *de furt.* (47-2), Novella 134, *cap. ult.*

<sup>3</sup> L. 5, pr. e § 9, LL. 43, 45, D. *de injur.* (47-10), Instit., lib. iv, tit. iv, § 10; L. 11, C. *de injur.* (9-36).

<sup>4</sup> L. 1, C. *Theod. de cust. reorum*, e L. 1, C. *eod. tit.* (9-3); Faustin Hélie, *obr. cit.*, tom. II, § 100, pag. 51.

<sup>5</sup> L. 1, § 1, L. 2, D. *de effract.* (47-18), L. 3, § 2, D. *stellionatus* (47-20), L. 8, § 2, D. *de relig.* (11-7), L. 4, D. *de cust. reor.* (48-3), L. 13, D. *de poen.* (48-19).

são immediatos e reconheciveis, não o é apprehender nas instituições e nas leis uma mudança de ideias que leva seculos a produzir-se, distinguir e bem caracterisar seus resultados, sua filiação e a epocha precisa da sua apparição.

Comparando-se, porém, entre si periodos afastados, constata-se uma transformação profunda, cuja direcção é facil indicar, comquanto seja difficil, e ás vezes impossivel, determinar-lhe os gráus successivos.

É o que succede relativamente ás proposições acima expendidas. Foi trabalho de seculos e grande o esforço intellectual, dispendido pelos jurisconsultos romanos, para substituir, com relação ás perdas e damnos, o ponto de vista da causalidade externa do facto pelo da causalidade interna da culpabilidade, e o das penas privadas pelo da reparação do damno.

Seria difficil, e demais afastar-nos-hia do nosso fim, a exposição do successivo desenvolvimento das noções juridicas do *dolus*, *mala fides*, *mora* e *culpa*, e seus differentes gráus, nas acções de delicto, nas acções contractuaes e nas acções *in rem*, o que constitue o merito mais duradouro da jurisprudencia romana e o mais digno de elogios <sup>1</sup>.

Sem culpa não ha responsabilidade — tal é o principio que em materia de perdas e damnos os jurisconsultos romanos se esforçam por substituir ao principio material da causalidade externa do facto. Não é o facto exterior, é a *acção*

---

<sup>1</sup> Ihering, *De la Faute en Droit Privé*, já cit.

que obriga, e não é mesmo a acção d'um modo absoluto, mas a acção voluntaria.

Sem esta condição o damno causado pelo homem cae sob a mesma apreciação que o produzido por uma inundação; é um acontecimento natural, um *casus*, cujas consequencias prejudiciaes devem ser supportadas por aquelles que ellas attingem.

15. Ao lado d'esta concepção purificada, que a jurisprudencia classica formou sobre a responsabilidade, as instituições e as regras de direito antigo que puniam mesmo o innocente não podiam subsistir.

Assim o louco e o infante, não só o infante propriamente dicto, mas o maior de sete annos que tivesse obrado sem discernimento, que tantas legislações, incluindo a nossa, obrigam a reparar o damno que causaram, não eram responsaveis segundo o direito romano classico. O seu factio, como o do animal, não era submettido ás leis do mundo moral, era um acontecimento da natureza exterior como a queda d'uma pedra, *quemadmodum*, diz Ulpiano, *si quadrupes damnum dederit aut si tegula ceciderit*<sup>1</sup>.

Mas, assim como o dono do animal, quando houvesse alguma culpa a imputar-lhe, respondia pelos prejuizos causados por elle, se não preferisse o abandono noxal<sup>2</sup>, assim tambem, nas mesmas circumstancias, aquelle que estivesse

<sup>1</sup> L. 5, § 2, *ad leg. Aquil.* (9-2) L. 61, in fin. D. *de adm.* (26-7), L. 60, D. *de rei vind.* (6-1).

<sup>2</sup> L. 1, §§ 3, 4-8, 14, D. *si quadrup. paup.* (9-4).

incumbido de vigiar pela pessoa do demente ou do pupillo era responsavel pelos actos d'este <sup>1</sup>.

É certo que algumas d'essas instituições, graças á força do habito, permaneceram longo tempo em vigor, mas acabaram tambem por ceder deante do espirito da epocha. Assim a *actio furti concepti*, que Gaio mencionava ainda como em vigor <sup>2</sup>, já vista com desfavor por um rescripto de Severo Antonino, que designa o juizo baseado sobre esta acção contra o innocente como *durior sententia* <sup>3</sup>, acaba por desaparecer completamente no direito justinianeu <sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> L. 14, in fin. D. *de off. praes.* (4-18), L. 61, *de adm.* (26-7). Segundo o direito romano os paes e os senhores não eram rigorosamente responsaveis pelos damnos causados pelos filhos ou escravos sujeitos ao seu poder, a não ser que lhes dessem ordem de os commetter ou se, segundo as circumstancias, podessem ser considerados como consentidores na sua perpetração. Nos mais casos a sua responsabilidade não era compromettida; sómente, para evitarem a pena, deviam entregal-os *in noxam*, com esta differença de que o filho assim abandonado não se tornava escravo, e devia ser libertado logo que pelo seu trabalho tivesse adquirido o equivalente do damno por elle causado. Mais tarde a parte lesada perdeu mesmo este recurso: o abandono noxal do filho de familia, contrario ao espirito do christianismo, cahiu em desuso desde o seculo III, até que foi abolido por Justiniano. Só restava então á parte lesada o direito de exercer directamente contra o filho de familia a acção resultante do seu delicto e, em seguida, reclamar do pae o montante da condemnação, mas sómente até á concurrencia do peculio.

O direito romano só em casos excepcionaes ampliava a obrigação de reparar o damno além da imputabilidade stricta ou da responsabilidade pessoal. Estes casos eram: a acção *de effusis et dejectis*, a acção *de periculis et suspensis*, e a acção *in factum* dada contra os *nautae, caupones, stabularii*. Em todos estes casos havia uma presumpção legal de culpa ou falta pessoal, embora não a houvesse realmente.

<sup>2</sup> *Comm.* III, § 491; Pauli, *Sentent.* lib. II, tit. 31, § 5, 14.

<sup>3</sup> L. 8, C. *ex quib. caus. infam. irrog.* (2-12).

<sup>4</sup> Todas as acções de furto especiaes, menos as de *furti manifesti* e *nec*

As penas do processo, que no direito antigo desempenharam um papel importante, na epocha de Justiniano desapareceram tambem.

Nada de *sponsio poenalis*, nada de *restipulatio*, nada de *judicium contrarium*, nada de *fructus licitatio* etc. <sup>1</sup>.

Não é um phenomeno isolado: é uma ideia geral, vê-se que se prosegue por toda a parte e que abate todas estas antigas instituições.

Não foi rigorosamente um acto exterior do legislador que as aboliu; morreram por si, *in desuetudinem abiit*, diz Justiniano, referindo-se a uma d'ellas <sup>2</sup>, matou-as o tempo e o progresso do direito por injustas que eram, pois puniam ao mesmo tempo o innocente e o culpado. A mesma evolução juridica, que aboliu a *actio furti concepti* e que poz em vigor para o furto o principio: *quod qui scientes.... obnoxii sint*, devia produzir os mesmos fructos com relação ás penas do processo, e n'este sentido se exprime Zenon a respeito d'uma d'ellas <sup>3</sup>.

## 16. Todavia não foi só a ideia de que o innocente não

*manifesti* desapareceram, «*in desuetudinem abierunt*», como diz Justiniano no § 4 Instit., *de oblig. ex delict.* (4-1), e acrescenta: «*Cum manifestissimum est, quod omnes qui scientes rem furtivam susceperint et celaverint furti nec manifesti obnoxii sint.*»

<sup>1</sup> Vej. Ortolan, *Explic. Hist. des Instit.*, tom. II, n.º 2335-2338.

<sup>2</sup> § 1, Instit. *de poen. temere litig.* (4-6).

<sup>3</sup> L. 1, Cod. *de plus pet.* (3-10); «*tunc vero is qui plus petit damnificatur QUANDO MANIFESTE CONVICTUS FUERIT per avaritiam delinquere.*»

devia ser punido que contribuiu para o desaparecimento das penas privadas.

A *actio calumniae*, apesar de ser imposta só ao culpado, desapareceu tambem, e com ella outras penas. Outra causa devia, pois, contribuir para este resultado; e foi, a nosso ver, o desenvolvimento do direito criminal, — que, abrangendo na sua esphera muitos delictos a que pelo direito primitivo só cabiam as penas privadas, substituiu estas pelas penas publicas — correlacionado com o principio de que a pena é impropria do direito civil.

A pena civil é a expressão do sentimento juridico irritado, que tem por insufficiente a reparação da injustiça: tem por fim retribuir o mal com o mal, e corresponde mais ao desejo de vingança do que á realisação da ideia do direito. Perfeitamente legitima nas epochas em que se justifica a paixão posta ao serviço do direito, perde este caracter de legitimidade á medida que aquella é excluida da realisação d'este. Esta exclusão só é perfeitamente realisada quando a pena se ha transformado na reparação do damno. É só então que a justiça civil regeita definitivamente o que a pena lhe communicava de accidental e arbitrario <sup>1</sup>, e passa a não ser mais que a simples reparação da injustiça ou das suas consequencias prejudiciaes. A reparação do damno, considerada como

---

<sup>1</sup> As penas privadas são essencialmente positivas, porque, em vez de terem em si mesmas sua medida, são as circunstancias historicas variaveis e o desenvolvimento maior ou menor do sentimento juridico que lh'a communicam.

simples negação da injustiça, não tem outro objectivo senão o interesse do patrimonio, outro fundamento e medida que o gráu de culpa do lesante e o prejuizo causado pela mesma injustiça. N'este encontra pelo menos o seu limite extremo; póde ficar áquem, mas nunca excedel-o.

A lei Aquilia foi a primeira que em Roma se inspirou n'estes principios <sup>1</sup>. Uma acção de delicto, tendendo quasi á simples reparação do damno, era desconhecida no direito antigo; todas as suas acções tendiam a uma pena ao menos do duplo. A lei Aquilia realisava, pois, um progresso, estabelecendo como equivalente do *damnum injuria (sine jure) datum* o simples valor da cousa durante o ultimo anno ou o ultimo mez <sup>2</sup>, segundo se tractava de escravos e quadru-pedes, ou de quaesquer outras cousas, excepto no caso de negação, porque então a pena elevava-se ao duplo <sup>3</sup>.

O Pretor limitava-se tambem á simples reparação do damno na maior parte das acções pretorianas que estabele-

<sup>1</sup> A necessidade de reparar os damnos praticados fóra das relações contractuaes foi sempre reconhecida pelo direito romano. Ulpiano ensina-nos que a lei das XII taboas continha uma disposição a este respeito, e que o mesmo succedeu com algumas leis posteriores (L. 1, D. *ad leg. Aquil.* 9-2). Um plebiscito celebre rovogou todas estas disposições e regulou mais completamente a materia; foi a *lei Aquilia*, promulgada por proposta do tribuno Aquilius, na epocha das dissensões entre os patricios e plebeus, anno de Roma 468. Vej. Ortolan, *Hist.*, n.º 178; e *Explicat. Hist. des Inst.*, tom. II, n.º 1746.

<sup>2</sup> Por interpretação dos prudentes incluíam-se n'este valor os lueros cessantes. Tal é a opinião de Ulpiano na lei 21, D. *ad leg. Aquil.*: «*Ut jus quod INTEREST fiat aestimatio.*»

<sup>3</sup> LL. 2, pr. e § 1, 21 § 2, 23 § 10, D. *ad leg. Aq.* (9-2).

ceu, como na *actio de dolo* <sup>1</sup>, no *interdictum unde vi et quod vi aut clam* <sup>2</sup>, na *actio quod metus causa* <sup>3</sup> etc., e diminuiu consideravelmente outras penas do antigo direito.

Assim substitue para o *furtum manifestum* a perda da liberdade pelo quadruplo do valor da cousa <sup>4</sup>, para certas lesões corporaes a pena de talião por uma condemnação pecuniaria a arbitrio do juiz <sup>5</sup>, e suavisa a antiga execução pessoal, que podia mesmo em certas circumstancias ser inteiramente evitada pela *cessio bonorum* e pela *condemnatio in id quod facere potest* <sup>6</sup>.

É sobretudo nas acções *rei persecutoriae* que mais se manifesta esta influencia. Hoje é de tal modo evidente que n'estas acções a obrigação do réo se limita á simples prestação do *interesse*, que parece fóra de proposito invocal-as em favor da proposição que imos defendendo. No emtanto não deixa de ser verdade que ao direito romano foi necessaria uma *lucta pertinaz*, sustentada durante muitos annos

<sup>1</sup> L. 18, pr. e §§ 1 e 4, D. *de dol. mal.* (4-3).

<sup>2</sup> LL. 11, pr. e § 4, 15 §§ 7, 8 e 9, 16 § 1, 21 § 3, D. *quod vi aut clam* (43-24).

<sup>3</sup> L. 14, § 1, D. *quod met. causa* (4-2); Instit., § 27 *de act.* (4-6).

<sup>4</sup> Gaii *Comm.* III, § 189.

<sup>5</sup> Segundo Aulus Gellius (*Noct. Att.* lib. XX, cap. 1), quando o juiz condemnava á pena de talião e o réo «*qui deprecisci noluerat, judici talionem impetranti non parebat, aestimata lite, iudex hominem pecuniae damnabat: atque ita si reo et pactio gravis, et acerba talio visa fuerat, severitas legis ad pecuniae mulctam redibat.*»

<sup>6</sup> LL. 4 e 8, C. *qui bon. ced. pos.* (7-71); Instit., lib. IV, tit. 12 — Vej. Mommsen, *obr. cit.*, tom. II, liv. 2, chap. 3, pag. 78, e Laferrière, *Histoire du Droit Français* tom. I, liv. 1, sec. IV, § 2, pag. 294; Montesquieu, *obr. cit.*, liv. XII, chap. 21.

para conquistar e fazer admitir este principio. Para prova, basta a simples comparação das acções da lei das *xii taboas* tendentes ao duplo, com as correspondentes do direito pretoriano tendentes ao simples; a acção contra o depositario segundo a lei das *xii taboas*, com a acção de deposito do edicto do Pretor; a responsabilidade do possuidor na *reivindicatio* pelo duplo dos fructos segundo o direito antigo, e pelo simples segundo o direito novo, etc.

Que a reclamação do lesado se restrinja á prestação do interesse e não degenerere em pena, isto é, não lhe faça adquirir mais do que elle teria sem a injusta acção do adversario—tal é a ideia que domina a jurisprudencia na ultima epocha, e a cuja influencia são devidas, sem duvida, algumas das innovações que deixamos indicadas.

Não lhe faltavam occasiões de sancionar um resultado opposto, e todavia a jurisprudencia evitou-as.

Assim o rigor da regra do direito antigo, em virtude da qual o devedor em mora era absolutamente responsavel pelo *casus*, é repudiado pelo direito novo, que só o admite no caso em que o objecto não teria perecido em poder do credor, aliás a reparação degeneraria em pena.

Pela mesma razão, nos casos em que a acção de revindicação e a da lei *Aquilia* podiam ter logar junctamente, o juiz não devia conceder n'aquella a reparação do damno causado á coisa revindicada, a não ser que o auctor se compromettesse a não exercer a acção da lei *Aquilia* para a reparação do damno <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> LL. 13, 14, D. de *reivind.* (6-1).

Tambem não era permittido a accumulacão da acção Aquiliana com a de penhor, commodato, deposito, aluguer, etc., se aquelle que deteriorasse o objecto fosse um credor pignoratício, um depositario, commodatario, etc.; a escolha d'uma das acções importava a destituição da outra <sup>1</sup>, menos para o excedente que a acção Aquiliana podia encerrar <sup>2</sup>. A mesma doutrina parece ter prevalecido com relação ás diversas acções penaes resultantes do mesmo facto, como, por exemplo, no caso de alguém ferir com injuria o escravo de outrem; segundo esta opinião, a acção da lei Aquilia pelo damno e a de injurias podiam intentar-se successivamente, mas só até á concorrência do valor da que fosse mais vantajosa <sup>3</sup>.

Tudo isto testemunha a repugnancia da jurisprudencia classica de Roma para com as penas privadas. Os progressos da consciencia juridica e o desenvolvimento do direito criminal faziam-nas desaparecer, para estabelecer no direito civil o principio da responsabilidade pelo simples *interesse* e substituil-as pelas penas publicas, quando a injustiça fosse de tal ordem que assim o reclamasse o interesse social. É só então que a distincção entre a responsabilidade civil e a criminal se podia fazer comprehender nitidamente.

<sup>1</sup> LL. 18, 27 § 11, D. *ad leg. Aquil.* (9-2).

<sup>2</sup> L. 34 § 2, D. *de oblig. et act.* (44-7); Voj. Pothier, *obr. cit.*, tom. 18, lib. XLIV, tit. VII, n.º LXIII-LXV.

<sup>3</sup> L. 34, § 1 e L. 53 D. *de obl. et act.* (44-7); Ortolan, *Explic. Hist. des Inst.*, tom. 2, n.º 1780; Pothier, *obr. cit.* tom. 18, lib. XLIV, tit. VII, n.º LXVI e seg.

17. Porém o direito romano não conseguiu definitivamente este resultado.

Ainda restavam alli muitos casos em que tinham logar as penas privadas <sup>1</sup> e se permittia a sua accumulção, principalmente quando os delictos diversos proviessem de factos differentes, embora recaissem sobre a mesma cousa, como se alguém roubasse um escravo e depois o matasse <sup>2</sup>, o que dava em resultado poder receber-se muitas vezes o valor da cousa roubada ou destruida, ao passo que, certamente por influencia da philosophia stoica, segundo a qual o homem livre não tinha estimação apreciavel em dinheiro, o principio da indemnisação aos herdeiros do morto era completamente desconhecido no direito romano, assim como a indemnisação pelas feridas ou contusões, menos quanto aos gastos da cura e aos serviços para que o offendido ficou inhabil <sup>3</sup>.

Além d'isso, acções havia que, não obstante poderem ser intentadas por qualquer cidadão, por serem resultado de factos interessando a ordem publica, constituíam todavia acções privadas que se intentavam perante o Pretor segundo o processo ordinario, e tendiam só a uma condemnação pecuniaria em proveito do auctor <sup>4</sup>, e por outro lado, apesar de se re-

<sup>1</sup> Instit. lib. iv, tit. 4-5.

<sup>2</sup> Tinha então logar a acção de furto e a da lei Aquilia e podiam cumular-se (L. 2 pr. e § 1.º, D. de priv. del. (47-1); LL. 32 e 60, D. de obl. et act. (47-7); § 1, Instit. si quadrupes pauper. (4-9); Ortolan, obr. cit., eod. loc.).

<sup>3</sup> L. 7, D. de his qui eff. vel dej. (9-3); L. 7, D. ad leg. Aq. (9-2).

<sup>4</sup> Taes eram as *actiones populares de effusis et dejectis, de positis et suspensis de sepulchro violato* etc. (L. 1, § 5, 6, 13. D. de his qui eff. vel dej. (9-3);

conhecer que o bem publico reclamava que certos delictos fossem punidos com penas publicas, e que porisso foram incluidos pelas constituições imperiaes nas classes dos crimes, com o nome de *crimina extraordinaria*, deixava-se a acção criminal inteiramente dependente da vontade da parte lesada, á qual competia o direito de opção entre ella e a civil <sup>1</sup>.

É obscuro o direito romano sobre os direitos das partes lesadas com relação ás acções civis e criminaes, a que davam logar alguns delictos, e quanto á influencia que os dous juizos podiam exercer reciprocamente.

Era principio assente que, em caso nenhum, a acção civil pelas penas privadas podia junctar-se á criminal: n'esta tinha-se unicamente em vista o interesse social, e a condemnação, ainda quando pecuniaria, aproveitava ao Estado; o accusador, embora fosse o lesado, como succedia sempre nos crimes *extra ordinem*, não podia obter n'esta acção as penas privadas <sup>2</sup>, ainda que, no caso de furto, podia obter, como consequencia da condemnação criminal, a restitução da cousa roubada ou do seu valor <sup>3</sup>.

---

L. 2, § 34, D. *ne quid in loc. pub.* (43-8); L. 1, § 3, D. *de via pub.* (43-12); L. 3 pr. e § 12, D. *de sepulch. viol.* (47-12); Keller, *obr. cit.*, § XCII).

<sup>1</sup> L. 3, D. *de priv. del.* (47-1); L. 92, D. *de furt.* (47-2); L. 6, D. *de injur.* (47-10).

<sup>2</sup> A cumulação das acções era desconhecida no direito romano (L. 6, D. *de except. rei jud.* (44-2). Vej. Ihering, *obr. cit.*, tom. IV, § 61). É ao direito canonico que se deve a introdução d'este uso (Cap. 5 e 6, *de caus. poss. et prop.* Vej. Correia Telles, *Doutrina das Acções*, § 453 e nota (1).

<sup>3</sup> L. 53, § 1, D. *de furt.* (47-2); L. 3, C. *de condict. ob turp. caus.* (4-7). Vej. Agostinho Barboza, *Collectanea in codicem Justiniani*, tom. II, pag. 25, columna 1, n.º 3.

Mas poderia intentar depois as acções penaes privadas, ou no caso em que primeiro tivesse intentado estas, poderia perseguir depois criminalmente o delicto?

Pelo que respeita aos crimes *extra ordinem*, parece que, em face dos textos dos Jctos, insertos no Digesto, as partes lesadas, logo que intentassem uma das acções, não podiam intentar depois a outra <sup>1</sup>, e a mesma doutrina parece deduzir-se a respeito dos crimes publicos d'um texto de Paulo, onde se diz que a acção publica (*judicium publicum*) era *prejudicada* pela acção civil <sup>2</sup>.

Mas esta doutrina, já contradicta por um texto de Ulpiano, onde se diz que, se pelo mesmo facto houver logar á acção da lei Aquilia e á da lei Cornelia, uma não destróe a outra <sup>3</sup>, é inadmissivel em face d'uma constituição inserida no Codigo, segundo a qual nem as acções civis prejudicam as criminaes nem estas aquellas, com tanto que não tendam ambas ao mesmo fim, como succede na accusação civil e criminal

<sup>1</sup> L. 6, D. *de injur.* (47-10); L. 56, § 1 *de furt.* (47-2); Pothier, *obr. e log. cit.*, n.º 73.

<sup>2</sup> L. 4, D. *de publ. jud.* (48-1): «*Interdum evenit ut PRAEJUDICIUM judicio publico fiat: sicut in actione legis Aquiliae et furti et vi bonorum raptorum et interdicto unde vi et de tabulis testamentis exhibendis: nam in his de re familiari agitur.*» Alguns romanistas interpretam este texto no sentido de que tal *praejudicium* só tem logar quando o auctor for vencido no juizo civil, não porém quando vencer — Brunneman, lib. 9, tit. 2, n.º 47, p. 440, cit. por Bertauld, *Questions et Exceptions Préjudicelles*, pag. 146.

<sup>3</sup> L. 23, § 9, D. *ad leg. Aquil.* (9-2): «*Si dolo serrus occisus sit, et si lege Cornelia agere dominum posse constat, et si lege Aquilia egerit, praejudicium fieri Corneliae non debet.*» Cf. outro texto do mesmo Ulpiano na L. 2, § 4, D. *de vi bon. rapt.* (47-8).

de injurias, que ambas tendem á vingança, e apenas se differenciam em que n'aquella se pede uma pena para o auctor e n'esta para o Estado <sup>1</sup>. No entanto, a acção criminal intentada depois da civil suspendia esta até á sua decisão <sup>2</sup>.

18. As penas privadas dos romanos, morrendo o delinquente antes da *litis contestatio*, não se transmittiam para os seus herdeiros <sup>3</sup>, o que era conforme á genese d'estas penas. Pagavam-se para escapar á inimizade; ora sendo responsavel por esta só o auctor da lesão, mas não os seus herdeiros, porque estes recebem os seus bens e com elles os encargos das dividas, mas não as suas inimizades, segue-se que só aquelle, e não estes, devia pagar a pena.

Este principio, justo pelo que respeitava ás penas privadas propriamente dictas, pois estas tinham por fim antes uma reparação e uma satisfação pessoaes que uma compen-

<sup>1</sup> L. un. Cod., *quando civ. act. crim. praejudicet* (9-31): «...cum altera prius actio intenta sit, per alteram quae supererit, iudicatum liceat retractari.» Vej. Correia Telles, *Doutrina das Acções*, § 257, not. (5) e § 457, nota (3); Bertauld, *obr. cit.*, pag. 144 e 145 —; Pothier, *obr. e log. cit.*, n.º 70-72.

<sup>2</sup> L. 4, C. *de ordine jud.* (3-8); Agostinho Barboza, *obr. cit.*, tom. 1, pag. 353, col. 1, n.º 4.

<sup>3</sup> Instit. liv. iv, tit. xii, § 1; L. 1, D. *de privatis delict.* (47-1); Ortolan *Explic. Hist. des Instit.*, tom. 2.º, n.º 2246; Waldeck, *obr. cit.*, § 736, 825, 826. Transmittiam-se se o delinquente morresse depois da *litis contestatio*, porque esta dava á acção o character d'um contracto e fixava irrevogavelmente a posição das partes, de modo que o auctor devia obter pela sentença tudo o que teria obtido se a questão fosse decidida n'esse momento solemne. (Instit., *ibid.*; L. un., C. *ex delict.* (4-17); L. 26, D. *de obl. et act.* (44-7): L. 139 pr., D. *de reg. jur.* (50-17).

sação do damno causado, era erroneo e injusto, quando se applicava a acções de perdas e danos, resultantes de factos excontractuaes e illicitos, e que, segundo a concepção romana, ficavam tambem sujeitas ao principio da pena. É o que succedia, por ex., com a acção da lei Aquilia, que, comquanto tivesse especialmente por fim a reparação do damno causado com a perda ou deterioração de certas cousas, revestia accidentalmente o character penal <sup>1</sup>, e porisso era intransmissivel para os herdeiros, a não ser até ao equivalente dos valores com que o delicto os houvesse enriquecido, regra que Ulpiano formula assim: « *In heredem vel caeteros haec actio non dabitur, cum sit poenalis, nisi forte ex damno locupletior heres factus sit.* » <sup>2</sup>.

Mas este recurso, pelo que respeitava ao *damnum injuria datum*, era quasi illusorio, porque mal se concebe como o damno causado a outrem pela destruição ou deterioração das suas cousas, pôde procurar ao auctor do damno e a seus herdeiros um augmento de patrimonio <sup>3</sup>. Com effeito, pôde

<sup>1</sup> Se o valor do objecto ou animal, no momento em que o acto prejudicial foi commettido, era inferior ao mais alto valor que tinha tido no mez ou no anno anterior, a condemnação procurava um beneficio ao accusado, e este beneficio era uma pena infligida ao lesante (Instit. lib. iv, tit. iii, § 9). Eis porque a acção da lei Aquilia se chamava mixta, isto é, *rei et poenae persecutoria* (Instit. lib. iv, tit. vi, § 19).

<sup>2</sup> L. 23, § 8, D. *ad leg. Aq.* (9-2); Instit., lib. iv, tit. iii, § 9; Ortolan, *Explic.*, tom. 2, n.º 1761. Esta regra é applicavel aos outros delictos e crimes (L. l. 38., 44, D. *de reg. jur.* (50-17); L. 35, D. *de obl. et act.* (44-7); L. un., C. *ex del.* (4-17); L. 20, D. *de accusat.* (48-2); L. 12, D. *de Leg. Corn. de falsis* (48-10), etc.

<sup>3</sup> Não succedia o mesmo com relação ao furto e ao roubo, porque, apesar

muitas vezes causar-se a outrem um grande damno sem que se recolha algum lucro.

D'onde resulta que quasi nunca os herdeiros podiam ser obrigados a reparar o *damnum injuria datum*, causado pelo auctor da herança <sup>1</sup>. O lesado via n'este caso o seu direito entregue ao acaso da vida ou da morte do seu adversario. Justa com relação á parte penal, a disposição referida da lei Aquilia era, pois, injusta com relação ao damno e á sua indemnisação.

Esta constitue por sua natureza uma obrigação identica ás que nascem dos contractos; é inseparavel do patrimonio e de nenhum modo ligada á individualidade do agente. Deve, pois, passar sem restricção para os herdeiros, da mesma forma que as obrigações contractuaes. E até se houvesse de

de na *actio vi bonorum raptorum* se achar reunida a pena com a perseguição da cousa roubada (Inst. liv. iv, tit. ii pr., e tit. vi, § 19), podia adquirir-se a cousa roubada ou furtada pela *vindictio*, que se dava contra qualquer possuidor, ou pela *condictio furtiva*, que se dava contra o ladrão ou contra seus herdeiros (Instit., liv. iv, tit. xii, § 1. — Vej. Ortolan, *Explic. Hist. des Instit.*, tom. ii, n.º 1743, 1736, 1966 e 2115).

<sup>1</sup> Sustentam alguns o contrario, fundados na L. un., C. *ex del. def.* (4-17), cujas palavras «*quatenus ad eos pervenerit*» devem intender-se no sentido de quanto os herdeiros receberem *ex hereditate*, e não *ex delicto*. Vej. Correia Telles, *obr. cit.*, § 9, not. (2). Mas esta interpretação, ainda quando admissivel, do que póde duvidar-se em face de varios textos do Digesto, como L. 16 in fin., *Quod metus causa* (4-2); L. 23, § 8, *ad leg. Ag.* (9-2); LL. 38, 44, 157, § 2, *de regul. jur.* (50-17); L. 2, § 27, *de vi bon. rapt.* (47-7), em nada infirmava a doutrina que expendemos, porquanto a citada lei doCodigo refere-se á hypothese de o auctor da herança morrer depois da *litis contestatio*, e n'este caso até as penas privadas propriamente dictas se transmittem para elles, como dicto fica.

estabelecer-se differença entre estas duas especies de obrigações, seria sem duvida a favor do direito correlativo á primeira, como mais respeitavel, visto que o lesado, não se expóz, como no contracto, ás contingencias desfavoraveis que podem sobrevir.

Nenhuma accusação se póde fazer-lhe, nem mesmo a de ter commettido a imprudencia de contractar com o auctor do damno. Além d'isso, quando se celebra um contracto, póde-se reccar até certo ponto que a outra parte commetta infracções, póde-se desconfiar da má fé muito frequente entre os homens, e porisso os meios de remediar as consequencias prejudiciaes da inexecução do contracto pódem tambem ter entrado desde logo até certo ponto nas previsões da parte lesada.

Não succede assim quando ha delicto, quando um prejuizo é causado fóra de toda a relação contractual: então o damno apparece d'um modo muito mais imprevisto, e póde causar por conseguinte muito maiores perturbações nos negocios da victima <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> É por estas razões que o proprio direito romano era mais rigoroso na apreciação da culpa quando se tractava do *dammum injuria datum*, do que quando se tractava do damno proveniente da inexecução dos contractos; aqui distinguiam-se os diversos graus de culpa, e variava-se a responsabilidade segundo elles; acolá todos os casos se achavam incluídos n'uma regra geral de responsabilidade; a culpa ainda a mais leve era imputavel e dava logar á reparação: «*In lege Aquilia*, diz Ulpiano, *et levissima culpa venit*. (L. 44, D. *ad leg. Aq.* 9-2).

A critica que vimos fazendo á applicação do principio da intransmissibilidade á acção da lei Aquilia tem tanto mais valor, quanto esta acção não assumia senão accidentalmente o character penal. Apesar d'isto, a acção da lei Aquilia, ainda no direito novo, era sempre penal, e assim submettida á regra geral da intransmissibilidade <sup>1</sup>, o que podia importar grave injustiça para com o lesado — injustiça proveniente, sem duvida, da confusão ainda não inteiramente desfeita entre a *indemnisação* e a *pena*.

Não era só com relação ao *damnum injuria datum* que a injustiça da citada regra se fazia sentir.

Assim tambem o *interdictum quod vi aut clam*, em virtude do qual se podia perseguir contra o auctor d'uma obra injustamente feita (*vi aut clam*) a reparação completa do damno <sup>2</sup>,

<sup>1</sup> A esta solução parece oppor-se a parte final do citado § 9 das Institutas (lib. iv, tit. iii), que acrescenta; «*quae transitura fuisset (ad heredes) si ultra damnum nunquam lis aestimaretur.*» Este texto, logico, mas isolado na jurisprudencia, e de mais contrario ao citado texto do Digesto e ás regras de direito reconhecidas por todos os Jctos, não deve ser considerado, segundo observa Savigny (*obr. cit.*, tom. v, § cccii, pag. 62, nota (g)) «*senão como uma tendencia irreflectida dos compiladores para esclarecer todas as faces do assumpto.*» É um dos caracteres distinctivos das acções penaes o serem dadas *noxaliter*, e como se vé das Institutas lib. iv, tit. viii, § 4, a acção da lei Aquilia era susceptivel d'esta modalidade. Além d'isso, quando o damno era causado por muitas pessoas, o pagamento total do damno feito por um dos cumplices não libertava os outros, como declara Ulpiano na L. 11, § 2, D. *ad leg. Aquiliam*, o que indica claramente o character de pena que se ligava a esta indemnisação.

<sup>2</sup> L. 11 pr., § 4, L. 15, § 7, 8, 9, L. 16, § 1, D. *Quod vi* (43-24).

só dava direito de obrigar os herdeiros á *patientia*, isto é, a soffrer que o auctor destruísse a obra á sua propria custa <sup>1</sup>.

19. É ao direito canonico que se deve o merito de haver proclamado a responsabilidade dos herdeiros dentro das forças da herança, mesmo para todas as violações contractuaes do direito, e de applicar o principio da reparação do damno a casos em que os romanos não tinham ainda podido desembaraçar-se do principio da pena <sup>2</sup>.

Se bem que o direito canonico houvesse realisado esta innovação por amor á moral religiosa, o direito civil pôde acolher com reconhecimento este progresso. Com effeito, pelo mesmo motivo por que o direito romano, nas relações contractuaes, tornava os herdeiros responsaveis pelas faltas do auctor da herança, pôde-se obrigar-os ás perdas e danos resultantes dos delictos commettidos pelo mesmo. Não se tracta de facto nem de culpa d'elles, mas da do auctor da herança, que elles representam <sup>3</sup>.

Falta muito, vê-se, para que o direito romano apresente sobre o ponto que nos occupa a superioridade de razão e o

<sup>1</sup> L. 16, § 2, D. *cod. tit.*: «*In summa qui vi aut clam fecit, si possidet, patientiam et impensam tollendi operis, qui fecit nec possidet impensam, qui POSSIDET NEC FECIT PATIENTIAM TANTUM DEBET.*»

<sup>2</sup> C. 14, *de sepult.* (iii, 28); C. 5, *de rapt.* (v, 17); C. 9, *de usuris* (v, 19); C. 28, *de sentent. excom.* (v, 39).

<sup>3</sup> Vej. Savigny, *obr. cit.*, tom. v, § cccxi, pag. 56 e seg.

valor scientifico que n'elle se encontra a respeito de certas materias de direito privado. Existe alli uma acção publica e uma acção civil, mas as suas funcções e mutuas relações estão longe de ser nitidamente discriminadas.

Tinha-se julgado fazer bastante para a moral e para o exemplo, dando á victima do delicto o direito de reclamar uma indemnisação superior ao damno que tinha soffrido: era, pois, por vezes vantajoso ser a victima d'um delicto — singular resultado para a moral publica, extranha confusão do fim das duas acções e dos interesses a que ellas devem dar satisfação.

---

## CAPITULO II

## SUMMARIO:

20. Direito vigente na Peninsula antes da invasão dos wisigodos.—21. Costumes germanicos; vingança privada; systema das composições, sua justificação. — 22. As composições nas leis barbaras; não eram penas propriamente dictas; character do *fredum* e do *bannum*.—23. Wisigodos; sua fusão com os hispano-romanos; codigo wisigothico.— 24. Repressão e reparação dos crimes segundo o codigo wisigothico; superioridade d'este codigo sobre as outras leis barbaras relativamente a este assumpto. — 25. Defeitos do codigo wisigothico quanto á repressão e reparação dos crimes. — 26. Primitivo direito de Portugal; causas que determinaram a origem e apparecimento do direito consuetudinario e foraleiro.—27. Disposições dos foraes sobre a repressão e reparação dos crimes. — 28. A penalidade n'esta epocha não era simplesmente pecuniaria, nem os foraes eram codigos de direito civil ou criminal. — 29. Systema penal do primitivo direito portuguez; distincção ainda imperfeita entre a responsabilidade civil e a criminal; seus principaes defeitos.—30. Transformação do processo; admissão da perseguição dos crimes pelos juizes *ex officio*; character excepcional que a principio tinha esta forma de processo e sua transformação em regra geral pela adopção do processo inquisitorial e secreto, devida á influencia do direito canonico e romano.—31. Distincção entre crimes publicos e particulares; accusação privada e popular. — 32. Creação da magistratura do ministerio publico; causas: importancia d'esta instituição sob o ponto de vista que nos occupa, e sua influencia no nosso direito; — 33. Principaes defeitos da legislação anterior ao periodo liberal quanto á repressão e reparação dos crimes; reformas propostas por Pereira e Souza; reformas operadas pelos legisladores de 1820. — 34. Caracteres da acção publica e da magistratura do ministerio publico no direito moderno.—35. Inconvenientes do systema francez; reformas operadas ultimamente por alguns codigos europeus. — 36. Systema

seguido pelos nossos reformadores do periodo liberal; falta de leis substantivas sobre responsabilidade civil; amplas attribuições conferidas ao jury. — 37. A responsabilidade civil no codigo penal de 1852; sua revogação pelo codigo civil.

**20.** O direito vigente no tracto de terra onde veio a fundar-se a nacionalidade portugueza, quando nos principios do seculo v começou a ser invadido pelos barbaros, era o direito romano. Ainda que os habitantes da Peninsula, e especialmente os lusitanos, defenderam heroicamente por mais de dous seculos a sua liberdade e independencia contra os ataques e ardis dos romanos, tiveram por fim de submeter-se ao seu dominio e ás suas instituições <sup>1</sup>.

Invadida successivamente pelos alanos, vandalos e suevos, cujas leis e instituições não é possível conhecer, por falta de monumentos, passou a Peninsula ao dominio dos wisigodos, a cujo imperio deve ir procurar-se a origem da legislação da antiga monarchia portugueza <sup>2</sup>.

Pertencentes aos povos germanicos, de cuja installação e fusão com os romanos resultaram as nações modernas da Europa occidental, os wisigodos trouxeram para a Peninsula

<sup>1</sup> A. Herculano, *Historia de Portugal*, 4.<sup>a</sup> edição, tom. I, Introdução, pag. 20, 25-27; Mello Freire, *Historia Juris Civilis Lusitani*, § XVI-XVIII; Coelho da Rocha, *Ensaio sobre a Historia do governo e da Legislação de Portugal*, § 11; Salvador del Viso, *Historia y derecho civil, mercantil y penal de España*, Part. I, liv. 2, § 3.

<sup>2</sup> Coelho da Rocha, *obr. cit.*, §§ 18 e 19; Antonio Caetano do Amaral, *Memoria III para a Historia da Legislação e Costumes de Portugal* (no tom. 6.<sup>o</sup> das Memorias de Litteratura Portugueza), pag. 127 e seg.; Mello Freire, *obr. cit.*, §§ XXI e XXII.

os costumes e as crenças, as tradições e as leis d'alem do Rheno, que, lançadas no meio da civilisação romana deviam por sua vez modificar-se e apropriar-se aos novos factos e circumstancias que os cercavam, produzindo um novo direito.

Vejamos, pois, quaes eram esses costumes e instituições, relativamente ao assumpto de que tractamos.

21. Entre os germanos, população nova, rudemente vigorosa e exclusivamente guerreira, dominava em todo o seu rigor o principio da vingança privada, exercida sem limites pela victima ou pelos seus parentes. Alguns actos mais graves ou vergonhosos eram considerados como directamente offensivos da segurança publica ou da honra nacional, e como taes punidos com um castigo publico; mas a maior parte dos crimes não podia dar logar senão a represalias individuais ou familiares <sup>1</sup>.

Nas suas tribus, constituidas para o estado de guerra, a organização da familia tinha por principio a força e a protecção, e por garantia a associação dos parentes em vista da defesa commun.

D'aqui resultava a solidariedade dos parentes, solidariedade que fazia da injuria commettida ou recebida por um só o facto ou a injuria de todos, barbaro costume referido por Tacito n'estas concisas palavras: « *Suscipere tam inimicitias seu patris seu propinqui quam amicitias necesse est* <sup>2</sup>. »

<sup>1</sup> Tacito, *De moribus Germanorum*, cap. xii.

<sup>2</sup> *Obr. cit.*, cap. xxi.

Como todos os parentes tinham o cuidado de vingar o ultraje feito a um d'elles, e toda a classe de homens livres da Germania era sempre armada, o exercicio da vingança transformava o crime em facto de guerra, e engendrava entre os particulares um estado de discordia permanente, tão prejudicial ao repouso das familias como aos interesses do Estado.

Para evitar este resultado, e tambem por influencia do christianismo <sup>1</sup>, admittiu-se, ao lado da vingança das familias (*faida*, de *faedh* — guerra, inimizade), a possibilidade para o criminoso de prevenir as funestas consequencias do seu crime, entregando ao offendido ou á sua familia uma somma de dinheiro ou *composição* (*wehrgeld*, de *wehr* — defesa, e *geld* — dinheiro).

Os menores damnos, assim como os maiores, incluindo o homicidio, em vez de vingados, começaram a ser compensados por um certo valor em dinheiro ou animaes.

A taxa da composição, arbitraria a principio e determinada de cada vez pelas partes, por um *commun accordo*, passou a ser fixada pelo costume e mais tarde sancionada pelas leis. É provavel tambem que a partir do momento em que as leis dos barbaros foram codificadas, a acceitação da composição se tornasse obrigatoria para o offendido, na

---

<sup>1</sup> Já o 2.º concilio d'Arles (anno 443 ou 452), canon 50, dispunha : «*Hi qui publicis inter se odiis exardescunt, ab ecclesiasticis conventibus removendi, donec ad pacem recurrant.*» — Vej. Hófélé, *Histoire des Conciles*, traduit de l'allemand par Goschler et Delare, Paris 1869, tom. II, § 164, pag. 484.

maior parte dos delictos, e que o direito de vingança fosse restricto a alguns casos de uma gravide excepcional <sup>1</sup>.

As guerras particulares de vingança pessoal, o arbitrio deixado aos offendidos na apreciação do delicto, e, portanto na intensidade do desaggravo, tudo era remediado do modo possivel com o systema das *composições*. Esta instituição, tão diversamente apreciada <sup>2</sup>, e que, considerada como principio, seria intoleravel segundo as idéas actuaes, foi altamente civilisadora na situação em que se achavam estes povos, quando a adoptaram. Foi um meio pratico de que o poder social, então ainda pouco forte, se serviu para evitar dissensões que teriam produzido a ruina inevitavel das tribus e a dispersão das proprias familias. « *Luitur etiam homicidium, diz Tacito, certo armentorum ac pecorum numero, recipitque satisfactionem universa domus, utiliter in publicum, quia periculosiores sunt inimicitiae circa libertatem* <sup>3</sup>. »

**22.** As leis germanicas especificavam escrupulosamente o preço das composições para as violencias e damnos contra os individuos e as cousas, tendo por base do calculo a qualidade do delicto e a condição e nacionalidade do offensor e da victima.

As disposições concernentes a este assumpto abrangiam o conjuncto d'esta legislação. Assim entre os quatrocentos

<sup>1</sup> Vej. J. J. Thonissen, *L'organisation judiciaire, le droit pénal et la procedure pénale de la loi salique*, 2.<sup>o</sup> édit., Paris 1882, pag. 161.

<sup>2</sup> A. Lainé, *Traité élémentaire de droit criminel*, pag. 17.

<sup>3</sup> *Obr. cit.*, cap. XXI.

e doze artigos da lei Salica, revista por Carlos Magno e uma das leis barbaras em que menos se sente a influencia do direito romano, trezentos e quarenta e tres occupavam-se d'estas materias, dos quaes cento e cincoenta diziam respeito ao roubo, cento e treze aos casos de violencia para com as pessoas etc., ao passo que todas as restantes materias eram comprehendidas em sessenta e nove artigos sómente. De todos estes casos apenas em dous tinha logar a pena de morte contra homens livres <sup>1</sup>. O mesmo succedia em quasi todas as outras leis barbaras, especialmente n'aquellas sobre que menos influencia exerceu o direito romano, taes como a *Lex Francorum*, a *Lex Alamannorum aut Suevorum*, a *Lex Longobardorum*, a *Lex Saxonum*, ás *Leges Anglo-Saxonum* <sup>2</sup>, etc.

Todas ellas, embora divirjam nas suas disposições, têm o mesmo character geral; em todas se encontra a guerra da familia, mais ou menos em vigor, ou já mais ou menos restricta pelos esforços da Egreja ou do principe; em todas, as *composições*, postoque com particularidades e tarifas differentes, são a penalidade dominante, se penas se podem chamar taes composições.

---

<sup>1</sup> *Lex Salica*, cap. LXI e XIV, n.º 6, no *Codex legum antiquarum ex bibliotheca Lindenbrogi*, Francofurti, 1613, pag. 311 e seg.; Laferrière, *obr. cit.*, tom. III, liv. IV, chap. V, § 8, pag. 216; Cesar Cantu, *Historia Universal*, vertida do francez pelo sr. M. Bernardes Branco, 2.ª edic., tom. IV, pag. 368, not. (1).

<sup>2</sup> Frédéric Schulte, *Histoire du droit et des institutions de l'Allemagne*, trad. de l'alle. par Marcel Fournier, Paris, 1882, § 23 e seg.

Não eram, com effeito, penas propriamente dictas, mas antes uma ampla satisfação que o delinquente devia prestar ao offendido ou a seus parentes, o preço por que estes renunciavam á vingança, o preço da paz, um sacrificio que a lei facultava aos criminosos, a fim de evitarem a vingança do lesado ou dos seus parentes.

A auctoridade defendia menos os particulares contra os delinquentes, do que os delinquentes contra os particulares offendidos <sup>1</sup>.

Assim a repressão dos crimes, á excepção d'aquelles que directamente offendiam a commuidade e o exercito, como a revolta, a deserção no momento do combate, a traição, etc., que constituíam crimes publicos e eram punidos com a morte, era quasi reduzida á simples reparação do damno causado ao offendido <sup>2</sup>, e achava-se dependente da vontade das pessoas que estes crimes tinham lesado.

A sociedade não se inquietava com os attentados com-

<sup>1</sup> Schulte, *obr. cit.*, § 11; Hélie, *obr. cit.*, tom. 2, § 101; Frédéric Sclopis, *Histoire de la législation italienne*, trad. de l'ital. par C. Sclopis, tom. 1, chap. 2, pag. 49; A. Herculano, *obr. cit.*, tom. 4, pag. 386; Montesquieu, *obr. cit.*, liv. xxx, chap. 19, 20.

<sup>2</sup> Ainda hoje entre os povos selvagens a pena dos delictos contra particulares se resolve mais ou menos directamente na reparação do damno privado que d'elles resulta. Entre os selvagens da Indo-China não se infligem penas corporaes; nos casos de furto, condemna-se o ladrão a matar um porco ou um boi e a pagar uma ou mais *bilhas* de vinho; toda a povoação toma parte no festim, e se o culpado se recusa submeter de boa vontade a esta pena, a multa duplica-se, e se não a pôde pagar é vendido como escravo. — Mouhot, *Viaggi nei regni di Siam*, pag. 146, cit. por F. Benevolo, *La parte civile nel giudizio penale*, pag. 2, nota (1).

mettidos por individuo contra individuo, e se o offendido perdoava ao offensor, este estava seguro da impunidade. A parte das composições attribuida ao fisco, sob o nome de *fredum* (paz), não representava a compensação por uma offensa causada á sociedade, mas o preço da intervenção do principe como fiador da paz concedida; e se algumas vezes se accrescentava ao castigo uma multa publica em proveito do rei (*bannum*), era mais como preço do tempo e do trabalho dispendido pelos juizes, do que como reparação á sociedade <sup>1</sup>.

A responsabilidade criminal era, pois, restricta a poucos factos, e a acção publica, que representa o interesse social e colloca a par do prejuizo particular o prejuizo moral da sociedade, era quasi desconhecida. Só mais tarde, graças ao progresso das luzes e á coordenação dos elementos sociaes, se percebeu que o crime, qualquer que fosse, lesava interesses superiores aos interesses particulares; insensivelmente a vindicta privada foi substituida pela publica, e o systema das composições por penalidades pecuniarias e corporaes.

**23.** Na peninsula iberica esta evolução foi mais rapida do que entre os outros povos barbaros. Os wisigodos, os mais civilizados entre elles e os que maior influxo receberam da civilisação e da indole da sociedade romana <sup>2</sup>, fundiram-se

---

<sup>1</sup> M. Kemble, cit. por Maine (*obr. cit.*, pag. 357), attribue expressamente este character ao *bannum* ou *fredum* anglo-saxonio. Vej. Hélie, *obr. cit.*, tom. II, § 401; Schulte, *obr. cit.*, § 42, n.º v, VII.

<sup>2</sup> Guizot, *Histoire de la civilisation en France*, 8.º leçon, édit. de 1851,

a breve trecho com os vencidos, dando logar a um novo governo e a um novo direito, bem differente do imperial e do germanico primitivo, a que póde chamar-se romano-barbaro, ou wisigothico <sup>1</sup>.

Ao *codigo Alariciano*, extrahido em grande parte das leis romanas, especialmente do codigo Theodosiano, e pelo qual se regiam exclusivamente os hispano-romanos <sup>2</sup>, e á compilação onde se achava colligido o direito privativo para os godos, e de que apenas é conhecida uma parte (capitulos 277 a 324) com o nome de *Antiqua Collectio* <sup>3</sup>, succederam-se varias reformas, operadas principalmente no periodo decorrido desde 642 a 672, que effectuaram quasi completamente a fusão dos godos e dos hispano-romanos.

tom. I, pag. 211 e 212; A. Herculano, *obr. cit.*, tom. III, pag. 168 e 169, e tom. IV, pag. 16.

<sup>1</sup> Don Juan Sempere, *Historia del derecho español*, liv. I, cap. VI.

<sup>2</sup> Feito no anno 506 por ordem de Alarico II. É conhecido e citado com varios titulos: *Auctoridade do rei Alarico*, *Commonitorio*, *Lei Theodosiana*, *Lei romana dos wisigodos*, *Breviario de Aniano*. Vej. sr. Henrique da Gama Barros, *Historia da administração publica em Portugal nos seculos XII a XV*, liv. I, tit. I, pag. 27; Sempere, *obr. cit.*, liv. I, cap. VIII; Schulte, *obr. cit.*, § 27, pag. 73; Antonio C. do Amaral, cit. *Memoria III*, pag. 146 e nota (46).

<sup>3</sup> Duvidou-se por muito tempo da existencia d'esta collecção, mas tornou-se um facto incontestavel com a descoberta das antigas constituições dos wisigodos n'um *Codex rescriptus*, existente na bibliotheca de Paris, e descoberto em 1839 por Knust. Ainda não está averiguado quem seja o auctor d'esta collecção, attribuindo-a uns a Recaredo I (586-601), outros a Alarico II (483-506), e ainda outros a Eurico (468-483). Vej. Schulte, *obr. cit.*, § 26, pag. 71 e nota 5; sr. Gama Barros, *obr. cit.*, liv. I, tit. I, pag. 11 e nota 7; Sempere, *obr. cit.*, liv. I, cap. 7, 16; Coelho da Rocha, *obr. cit.*, § 26; Amaral, cit. *Mem. III*, pag. 147 e nota (49).

Abolida a distincção entre uns e outros, revogada a lei que prohibia os casamentos entre pessoas de differente raça, unificados os costumes, as crenças e as relações juridicas, necessario foi promulgar um codigo unico para toda a nação. Novos codigos com o caracter territorial appareceram, dizendo-se publicado o ultimo, tal como nos é conhecido, sob o rei Egica no 16.º concilio de Toledo <sup>1</sup>.

É o *Codigo Wisigothico* ou *Lex wisigothorum* que, traduzido para hispanhol no reinado de Fernando III (1229-1234), sob o titulo de *Fuero Jusgo, Forum* ou *Liber Judicum*, constituiu o fundo principal da legislação hispanhola posterior até ás reformas operadas no seculo XIX <sup>2</sup>, e é a fonte principal do primitivo direito da monarchia portugueza, em cujo territorio por muitos annos vegetou <sup>3</sup>.

**24.** Composto segundo as tradições nacionaes e o direito romano, devia reflectir nas suas disposições o systema germanico das composições e o systema penal dos romanos.

---

<sup>1</sup> Vej. sr. Gama Barros, *obr. cit.*, liv. I, tit. I, pag. 19; Amaral, cit. *Memoria* III, pag. 152, nota (55); sr. Lamas Varella, *Novissimo Manual de Derecho*, 3.ª edic., Madrid, 1878, Part. 3.ª, pag. 8.

<sup>2</sup> Vej. Amaral, cit. *Memoria* III, pag. 155 e nota (61); Schulte, *obr. cit.*, § 26, n.º 11, pag. 72; Sempere, *obr. cit.*, liv. I, cap. XVI; Marina, *Ensayo historico-critico sobre la antigua legislacion de los reinos de Leon y Castilla*, § 39.

<sup>3</sup> Vej. sr. Gama Barros, *obr. cit.*, pag. 1 e not. (2); *Portugaliae Monumenta Historica, Leges et Consuetudines*, pag. VII e seg.; Coelho da Rocha, *obr. cit.*, §§ 89 e 46; João Pedro Ribeiro, *Dissertações Chronologicas*, tom. 2, append. 7, pag. 222; Amaral, cit. *Memoria* III, pag. 156 e not. (62), e *Memoria* IV (no tomo 7 das Memorias de Litteratura portugueza), pag. 162 e nota (184); Raymundo Nogueira, *Prelecções de Direito Patrio*, pag. 67 e seg.

E, com effeito, os dous systemas fundiram-se, como se vê de varios textos, onde, a par das composições, figuram as penas corporaes <sup>1</sup>.

Se em alguns titulos, como no de injurias e ferimentos <sup>2</sup>, no de roubos <sup>3</sup>, etc., se encontram restos da tradição germanica, em quasi todos os restantes prevalece o principio da expiação social.

Bem como nas leis civis, no direito criminal preponderou o elemento romano, e o *wehrgeld* achou-se quasi reduzido ao seu verdadeiro valor de simples reparação ao queixoso e não impedindo a applicação em larga escala de penas severissimas. As penas de morte e de confisco nos crimes mais graves, a fustigação, a decalvação, a mutilação, a servidão, a infamia e outras para os crimes menos graves, umas vezes sós, outras reunidas, acham-se sementeas ás mãos cheias por todo o codigo <sup>4</sup>.

Não é porém esta a unica differença entre o codigo wisigothico e as outras leis barbaras.

O que mais caracteriza o systema da lei dos wisigodos e o distingue do dos outros povos germanicos, é a pretensão de apreciar a moralidade do acto, e de castigar mais a má vontade que a lesão material.

<sup>1</sup> Lib. III, tit. 4, l. 16; Lib. VII, tit. 1, l. 1; Lib. VIII, tit. 6, l. 1, e tit. 4, l. 30 etc.

<sup>2</sup> Lib. VI, tit. 4.

<sup>3</sup> Lib. VII, tit. 2.

<sup>4</sup> Vej. os livros VI, VII, VIII, XII e III, tit. 2-5; Coelho da Rocha, *obr. cit.*, § 31; Amaral, *cit. Memoria III*, pag. 340 e seg., e notas (381) e seg.

Com effeito, nas outras legislações barbaras parece que o prejuizo soffrido constitue só a culpa, e que sómente se trata de lhe obter a reparação material; na lei wisigoda, pelo contrario, é encaminhado para o seu elemento verdadeiro e moral, a intenção.

As penas, salva a distincção entre livres e escravos <sup>1</sup>, entre christãos e judeus <sup>2</sup>, não são graduadas segundo as condições do criminoso, mas segundo os graus de culpabilidade.

Nem sempre realisou este ideal; porém já não é pouco havel-o proposto por objectivo n'uma epocha de completo materialismo, e deve admirar-se a elevação da theoria legal, embora a execução fique muito áquem.

O homicidio que se castiga com o maior rigor, quando é premeditado ou intencional, não tem pena alguma, quando é involuntario <sup>3</sup>. A reacção contra o antigo materialismo germanico parece exceder aqui os limites da propria justiça. Todavia a lei prevê o caso em que um homem mate a outro, já em uma contenda, já procedendo imprudentemente, e em ambos os casos admite que tenha logar uma reparação civil em favor dos parentes da victima, e fixa a somma em uma libra d'ouro <sup>4</sup>.

**25.** Seria porém erroneo concluir que os wisigodos tinham attingido e estabelecido uma perfeita distincção entre

<sup>1</sup> Lib. vi, tit. 4, ll. 7 e 8.

<sup>2</sup> Lib. xii.

<sup>3</sup> Lib. vi, tit. 5, ll. 1, 2, 3, 11 etc.

<sup>4</sup> Lib. vi, tit. 5, ll. 5 e 7.

a responsabilidade civil e a criminal, entre os interesses do offendido e os da sociedade.

N'alguns crimes, como nos de furto e damno causado em animaes, a reparação é extremamente excessiva <sup>1</sup>, e n'outros, como nos de ferimentos, quasi que só se tinha em vista a reparação do damno causado ao offendido, quando este não preferisse a pena de talião nos casos em que podia ter logar <sup>2</sup>. Em todo o caso, a *composição* era considerada como pena, e como segundo o codigo wisigothico as penas e calumnias só podiam ser impostas ao criminoso <sup>3</sup>, a reparação do lesado ficava n'estes casos dependente do acaso da vida ou morte do offensor. O inconveniente opposto tinha logar no crime de furto, pois transmittia-se para os herdeiros a obrigação de satisfazerem dentro das forças da herança o damno que o ladrão teria de pagar se fosse vivo, isto é, nove vezes o valor do roubo <sup>4</sup>, o que era fazer recahir sobre os herdeiros a pena que não pôde deixar de ver-se n'este excesso de reparação, embora o codigo wisigothico não a considerasse assim.

Além d'isso a effectivação da responsabilidade criminal, na maior parte dos casos, dependia inteiramente da vontade do offendido, pois as penas só podiam ser impostas accu-

<sup>1</sup> Os roubos e os damnos em animaes eram castigados com uma multa de nove vezes o seu valor a favor do lesado, além da pena de açoites no caso de furto (Lib. vii, tit. 2, ll. 13 e 23).

<sup>2</sup> Lib. vi, tit. iv, l. 3.

<sup>3</sup> Lib. vi, tit. 2, l. 8.

<sup>4</sup> Lib. vii, tit. 2, ll. 13 e 19.

sando este, dependencia incompativel com os principios que regem a mesma responsabilidade.

Admittia-se, é certo, para alguns crimes mais graves, como homicidio, adulterio, prevaricação dos religiosos, etc., a accusação por qualquer cidadão na falta dos interessados <sup>1</sup>; admittia-se tambem em outros a perseguição pelos juizes *ex officio* <sup>2</sup>, e favoreciam-se as denuncias premiando os denunciantes <sup>3</sup>; mas, além de serem restrictos estes casos, respeitavam quasi todos a crimes religiosos e outros em que não havia offensa feita a um particular.

E ainda mesmo na maior parte dos casos em que, accusando os interessados, os juizes processavam e condemnavam, a execução das sentenças, e por conseguinte das penas, dependia da deliberação dos proprios offendidos e interessados. Com effeito, o codigo manda entregar em muitos casos o offensor ao poder e discricão do offendido ou dos seus parentes, para d'elle disporem como senhores absolutos <sup>4</sup>, salva a vida em alguns casos <sup>5</sup>—facto repugnante a todos os principios de justiça e de processo, que erigia em acto de vingança privada o que devera ser acto de justiça social, e que desconhecia as condições de proporcionalidade que deve existir entre a pena e o crime, cuja correcção e punição per-

<sup>1</sup> Lib. vi, tit. 5, l. 15; lib. iii, tit. 4, l. 13 e tit. 5, l. 3; lib. iv, tit. 5, l. 6.

<sup>2</sup> Lib. vi, tit. 5, l. 14; lib. iii, tit. 5, ll. 2 e 8; Lib. iv, tit. 5, l. 6 e tit. 4, l. 1; Lib. xii, tit. 3, ll. 2 e 24 etc.

<sup>3</sup> Lib. vii, tit. 1, l. 3, e tit. 6, l. 1; Lib. xii, tit. 3, l. 16.

<sup>4</sup> Lib. vii, tit. 3, ll. 3 e 6; Lib. vi, tit. 1, l. 2; Lib. iii, tit. 2, l. 6, e tit. 4, l. 1.

<sup>5</sup> Lib. iii, tit. 4, l. 13, e tit. 6, l. 2; Lib. vi, tit. 4, l. 2, e tit. 5, ll. 16 e 18 etc. Vej. Amaral, cit. *Memoria* iii, pag. 345 e seg. e not. (390)-(392).

tence exclusivamente ao poder social. Desde que a sociedade admite o principio da expiação, da intimidação ou da correcção como fundamento da penalidade, o seu primeiro dever é substituir-se ao offendido ou á sua familia na reparação do crime, é introduzir, mesmo na execução da sentença, a idéa da justiça social em vez da vingança privada.

26. Foram estas as tradições que ácerca da repressão dos crimes e da sua reparação a sociedade wisigothica, dissolvida pela invasão dos arabes, legou ás monarchias neogothicas e que iremos encontrar no primitivo direito de Portugal, embora profundamente modificadas pelas novas necessidades e pelas diversas circumstancias que determinaram a formação do direito consuetudinario e foraleiro.

Ainda que as leis dos godos e as resoluções dos antigos concilios de Toledo continuaram a reger os christãos submettidos aos sarracenos e os sujeitos á monarchia que nascera nos desvios das serras Asturianas, a restauração integral da sociedade wisigothica tornou-se impossivel. As circumstancias, como succede sempre com o decurso do tempo, e sobretudo n'um paiz agitado por continuas luctas, tinham mudado, e com ellas tinham desaparecido algumas das anteriores condições da vida social e outras novas tinham surgido.

A falta de um poder central que estendesse a sua acção a todos os pontos do territorio e ahi a conservasse firme e permanente, a falta de segurança publica, a difficuldade de communicação, a rudeza d'aquelles tempos de barbaria, as necessidades da reconquista, isto e mil outras circumstan-

cias, hoje difficeis de apreciar, determinaram a origem e predominio do direito consuetudinario (ou usos da terra) e os foraes, a cuja confecção presidiu, já não o espirito de unidade, que a Egreja e o poder real tinham impresso na legislação wisigothica, mas as necessidades e as circumstancias locais ou as vantagens de momento <sup>1</sup>.

**27.** Percorrendo os foraes, encontra-se n'elles grande diversidade com relação ao assumpto de que nos occupamos, mas não ha realmente tanta como aparentemente se afigura.

Em quasi todos elles parece ser attendido, embora de modo diverso e com taxas differentes, o principio da reparação ao lesado pelo crime; mas ao passo que em alguns, crimes ainda os mais leves são punidos com as penas mais atrozes, na maior parte d'elles a punição dos crimes ainda os mais graves, como o homicidio, parece ser reduzida á simples composição e multa.

**28.** É esta circumstancia, juncta á erronea idéa de que o objecto dos foraes era pela maior parte tractar da repressão dos crimes, que ha induzido alguns historiadores na vulgar, mas falsa opinião de que a penalidade n'este tempo era toda pecuniaria, ou antes, de que na jurisprudencia criminal d'este tempo predominava quasi exclusivamente o

---

<sup>1</sup> Schaefer, *Histoire de Portugal*, trad. de l'alle. par Soulange Bodin, liv. I, chap. VIII, § 2, pag. 132; Coelho da Rocha, *obr. cit.*, § 89, 90, 96; sr. Gama Barros, *obr. cit.*, pag. 32 e seg.

systema germanico da composição ou *wehrgeld*, que era também o seguido pela jurisprudencia musulmana segundo o rito Malékita, que foi o vigente na Hespanha sarracena <sup>1</sup>.

Referindo-se á urgente necessidade de reprimir primeiro que tudo os crimes de violencia e de licença, como os mais vulgares «em homens de guerra, creados entre ferimentos e mortes e afeitos á liberdade e soltura annexa á profissão das armas», diz Caetano do Amaral: «Erão as penas d'estes crimes, ainda mesmo do homicidio (segundo o espirito da legislação criminal d'estes tempos) *pecuniarias*, e formavão uma boa parte do Real Fisco, pertencendo a sua cobrança ao Saião do Rei, a cuja exacção chamavam *calumnia* ou *injuria*, nome que também davam á mesma multa. <sup>2</sup>»

---

<sup>1</sup> Vej. *Précis de Jurisprudence musulmane selon le rite Malékite*, trad. de l'arabe par M. Perron, tom. II, pag. 427 e seg., e tom. V, pag. 348 e seg., cit. pelo sr. Gama Barros (*obra cit.* pag. 29, nota 7, e pag. 30, not. 1). O systema das composições já antes do Alcorão era conhecido entre os arabes, e ainda hoje constitue, junctamente com a pena de talião, o fundo do seu systema penal. Vej. Querry, *Droit Musulman*, Paris 1872, tom. 2, Part. 4.<sup>me</sup>, liv. XI e XII. No mez de agosto de 1840, o grão Senhor, no intento de melhorar um pouco a constituição ottomana, promulgou um supplemento ao codigo penal em que se lê: «Se um homem matar outro, e que os parentes ou herdeiros da victima não exijam a morte do assassino, porém se contentarem com receber o preço do sangue, as auctoridades o condemnarão sómente a oito annos de galés. Se os parentes ou herdeiros não exigirem a morte do culpado nem o preço do sangue, as auctoridades condemnarão o matador á pena que julgarem conveniente. Se a residencia dos parentes ou herdeiros do defuncto for desconhecida, o matador seja conservado na prisão até que os ditos parentes ou herdeiros se apresentem» (Cesar Cantu, *obr. cit.*, tom. IV pag. 362, nota 2).

<sup>2</sup> Cit. *Memoria* IV, pag. 166. Vej. também Schaefer, *obr. cit.*, liv. I, chap. VIII, § 6, pag. 149 e seg.; Marina, *obr. cit.*, §§ 286 e 287.

Porém, depois das profundas e sabias investigações emprehendidas pelo benemerito reformador da nossa historia, já não é licito dar este character aos foraes, nem considerar a penalidade d'esta epocha sómente como n'elles se acha exarada.

O sr. A. Herculano, baseado em grande cópia de documentos, demonstrou com toda a evidencia que não era só aos foraes, mas principalmente aos costumes tradicionaes e ao direito wisigothico, representado e mantido muitas vezes nos mesmos costumes, que devia ir procurar-se a jurisprudencia d'esta epocha sobre a repressão e reparação dos crimes, pois, tendo os foraes por fim principal fixar as relações dos municipes para com os senhores da terra e o Estado, principalmente em materia tributaria, só se occupavam da penalidade na parte que se prendia com os interesses do fisco, isto é, das *calumnias* ou multas, mas não do castigo propriamente dicto, e nem mesmo da reparação ao offendido <sup>1</sup>.

Se a indemnisação ao offendido apparece muitas vezes nos foraes, não era tanto para a fixar em relação aos diversos delictos, como porque, sendo de ordinario a *calumnia* uma quota parte da reparação, forçoso era fixar esta para deduzir aquella, o que, aliás, não impedia a parte lesada de receber uma maior composição, nos casos em que, pelo direito consuetudinario, ella fosse maior do que a fixada no

---

<sup>1</sup> Vej. *Historia de Portugal*, tom. iv, pag. 380 e seg.; Alberto du Boys, *Historia del derecho penal de España*, version al castellano por Caradantes, Madrid, 1872, Part. I, cap. vii, § 1, pag. 73 e seg.

foral, como succedia, por exemplo, na Guarda, cujo foral fixava a composição para o homicidio em trezentos soldos, de que se deduziria a *setima parte* para o fisco, ao passo que pelos respectivos costumes o homicida era enforcado e os seus bens divididos entre o concelho, os alcaides e a *familia da victima*.

N'este caso a fixação da composição pelo foral tinha unicamente por fim a fixação da calumnia, podendo aquella ser maior ou menor do que a aparentemente fixada no foral.

N'alguns foraes nem mesmo se fixava a composição; suppunha-se sabida pelo uso e só se determinava a quota fiscal (de que até em alguns se prescindia), tanto é certo que o fim d'estes diplomas não era estabelecer o direito civil e criminal dos concelhos <sup>1</sup>.

Se em alguns foraes se encontram por vezes prescripções respeitando pura e exclusivamente ao direito penal e ao privado, não era senão accidentalmente, ou com o fim de alterar o costume sabido e fixar o incerto, ou como effeito da falta do espirito moderno de symetria, ordem e classificação, que n'este tempo não existia, e da fluctuação e incompleto das idéas, que então se manifestava em tudo.

Tambem, apesar da indole predominante dos foraes ser a que fica declarada, nem porisso se regulavam n'elles todas as relações entre o concelho e a entidade que os dera, como succedia com certos tributos, a colheita (*collecta*), por exemplo, que existia em muitos municipios cujas cartas constitu-

---

<sup>1</sup> (Herculano) *obr. cit.*, tom. iv, pag. 396-398.

tivas são omissas a seu respeito, havendo, aliás, provas indubitáveis da cobrança do tributo antes e depois da concessão do foral <sup>1</sup>.

29. Por conseguinte, as penas pecuniarias fixadas nos foraes ou apresentem o character de reparação ao lesado (*composição*), ou o de custas para a administração da justiça, como o *fredum* e o *bannum* allemão, ou, finalmente, o character de tributo (*calumnias e mulctas*), como sustenta o sr. Herculano <sup>2</sup>, não isentavam os delinquentes das penas corporaes estabelecidas nos proprios foraes, e, na falta d'estes, nos costumes e no código wisigothico, ou ellas houvessem de ser applicadas pelos poderes publicos ou pela vindicta particular, barbaro systema que, obliterado, ao menos legalmente, nos tempos gothicos, as circumstancias tinham feito resuscitar para se protrahir durante muito tempo na nossa legislação.

A elle se referem frequentemente os *costumes* e os *foraes* nas triviaes expressões «*sit inimicus*, — ou — *et insuper sit inimicus suorum parentum*,» o que na phrase juridica daquella epocha é synonymo de *sit homicida*, ou *sit homizieiro*, isto é, equiparado ao assassino, e portanto sujeito, como elle, á vindicta particular <sup>3</sup>. A celebre e bem conhecida lei da *revindicta* prescrevia os termos, a forma, em que cada um podia

<sup>1</sup> Vej. sr. Gama Barros, *obr. cit.*, liv. I, tit. II, pag. 36 e 37.

<sup>2</sup> *Ibid.* pag. 392.

<sup>3</sup> Herculano, *obr. cit.*, tom. IV, pag. 391 e not. (1), pag. 398 e not. (1).

exercer esse direito, com tanto que fosse fidalgo e homem bom <sup>1</sup>, e a sua persistencia nos costumes, não obstante os repetidos esforços do poder central para a debellar, é-nos attestada por varios passagens da Ordenação philippina <sup>2</sup>.

Se attendermos, pois, ao complexo do systema de reparações dos delictos no começo da monarchia, encontraremos um systema de penalidade mixto, germanico-romano e romano-wisigothico, as penas afflictivas e as penas pecuniarias, a vindicta e o *werhgeld*, umas vezes isoladas e outras accumuladas <sup>3</sup>.

A distincção entre a reparação do damno causado ao particular pelo crime e a do causado á sociedade transparece já d'esta jurisprudencia, mas ainda pouco nitidamente. Além

<sup>1</sup> Vej. Ord. Affons., liv. v, tit. 53, e Viterbo, *Elucidario*, v.º Omizio n.

<sup>2</sup> Vej. sr. Gama Barros, *obr. cit.*, pag. 29, 415 e seg.; Mello Freire, *Instit. jur. civ. lusit.*, lib. I, tit. II, § 23; *Historia jur. civ. lusit.*, § 53, not. (b); *Projecto de codigo criminal*, Introd., pag. xxvi e xxvii; Francisco Freire de Mello, *Discurso sobre delictos e penas*, Lisboa, 1822, pag. 27 e seg.—As *cartas de inimidade* que os desembargadores do paço eram auctorisados a dar em conformidade da Ordenação do liv. I, tit. 3.º, § 5; as *seguranças reaes*, de que tractava a Ordenação do liv. v, tit. 128, e que eram concedidas, ou a requerimento d'aquelles que temiam a vindicta privada, ou mesmo espontaneamente pelo rei, se o estado da discordia fosse entre pessoas poderosas de cuja vindicta podesse vir grande *mal social* e cujo quebrantamento constituia um attentado que aggravava consideravelmente os factos criminosos (cit. Ord., § 4); as *cartas de perdão* que os parentes do morto costumavam dar aos matadores, a uma das quaes se refere Brandão no liv. 15, cap. 49, da *Monarchia Lusitana*, etc., confirmam a persistencia da vindicta privada. Vej. tambem o tit. 38 do liv. v e os tit. 23, § 3, 57, § 1, 76 § 3 do liv. iv, etc., e Pereira e Souza, *Primeiras linhas sobre processo criminal*, not. (151).

<sup>3</sup> Herculano, *ibid.*, pag. 391 e 392.

de que as composições de ordinario excedem muito o damno causado, não podendo porisso deixar de vêr-se n'ellas tambem parte do castigo; a applicação das penas em todas as causas crimes pessoaes era dependente da vontade do offendido, não só na parte sujeita á vindicta particular, mas tambem em relação ás impostas pelas auctoridades judicarias, pois, para haver procedimento contra o offensor, era necessario que o offendido querelasse, o que obstava á instauração de processo por acção espontanea dos agentes fiscaes ou pela dos de justiça. Se a victima ou os seus parentes não julgavam a proposito pedir uma reparação, o culpado não era inquietado; sem accusador não havia juiz. Era frequente nos foraes, e considerada como uma garantia da liberdade dos burguezes, a phrase «*não responda sem haver parte queixosa — sine raucura ou sine raucuroso* <sup>1</sup>.»

A perseguição *ex officio* contra os auctores de crimes exclusivamente dirigidos contra a sociedade, e tambem, segundo alguns foraes, contra os homicidas, confusamente mencionada pelos textos, não era mais que a applicação timida e ainda incerta d'um principio, que só mais tarde se devia desenvolver sob o influxo de causas diversas.

§ 30. A comprehensão cada vez mais nitida de que o crime, embora commettido contra particulares, offendia não só a estes mas tambem a sociedade; a inefficacia da accusação dos offendidos para obter a punição dos grandes cri-

---

<sup>1</sup> Vej. Herculano, *obr. cit.*, tom. iv, pag. 194, 294, 307, 347 e seg., *et passim*.

minosos e a necessidade de não deixar impunes os seus crimes; o interesse que o fisco tinha na sua repressão por causa das *mulctas* e *calumnias*, que constituíam como que o patrimonio do principe e a mais abundante das suas fontes de receita, determinaram a adopção da perseguição *ex officio* contra os crimes mais graves, quando fossem manifestos ou flagrantes.

Uma das principaes funcções dos magistrados maiores, como os Corregedores, Sobrejuizes, Meirinhos etc., era fiscalisar a administração da justiça e expurgar as provincias dos ladrões e facinoras, o que os proprios reis tambem faziam por si quando as percorriam, ou por enviados extraordinarios (*Missos Regios*.) os quaes perseguiam os crimes por sua propria iniciativa <sup>1</sup>. Mas este poder extraordinario provinha-lhes d'um privilegio especial do monarcha, e porisso a instrucção criminal *ex officio* não era, em summa, admittida senão a titulo d'excepção. Foi só mais tarde que o systema inquisitorial acabou por se introduzir na justiça secular sob a dupla influencia do direito romano e principalmente do canonico, que cêdo começou a gosar d'auctoridade no nosso fóro <sup>2</sup>.

Com quanto no Decreto de Graciano se achasse ainda estabelecido o velho principio de direito romano—que sem legitimo e idoneo accusador nada se podia fazer contra o

<sup>1</sup> Vej. Mello Freire, *Instit. jur. civ. lusit.*, lib. iv, tit. 23, § 9; *Instit. jur. crim.*, tit. 13, § 16; Pereira e Souza, *obr. cit.*, § 15, nota (44).

<sup>2</sup> L. 1 das Côrtes de 1211, nos *Portugaliae Monumenta Historica—Leges et Consuetudines*, pag. 163.

accusado 4 em breve desapareceu perante est'outro: «*Evidentia patradi sceleris non indiget clamore accusatoris*», que sob Innocencio III obteve completo triumpho 2. A natureza dos crimes que a Igreja tinha a punir, e que sendo actos contrarios á fé não attingem directamente os particulares e portanto não eram susceptiveis de originar acção alguma privada, levaram-na, por assim dizer fatalmente, a recorrer ás inquirições *ex officio* e ás denuncias 3. E como, por outro lado, a agitação das audiencias parecia pouco compativel com a investigação de crimes que residiam principalmente no pensamento e na opinião, viu-se forçada a adoptar a instrucção secreta e escripta. Esta nova forma de processo passou dos juizos ecclesiasticos para os laicaes, e assim se estabeleceu de encontro ao principio accusatorio o principio inquisitorial de um processo *ex officio* pelos juizes, sobre uma simples denuncia, uma queixa ou ainda simples suspeitas.

§ 31. Foi assim que nos estatutos italianos 4, nas leis da França 5, nas da Allemanha 6, nas da Hespanha e sobre tudo

1 Caus. II, Quaest. I, c. 4.

2 Decret. de Greg. v, lib. v, tit. I, cap. 9.

3 «*Tribus modis procedi possit: per accusationem, per denuntiationem et per inquisitionem.*» — Ibid., cap. 30.

4 Enrico Pessina, *Elementi di Diritto Penale*, liv. III, cap. II, pag. 343.

5 Hélie, *obr. cit.*, tom. I, § 69, pag. 369 e seg.; A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, Paris, 1882, pag. 303.

6 *Code de Procédure Pénale Allemand*, traduit et annoté par Fernand Daguin, Paris 1884, Introd. pag. xxviii e seg.

nas *Sete Partidas* <sup>1</sup> (que exerceram grande influencia entre nós, chegando a ter auctoridade quasi legal no nosso fóro, para cuja linguagem já se achavam vertidas em 1341) <sup>2</sup>, lançou raizes a idéa da perseguição dos delictos *ex officio* na falta de accusador, processo que nas nossas antigas leis é conhecido pelo nome de *inquirições* ou *devassas*, e que se applicava a quasi todos os crimes — *crimes publicos* <sup>3</sup>, á excepção d'alguns a respeito dos quaes permanecia o principio de que só accusando o offendido se podia proceder á punição — *crimes particulares* <sup>4</sup>.

Continuava ainda a pertencer ás partes offendidas pelos crimes publicos o direito de os accusar (processo de que-rela); mas a perseguição não dependia só d'ellas. Em face dos direitos dos individuos vê-se surgir, na intervenção e perseguição officiosa do juiz, o direito da justiça social.

A acção criminal tendia assim a escapar-se das mãos das partes lesadas para ir collocar-se nas do rei, em que n'esta epocha se personificava o Estado, e nas dos juizes seus delegados, de preferencia ás dos simples cidadãos—accusação popular, forma pouco de harmonia com os principios da tra-

<sup>1</sup> Part. III, tit. 17, ll. 1 e 3; part. VII, tit. 1, ll. 1, 27, 28.

<sup>2</sup> Sr. Gama Barros, *obr. cit.*, pag. 68; — Schaeffer, *obr. cit.*, pag. 506.

<sup>3</sup> Orden., liv. I, tit. 65, §§ 31 e seg., tit. 58, §§ 31-35, tit. 86, § 3; liv. V, tit. 2, § 5, tit. VI, § 12, tit. 12, § ult., tit. 13, § 5, tit. 122, tit. 117, §§ 16-20 etc.—Sobre os casos em que podiam ter logar e magistrados a quem incumbiam, vej. Pereira e Souza, *obr. cit.*, notas (46)-(50) e (60)-(63).

<sup>4</sup> Pereira e Souza, *obr. cit.*, nota (42), enumera os crimes que eram tidos como particulares pela nossa legislação antiga.

dição germanica e com os laços de vassalidade e servidão, que não permittiam exercel-a desassombradamente.

Herdada do direito romano, a accusação popular dos crimes publicos encontrava-se, é certo, sancionada nas leis; foram determinadas as pessoas que a podiam exercer e as garantias que deviam prestar <sup>1</sup>, mas são, por um lado, tantas as restricções e a responsabilidade imposta aos accusadores <sup>2</sup>, e, por outro, tantos os casos em que o juiz pôde proceder officiosamente, que bem se manifesta a desconfiança do legislador na efficacia d'aquelle meio e até talvez a sua repugnancia para com elle.

Da parte dos magistrados que exercerem esta acção por delegação real e no interesse da sociedade não haverá a temer as más paixões que a justiça se via obrigada a vigiar e a reprimir severamente, quando tentavam desnortear o seu braço e fazel-o ferir um innocente, nem tampouco a negligencia d'aquelles que nenhum interesse particular e directo tinham na accusação.

<sup>1</sup> Vej. Ord. liv. v, tit. 117, § 6; Pereira e Souza, *obr. cit.*, §§ 29-42.

<sup>2</sup> Tanto o querelante como o denunciante e o accusador, quer fosse o offendido pelo crime, quer fosse pessoa do Povo, além de pagarem as custas e as perdas e damnos que causassem ao réo absolvido, podiam ser ainda condemnados no dobro ou tresdobro das custas e em uma pena a arbitrio do juiz, segundo o gráu de malicia em que fossem achados (Vej. Ord. liv. v, tit. 118; Pereira e Souza, *obr. cit.*, §§ 47 e 258, e notas 118, 127 e 472). Exceptuava-se o caso em que o accusado fosse absolvido por ser nulla a querela ou a devassa, por ser esse erro só imputavel ao juiz que a recebeu ou a ella procedeu em caso que não era de devassa ou querela, ou se o denunciante e querelante justificassem a *culpa* (Almeida e Souza, *Damn.*, §§ 99 e seg.)

32. Ou fosse por causa dos encommodos e da responsabilidade a que ficava sujeito o accusador, ou por que fosse mal vista pelo publico, a accusação popular foi pouco usada no nosso fóro e d'ella diz Mello Freire que no seu tempo era quasi completamente desconhecida <sup>1</sup>.

A perseguição pelos juizes *ex officio* e tambem a instancia dos Promotores da Justiça tinham-na substituido. A instituição d'esta magistratura, que veio dar mais força ao principio da acção publica, centralisando nas mãos d'um só magistrado diversas attribuições até então dispersas entre as funcções dos juizes, foi uma consequencia d'esta transformação do processo, como muito bem observa Hélie, explicando equal phase do direito francez <sup>2</sup>.

Como na perseguição dos crimes *ex officio*, ou fosse espontaneamente ou precedendo denuncia, só havia rigorosamente uma parte — o accusado, a accusação definhava por falta de quem designasse as testemunhas, contradissesse a defeza do accusado, discutisse os factos justificativos e fornecesse as provas.

D'aqui, e tambem para que o mesmo magistrado não fosse juiz e parte ao mesmo tempo, proveio a necessidade da intervenção d'uma auctoridade especial que desempenhasse estas funcções, que ainda hoje são das mais importantes do ministerio publico <sup>3</sup>. Não é possivel determinar por falta de

<sup>1</sup> *Instit. jur. crim. lusit.*, tit. xii, § 4.

<sup>2</sup> *Obr. cit.*, tom. ii, pag. 64.

<sup>3</sup> Vej. sr. Navarro de Paiva, *Manual do Ministerio Publico*, 2.<sup>a</sup> edic., pag. 22, not. (1).

documentos qual fosse entre nós a principio o caracter d'esta intervenção e os seus primeiros actos e effeitos; é provavel que as suas attribuições só pouco a pouco se desenvolvessem na pratica, segundo as necessidades da justiça <sup>1</sup>.

No *Livro das Leis e Posturas*, colligido no tempo de D. João I e em que se acha consubstanciado o direito seguido pelo menos desde que começaram a generalisar-se as leis para o reino, encontram-se já algumas disposições regulando a intervenção dos *Procuradores do Rei* nas causas crimes, disposições que ampliadas passaram para as Ordenações do reino. Aham-se reguladas ahi as attribuições dos *Promotores da Justiça* da Casa da Supplicação e da Casa do Cível <sup>2</sup>; nas comarcas ou correições havia tambem um *Promotor de Justiça*, e nas outras terras eram as suas attribuições exercidas pelos tabelliães do judicial <sup>3</sup>. Esta parte publica; que assim partilha com os juizes as funcções que os cidadãos exerciam na Grecia e em Roma, é, como disse Montesquieu, uma das mais admiraveis instituições que nos legou a idade media <sup>4</sup>, e foi sem duvida o resultado mais verdadeiro e o signal mais util do movimento de centralisação monarchica que se operou nos seculos XIII, XIV e XV.

<sup>1</sup> Vej. sobre a *historia, natureza e fins d'esta instituição* um bem elaborado relatorio do Procurador Geral da Coroa e Fazenda, o sr. Conselheiro Mártens Ferrão — publicado na *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, anno 4.º, n.º 175, pag. 272.

<sup>2</sup> Ord. Aff., liv. I, tit. 9; Ord. Man., liv. I, tit. 12 e 34; Philip., liv. I, tit. 15 e 43.

<sup>3</sup> Ord. philip., liv. I, tit. 15, § 6; tit. 79, § 33; liv. V, tit. 124, §§ 6 e 8.

<sup>4</sup> *Obr. cit.*, liv. XX.

Util á ordem geral e á segurança de todos, ella foi sobretudo fecunda nos seus resultados sob o ponto de vista particular que nos occupa: ao lado das paixões e dos interesses individuaes lesados pelo crime collocou e fez comprehender nitidamente um interesse superior — o da sociedade; promoveu a separação e a independencia entre a responsabilidade civil e a criminal, entre a acção civil e a acção publica. Foi sensivel esta influencia na organização do nosso direito e na formação da nossa jurisprudencia. Comquanto o offendido podesse cumular os dous pedidos no mesmo processo crime, o que os praxistas recommendavam, porque, sendo o réu interessado em se livrar, depressa demoraria menos a causa <sup>1</sup>, nem porisso deixavam de ser distinctas as duas acções. O offendido, se querelar não podesse ou não quizesse, podia demandar ainda civilmente o seu interesse ou injuria <sup>2</sup>, e o seu perdão ou desistencia da accusação não impedia o Promotor da Justiça de a propôr e promover quando o crime fosse publico e n'elle tivesse parte a mesma justiça. O perdão da parte extingua, é certo, o procedimento criminal nos crimes particulares, mas nos publicos só podia influir quando muito sobre a quantidade da pena <sup>3</sup>. Tambem o perdão do principe não extingua o direito da parte offendida á reparação civil <sup>4</sup>, e nem a morte do accusado impedia o offen-

---

<sup>1</sup> Vej. Correia Telles, *obr. cit.*, §§ 438 e 257; Mello Freire, *Instit. jur. civ. lusit.*, lib. iv, tit. 6, § 34 etc.

<sup>2</sup> Ord. liv. v, tit. 117, §§ 5 e 21.

<sup>3</sup> Vej. Pereira e Souza, *obr. cit.*, not. (579).

<sup>4</sup> *Ibid.*, not. (581).

dido de demandar civilmente pelas perdas e interesses os herdeiros do morto <sup>1</sup>, nem a morte do accusador offendido impedia os seus herdeiros de continuarem a pedir a indemnisação ao offendido <sup>2</sup>.

**33.** Porém a distincção entre os interesses da sociedade e os da parte lesada, entre a acção criminal e a civil não era ainda completa. Alguns crimes de damno eram punidos com a pena do tresdobro a favor do lesado, como, por ex., os de córte d'arvores <sup>3</sup>, peculato <sup>4</sup>, morte d'animaes <sup>5</sup>, etc., para os quaes, bem como para os crimes de ferimentos, furto, etc., Mello Freire propunha ainda, além das penas corporaes, a do duplo ou do triplo do damno em favor do lesado <sup>6</sup>, e outros havia em que a reparação civil parecia ser desattendida, como no de homicidio, em que se chegava a confiscar todos os bens ao homicida, sem se mandar deduzir cousa alguma para os herdeiros do morto <sup>7</sup>.

A vindicta publica, que se havia substituido á particular, tomando por objecto quasi exclusivo e principal a repressão do crime, esquecera-se por vezes ou não curara senão d'um modo secundario da reparação do damno ao lesado. Cumpre

<sup>1</sup> Ibid., not. (572); Mello Freire, *Projecto de Codigo Criminal*, tit. iv, § 35.

<sup>2</sup> Pereira e Souza, *obr. cit.*, not. (573).

<sup>3</sup> Ord., liv. v, tit. 75.

<sup>4</sup> Ord., liv. v, tit. 72, e Alv. de 21 de junho de 1759.

<sup>5</sup> Ord., liv. v, tit. 78, § 1; Alv. de 15 de julho de 1775, § 12; Mello Freire, *Instit. jur. crim. lusit.*, tit. vii, § 9; Almeida e Souza, *Damnus*, § 29 e seg.

<sup>6</sup> *Proj. de Codigo Crim.*, tit. 37, §§ 6 e 7; tit. 34, § 21; tit. 36, § 6 etc.

<sup>7</sup> Ord., liv. v, tit. 35, § 3.

todavia notar que o uso e praxe seguidas no fóro não eram conformes com a supracitada disposição da Ordenação, pois conferiam á viuva e filhos do morto acção contra o real fisco para lhes satisfazer pelos bens do confiscado os damnos soffridos,<sup>1</sup> assim como suppriam, recorrendo ao direito romano, aos seus commentadores e ás leis dos povos cultos, as lacunas da legislação patria sobre a estimação do damno, gradação da responsabilidade segundo o grau de culpa, responsabilidade de terceiras pessoas pelos damnos causados por outros, etc.<sup>2</sup>

Por outro lado, a accusação dos crimes pelo ministerio publico não tinha ainda a independencia precisa: só nos casos de accusação da justiça, isto é, nos casos de devassa em que não havia parte ou quando esta fosse lançada da accusação, caso em que a indemnisação pelas perdas e

---

<sup>1</sup> Vej. Almeida e Souza, *Damnios*, §§ 22 e 23; Pereira e Souza, *Classes dos Crimes*, 3.<sup>a</sup> edic., Lisboa, 1830, § 25.

<sup>2</sup> Vej. Coelho da Rocha, *Inst. de dir. civ. port.*, 4.<sup>a</sup> edic., §§ 133 a 141; Correia Telles, *Digesto Portuguez*, liv. I, artt. 456-528; Almeida e Souza, *obr. cit.*, etc. A theoria da gradação da culpa em *lata*, *leve* e *levissima* era legal entre nós, pois achava-se estabelecida na Orden., liv. iv, tit. 53, § 2. Aquelles que não eram susceptiveis de imputação, como os dementes, menores de 7 annos, etc., não respondiam pelo damno que causassem (Ord., liv. iv, tit. 103, pr., e liv. v, tit. 135; Correia Telles, *Doutrina das Acções*, § 439 not. 3). N'este caso respondiam os tutores ou os paes havendo culpa ou negligencia da parte delles, assim como os senhores respondiam pelos escravos senão preferissem entregal-os ao lesado, e os estalajadeiros pelos furtos e damnos commettidos em suas casas senão cumprissem os regulamentos policiaes (cit. Ord. liv. iv, tit. 103; liv. v, tit. 64, e tit. 86, § 5, e tit. 87, § 3; Coelho da Rocha, *cit. Instit.*, § 309).

damnos era prejudicada <sup>1</sup>, é que o Promotor da Justiça fazia as vezes de auctor, offerecendo libello accusatorio e seguindo os mais termos da causa <sup>2</sup>. Portanto a sua acção era apenas subsidiaria, o que não se harmonisa com o character de independencia e de necessidade da acção publica, como reconheceria já Pereira e Souza, quando, entre outras medidas para melhoramento do processo criminal, propunha que a parte lesada podesse querelar e accusar os crimes commettidos contra ella, e que qualquer pessoa do povo podesse denunciar os crimes publicos, devendo porém accusar sempre o Promotor da Justiça <sup>3</sup>, no que não foi seguido pelos nossos reformadores de 1820, os quaes, apesar de para os crimes publicos, commettidos por abuso de liberdade de imprensa, admittirem a denuncia e a accusação popular, em concorrência com a dos Promotores da Justiça de eleição popular <sup>4</sup>, para os mais crimes em que tinha logar a justiça só admittiram a accusação subsidiaria pelos Promotores, isto é, no caso em que não houvesse parte que accusasse ou requeresse, como já succedia pela legislação anterior. E tanta

---

<sup>1</sup> Ord. liv. v, tit. 117, § 19; Assento de 22 de fevereiro de 1721; Pereira e Souza, *obr. cit.*, not. (454).

<sup>2</sup> Ord., liv. i, tit. 15, 43; liv. v, tit. 124, §§ 15 e 20; Pereira e Souza, *obr. cit.*, not. (233) in fin.; M. Mendes de Castro, *Pratica Lusitana*, Part. I, liv. v, cap. I, n.º 11.

<sup>3</sup> *Obr. cit.*, §§ 329 e 330.

<sup>4</sup> Lei de 4 de julho de 1821, artt. 23, 24 e 30. Quando os crimes commettidos por abuso de liberdade de imprensa fossem contra particulares, só a estes competia a accusação, tanto para a reparação civil do damno e injuria, caso o jury declarasse haver logar a ella, como para a imposição da pena (artt. 30 e 16).

importancia se ligava á accusação da parte interessada, que sem o perdão d'ella não podia ter logar o perdão regio <sup>1</sup>.

**34.** A necessidade de proceder criminalmente contra os auctores do crime, representada pelo ministerio publico, lançou raizes mais fortes quando, sobrevivendo á reforma da justiça penal, se transfundiu na maxima parte das legislações modernas dos povos civilizados. Todas consagram o duplo principio da *publicidade* e da *necessidade* da acção penal nascente do crime: a publicidade no sentido de que a acção criminal pertence á sociedade, e a necessidade no sentido de que é consequencia inevitavel do crime, pela propria efficacia inherente á lei penal de traduzir-se em realidade concreta de facto, logo que é averiguada a sua transgressão.

D'aqui a conveniencia d'um órgão destinado a exercer a acção criminal em nome da sociedade inteira e *ex officio*, isto é, independentemente da vontade, da ignorancia ou do medo das partes offendidas ou de qualquer cidadão em geral.

Na propria Inglaterra, em cujo systema prevalece o principio da accusação popular, — não obstante o exaggerado respeito d'este paiz pelo tradicionalismo e apesar de haver alli muitos conselhos communaes e numerosas sociedades e corporações que incumbem a advogados especiaes a perseguição dos crimes commettidos no seu territorio ou que mais prejudicam os seus interesses materiaes ou moraes, — os mais eminentes Jctos propugnam a instituição do ministerio

---

<sup>1</sup> Lei de 12 de novembro de 1822, artt. 1, 79, 80 e 67.

publico, pela razão especialmente de que a intervenção de todas estas sociedades e da policia judiciaria não tem para o effeito da perseguição dos crimes a mesma efficacia que a intervenção do ministerio publico, o qual, concentrando nas suas mãos a iniciativa e a direcção da perseguição, pôde imprimir-lhe mais energia e vigor, e ao mesmo tempo fazer predominar o interesse publico. Depois de varias tentativas infructiferaes, foi em 1879 votada uma lei (de 3 de julho) que, senão estabeleceu um ministerio publico largamente organizado de modo a facilitar sobre todos os pontos do territorio as perseguições criminaes, começou pelo menos um ensaio, bem timido ainda, mas que com o decurso do tempo provocará uma reforma mais completa. Creou-se um director das *perseguições publicas*, auxiliado de quatro assistentes e encarregado, sob as ordens do procurador geral da corôa, de promover e levar a cabo as perseguições <sup>1</sup>.

Este órgão pelo proprio principio que lhe dá vida—a execução da lei penal — que não pôde ter logar sem que o crime seja averiguado, deve constituir, quanto a nós, uma como que emanção do poder executivo do Estado, coordenado com a auctoridade judiciaria a fim de a pôr em movimento.

### 35. A affirmação do principio da soberania popular e

---

<sup>1</sup> Vej. Mittermaier, *Traité de la Procédure Criminelle en Angleterre*, trad. de l'alle. par Chauffard, Paris, 1868, Introd., pag. XLIII, e § 13, pag. 260 e seg.; Le Sellyer, *Traité de l'exercice et de l'extinction des actions publique et privée*, tom. 1, n.º 8; Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs*, Paris, 1881, pag. 443 e seg.

a recordação das antigas instituições do *systema accusatorio* inspiraram em França a proposta, que no fim do seculo passado foi feita no seio da Assembleia Constituinte, de dividir as funcções do ministerio publico relativas á perseguição dos crimes entre dous magistrados, um commissario do rei, e um accusador publico eleito pelo povo; não faltou tambem quem alli pretendesse que se dêsse a cada cidadão a faculdade da accusação, e que, só na falta de accusador privado, fosse a accusação sustentada pelo commissario do rei juncto de cada tribunal. Por ultimo votou-se um *systema mixto*, em que o exercicio da acção publica se achava repartido pelos commissarios do rei, pelos juizes de paz e empregados de policia, pelos accusadores publicos de eleição popular, pelas partes lesadas pelo crime e pelos cidadãos que o presenceassem <sup>1</sup>. Estes tinham obrigação de o denunciar e a parte lesada tinha o direito de querelar, mas a querela quasi se confundia com a acção civil <sup>2</sup>.

Este *systema*, em que as funcções relativas á perseguição dos crimes se achavam extremamente divididas, a pretexto de salvaguardar a liberdade, tinha o grave defeito de ser insufficiente, como observa Hélie, para proteger a ordem <sup>3</sup>.

Porisso, depois de varias alternativas, a acção penal vol-

---

<sup>1</sup> Decreto de 29 de setembro de 1791. Vej. Hélie, *obr. cit.*, tom. II, § 402, pag. 90 e seg.; Mangin, *Traité de l'action publique et de l'action civile*, tom. I, n.º 9 e seg.

<sup>2</sup> « *Tous dommages donnent lieu à une action. L'action résultant du dommage causé par un délit se nomme PLAINTE.* » (Cit. Decr., tit. III, art. 5).

<sup>3</sup> *Obr. e log. cit.*

tou de novo a concentrar-se nas mãos do ministerio publico, considerado como agente do poder executivo, segundo as normas prescriptas nos artt. 1 e 22 do *Code de l'Instruction criminelle*, de 1808, deixando-se ás partes lesadas pelo crime, a não ser em alguns casos especiaes, apenas o exercicio da acção civil para a reparação do damno, acção que todavia pódem reunir á penal e é acompanhada de certos privilegios que sobre ella se reflectem, como a faculdade de provocarem a repressão, concorrerem para os actos de instrucção, intervirem activamente no processo sustentando os meios de accusação <sup>1</sup>, etc. Não póde porém a parte civil accusar directamente e concluir pedindo a applicação da pena; só o ministerio publico tem o direito d'accusação penal, e este monopolio, apenas restricto numa certa medida pela lei de 20 de abril de 1810 <sup>2</sup>, póde ter alguns inconvenientes. Com effeito, nada assegura que por vezes não falte aos agentes do ministerio publico a independencia precisa, e que não se deixem influenciar por considerações politicas, quanto mais que a amovibilidade os colloca na dependencia do poder executivo. E, pelo contrario, nenhum inconveniente ha em que mais amplas attribuições relativamente á perseguição dos

---

<sup>1</sup> Artt. 1, 63, 74, 118, 135, 315, 319, 330, 334, 335, etc.

<sup>2</sup> Dispoz o art. 11 d'esta lei: «*La cour impériale pourra, toutes les chambres assemblées entendre les dénonciations qui lui seraient faites par un de ses membres, de crimes et de délits; elle pourra mander le procureur général pour lui enjoindre de poursuivre à raison de ces faits ou pour entendre le compte que le procureur général lui rendra des poursuites qui seraient commencées.*» Vej. *Code d'Instruction Criminelle*, artt. 235 e 9, § 1; Hélie, *obr. cit.*, tom. II, pag. 175 e seg.

crimes, sejam conferidas, pelo menos, aos individuos particularmente offendidos por elles: é uma garantia a mais para a efficacia da acção penal, e que em nada prejudica a sua independencia, publicidade e necessidade, sufficientemente garantidas desde que a persêguição do crime pelo ministerio publico não dependa, em regra, da queixa ou accusação da parte offendida <sup>1</sup>.

N'esta via entrou já o codigo de processo criminal austriaco de 23 de maio de 1873, que, além de permittir ás partes lesadas pelo crime intentar directamente a acção criminal em grande numero de casos, permite-lhes ainda nos crimes publicos a accusação subsidiaria, quando o ministerio publico abandone a accusação <sup>2</sup>. Pódem tambem as partes lesadas cumular com a sua accusação privada ou reunir á accusação publica, até ao começo dos debates, a sua acção

---

<sup>1</sup> Ha, com effeito, alguns casos em que, por amor da paz ou em attenção á reputação e interesse do offendido, a lei julga conveniente tornar dependente da vontade da pessoa lesada a perseguição do crime que a offende. Mesmo n'estes casos, a repressão é estabelecida no interesse da sociedade e não para satisfazer a vingança privada: mas o interesse menor que a sociedade tem na repressão d'estes crimes e o interesse maior que póde ter a pessoa lesada em não lhes dar uma publicidade perigosa para a sua honra ou para a da sua familia, detem, por assim dizer, o movimento da acção penal, sem todavia lhe alterar a natureza nem o fim. D'onde se segue que as expressões «*crimes particulares*» e «*acção penal privada*» não são accetaveis senão n'um sentido improprio e figurado, para indicar que a acção penal é subordinada no seu exercicio á vontade da pessoa offendida. Vej. Pessina, *obr. cit.*, pag. 348 e 349.

<sup>2</sup> Vej. *Code d'Instruction Criminelle Autrichien*, trad. et annot. par MM. Bertrand et Lyon-Caën, Paris, 1875, artt. 2 e 48, e *Introd. de Lyon-Caën*, pag. IX e X.

civil de perdas e danos, e podem os tribunaes criminaes pronunciar-se sobre este pedido, quando não succeda que a necessidade d'uma instrucção mais longa torne indispensavel a remessa da questão para os tribunaes civis <sup>1</sup>.

E este retorno para o antigo systema accusatorio foi saudado com applauso não só na Italia <sup>2</sup>, cujo codigo segue o systema francez <sup>3</sup>, mas principalmente na Allemanha, onde em um congresso juridico reunido em Nuremberg, nos dias 25 e 28 de agosto de 1875, sob a presidencia de Gneist, foi adoptada por grande maioria a resolução seguinte: «A accusação privada no processo germanico é necessaria á conservação do direito publico, não só para as injurias, mas como complemento geral da accusação publica <sup>4</sup>.»

Todavia o codigo de processo penal allemão, promulgado pela lei de 1 de fevereiro de 1877, não satisfaz a este *desideratum*, pois só em casos excepcionaes e muito restrictos, como nos de injurias e de lesões corporaes, occasionadas por negligencia ou imprudencia, é que permite á parte lesada a perseguição directa, deixando-lhe apenas nos restantes casos a faculdade de recorrer para o superior hierarchico do agente do ministerio publico, que não deu importancia á

---

<sup>1</sup> *Cod. cit.*, artt. 4 e 47. Revogou n'esta parte o codigo anterior de 1853, que mandava constatar *ex officio* no processo criminal as perdas e danos resultantes d'uma infracção á lei penal e statuir tambem *ex officio* sobre este assumpto — Vej. *Cod. cit.*, not. (1) ao art. 4.

<sup>2</sup> Vej. F. Benevolo, *obr. cit.*, n.º 14.

<sup>3</sup> *Codice di Procedura Penale*, annotado por Vismara Antonio, Napoles, 1871, artt. 2, 3 e 4.

<sup>4</sup> Vej. F. Benevolo, *cod. loc.*

queixa ou ordenou a cessação da perseguição, e, no caso de regeição d'este recurso, a de appellar para o tribunal, que póde ordenar ao ministerio publico a accusação <sup>1</sup>. Além d'isso, não ha por este codigo laço algum commum entre a acção penal e a civil: todo o pedido de perdas e danos fundado sobre um crime, um delicto ou uma contravenção deve ser levado deante dos tribunaes civis <sup>2</sup>. Conserva-se assim a cada jurisdicção sua independencia e sua funcção distincta: reconhece-se a completa separação entre as duas acções.

De modo diverso procedeu o codigo de processo criminal hespanhol de 1882, que, por um lado, permite o exercicio da acção penal, em livre concorrencia com o ministerio publico, não só ás partes lesadas pelo crime, mas a qualquer cidadão não exceptuado por lei, e, por outro lado, ordena que o ministerio publico intente junctamente com a acção penal a acção civil pelas perdas e danos, haja ou não no processo accusador particular, excepto se o offendido expressamente renunciar ao direito de restituição, reparação ou indemnisação <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Vej. *Code de Procédure Pénale Allemand*, traduit et annoté par Fernand Daguin, Paris, 1884, artt. 444, 446, 452, 469, 470, e *Introduc.*, pag. LXVIII, LXXXVI e LXXXVII.

<sup>2</sup> *Cod. cit.*, artt. 441 e 444 e nota (1).

<sup>3</sup> *Novissima Lei de Enjuiciamiento Criminal*, de 14 de setembro de 1882, artt. 401, 410 e 270, 405 e 271, 408. Ha poucos dias ainda, lemos na imprensa periodica que em o processo crime movido contra o P.<sup>o</sup> Galeote por causa do homicidio por elle commettido, a 18 de abril passado, na pessoa do mal-logrado bispo de Madrid y Alcalá, o ministerio publico pede ao homicida, a titulo de indemnisação de perdas e danos para a familia da victima, a quantia de 50\$000 pesetas (9:000\$000 réis.)

**36.** Os nossos reformadores do periodo liberal, apesar de educados nos exemplos dos estadistas da França e nos livros dos seus criminalistas e tractadistas mais notaveis, não seguiram inteiramente n'esta parte o systema estabelecido pela legislação franceza.

O systema estabelecido por elles representa uma como que transacção entre aquella doutrina e as tradições juridicas do paiz. Assim a accusação dos crimes publicos pelos Promotores da Justiça, que pela já citada lei de 12 de novembro de 1822 era apenas subsidiaria, pelo Decreto n.º 24 de 16 de maio de 1832, que organisou a magistratura do ministerio publico elevando-a á altura de uma instituição, passou a ser exercida por elle em livre concorrência com os offendidos ou com qualquer pessoa do povo que não fosse expressamente prohibida por lei <sup>1</sup>; mas era aos agentes do ministerio publico que incumbia seguir na audiencia geral todos os termos da accusação <sup>2</sup>, principio que mais se firmou com o regulamento do ministerio publico de 15 de dezembro de 1835, cujo artigo 11.º diz: «O ministerio publico é a parte principal na accusação dos crimes publicos e formará sempre libello separado sem nunca offerecer o da parte queixosa.»

A mesma doutrina, menos quanto á accusação popular dos crimes publicos <sup>3</sup>, foi mantida pelo Decreto de 13 de

<sup>1</sup> Artt. 166, 168 e § 2, 196, 204 e 207.

<sup>2</sup> Art. 210.

<sup>3</sup> A accusação popular foi restricta aos crimes publicos de suborno, peita, peculato e concussão commettidos por juizes, jurados, officiaes de justiça

janeiro de 1837 (2.<sup>a</sup> parte da *Reforma Judiciaria* do mesmo anno) e pela *Novissima Reforma Judiciaria* <sup>1</sup>, que é ainda a lei vigente sobre o assumpto, salvas as modificações introduzidas pela legislação posterior, principalmente pelo que respeita aos crimes particulares <sup>2</sup>.

---

ou quaesquer outros empregados publicos (*Ref. Jud.*, 2.<sup>a</sup> parte, art. 12.<sup>o</sup>, § 1.<sup>o</sup>; *Nov. Ref. Jud.*, art. 865, § 1), e aos crimes offensivos do direito eleitoral (Decreto de 30 de setembro de 1852, art. 143).

<sup>1</sup> *Ref. Jud.*, 2.<sup>a</sup> parte, artt. 2, 3, 4 e 12; *Nov. Ref. Jud.*, artt. 855, 856, 857 e 865.

<sup>2</sup> Pelo *Dec. n.º 24*, pela *Ref. Jud.* e pela *Nov. Ref. Jud.* a querela e accusação dos crimes particulares, menos os de estupro e de adulterio, pertenciam exclusivamente ás partes offendidas (*Cit. Dec.*, artt. 68 e 207; *Ref. Jud.*, art. 13; *Nov. Ref. Jud.*, art. 866).

O *Dec. n.º 24* referia-se aos crimes que eram particulares pela legislação antiga, e a *Ref. Jud.* aos que o eram pelo *Codigo Penal* promulgado pelo *Dec. de 4 de janeiro de 1837*, e que nem mesmo chegou a ter publicação legal, não sendo comprehendido porisso na sanção legal da lei de 27 de abril de 1837, o que produziu a grande anomalia e contrasenso de serem confirmadas disposições legislativas directas e especialmente ás do *Codigo Penal*, sem que este obtivesse igual sanção. Este defeito foi remediado no art. 854.<sup>o</sup> da *Nov. Ref. Jud.* que apresentou uma classificação provisoria dos crimes particulares, hoje revogada pelas disposições do *Codigo Penal*, *Dec. de 10 de dezembro de 1852*, art. 1.<sup>o</sup>, e *Nova Reforma Penal* de 14 de junho de 1884 referentes ao assumpto, e, segundo as quaes, são apenas particulares os crimes cuja punição depende da querela ou accusação, ou, pelo menos, da queixa ou denuncia da parte offendida ou de seus paes, tutores ou representantes. Em alguns d'estes crimes a accusação pertence exclusivamente aos offendidos, e n'outros a acção do ministerio publico não é excluida, mas o seu exercicio é dependente da querela e accusação do offendido, ou simplesmente da queixa ou denuncia d'este.

Vê-se a grande differença que n'esta parte separa a nossa legislação das estrangeiras que deixamos apontadas. Vae mais longe do que a austriaca, pois permite aos offendidos a *accusação penal privada* de todos os crimes

Ao mesmo tempo que se fixavam as attribuições do ministerio publico e das partes offendidas pelo crime com relação á acção penal, reconhecia-se e fixava-se tambem a natureza civil da acção de reparação do damno, e como consequencia a sua transmissão activa e passiva para os herdeiros, a sua independencia da acção penal, salvas porém as relações entre uma e outra, fundadas na communitate d'origem, e em virtude da qual podiam cumular-se, dando-se ao jury amplas attribuições a tal respeito <sup>1</sup>.

Assim se organisava o processo e em parte o direito sob a influencia da theoria franceza da responsabilidade civil, que, comquanto fosse conhecida dos nossos legistas e reformadores, e nomeadamente dos modernisadores do direito civil Coelho da Rocha e Corrêa Telles, não se achava ainda exarada e organizada nas nossas leis.

Os nossos legisladores, detidos certamente pela esperanza de um codigo civil, não quizeram regular especialmente a materia de perdas e danos provenientes do crime; deixaram em vigor as dispersas e incompletas disposições da legislação patria, cujas deficiencias mal podiam ser suppri-

---

commettidos contra elles, sejam publicos ou particulares, menos o de perjurio em juramento decisorio deferido ou referido (*Codigo Penal*, art. 243.º § un., e *Codigo Civil*, art. 2527.º), e os sujeitos á jurisdicção dos tribunaes militares (*Codigo de Justiça Militar* de 9 de abril de 1875, art. 193.º § 1.º), e fica áquem da hespanhola, pois não admitte a accusação popular de todos os crimes publicos.

<sup>1</sup> *Dec. n.º 24*, artt. 168, §§ 3 e 4, 212, 213, 216, 225 etc.; *Ref. Jud.*, 2.ª part., artt. 2, 5-8, 222, 298-305, 349, 353, etc.; *Nov. Ref. Jud.*, artt. 855, 858-861, 1083, 1164-1171, 1212, 1216, etc.

das pela praxe do fóro e pelas opiniões, mais ou menos determinadas, dos legistas, e preferiram entregar ao arbitrio do jury a solução das questões que a tal respeito se suscitassem no processo crime.

**37.** Foi o *Codigo Penal* de 1852 a primeira lei que, seguindo o exemplo do codigo penal hespanhol de 1848<sup>1</sup>, entre nós se occupou de regular os casos e as condições da responsabilidade civil. Como tal, não devia esta caber n'um codigo penal, ainda mesmo quando seja proveniente de factos criminosos; é á lei civil que compete, como sustentam os melhores auctores, a fixação dos casos em que póde ter logar a responsabilidade civil e a determinação das suas condições e amplitude. N'um codigo penal deve exarar-se, quando muito, a regra de que quem é responsavel criminalmente por um facto tambem o é civilmente, se d'elle resultou prejuizo a um particular, e que a isenção da responsabilidade criminal não importa por si mesma a da civil, remettendo porém á lei civil, para a determinação das condições e dos casos em que póde haver logar a ella. Assim o fez em parte a *Nova Reforma Penal*, art. 42.<sup>o</sup>

Ao tempo, porém, em que foi elaborado o *Codigo Penal*, ainda não estava feito o *Codigo Civil*, e como em consequencia das numerosas alterações feitas por aquelle ao systema

---

<sup>1</sup> Promulgado pela ordenança real de 19 de março de 1848, reformado e definitivamente promulgado em 30 de junho de 1850, artt. 15-18 e 115-123, cujas disposições foram levemente alteradas pelo novo codigo penal de 17 de junho de 1870, artt. 18-21 e 121-128.

da responsabilidade penal, estabelecido pela legislação que o precedia, e onde, como vimos, havia por vezes confusão entre as duas especies de responsabilidade, as condições da responsabilidade civil não podiam achar-se mais em harmonia com as disposições da lei civil não reformada ou deficiente, e porisso necessario se tornava até certo ponto estabelecer no *Codigo Penal* as novas condições e limites da responsabilidade civil.

O *Codigo Civil*, occupando-se novamente d'este assumpto, como lhe competia, consagrou-lhe todo o livro I da parte IV, e, como em virtude da lei de 1 de julho de 1867 ficou revogada toda a legislação anterior que recair sobre as materias que o mesmo *Codigo* abrangem, não ha duvida alguma de que, qualquer que seja a interpretação que se dê a este artigo, combinado com o artigo 3.º do *Codigo*, ficaram revogadas as disposições do *Codigo Penal* sobre responsabilidade civil.

«Assim, diz o sr. conselheiro Dias Ferreira, julgamos substituida pela doutrina do codigo civil a doutrina do codigo penal sobre responsabilidade civil resultante de factos criminosos <sup>1</sup>.»

Afastando-se n'esta parte do codigo civil francez que, sob a antiga locução de *delictos* e *quasi delictos* <sup>2</sup>, se limita a fixar nos artigos 1382 e 1383 o principio geral da res-

<sup>1</sup> *Codigo Civil portuguez annotado*, tom. I, pag. 12.

<sup>2</sup> A distincção entre *delictos* e *quasi delictos* era já conhecida do direito romano, mas com fundamento e significação diversas da que tem no direito francez. N'este chama-se *delicto* o facto reprehensivel e prejudicial commettido com má intenção, e *quasi delicto* o facto igualmente illicito e pre-

ponsabilidade civil e a regular concisamente nos artigos 1384 a 1386 a responsabilidade pelos prejuizos causados por pessoas sujeitas á vigilancia de outrem, e pelos animaes e outras cousas do dominio particular, confiando o seu desenvolvimento á jurisprudencia e ao bom senso dos juizes <sup>1</sup>, o nosso *Codigo Civil* occupa-se minuciosamente d'este assumpto em todo o livro 1 da Parte iv, que se inscreve «*Da responsabilidade civil,*» e cujo titulo ii é consagrado á exposição dos preceitos reguladores da *responsabilidade civil connexa com a criminal*, de que temos a occupar-nos. Estudaremos o crime, não com relação á responsabilidade criminal, mas sob o ponto de vista da reparação civil que elle arrasta.

judicial mas commettido sem má intenção. D'onde se vé que no direito francez o *delicto* suppõe o dolo, a intenção de prejudicar, e o *quasi delicto* suppõe a culpa, mas sem intenção de prejudicar. O direito romano não reconhecia esta antithese entre o dolo e a culpa; a base da distincção era puramente historica e tem a sua explicação no rigoroso formalismo da legislação romana. Reputava *delictos* apenas aquelles actos a que uma lei especial tivesse dado este character e attribuido uma acção especial, e eram a *injuria*, o *furto*, a *rapina* e o *damnum injuria datum*. Todas as mais infracções prejudiciaes a outrem, embora commettidas com dolo, constituiam apenas *quasi delictos*, ou, para falar uma linguagem mais romana, não davam lugar senão a obrigações nascidas sómente *quasi ex delicto* (Veja. Pothier, *Obligations*, n.º 116; Marcadé, *Explication du Code Napoléon*, 6.º édit., tom. v, pag. 251 e 273; Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, tom. 31, n.º 452) Esta distincção, já abandonada pelo projecto de codigo civil hespanhol (Veja. Goyena, *Concordancias motivos y comentarios del Código Civil Español*, tom. iv, pag. 241), foi-o tambem pelo nosso Codigo. Quando, pois, empregarmos a palavra *delicto* é com a mesma significação que tem no artigo 1.º do Codigo Penal e no artigo 1717 do Codigo Civil, isto é, como synonymina de crime.

<sup>1</sup> O mesmo caminho seguiu o projecto de codigo civil hespanhol, artt 1899-1905 e o codigo civil italiano, artt. 1151-1156.

# SEGUNDA PARTE

## DIREITO VIGENTE

Non vi ha società là ove non vi ha ordine, là ove il diritto non trova protezione.

COCITO, *La Parte Civile*.

## CAPITULO I

### SUMMARIO:

38. Principaes especies de sanção das leis; reparação e punição dos crimes; especies de responsabilidade e suas modalidades.—39. Contradição entre a 1.ª parte do art. 2365 e a 2.ª parte do mesmo artigo e o artigo 2363; tentativas de conciliação entre as duas partes do art. 2365 e sua refutação. — 40. Conciliação entre a 1.ª parte do art. 2365 e o art. 2363; explicação da incoherencia entre as duas partes do art. 2365; pensamento do legislador. — 41. Conclusões; o artigo 2365 envolve um erro de redacção; o direito civil nada tem directamente com a responsabilidade criminal; motivo porque o código consagra um titulo especial á responsabilidade civil connexa com a criminal.

38. O dever moral e juridico, que nos ordena o respeito dos direitos dos nossos similhantes, erigido em preceito legal pela legislação de todos os povos cultos, acha-se tambem expressamente sancionado no nosso *Codigo Civil*, assim como antes se achava no *Codigo Penal*. « Todo aquelle que

por factos de commissão ou omissão violar ou offender os direitos de outrem constitue-se na obrigação de indemnisar o lesado por todos os prejuizos que lhe causar <sup>1</sup>.

Sem assegurar a cada um o gozo e fruição dos seus direitos, a sociedade civil seria impossivel, e os direitos ficariam á mercê do primeiro, cuja malicia e negligencia o conduzissem á sua violação.

Não basta, que a lei se limite a reconhecer e fixar os direitos; é preciso tambem que assegure a sua fruição, e não a asseguraria se, quando violados, não ordenasse a sua restituição ou reparação <sup>2</sup>.

O poder moral, de que o preceito legal deve ser sempre a manifestação, bastaria por si a assegurar a sua efficacia, se o homem conhecesse sempre os seus direitos e obrigações e seguisse fielmente as inspirações da propria consciencia.

Mas, além de que por negligencia desconhece muitas vezes a extensão dos seus direitos e obrigações e assim exorbita da justa esphera da sua actividade, quando a paixão fala ao seu coração, a lei desattendida não é mais que uma palavra inutil — *verba et voces*: a sociedade, exposta a estas frequentes violações, reclama pois uma protecção mais energica, torna o seu preceito *realmente obrigatorio*, oppondo ás paixões prejudiciaes ou á negligencia do offensor uma reacção preponderante ás suas perigosas incitações ou á sua culpavel

---

<sup>1</sup> *Cod. Civ.*, artt. 2361 e 2362; *Cod. Pen.*, art. 104.

<sup>2</sup> *Cod. Civ.*, artt. 5 e 2536.

incuria. Ao facto, seja activo seja negativo, a lei responde por um facto opposto — a reparação; á *intenção criminosa* corresponde a lei com a intenção repressiva, com a pena.

*Punição e reparação* — taes são as ideias elementares que envolve em si a ideia synthetica do poder sancionador. *Responsabilidade civil e responsabilidade criminal* — taes são as consequencias que podem resultar para aquelle que violar ou offender os direitos d'outrem. Consiste esta na obrigação em que se constitue o offensor de reparar o prejuizo causado na ordem moral da sociedade, soffrendo uma pena estabelecida na lei e applicada por tribunal competente <sup>1</sup>. Consiste aquella na obrigação em que se constitue o offensor de restituir o lesado ao estado anterior á lesão, e de satisfazer as perdas e danos que lhe haja causado <sup>2</sup>.

Quando a violação ou offensa dos direitos d'outrem resultar de factos, ou sejam de commissão ou de omissão, punidos pela lei penal, póde haver responsabilidade civil e juntamente responsabilidade criminal; no caso contrario só ha a civil, assim como casos ha em que só tem logar a criminal, e é o que succede sempre que do facto punido pela lei criminal não resultar violação ou offensa dos direitos de outrem. Só ha responsabilidade civil onde houver realmente um damno privado, e o damno privado póde faltar não só nos casos de tentativa <sup>3</sup>, mas tambem em muitos crimes consummados

<sup>1</sup> *Nov. Ref. Pen.*, art. 17; *Cod. Civ.*, art. 2364, 1.ª parte.

<sup>2</sup> *Cod. Civ.*, art. 2364, 2.ª parte.

<sup>3</sup> Ha casos em que da tentativa do crime póde resultar um damno privado. A opinião contraria, sustentada por Hélie (*obr. cit.*, tom. II, pag. 347),

como no duello, falso testemunho, ultrage ao pudor publico, porte de armas prohibidas, falsificação de moeda, crimes contra a religião e, em geral, n'aquelles que tendem a violar antes um direito social que um direito individual. Póde, pois, haver responsabilidade criminal sem a haver civil, e n'isto vão d'accordo a doutrina e a jurisprudencia <sup>1</sup>. É porisso menos exacta a redacção do artigo 1 do *Projecto Definitivo de*

---

é combatida pela experiencia. Pondo de lado a questão—se o damno moral (inquietação, espanto, dor etc.) dá direito a reparação, de que em logar opportuno tractaremos, quantas vezes não deixa a tentativa do crime após si damnos materiaes importantes? quantos furtos não consummados que todaviam causam prejuizos avultados, como portas arrombadas, moveis quebrados etc.? quantos homicidios tentados que deixam na victima graves feridas e dolorosas enfermidades?

Reconhecendo, porém, que da tentativa póde resultar em alguns casos damno privado, estamos longe de affirmar que elle deriva sempre, ainda mesmo que se admitta o direito de reparação pelo damno moral. A opinião contraria, sustentada por Saluto, illustre commentador do codigo de processo penal de Italia, o qual, refutando Hélie, diz que a tentativa do crime constitue em todo o caso uma injuria e porisso é reparavel pelo menos o damno que d'esta provenha nos termos do art. 73 do codigo penal d'Italia (*Com. al Cod. proc. pen.*, Torino, 1877, 2.<sup>a</sup> ediz., tom. 1, n.º 16), é tambem inadmissivel, pois para haver injuria é necessario o *animus injuriandi*, isto é, intenção de causar ultrage á honra ou á estima d'outrem, e ninguem póde negar que é possivel commetter-se uma tentativa de crime contra-alguem sem haver intenção de o injuriar.

<sup>1</sup> Vej. Don Juan Francisco Pacheco, *El Código Penal concordado y comentado*, Madrid, 1848, tom. 1, pag. 293, n.º 1 e 2; Laurent, *Principes de Droit civil*, Bruxelles, 1876, tom. 20, n.ºs 385 e 393; Demolombe, *obr. e tom. cit.* n.º 458. Benovolo, *obr. cit.*, n.º 15; Codigo Civil, art. 2363; sr. conselheiro Hintze Ribeiro, *O Caso Julgado*, pag. 74 e 75; *Accordão do Sup. Trib. de Just.* de 19 de outubro de 1875 (Diario do Governo, n.º 270, de 1875) nas palavras: «Considerando que se a responsabilidade criminal é geralmente acompanhada da civil, esta nem sempre o é d'aquella....» etc.

*Codigo do Processo Criminal* que parece considerar a acção civil para a reparação do damno como consequencia necessaria de toda a infracção da lei penal <sup>1</sup>, e preferivel a do artigo 1 do codigo de processo penal de Italia, o qual dizendo que «todo o crime dá logar a uma acção penal e pôde tam-bem dar logar a uma acção civil <sup>2</sup>,» deixa claramente ver que, não obstante a existencia de um crime, pôde succeder que não tenha logar a acção civil, e, effectivamente, assim succede sempre que da acção criminosa não resulte algum damno privado ou não seja possível apreciar-o.

D'aqui resulta que havendo só duas especies de responsabilidade — a civil e a criminal, podem ellas apresentar tres modalidades distinctas, conforme se derem connexa ou isoladamente. Reconhece-o o artigo 2363 do *Codigo Civil*, mas parece contradizel-o o artigo 2365 do mesmo *Codigo*.

**39.** Com effecto, se a responsabilidade criminal é *sempre* acompanhada da civil, mas não *vice-versa*, como ensina a primeira parte d'este artigo, segue-se que pôde haver responsabilidade puramente civil, e responsabilidade civil e criminal junctamente, mas não responsabilidade puramente criminal, o que contradiz o disposto no art. 2363. Mas, por outro lado, dizendo o mesmo artigo 2365, na segunda parte,

---

<sup>1</sup> «Da infracção da lei penal nasce a acção criminal para a effectiva punição do delinquente, e a acção civil para a reparação do damno resultante do crime ou delicto.»

<sup>2</sup> «Ogni reato dá luogo ad un azione penale. Può anche dar luogo ad un azione civile per risarcimento del danno recato.»

que os casos em que a responsabilidade criminal é acompanhada da civil estão especificados na lei, parece dar a entender que em alguns casos a responsabilidade criminal não é acompanhada da civil, e que portanto pôde haver responsabilidade puramente criminal, o que é conforme com o artigo 2363, mas contradictorio com a primeira parte do mesmo art. 2365.

Como conciliar disposições tão contradictorias e incoherentes? Temos para nós que é impossivel conciliar-as todas d'um modo satisfactorio; as soluções até hoje apresentadas nada mais têm feito do que pôr em relevo a dificuldade e até a impossibilidade de conciliar entre si textos de lei, que, quanto a nós, estão longe de traduzir o pensamento do legislador.

Entre as soluções propostas, umas, dando como verdadeira a doutrina estabelecida na primeira parte do artigo, procuram explicar apenas a segunda parte; outras procuram conciliar a disposição do artigo 2363 com a da primeira parte do art. 2365, e esta com a da segunda parte.

Pertencem á primeira especie: a) a apresentada pelo sr. Alexandre de Seabra <sup>1</sup> b) e uma outra referida pelo sr. conselheiro Dias Ferreira <sup>2</sup>.

a) Segundo a primeira solução, as palavras «*estão especificados na lei*» referem-se a factos que sendo *apparentemente criminosos* não o são *realmente*, por serem acompanhados

---

<sup>1</sup> *Direito*, 3.º anno, pag. 241.

<sup>2</sup> *Obr. cit.*, tom. v, pag. 411.

de circumstancias que façam desaparecer completamente aquella qualificação e conseguintemente a responsabilidade civil que a acompanha, como succede no caso de legitima defeza <sup>1</sup> e outros <sup>2</sup>, querendo assím significar que nem sempre os factos *apparentemente* criminosos fundamentam o pedido de perdas e damnos. Mas, salva a devida consideração pela opinião de tão distincto jurisconsulto, que muito respeitamos, se n'estes casos deixa de haver responsabilidade criminal, como dizer-se que os casos em que a responsabilidade civil acompanha aquella estão especificados na lei? Uma cousa que não existe não pôde ser acompanhada. Se o pensamento do legislador fosse declarar que os casos em que, cessando a responsabilidade criminal, cessaria tambem a civil, seriam especificados na lei, — e logo veremos que não foi —, a redacção do artigo seria evidentemente outra.

b) A d'aquelles que entendem que a segunda parte do artigo 2365 significa que a lei civil especifica e gradúa, segundo os differentes casos de responsabilidade criminal, a responsabilidade civil correspectiva, como se mostra dos artigos 2384 a 2392, — tambem é inadmissivel, porque nem o espirito nem a letra da lei a comportam. O artigo tracta de fixar d'um modo geral os casos em que tem logar a responsabilidade civil e as suas relações de coexistencia com a responsabilidade criminal, e não da sua graduação.

---

<sup>1</sup> *Cod. Pen.*, artt. 14, n.º 3, e 378.

<sup>2</sup> *Cod. Pen.*, artt. 377, e *Cod. Civ.*, artt. 486, 2354 e 2367; *Cod. Pen.*, art. 14, n.º 5.

—As soluções da segunda especie dão como verdadeira a doutrina do artigo 2363, mas explicam a da primeira parte do artigo 2365 dizendo que o direito civil não tem a occupar-se da responsabilidade simplesmente criminal, pois só tracta da responsabilidade em relação á violação ou offensa dos direitos de outrem, e, como sempre que esta se dá, ha responsabilidade civil, segue-se que, se n'algum d'estes casos houver responsabilidade criminal, tambem a ha civil.

Divergem, porém, quanto á explicação da segunda parte do artigo, mas as soluções apresentadas tambem não satisfazem.

a) A proposta pelo sr. conselheiro Hintze Ribeiro, segundo a qual a responsabilidade criminal é sempre acompanhada da civil, todas as vezes que a offensa feita á sociedade na ordem moral resulta de uma offensa feita a um particular (1.<sup>a</sup> parte do art. 2365), sendo estes os casos que *estão especificados na lei civil* (2.<sup>a</sup> parte do artigo), como são os indicados nos artigos 2382 a 2392 <sup>1</sup> — admissivel quanto á primeira parte, é inadmissivel quanto á segunda, pela simples razão de que não é a lei civil, mas o codigo penal, que especifica os casos em que a offensa feita á sociedade na ordem moral resulta da offensa feita a um particular; por outras palavras, é o codigo penal, e não o *Codigo Civil*, que declara quando e quaes as offensas feitas a particulares que constituem crimes. Os artigos citados suppõem essa especificação já feita: o seu assumpto é evidentemente outro.

---

<sup>1</sup> Vej. *O caso julgado*, pag. 75.

b) Em uns artigos publicados na *Revista de Legislação e de Jurisprudencia* <sup>1</sup> por um distincto jurisconsulto estranho á redacção d'este semanario, diz-se a respeito da questão sujeita: «O que me parece é que o Codigo tracta da responsabilidade sempre com relação á violação ou offensa dos direitos de outrem; e n'este sentido a responsabilidade criminal é sempre acompanhada da responsabilidade civil, que tem por fim restituir o lesado ao estado anterior á lesão e satisfazer-lhe as perdas e damnos que lhe tiver causado com a lesão. Se ha casos em que do facto ou omissão do facto resulte responsabilidade sómente criminal, sem que seja acompanhada de responsabilidade civil, é porque esse facto ou omissão não violou, não offendeu os direitos de outrem. Mas taes factos ou omissões de factos não entram no plano do direito civil; e porisso intendo eu que, quando o Codigo diz no artigo 2365 que a responsabilidade criminal é sempre acompanhada da civil, se refere á responsabilidade resultante de factos ou omissões de factos, que violaram ou offenderam os direitos de outrem: e esses casos devem com effeito estar especificados na lei, porque dos indicados factos ou omissões de factos nascem direitos e obrigações civis (art. 2364 do Codigo), e a lei civil reconheee e especifica todos os direitos e obrigações.» Esta doutrina é verdadeira, mas não resolve a difficuldade proposta, pois: 1.º refere-se a todos os factos ou omissões que violarem ou offenderem os direitos de outrem e, por consequinte, tambem á responsabi-

---

<sup>1</sup> 10.º anno, n.º 485 e 486.

lidade puramente civil, ao passo que a segunda parte do artigo refere-se unicamente aos casos em que a responsabilidade criminal é acompanhada da civil; 2.º o direito de reparação contra a lesão preterita ou ultimada não é rigorosamente mais do que o direito preexistente á lesão, e a restituição e a indemnisação mais do que o restabelecimento no que já era nosso <sup>1</sup>; 3.º ainda interpretado assim, o artigo é inteiramente inutil, porque nada mais faria do que repetir desnecessariamente um principio geral já expresso nos artigos 5 e 2361.

c) Dizem outros: Como é a lei penal que declara quando ha responsabilidade criminal, e esta arrasta sempre comsigo a civil, precisa o *Codigo Civil* reconhecer os casos em que ha responsabilidade criminal, aliás seria o direito penal que vinha declarar quando havia responsabilidade civil, ficando assim o direito civil n'esta parte á discrição do direito criminal <sup>2</sup>.

Não vemos em que consista tal dependencia. Seria assim se, sempre que houvesse responsabilidade criminal, se desse a civil, se só houvesse responsabilidade civil quando houvesse a criminal e se aquella tivesse esta por fundamento. Mas não é assim.

---

<sup>1</sup> Vej. Vicente Ferrer, *Reflexões sobre os sete primeiros titulos do livro unico da parte 1 do Projecto do Cod. Civ. Portug.*, pag. 30; sr. Visconde de Seabra, *Novissima Apostilla em resposta á diatribe do sr. Augusto Teixeira de Freitas*, pag. 100.

<sup>2</sup> Tal é a solução apresentada pelo sr. Antonio Marques dos Santos em um artigo publicado no *Direito*, 8.º anno, pag. 562.

A responsabilidade civil é independente da criminal; existe, não porque haja responsabilidade criminal, mas porque se deu um facto prejudicial, que póde ser ou não ser incriminado pela lei penal, e tanto assim que casos ha em que, apesar de o facto prejudicial ser incriminado pela lei penal, cessa a responsabilidade criminal, mas subsiste a civil, e outros em que se dá responsabilidade criminal sem haver a civil <sup>1</sup>.

Não precisava, pois, o *Codigo Civil* de reconhecer os casos em que ha responsabilidade criminal, para não ficar dependente do direito penal. Além de que bastava para isso, como realmente basta, o principio geral sancionado no artigo 2361, e tambem a declaração da primeira parte do artigo 2365. Demais, o artigo não se limita a dizer que a lei civil reconhece os casos em que ha responsabilidade criminal, diz mais: *especificará esses casos*.

E onde está essa especificação?

Não está, certamente, no *Codigo Civil*, e ainda bem, aliás teriamos a confusão das duas leis.

40. Não póde duvidar-se de que a doutrina do artigo 2363 é verdadeira, porque assenta em principios geraes indiscutíveis. No entanto, é admissivel a conciliação proposta entre este artigo e a primeira parte do artigo 2365, considerando-se aquelle como um artigo doutrinal sobre a responsabilidade em geral, e este como um artigo doutrinal restricto á

---

<sup>1</sup> *Supra*, n.º 38.

responsabilidade que o legislador tinha a considerar no *Código Civil*. Em face do artigo 2361 não resta duvida de que o legislador tracta no *Código Civil* da responsabilidade em relação á violação ou offensa dos direitos de outrem, e é n'este sentido que a responsabilidade criminal, quando tenha logar, é sempre acompanhada da civil. Dos casos em que ha responsabilidade criminal, mas não civil, por não ter havido offensa ou lesão dos direitos de outrem, não se occupa o *Código Civil*, por alheios que lhe são. Portanto bem pôde elle dizer, sob o seu ponto de vista, que a responsabilidade criminal é sempre acompanhada da civil.

Mas esta nem sempre é acompanhada d'aquella, pois *puniveis* só se reputam os factos como taes declarados na lei penal, e *punidos* são só aquelles em que o agente obra nas condições prescriptas pela mesma lei <sup>1</sup>. Porisso pôde com razão dizer-se que a responsabilidade civil, ainda quando provenha de factos incriminados pela lei penal, nem sempre é acompanhada da criminal <sup>2</sup>, e que os casos em que aquella

<sup>1</sup> *Cod. Pen.*, artt. 5 e 15; *Nov. Ref. Pen.*, artt. 31 e seg., 41 e 42.

<sup>2</sup> Exemplos : artigos 2377 e 2379 do *Código Civil*. Porém não é só nos casos previstos n'estes artigos, como n'umas *reflexões juridicas* (transcriptas no *Direito*, anno 9.º, pag. 497 e seg.) parece sustentar o sr. Alexandre de Seabra.

Diz-se ahi : «Pelo artigo 2361 se declara em geral obrigado á indemnisação todo aquelle que viola ou offende os direitos d'outrem, ou seja por factos ou omissões de factos (2362) e d'ahi pôde resultar responsabilidade criminal ou civil, ou ambas (artigo 2363); mas pelo artigo 2364 a responsabilidade criminal só tem logar quando o réu, em virtude do facto, ou omissão fica obrigado a submeter-se a certas penas declaradas na lei. Quando portanto o facto não é *punivel*, isto é, quando em consequencia d'elle o réu não fica obrigado a certas penas, não ha responsabilidade civil senão nos

é acompanhada d'esta se acham especificados na *lei*. E n'este sentido se achava redigido o artigo 2638 do projecto primitivo, correspondente ao artigo 2365 do Codigo: «A responsabilidade criminal induz necessariamente responsabilidade civil; mas a responsabilidade civil nem sempre induz responsabilidade criminal: *estes casos serão marcados na lei.*»

Assim redigido, o artigo queria evidentemente declarar que a responsabilidade civil só induziria responsabilidade criminal nos casos marcados na *lei*, isto é, que sem lei que declarasse expressamente ter logar a responsabilidade criminal, esta não existiria por mais consideravel e intencional que fosse a violação ou offensa dos direitos de outrem. Era o reconhecimento d'um principio de direito penal — Nenhum acto se reputa criminoso sem que uma lei anterior o quali-

---

casos da demencia ou da embriaguez, nas condições dos artigos 2377 e 2378. Para o caso de menoridade que não sujeita a responsabilidade criminal... regula o artigo 2379... É claro por isso que, segundo o codigo civil, só ha direito a indemnisação por factos criminosos, quando elles são *puniveis*, isto é, quando se verificam as condições, nas quaes se devia applicar pena no juizo criminal.»

Salvo o devido respeito ao saber de tão abalisado juriconsulto, reputamos erronea esta doutrina. Além da responsabilidade civil por factos não incriminados pela lei penal, ha tambem responsabilidade civil por factos incriminados por ella, e que, reunindo todos os elementos materiaes do crime, deixam todavia de ser punidos nos seus auctores, embora não sejam dementes ou menores, por não se realisarem os elementos moraes do crime, como por falta de intenção, que é requisito essencial em quasi todos os crimes ou delictos, ou por o legislador não permittir a sua punição unicamente em attenção a considerações especiaes, como no caso do artigo 431 do codigo penal e outros.

fique como tal—admittido por todos os criminalistas e sancionado pelo nosso código penal <sup>1</sup>.

Não repugna a esta interpretação a expressão «lei», que os auctores das soluções referidas se esforçam por entender como referente á *lei civil*, pois nada obsta a que se intenda como referente a qualquer lei penal que incrimine a violação ou offensa dos direitos de outrem. Em varios logares do *Código Civil* se encontra esta expressão tomada na accepção mais lata, intendendo-se de toda e qualquer lei positiva a que a referencia possa ter applicação <sup>2</sup>.

O artigo, como se achava no projecto primitivo, era talvez pouco rigoroso nas expressões que empregava e inutil, mas comprehendia-se; redigido como se acha no *Código*, é inexplicavel e está longe de traduzir o pensamento do legislador, que nos parece não foi outro senão o que deixamos exposto e se achava consignado no projecto primitivo.

Levam-nos a esta conclusão as phases por que o artigo 2638 do projecto passou, até ser convertido em lei. Approvado sem modificação alguma na primeira e na segunda revisões <sup>3</sup>, foi modificado na terceira. Lê-se nas *Actas*:

«Art. 2404. Foi approved dizendo-se: A responsabilidade criminal é sempre *acompanhada* da responsabilidade civil; mas a civil nem sempre é *acompanhada* da criminal, etc. <sup>4</sup>»

<sup>1</sup> Artt. 5 e 15.

<sup>2</sup> Vej., por ex., os artt. 9-13, 371, 547, 671, n.º 1 e 4, etc.

<sup>3</sup> *Actas das Sessões da Comissão Revisora*, pag. 363 e 540.

<sup>4</sup> Pag. 673.

Como se vê, é este o artigo correspondente aos artigos 2638 do projecto primitivo e 2365 do *Codigo*.

A modificação feita pela commissão revisora não alterava essencialmente a disposição do artigo; limitava-se a uma ligeira mudança de redacção — a substituição da palavra «induz» pela phrase «é acompanhada.»

Nada mais decidiu a commissão revisora, e por consequente o artigo devia continuar nos mesmos termos em que se achava no projecto primitivo. Porém, sem que a commissão revisora tivesse tomado mais alguma deliberação a tal respeito, apparece-nos, certamente por descuido da commissão de redacção, o artigo 2367 do projecto definitivo, correspondente ao artigo 2365 do *Codigo*, redigido nos mesmos termos em que este se acha.

Foram assim substituidas as palavras «*estes casos serão marcados na lei*» pelas «*os casos em que esta ultima....*», isto é, dispoz-se exactamente o contrario do que era racional, do que se achava no projecto primitivo e tinha deliberado a commissão revisora.

**41.** Fixado assim o pensamento da commissão revisora, e que no caso presente é o do legislador, pois entre as alterações feitas pelo parlamento ao projecto definitivo nenhuma respeita á materia de responsabilidade civil, julgamos inutil qualquer tentativa para dar ás palavras da segunda parte do artigo 2365 uma interpretação que ellas não comportam. E ainda que a comportassem, não poderia justificar-se a segunda parte do artigo, porque, além de inutil, é contradi-

ctoria com a primeira parte e com a sciencia da legislação, que exige clareza, precisão e harmonia nas leis. Felizmente o artigo sendo, como é, puramente doutrinal, encerra um preceito theorico e portanto praticamente inoffensivo.

Do exposto conclue-se que o preceito que se pretendera consignar na segunda parte do artigo 2365 é que os casos em que a responsabilidade civil é acompanhada da criminal estariam especificados na lei, que esta lei é a criminal, e que ao dominio do direito civil pertence unicamente a responsabilidade civil, quer se ache connexa, quer não, com a criminal. O que torna do dominio do direito civil os factos puniveis que violaram ou offenderam os direitos de outrem, é precisamente esta violação ou offensa. Da responsabilidade criminal não tem o direito civil a tractar, assim como o direito criminal não tem a tractar da civil.

No entanto, como em muitos casos a responsabilidade civil e a criminal, embora diversas e independentes, têm a mesma causa occasional, fundamentam-se no mesmo facto, confundem-se n'uma origem commum, ficam tambem estreitamente unidas, principalmente sob estes dous aspectos principaes: primeiramente, porque importa á sociedade, no interesse geral da sua conservação ou do seu bem estar, não sómente decretar uma pena contra o criminoso, mas ainda constrangel-o ao restabelecimento do patrimonio da victima, e assim organizar a repressão com um conjuncto de medidas taes que conduzam a estes dous resultados; em segundo lugar, porque a averiguação do delicto sob o ponto de vista da pena merecida esclarece a apreciação d'este mesmo delicto sob o

ponto de vista do prejuizo causado ao particular offendido, de modo que sem inconveniente póde o mesmo juiz que decidir a respeito da pena, decidir tambem a respeito da indemnisação, evitando-se assim despezas e processos desnecessarios. D'aqui resulta que o direito criminal não póde ser, nem é inteiramente alheio á responsabilidade civil, resultante do crime <sup>1</sup>, e que o direito civil precisa estabelecer preceitos especiaes com relação a esta responsabilidade. Por este motivo, além das disposições communs a toda a responsabilidade civil, quer se ache connexa com a criminal, quer não, e de que o *Codigo* tracta no titulo I do livro I da parte IV, occupa-se especialmente d'aquella em todo o titulo II do mesmo livro.

---

<sup>1</sup> *Nov. Ref. Pen.*, artt. 29, n.º 19, 81, n.º 2 e 3, 88, §§ 1 e 9, 400; *Codigo Pen.*, artt. 368, 379, etc.; *Nov. Ref. Jud.*, artt. 859, 1165 e seg.

## CAPITULO II

## SUMMARIO:

42. Elementos constitutivos da responsabilidade civil: *facto prejudicial, illicito e imputavel*. — 43. Quando a responsabilidade civil se acha realmente connexa com a criminal, nem é duvidoso o character illicito do facto, nem contestada a imputabilidade. — 44. Necessidade da determinação dos requisitos indispensaveis da imputabilidade do damno, segundo o *Codigo Civil*. — 45. A imputabilidade segundo o *Codigo Civil* e refutação da doutrina seguida por elle. — 46. Continuação. — 47. Contradição entre os artigos 2377 e § un. e 2379 e § un., e os artigos 2383, 2387 e 2398, § 1.º; necessidade de averiguar qual é a doutrina estabelecida pelo *Codigo Civil* sobre a responsabilidade civil em geral. — 48. Classificação das obrigações sob o ponto de vista da responsabilidade civil proveniente da sua infracção. — 49. Fundamento da responsabilidade civil proveniente da infracção das obrigações individuaes e relativas; dolo e culpa; theorias sobre a qualificação e prestação da culpa. — 50. Apreciação e qualificação da culpa segundo o *Codigo*; apreciação da culpa *em abstracto* e *em concreto*; casos em que tem de ser apreciada *em concreto* e responsabilidade dos dementes e menores n'estes casos. — 51. Casos em que tem de ser apreciada *em abstracto*. — 52. Responsabilidade dos dementes e menores nos casos em que a culpa tem de ser apreciada *em abstracto*; conciliação dos artigos 2377 e 2379 com os artigos 2383, 2387 e 2398, § 1.º, e refutação d'algumas interpretações que tem sido dadas a estes artigos. — 53. Delimitação da responsabilidade dos dementes e menores sem discernimento. — 54. Responsabilidade civil das pessoas accidentalmente privadas das faculdades intellectuaes no momento do crime. — 55. Responsabilidade civil nos casos mencionados no artigo 34 da Nova Reforma Penal; significação do verbo *justificar* empregado n'este artigo. — 56. Responsabilidade civil nos casos dos n.º 1.º e 2.º do art. 34 da Nova Reforma Penal. — 57. Responsabilidade civil no caso do n.º 3.º do mesmo

artigo. — 58. Responsabilidade civil no caso do n.º 4.º do mesmo artigo. — 59. Responsabilidade civil no caso do n.º 5.º do mesmo artigo: desarmonia entre varios artigos do *Codigo Civil*, e entre este e a lei penal sobre as características da legitima defeza. — 60. Conciliação dos artigos 486, 2354, 2367 e 2370 do *Codigo Civil*, proposta na *Rev. de Leg. e de Jur.* e sua refutação.—61. Opinião do sr. conselheiro Dias Ferreira e sua acceitação. — 62. Modificações feitas pela Nova Reforma Penal sobre a legitimidade do direito de defeza e sua influencia sobre o *Codigo Civil*. — 63. Responsabilidade civil no caso do n.º 6.º do mesmo artigo. — 64. Responsabilidade civil no caso do n.º 7.º do mesmo artigo. — 65. Responsabilidade civil nos casos dos artigos 14, § un., e 431 da Nova Reforma Penal.

**42.** Os elementos constitutivos da responsabilidade civil são sempre os mesmos, quer ella se ache connexa, quer não, com a criminal. Deduzem-se estes elementos da disposição consignada no artigo 2361 do *Codigo Civil*. D'esta disposição, de que o *Codigo* faz applicações mais ou menos justas e que sujeita a desenvolvimentos mais ou menos felizes, deduz-se que, para haver responsabilidade civil, são condições indispensaveis as seguintes: 1.º que um damno tenha sido causado; 2.º que o damno causado envolva violação ou offensa dos direitos de outrem; 3.º que este damno resulte d'um factio positivo, ou negativo, imputavel a alguem.

Sem o damno a reparação seria impossivel, por falta de objecto.

Se o damno não envolve a violação ou offensa de direitos, tambem não tem logar a reparação, pois ninguem tem de que queixar-se: o fim do artigo 2361 é precisamente salvar a guardar os direitos dos homens na sociedade civil, concedendo-lhes uma acção de perdas e damnos contra os que os lesarem.

Se, finalmente, o damno não resulta de facto imputavel a alguém, a quem pedir a reparação?

É, pois, necessario que haja um facto *prejudicial*, e que este facto seja *illicito*, isto é, contrario aos deveres juridicos, e *imputavel*.

Concordam n'esta parte todos os philosophos e juriconsultos, bem como a legislação de todos os povos cultos. Começam, porém, as divergencias, quando se tracta de precisar as características de cada um d'estes elementos constitutivos da responsabilidade.

Todo e qualquer damno obriga a reparação? Quando é que o facto é illicito e póde ser imputado ao seu agente? Bastará para a imputação a simples relação material de causalidade entre o damno e o acto praticado por um individuo, sem attenção alguma com a sua vontade?

**43.** A resposta a estes quesitos, exceptuando o primeiro de que tractaremos especialmente no capitulo III, é relativamente facil sob o ponto de vista restricto em que nos collocamos, isto é, quanto á responsabilidade civil connexa com a criminal.

Por um lado, é evidente que a classificação dos actos humanos pela lei penal é decisiva, no sentido de que todo o facto incriminado pela lei penal, que todos são obrigados a conhecer e respeitar, constitue, qualquer que seja a sua gravidade em moral e no fóro interno, um facto illicito que, tendo causado um damno, fundamenta sufficientemente um pedido de perdas e danos. Os tribunaes não poderiam recusar-se

a conceder a indemnisação, fundando-se sobre o character do acto, pois este character foi determinado pelo proprio legislador; não pôde o juiz apreciar-o d'outro modo. A lei penal pôde, incriminando um facto, fazer surgir uma acção de perdas e danos que até então não existisse: o que antes constituia um acto licito, o exercicio d'um direito, embora lesivo de interesses de terceiros, pôde em virtude da lei converter-se n'uma infracção punivel e dar á parte lesada uma acção de perdas e danos.

Por outro lado, como a responsabilidade criminal nunca pôde ter logar sem que o agente gose de liberdade, pois nas proprias contravenções pune-se a culpa ou a negligencia, e esta considera-se sempre como acto ou omissão da vontade <sup>1</sup>, é claro que quando se tractar de responsabilidade civil realmente connexa com a criminal, não pôde haver duvidas sobre a imputação d'aquella, pois, ainda aquelles que consideram a responsabilidade moral como fundamento da responsabilidade civil, são concordes em admittir que a mais leve culpa, uma simples imprudencia ou negligencia são sufficientes para fundamentar a responsabilidade civil.

**44.** Mas ha factos que, sendo a principio perseguidos como criminosos, podem deixar de ser punidos por não reunirem os caracteres exigidos pela lei penal <sup>2</sup>, e como, segundo

---

<sup>1</sup> *Cod. Pen.*, artt. 3 e 4; *Nov. Ref. Pen.*, art. 33, § un; Ortolan, *Éléments de Droit Pénal*, 4.<sup>me</sup> édit., tom. 1, n.º 644.

<sup>2</sup> *Nov. Ref. Pen.*, artt. 34-37.

o disposto no artigo 41 da nova reforma penal em conformidade com os artigos 2377, 2379, 2505 e outros do *Codigo Civil*, a isenção da responsabilidade criminal não envolve a da responsabilidade civil *quando tenha lugar*, forçoso se torna determinar qual é em face do *Codigo Civil* o principio gerador d'esta, a fim de verificarmos em que casos subsiste, apesar de não ter lugar aquella.

É verdade que, tractando nós da responsabilidade civil *connexa com a criminal*, é até certo ponto alheia ao nosso assumpto esta verificação: como, porém, n'estes casos a responsabilidade, se não provém de um facto concretamente criminoso, procede todavia de um d'esses actos que, de ordinario e salvas particulares circumstancias, são e não devem deixar de ser crimes, não podiamos deixar de nos referir a elles, tanto mais que, em geral, taes circumstancias, só depois de examinadas e reconhecidas pelos tribunaes é que importam a isenção da responsabilidade criminal <sup>1</sup>. Até então presume-se a sua existencia, e n'este sentido se suppõe para

---

<sup>1</sup> Póde haver excepções a esta regra, como succede a respeito dos factos incriminados pela lei penal e commettidos pelos menores de dez annos e pelos loucos que não tiverem intervallos lucidos. É este o motivo por que a nova reforma penal, artt. 32 e 33, designa separadamente aquelles que não são susceptiveis de imputabilidade, e os que accidentalmente a não têm, por não se acharem no exercicio regular da sua intelligencia no momento da acção. «Por este modo, diz-se no *Relatorio* que precede a proposta que se converteu n'esta lei, poderá a lei do processo estabelecer e o juiz ordenar que não haja contra os primeiros forma regular de procedimento criminal, porque ocioso é investigar o que a lei reputa como provado (Publicado na *Rev. de Leg. e de Jur.*, 18.º anno, n.º 898-911. Vej. o n.º 903, pag. 291 *in fin.*, e 292).

todos os effeitos connexa a responsabilidade civil com a criminal, podendo porisso pedir-se no processo crime juntamente com a condemnação á pena e permanecendo, ainda depois de declarada a isenção da responsabilidade criminal, a jurisdição extraordinaria e prorogada dos tribunaes criminaes para o seu julgamento <sup>1</sup>.

Além d'isso, é n'este sentido que o *Codigo* emprega a phrase «*responsabilidade civil connexa com a criminal*», como se deduz do confronto da epigraphe do titulo II do liv. I da parte IV, com as disposições de muitos dos seus artigos, nomeadamente com as dos artigos 2367, 2377 e 2379.

**45.** Para que o facto prejudicial e illicito possa ser imputado, é necessario primeiro que tudo que d'elle seja auctor directo ou indirecto aquelle a quem pretende impor-se a responsabilidade, pois ninguem póde e deve ser obrigado a responder pelos factos alheios. Concorda com esta doutrina o nosso *Codigo*; a responsabilidade civil é incorrida só por aquelle que por facto seu, de commissão ou omissão, violar ou offender os direitos d'outrem (artt. 2361 e 2362). A imputação da responsabilidade pelos damnos resultantes dos factos praticados por outras pessoas ou pelas cousas sujeitas ao dominio particular nos casos dos artigos 2368, 2371, 2377, 2379-2381, 2394, 2395 e 2398, não invalida este principio, pois então a responsabilidade basêa-se, não no

---

<sup>1</sup> *Nov. Ref. Jud.*, art. 1165; *Projecto Def. de Cod. do Proc. Crim.*, artt. 315, 340 e 347.

facto que immediatamente causa o damno, mas n'um facto de omissão, pessoal ao responsavel, isto é, na falta de attenção, cuidado e diligencia, que *podia* e legalmente *devia* empregar <sup>1</sup>, e todavia não empregou por dolo, culpa ou negligencia sua.

---

<sup>1</sup> Sustentam alguns auctores que a simples inacção é sufficiente para fundamentar a responsabilidade, mesmo nos casos em que não se esteja *obrigado legalmente* a proceder. Assim se um damno foi causado a um terceiro, damno que o auctor da omissão podia impedir e não impediu, é sempre responsavel. Esta doutrina, seguida em França por Toullier (*Droit Civil*, tom. xi, n.º 117) e entre nós por Silva Ferrão (*Theoria do Direito Penal*, commentario ao art. 111, tom. iii, pag. 223 e 224), é muito conforme aos deveres da humanidade e aos preceitos da caridade christã, mas inadmissivel perante o direito positivo, pois, nos termos do art. 145, § 1, da Carta Constitucional, ninguem pôde ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da lei.

Assim como o facto positivo não obriga senão quando é a realisação *d'uma cousa prohibida por lei*, assim tambem o facto negativo não pôde obrigar senão quando for a abstenção *d'uma cousa ordenada por lei*. Ora todos somos legalmente obrigados a não prejudicar os outros, a não attentar contra os seus direitos, mas nem sempre somos obrigados a auxiliá-los ou a prestar-lhes serviços. É certo que o Codigo Civil, dando no art. 2368 vida legal ao dever moral de defender os nossos semelhantes contra as violentas aggressões feitas á sua pessoa ou aos seus bens, procedeu de harmonia com o principio salutar da solidariedade social e aproximou-se da doutrina sustentada pelo sr. Ferrão. Mas isto em nada invalida a nossa opinião, porque se tracta na presente hypothese, já não de um simples dever moral, mas de um *dever legal*.

Deve notar-se que o artigo 2368 é restricto á defeza contra as aggressões violentas feitas por outra pessoa, como se deduz da combinação d'este artigo com o artigo 2367, d'onde se conclue que em nenhuma responsabilidade civil incorre aquelle que não impedir o damno proveniente d'outra causa, apesar de poder impedil-o. Aquelle que vendo outrem agredido por um animal, não o defende, apesar de o poder fazer; aquelle que, passando

O homem deve ser, pois, causa proxima ou remota d'um facto para que este possa ser-lhe imputado.

Mas quando é que o homem pôde dizer-se causa d'um facto? Será necessario para isso que conheça, queira livremente e livremente execute a sua resolução, ou bastará que seja o auctor material do facto? Por outros termos: será necessario que o facto lhe seja imputavel moralmente, ou bastará que o seja physicamente?

N'uma theoria elevada de direito penal colloca-se o fundamento da responsabilidade criminal n'uma offensa feita á moral, que a consciencia nos revela, ou á ordem social, o que não exclue a ideia d'um delicto moral, pois que a perturbação causada na ordem social importa a violação d'um dever — o do homem para com a sociedade <sup>1</sup>. A mesma ideia serve tambem de base á responsabilidade civil. Suppõe esta uma offensa á ordem moral, a violação d'um dever do homem em sociedade e que a todos é imposto igualmente — não offender os direitos dos outros <sup>2</sup>.

Em conformidade com esta theoria, é doutrina geralmente

ao lado d'uma casa na qual começa a manifestar-se um incendio, prosegue todavia seu caminho sem se preoccupar com os meios de o extinguir, é seguramente um máu cidadão, mas não é responsavel, porque não é obrigado legalmente a intervir, a não ser nos casos em que os seus serviços ou soccorros sejam reclamados legalmente nos termos do artigo 188 do Codice Penal (Vej. Demolombe, *obr. e tom. cit.*, n.º 479; Laurent, *obr. e tom. cit.*, n.º 388 e 389; Marcadé, *obr. e tom. cit.*, pag. 276; Sourdat, *obr. e tom. cit.*, n.º 442).

<sup>1</sup> Rossi, *Traité du droit pénal*, liv. I, chap. I e II e chap. XII e XIII.

<sup>2</sup> Sourdat, *obr. cit.*, tom. I, n.º 13.

seguida que a responsabilidade, mesmo a civil, só começa onde existe imputação e que esta só tem logar desde que no agente do facto ha intelligencia e liberdade.

A causalidade póde ser cega e mechanica; a imputabilidade suppõe que o agente obra com plena consciencia e com plena liberdade. O homem, porque é imputavel, deve responder pelos seus actos; se a imputabilidade é impossivel, cessa a responsabilidade.

Se a sua intelligencia ainda se acha por desenvolver, ou, depois de desenvolvida, foi escurecida pelas trevas da loucura, se a sua liberdade moral desaparece, a sua responsabilidade deve cessar ao mesmo tempo, e assim como o contracto que celebra não é valido, o acto que pratica não lhe deve ser imputado, pois é effeito das forças cegas e brutas da natureza, e não do homem intelligente e livre, que obra e se move n'uma sociedade de homens intelligentes e livres, entre os quaes é norma a razão, limite o direito.

Portanto os loucos e os menores sem uso de razão deviam ser irresponsaveis não só criminal mas tambem civilmente <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> É esta a doutrina seguida *de jure constituendo* pelo sr. conselheiro Dias Ferreira, *obr. cit.*, tom. I, pag. 7, e tom. v, pag. 117, assim como era a seguida pelo direito romano (*Supra*, n.º 15) e pelo nosso antigo direito (*Supra*, n.º 33), sem embargo da doutrina contraria seguida por Mello Freire (*Instit. jur. crim. lusit.*, tit. 1, § 2).

O Codigo civil francez, tornando a responsabilidade civil dependente da *falta*, *negligencia* ou *imprudencia* (artt. 1382 e 1383), segue a mesma doutrina, como o têm entendido quasi todos os seus commentadores, em conformidade com a antiga jurisprudencia franceza. Vej. Pothier, *Traité des obligations*, n.º 118; Delvincourt, *Cours de Code Civil*, Paris, 1834, tom. III, pag.

Todavia o *Codigo*, seguindo o exemplo do codigo penal hespanhol de 1848<sup>1</sup>, impõe expressamente, nos artigos 2377 e § un. e 2379 e § un., aos dementes e menores responsabilidade subsidiaria pelos damnos que causarem, e como a estes não podem imputar-se moralmente seus actos, segue-se que, segundo o *Codigo*, a imputabilidade moral não é condição indispensavel para a responsabilidade civil. Não exclue o *Codigo* a imputabilidade moral, ainda que

---

452, not. 7; Zachariae, *Le Droit Civil français*, trad. de l'alle. et annoté par Massé e Vergé, Paris, 1858, tom. iv, § 625; Marcadé, *obr. cit.*, tom. v, pag. 274 e 275; Rogron, *Code Civil expliqué*, 49.<sup>me</sup> édit., tom. i, pag. 1617; Demolombe, *obr. cit.*, n.ºs 485-488 e 494-496; Le Sellyer, *Traité de la Criminalité, de la Pénalité et de la Responsabilité*, tom. i, n.º 100; Sourdat, *Traité général de la Responsabilité*, tom. i, n.ºs 16, 17, 416 e 644, etc.; Seguem a opinião oposta, com relação aos dementes, Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5.<sup>me</sup> édit., tom. iii, v.º *Blessé*, § 3, n.º 4, e v.º *Démence*, § 2, n.ºs 3 e 4; Carnot, *Commentaire sur le Code Pénal*, Bruxelles, 1835, pag. 133, n.º iii sur l'art. 64; Belime, *Philosophie du Droit*, tom. ii, pag. 403 e seg.; Legraverend, *Traité de la Législation Criminelle*, Bruxelles, 1839, tom. i, n.º 170, onde se limita a dizer incidentalmente, a proposito d'uma questão de jurisdicção: «*Ses biens répondent évidemment du tort dont il est cause.*» etc. O *Codigo Civil italiano*, artt. 1151 e 1152, e o *Codigo Civil austriaco*, art. 1306, exigem tambem a *culpa* e a *negligencia* ou *inprudencia*. Excluem, portanto, os dementes e menores. Vej. Vincenzo Cattaneo e Carlo Borda, *Il Codice Civile italiano annotato*, pag. 846, n.º 7; e *codigo austriaco em Saint Joseph, Concordance entre les Codes Civils étrangers et le Code Napoléon*, tom. i, pag. 137.

<sup>1</sup> Artt. 8, 15 e 16, cujas disposições foram mantidas com leves alterações no codigo penal de 17 de junho de 1870, artt. 8, 18 e 19. Pelo codigo de 1848 a responsabilidade dos dementes era apenas subsidiaria e a dos menores era principal, respondendo os paes ou tutores só no caso de elles não terem bens proprios: pelo codigo de 1870, tanto a duns, como a d'outros, é apenas subsidiaria.

desacompanhada da imputabilidade physica, como succede na responsabilidade imposta aos paes e tutores pelos danos resultantes dos actos praticados por seus filhos e tutelados; mas quando o damno não possa ser moralmente imputado a alguém, contenta-se com a imputabilidade physica, remonta até ao auctor material do facto illicito e obriga este a reparal-o, o que é contra todos os principios da responsabilidade juridica, reconhecidos em parte pelo proprio *Codigo*.

Em varios artigos fundamenta elle a responsabilidade civil, não só a contractual <sup>1</sup>, mas ainda a excontractual <sup>2</sup>, sobre o dolo, a culpa ou a negligencia d'aquelle a que se imputa o damno, e, até, gradua-a de modo differente, segundo ha dolo ou simples culpa da parte do agente do facto prejudicial <sup>3</sup>, e segundo o grau de culpa de cada um, quando os agentes do facto d'onde resultou o damno forem diversos ou a culpa fôr commum ao lesante e ao lesado <sup>4</sup>.

Ora dolo, culpa, negligencia, implicam evidentemente a existencia da liberdade moral na pessoa á qual se imputam

<sup>1</sup> Artt. 717, §§ 2 e 3, 734, 735, 861, n.º 1, 1161, 1258, 1306, 1336, 1347, 1383, n.º 4, 1384, n.º 2, 1398, 1417, 1420, 1435, n.º 1, 1608, n.º 2, etc.

<sup>2</sup> Artt. 248, 2059, 2221, § 2, 2377, 2379, 2394, 2395, 2398, etc.

<sup>3</sup> Ha alguns casos em que só o dolo ou a má fé originam a obrigação de perdas e danos. Vej. os artt. 697, §§ 1.º e 2.º, 1418, 1433, n.º 3, 1555, 1558, 1909 etc. Ha outros em que a responsabilidade varia, segundo ha má fé ou simples culpa ou negligencia. Vej. em materia contractual os artt. 758, 1047 e 1048, e em materia excontractual os artt. 194-197, 2302 e 2303, 2384-2387, 2390 etc.

<sup>4</sup> Artt. 2372, § 1.º, e 2398, § 2.

e que o acto que teve logar resulta da livre determinação da sua vontade.

E que dolo, culpa ou negligencia póde imputar-se aos loucos ou aos menores que tiverem procedido sem discernimento? Nenhuma, evidentemente, pois nada do que constitue a personalidade e fundamenta a responsabilidade subsiste n'elles. Os seus actos, apesar de espontaneos, pois, como disse Aristoteles, é espontaneo aquelle acto *cujus principium est in agente*, não são actos humanos, actos pessoaes, são actos estranhos, não ao corpo humano que foi o agente ou o instrumento, mas á sua razão, á sua vontade, áquillo que constitue a personalidade humana.

Impor-se-lhes, indistinctamente, responsabilidade civil pelos seus actos, é contrariar o principio da irresponsabilidade pelo caso fortuito ou de força maior, aliás reconhecido pelo *Codigo*, entre outros, nos artigos 154, § un., 705 e 1516 <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Não responde o homem pelo caso fortuito ou de força maior, por isso mesmo que, não intervindo no facto a vontade, não póde ser-lhe imputado. A responsabilidade pelo caso fortuito ou de força maior admittida pelo *Codigo* em algumas hypotheses, como nas dos artigos 496, 1436 etc., não contraria esta doutrina, pois então a responsabilidade basea-se ou em expressa clausula do contracto livremente celebrado, ou n'um facto anterior moralmente imputavel. É a applicação da regra que se é responsavel mesmo pelo caso fortuito . . . *si culpa casum praecessit*. Por isso, ainda aquelles que exigem a imputabilidade moral como condição indispensavel para a responsabilidade civil, são concordes em admittir responsabilidade para o auctor d'um acto commettido no estado de demencia, se a parte lesada provar que o estado de demencia, de imbecilidade ou de furor, sob o imperio do qual o acto foi commettido, é o resultado, não d'uma loucura congenita ou accidental, mas de habitos *voluntarios* de desregramentos e excessos, como

Com effeito, o caso fortuito é um acontecimento que se realisa contra toda a previsão, contra a nossa vontade, e que uma vez realisado surprehende nossa inevitavel imprevidencia <sup>1</sup>; a força maior é um acontecimento que, embora previsto, não poderia ser prevenido; desafia a nossa resistencia bem como a nossa prudencia <sup>2</sup>. Ora nem os actos praticados pelos dementes e menores sem discernimento se podem dizer, em regra, previstos com relação a elles, nem o louco pôde resistir ao mal que o possui, que oblitera sua razão e o converte em instrumento cego e inconsciente d'uma actividade cega e doente, de que elle é juguete e pôde ser que a primeira victima. E ainda n'aquellas formas phrenopathicas em que os actos podem ser previstos, como na loucura impulsiva, que, deixando integra a consciencia dos proprios actos e o discernimento moral, arrasta todavia por um im-

---

muitas vezes succede pela desordem dos costumes e abuso das bebidas alcoolicas. Aquelle que, cedendo a uma paixão funesta, destróe em si mesmo a faculdade de querer e de se dirigir, commette uma falta que o obriga a reparar aos seus similhantes os males que depois lhes causar, embora involuntariamente (Vej. Demolombe, *obr. e tom. cit.*, n.º 482 e 490; Sourdats, *obr. cit.*, tom. 1, n.º 19; Dalloz, *Réportoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, edição de 1858, tom. 37, pag. 323, 329, 330 e 417; Labbé, *De la démence au point de vue de la responsabilité et de l'imputabilité en matière civile*, § 1, dissertação publicada na *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*. Paris, 1870, tom. 37, pag. 109 e seg.; Briand et Chaudé, *Manuel de Médecine Légale*, decima edição, tom. 1, pag. 64).

<sup>1</sup> L. 2, § 7, D., *de adm. rer. ad civ. pert.* (50-8); L. 11, § 5, D., *de min.* (4-4); L. 6, C., *de pignor act.* (4-24).

<sup>2</sup> L. 15, § 2, L. 25, § 6, D., *locati* (19-2); Coelho da Rocha, *Instit. de Dir. Civ. Port.*, § 124; Demolombe, *Traité des Contrats*, tom. 1, n.º 553 e seg. etc.

pulso fatal e irresistivel a vontade <sup>1</sup>, ha um verdadeiro caso de força maior, incompativel com a responsabilidade <sup>2</sup>.

Os damnos por elles causados e que não podessem ser imputados aos seus guardas paes ou tutores deviam, pois, ficar sem reparação pela regra «*casus nemo praestat.*»

**46.** Mas, dir-se-ha, se seus actos não implicam dolo, nem culpa ou negligencia, não são pelo menos actos persoaes, actos cujas consequencias prejudiciaes devem elles supportar antes que o lesado, factos de que seus auctores não podem prevalecer-se contra um terceiro?

---

<sup>1</sup> Depois dos progressos que n'estes ultimos 50 annos tem feito os estudos de pathologia mental, não é licito pôr em duvida esta especie de loucura. (Vej. Pinel, *Aliénation mentale*, pag. 157; Tardieu, *La folie*, Introd., pag. xiii; Marc, *De la folie*, tom. 1, chap. iv, pag. 239 e seg.; Briand et Chaudé, *obr. cit.*, pag. 104 e seg., e 113 e seg.; Maudsley, *Le Crime et la Folie*, chap. v, pag. 127 e seg., etc.)

<sup>2</sup> O principio de que o acto commettido por um individuo no estado de loucura não lhe é imputavel e constitue uma especie de força maior, é frequentemente applicado pelos juriconsultos e tribunaes francezes em questões de seguro. O segurado, n'um accesso de loucura, destrõe a cousa segurada e realisa o sinistro, para a reparação do qual foi promettida pelo segurador uma indemnisação. Será devida a indemnisação? Desde que na apolice do seguro não se encontre clausula restrictiva, respondem affirmativamente, baseados nas razões seguintes: 1.º é da natureza d'este contracto garantir o segurado contra o incendio proveniente de uma causa qualquer de força maior, não imputavel ao segurado, caso em que se acha o louco, pois a loucura opprime o homem como um poder exterior da natureza, como uma causa de força maior; 2.º o seguro contra o incendio cobre até o damno proveniente de culpa do segurado, com tanto que tal culpa não seja assaz grave para poder ser considerada como intencional: ora se o contracto abrange o sinistro causado por uma leve imprudencia do segu-

Foram, sem duvida, estas considerações que induziram o nosso legislador a estabelecer a doutrina exposta.

Defendendo as disposições do artigo 16 e regra 1.<sup>a</sup> do código penal hespanhol de 1848, idênticas ás dos artigos 2377 e 2378 do nosso *Código Civil*, e que podemos considerar como a sua fonte, diz um illustre commentador d'aquelle código: «Com effeito, não ha aqui nem pena, nem castigo, nem expiação, assim como não ha nada de tudo isto no facto de pagar uma divida que se haja contrahido. É razoa-

---

rado, por maioria de razão deve abranger o incendio posto pelo proprio segurado n'um momento de loucura. (Vej. Demolombe, *obr. e tom. cit.*, n.º 488; Alauzet, *Assurances*, n.º 508; Labbé, *dissertação cit.*, § 5; Briand et Chaudé, *obr. cit.*, pag. 64). Parece-nos tambem admissivel esta doutrina entre nós, não só por ser a mais racional e mais harmonica com a natureza do contracto de seguro, mas tambem por ser a mais conforme com o preceito do artigo 1770 do código çommercial, segundo o qual o segurado responde pelo damno, excepto provindo de facto ou negligencia *grave* do segurado, e segundo o artigo 1540 do *Código Civil*, que dispõe que o contracto de seguro que não dísse respeito a objectos commerciaes seja regulado pelas regras geraes dos contractos, e, segundo estas, o contractante só é responsavel, em regra, por damnos quando culpado (Vej. *infra*, n.º 50).

Mas se o predio incendiado pertencer a um terceiro, o louco é responsavel para com elle nos termos do artigo 2377 e § unico, e como o segurador fica subrogado nos direitos do segurado, em virtude das disposições dos artigos 1788 do cod. com. e 779, n.º 1.º, do cod. civ., pôde o segurador demandar o louco pela indemnisação concedida ao segurado. Assim, o contracto de seguro celebrado entre terceiros em nada influe sobre a responsabilidade do louco; quando celebrado com o proprio segurado, que depois enlouqueceu e destruiu durante a loucura o objecto segurado, isenta-o da responsabilidade por força do mesmo contracto. Estas soluções, que nos parecem ser as mais conformes com a lei, são pouco harmonicas entre si, força é confessal-o; mas esta desharmonia procede da demasiada generalidade do preceito do artigo 2377.

vel e justo que respondamos pelas consequencias de nossos actos, e o triste estado de nossa intelligencia não pôde eximir-nos. Assim como o demente é obrigado a pagar o que come, assim tambem ha de reparar o damno que causa. Pelo facto de ser louco não hão de os seus semelhantes ser obrigados a soffrer, mais do que o necessario <sup>1</sup>, os resultados prejudiciaes de seus actos. Não devem seus concidadãos lamentar na miseria aquillo que elle executou no seu delirio.

Não se pôde assimilar-o áquelle que obrou no exercicio de um direito, porque não se acha n'este caso. Ser privado da intelligencia é uma infelicidade, mas não um direito <sup>2</sup>.

Assim, segundo o sr. Pacheco, a responsabilidade civil do demente não é outra cousa senão uma obrigação nem mais nem menos que a do homem que contráe uma divida. Mas poderá contrahir-se a divida sem o consentimento livre das duas partes? e onde encontraremos uma apparencia

<sup>1</sup> N'estas palavras refere-se o distincto criminalista ao favor concedido aos loucos, resalvando-se-lhes em todo o caso os necessarios alimentos, beneficio que o nosso codigo tambem lhes concede (art. 2378), mas que recusa aos menores, pois no § un. do art. 2379 só torna applicavel ao caso de menoridade o disposto no art. 2377 e seu §, e não o disposto no art. 2378. (Vej. sr. conselheiro Dias Ferreira, *obr. cit.*, tom. v, pag. 118). Seguiu ainda n'esta parte o exemplo do codigo penal hespanhol de 1848 (art. 16, reg. 1.º e 2.º), mas sem razão, porque o menor, que obra sem discernimento, está nas mesmas circumstancias do desassisado, e portanto deviam ser equiparados. Esta desharmonia já não apparece no codigo penal hespanhol de 1870, que concedeu, tanto aos dementes como aos menores, o beneficio mencionado (art. 19, reg. 1.º).

<sup>2</sup> Pacheco, *obr. cit.*, tom. 1, pag. 297, n.º 16.

sequer de consentimento livre n'aquelle que não possui intelligencia nem liberdade?

— *A loucura não cria um direito.*

E quem affirma que ella cria um direito? Ella cria uma isenção, isto é, uma excepção ao direito geral e nada mais, e deve creal-a geral, isto é, tanto perante a lei penal, para uma condemnação a uma pena qualquer, como perante a lei civil, para uma condemnação a perdas e danos para com a parte lesada, porque os motivos que determinam a justiça d'esta isenção são os mesmos em todos os casos e em todas as circumstancias. A impossibilidade de estabelecer a respeito dos dementes e menores que obrarem sem discernimento, uma distincção equitativa e racional quanto ao principio gerador dos actos, arrasta a impossibilidade de estabelecer uma distincção razoavel e equitativa quanto á responsabilidade, isto é, quanto ás consequencias d'estes mesmos actos.

Mas «*os concidadãos do louco não devem lamentar na miseria aquillo que elle executou no seu delirio*», accrescenta o sr. Pacheco. Confessamos que esta opinião têm a seu favor uma certa equidade apparente e é de natureza a seduzir, quando se colloquem em frente um do outro, um louco rico e um indigente ferido, lesado, por um acto de loucura. Com effeito, não é repugnante que o demente conserve o bem-estar e a riqueza, ao passo que a infeliz victima de seus actos não receberá allivio algum? Os bens do insensato serão conservados para fazer desaparecer ou diminuir n'elle os vestigios da sua loucura, e não servirão para minorar os

soffrimentos d'aquelles de cuja infelicidade a sua loucura foi causa! Não é isto lamentavel?

«Sim, sem duvida — responde Debolombe — nós comprehendemos esta emoção, e que haja, em tal caso, da parte da familia do demente, um dever de consciencia, uma obrigação moral e religiosa de minorar este infortunio. Mas violariamos os principios mais elementares de direito, se transformassemos esta obrigação moral em obrigação juridica. — Invertei, diz Labbé, os termos da hypothese; o louco que causou o damno tem poucos recursos; é a victima que é rica. O sentimento supportado já não é o mesmo. Prova isto que o acto do louco não encerra em si o principio d'uma obrigação — É que, com effeito, nós vivemos no meio de todos estes azares e d'estas eventualidades accidentaes e imprevistas; é a telha que caé sobre um e que poupa o outro <sup>1</sup>.»

Tambem não colhe o argumento de analogia, empregado pelo distincto criminalista. Se o demente ou o menor podem ser obrigados a pagar aquillo que comem, não é pelo principio da responsabilidade civil por perdas e danos, mas pelo principio de inteira equidade, contido n'estas palavras da lei romana: «*Non debet quis lucrari ex alieno damno* <sup>2</sup>», e de que o *Codigo* faz applicação, entre outros, nos artigos 698 e 1433, n.º 2.º É tambem em virtude do mesmo prin-

---

<sup>1</sup> *Obr. cit.*, n.º 487.

<sup>2</sup> L. 28, D., *de dol. mal.* (4-3).

cipio que o demente ou o menor, embora proclamado o principio da irresponsabilidade civil em relação aos danos por elles causados, não podiam deixar de ser obrigados á restituição das cousas ainda existentes em seu poder ou á reparação até ao concorrente valor da utilidade, que tiraram do facto, que causou o damno <sup>1</sup>. Existe então um estado de facto injusto, cuja cessação o direito offendido reclama. O auctor não se queixa d'uma violação consciante e culposa do seu direito, mas da injustiça objectiva; não basea a sua reclamação na falta do adversario, mas n'um facto independente de toda a culpabilidade — a propriedade, o contracto; não reclama a reparação das consequencias prejudiciaes do facto, mas unicamente a cessação do estado de facto objectivamente injusto, a restituição d'aquillo que é seu.

§ 47. Pondo, porém, de lado estas considerações, procuremos determinar precisamente qual é, segundo o *Codigo*, o principio gerador da responsabilidade civil, a fim de sabermos em que casos ella subsiste apesar de não ter logar a criminal.

Se attendermos unicamente ás disposições dos artigos 2377 e § unico e 2379 e § unico, havemos de concluir que o facto prejudicial e illicito; isto é, commettido sem direito, é, segundo o *Codigo*, o verdadeiro e unico fundamento da responsabilidade civil, conclusão corroborada pela generica

---

<sup>1</sup> Vej. Coelho da Rocha, *obr. cit.*, §§ 18 e 20.

disposição do artigo 2361; se, porém, attendermos ás disposições de varios artigos, em que se basea a responsabilidade na culpa ou negligencia do responsavel, e, nomeadamente, ás dos artigos 2385 e 2387, em que, regulando-se a responsabilidade por homicidios, ou ferimentos involuntarios, só se admite quando elles sejam *puniveis*, e á do artigo 2398, § 1, onde se restringe a responsabilidade nas hypotheses alli previstas ao caso de se dar inobservancia *voluntaria* das regras communs e seguidas na praxe, havemos de concluir que não basta para se impôr responsabilidade ao auctor do damno o ter elle praticado o facto prejudicial e illicito, mas que é necessario que o facto possa ser-lhe imputado moralmente, e que, por conseguinte, pelo menos em taes hypotheses, os loucos e menores, que tiverem procedido sem discernimento, são irresponsaveis pelos danos que causarem.

Para melhor esclarecermos a desharmonia entre estes artigos e delimitarmos a responsabilidade civil dos loucos e menores sem discernimento, necessario se torna averiguar, ainda que ligeiramente, qual é a doutrina estabelecida pelo *Codigo* sobre a responsabilidade civil em geral.

48. A responsabilidade civil póde provir ou da infracção das obrigações particulares e relativas, pelas quaes uma pessoa se acha obrigada para com outra, ou da infracção do dever social, geral e independente de toda a obrigação particular e preexistente, e que a todos é imposto igualmente — *não lesar os direitos dos outros*. Umas e outras abrange a

disposição generica do artigo 2361: são todavia reguladas por forma diversa.

49. A infracção das obrigações da primeira especie, quer se fundamentem n'um contracto, como a obrigação de dar certa cousa ou de prestar certo factio, quer em disposição d'ultima vontade ou em disposição da lei, como a do tutor (art. 248), a do administrador da herança (art. 2059) etc., tem de ser regida pelos principios estabelecidos nos artigos 702 e seguintes, em tudo o que fôr applicavel. Tal é a expressa disposição do artigo 2393; ora, segundo as disposições dos artigos 702 e seguintes, as perdas e damnos só são imputaveis, quando houver dolo, culpa ou negligencia d'aquelle a que pretende impor-se a responsabilidade <sup>1</sup>.

Nenhuma duvida existe com relação á responsabilidade que deriva do dolo: admitte-a o direito universal e reconhe-

---

<sup>1</sup> Póde objectar-se que em alguns casos o Codigo obriga á indemnisação de perdas e damnos, apesar de não poder admitir-se realmente a existencia de culpa alguma, como succede, por ex., na móra. Com effeito, o devedor em móra responde por perdas e damnos, ainda quando, não obstante todos os seus esforços, não póde executar a prestação e parece, portanto, immune de toda a culpa (art. 711). Porém a esta observação respondemos que ninguem deve comprometter-se a executar uma prestação que excede seus meios. Cada um deve conhecer o alcance de suas forças e calcular, antes de contractar, o que é capaz de prestar: se se engana, commette uma falta — *cum posset*, dizia já Ulpiano, *non suscipere talem causam, quam decipere* (L. 7, pr., D., *Depos.*, (16-3), falta de que elle mesmo, e não o outro contractante, deve supportar as consequencias prejudiciaes — *Causa difficultatis ad incommodum promissoris pertinet* (L. 137, § 4, D., *de Verb. Obl.* (43-4). Este ultimo podia não ter contractado. A culpa retroage aqui ao momento do contracto.

ce-a o *Codigo* nos artigos 248, 1418, 1433, n.º 3, 1909, 1558 etc. Já não succede assim com relação á que deriva da simples culpa. Com quanto seja reconhecida em direito, a sua qualificação e prestação tem dado origem a differentes theorias desde o direito romano, e não é isenta de duvidas no nosso *Codigo*.

É sabido que os romanos distinguiam o *dolo* da *culpa*, fazendo consistir aquella n'um vicio de intenção e esta n'uma falta de attenção, e que ainda subdividiam esta em tres grãos, *lata*, *leve* e *levissima*, obrigando á prestação só o primeiro gráo, ou o primeiro e o segundo, ou todos, segundo o contracto era celebrado sómente no interesse d'aquelle que soffria as consequencias da culpa, como no deposito, ou no interesse *commum* d'ambas as partes, como no penhor, ou no interesse sómente do culpado, como no *commodato*, distincção inapplicavel ao *damno injuria datum*, pelas razões já expostas <sup>1</sup>.

Esta theoria do direito romano, que foi objecto de estudos subtilissimos da parte dos interpretes, e que passou para o nosso direito antigo, como póde inferir-se da Ordenação. liv. iv, tit. 53, § 2, e do *Codigo Commercial*, artigo 302, que ainda se refere á culpa *levissima*, foi muito combatida, já pela impossibilidade pratica de distinguir e delimitar precisamente os differentes grãos de culpa, já porque, tractando-se de avaliar a imputação culposa de um factó, não era tanto pela natureza da obrigação, como pelo exame das circumstancias,

---

<sup>1</sup> *Supra*, n.º 18.

habitos e qualidades do individuo, que o praticou, que o julgador se devia guiar <sup>1</sup>.

Cumpra todavia não dissimular que tal theoria se baseava sobre uma ideia justa. É certo que a intenção dos contractantes é a de se sujeitarem a uma responsabilidade mais ou menos grave, segundo os casos, e que, mais um contracto é desinteressado da parte de um d'elles, menos severo se deve ser a seu respeito. Não podia, pois, deixar de ser attendido pelo legislador este principio.

50. O *Codigo*, deixando ao prudente arbitrio do julgador o qualificar a culpa conforme as circumstancias do facto, do *contracto* e das *peessoas* (art. 717, § 3), não só attendeu, quando manda ter em conta as circumstancias do contracto, ao principio em que se baseava a theoria romana, mas tambem á apreciação subjectiva da culpa, quando manda ter em conta as circumstancias da pessoa. Póde, por isso, a mesma pessoa ser responsavel pela infracção d'uma obrigação contractual e não o ser pela infracção d'outra tambem contractual, mas diversa, e póde tambem na mesma especie de contractos differir a culpa e, por consequente, a responsabilidade, se forem diversas as circumstancias das pessoas contractantes.

E isto mesmo se comprova com varios artigos do *Codigo*, onde se estabelece o criterio para a apreciação subjectiva da culpa.

---

<sup>1</sup> Vej. Coelho da Rocha, *obr. cit.*, § 126, e nota F a este

Pelo systema do *Codigo*, a *culpa* é o mesmo que *negligencia* ou falta de cuidado e diligencia de que resultaram actos positivos ou negativos, lesivos dos direitos dos outros. Tal é a definição que póde deduzir-se do artigo 717, § 2, combinado com outros. Que na phraseologia do *Codigo* a expressão *culpa* indica a ideia contraposta a cuidado e diligencia, evidentemente se deduz dos artigos 1420, 1435, n.º 1, e 1336 (*cuidado e diligencia de que é capaz*), 1306 (*cuidado que ordinariamente emprega*) etc., e esta é a significação que geralmente tem em todas as obras de jurisprudencia desde a legislação romana. Culpa é, pois, juridicamente nem mais menos que negligencia, e como synonymas são quasi sempre empregadas pelo *Codigo* estas expressões <sup>1</sup>.

Mas qual é o cuidado ou diligencia a que somos obriga-

---

<sup>1</sup> Vej. os artt. 248, 717, 734, 735, 737, 861 n.º 1, 1258, 1347, 1661, 2059, 2377, 2379, 2394, 2398, § 2, etc. Algumas vezes emprega o *Codigo* apenas a expressão *culpa*, como nos artt. 1420, § un., 1383 n.º 4, 1384, n.º 2, 1417, 2221, § 2, 2398, etc., ou só a expressão *negligencia*, como no art. 2395, e outras vezes diz «culpa e negligencia», como no art. 1608, n.º 2. Não obstante esta variedade de redacção, entendemos que o *Codigo* emprega como synonymas estas expressões. E tal é tambem a opinião do sr. conselheiro Dias Ferreira, que diz a este respeito: «Parece que a commissão revisora, nos trabalhos da primeira revisão, queria distinguir entre culpa e negligencia, porque em a nota ao artigo 795 do projecto de 1863, correspondente ao artigo 717 do *Codigo*, lê-se o seguinte: «A commissão resolveu que se tornasse mais clara a distincção entre culpa e negligencia». Todavia esta resolução não foi cumprida, e a redacção conservou-se em todos os projectos da commissão revisora tal qual vinha no projecto primitivo». (Vej. *obr. cit.* tom. II, pag. 226, e *Actas cit.*, pag. 90).

dos, e cuja falta envolve culpa imputavel e portanto responsabilidade?

O *Codigo*, quando se tracta da infracção de obrigações contractuaes, aprecia quasi sempre a culpa em *concreto*<sup>1</sup>, fazendo-a consistir na falta de cuidado e diligencia *de que é capaz* o responsavel ou que *n'elle é ordinaria* ou que *emprega nas suas proprias cousas* ou *nos seus proprios negocios*<sup>2</sup>, e só no caso excepcional do § unico do artigo 1516 exige uma diligencia superior á que empregamos com relação ás nossas proprias cousas, d'onde se conclue que o mesmo criterio deve ser empregado nos casos em que o *Codigo* faz especial menção da culpa ou negligencia, sem mais qualifi-

<sup>1</sup> Diz-se que a culpa é apreciada *em abstracto* ou *em concreto*, segundo se toma um termo de comparação absoluto nos homens em geral e sem referencia a pessoa alguma, ou um termo de comparação relativo no caracter habitual da pessoa, cujos actos tem de ser avaliados.

A estes dous processos de apreciar a culpa fazem corresponder alguns juriconsultos dous grãos de culpa: a *culpa grave*, correspondente á diligencia *em concreto*, isto é, quando se falta ao cuidado que o individuo costuma empregar nos seus proprios negocios, e *culpa leve*, correspondente á diligencia *em abstracto*, isto é, quando se falta sómente ao cuidado a empregar pelo pae de familia diligente. Tal é a theoria excogitada por Hasse (*De la faute en Droit Romain*, Kiel, 1815), e applicada ao codigo civil francez por Hauthuille (*Dissertation*, publicada na *Revue Critique de législ. et de jurispr.*, tom. II, pag. 349), se bem que com pouca exactidão. Assim, para não citar senão um exemplo entre muitos, o tutor deveria, segundo Hauthuille, a diligencia *em concreto*, e o locatario e o commodatario a diligencia *em abstracto*. Ora como conciliar tal differença com os artigos 450, 1728, e 1880 do codigo civil francez, que obrigam igualmente estas pessoas á diligencia de um bom pae de familia?

<sup>2</sup> Vej. os artt. 861, n.º 1, 1306, 1336, 1412, 1420, 1435, n.º 1.º, 1514, etc.

cação alguma <sup>1</sup>, ainda que se tracte de obrigações individuaes e relativas não provenientes de contracto, como é a do tutor relativamente á administração dos bens do menor (art. 248), a do administrador da herança (art. 2059) etc., pois, segundo o artigo 2393, a responsabilidade proveniente da não execução dos contractos e de *quaesquer outras obrigações* rege-se pelos principios estabelecidos nos artigos 702 e seguintes, em tudo o que fôr applicavel <sup>2</sup>. Exceptua-se porém a culpa do usufructuario em relação ás deteriorações, a qual tem de ser apreciada em *abstracto*, como se deprehende do artigo 2221, n.º 2, que o torna responsavel pela culpa em relação ás deteriorações, combinado com o artigo 2223, que declara dever elle gosar a cousa como *proprietario prudente*.

Do exposto se conclue que, a não ser n'este caso excepcional, a responsabilidade pela infracção de obrigações individuaes e relativas póde variar muito de individuo para individuo, embora em ambos seja igual a culpa considerada objectivamente, e póde até desaparecer completamente, como succederia com os dementes e menores sem discernimento <sup>3</sup>, pois não podendo dizer-se d'elles que sejam capazes ou que

---

<sup>1</sup> Vej. os artt. 1047, § 4, 1161, 1258, 1347, 1383, n.º 4, 1384, n.º 2, 1417 1608, n.º 2, etc.

<sup>2</sup> Vej. no *Direito*, 7.º anno, pag. 369 e seg., um artigo do sr. Visconde de Paiva Manso, em que se sustenta esta mesma doutrina.

<sup>3</sup> Ha alguns casos em que os menores que não forem destituídos de sufficiente intelligencia são responsaveis por perdas e damnos. Vej. artt. 98 299, 1433, regra 3.ª, etc.

empreguem cuidado algum nos seus negocios ou nas suas proprias cousas, faltaria o termo de comparação para a apreciação da culpa considerada subjectivamente. Aquelles que contractarem com pessoas em taes circumstancias a si imputem as consequencias prejudiciaes que d'ahi lhes possam advir <sup>1</sup>.

51. A doutrina que deixamos exposta não é applicavel á responsabilidade civil pelos danos commettidos independentemente de qualquer obrigação accidental e relativa, preexistente ao damno. Póde estabelecer-se como principio inconcusso que só o exercicio regular d'um direito legitimo póde assegurar a irresponsabilidade do damno causado a um terceiro.

Comquanto o *Codigo* em alguns casos, como nos dos artigos 2394, 2395, 2398, etc., torne a responsabilidade dependente da culpa, esta tem de ser apreciada em *abstracto*, como aconselha a razão, sustenta a jurisprudencia e exige a coherencia.

Com effeito, se ha razão para se ser menos rigoroso na apreciação da culpa contractual, visto que as partes livremente se escolheram e acceitaram, e entraram livremente em relações a que não eram obrigadas, e mesmo porque aquelle, cuja falta tracta de apreciar-se, não prometteu, ou póde presumir-se não ter promettido empregar na execução da obrigação mais cuidado do que o que emprega nos seus

---

<sup>1</sup> Vej. os artt. 697 e 698, 1433, reg. 2.º, etc.

proprios negocios, ou de que é capaz, cessa este motivo quando se tracta do damno proveniente da infracção do dever social, geral e independente de qualquer obrigação particular preexistente ao damno — *não offender o direito dos outros.*

Aqui, o auctor do damno e aquelle que o soffreu são estranhos um ao outro, e por isso é logico e equitativo que o culpado, por leve que seja a culpa, suporte as consequencias prejudiciaes do seu facto e não as faça recahir sobre a victima, que de nada tem a inculpar-se e que não ha podido prever nem impedir o facto de outrem, que lhe causa um damno. Em nome de que principio imporia elle a terceiros as consequencias funestas da sua indolencia habitual, da sua falta d'actividade ou de reflexão?

«Entre aquelle que se engana e aquelle que soffre, dizia Bertrand de Greuille no seu relatorio ao tribunado sobre o titulo iv, liv. iii, do codigo civil francez, a lei não póde hesitar. Onde ella perceber que um cidadão soffreu uma perda, examina se ao auctor d'esta perda foi possivel não a causar, e, se encontra n'elle leveza ou imprudencia, deve condemnal-o á reparação do mal que fez <sup>1</sup>».

Esta doutrina, que era já seguida pelo direito romano <sup>2</sup>, e é tambem a seguida pelos jurisconsultos francezes, ainda por aquelles que admittem a theoria romana sobre a triplice

---

<sup>1</sup> Vej. a collecção dos — *Motifs, rapports et opinions des orateurs qui ont coopéré à la redaction du Code Civil*, etc., revista por M. Poncelet, tom. 1, pag. 517.

<sup>2</sup> *Supra*, n.º 18.

classificação da culpa <sup>1</sup>, não póde deixar de ser seguida entre nós, por maioria de razão, pois o *Codigo* nem sequer exige a imputabilidade moral como requisito indispensavel para a responsabilidade civil.

Deduz-se tambem esta doutrina das palavras «deixarem de observar ou de fazer observar *as regras communs e seguidas na praxe* para obviarem a taes inconvenientes», empregadas no § 1.º do artigo 2398. Desde que não se observem estas regras, ha responsabilidade; pouco importa, para este effeito, a maior ou menor capacidade ou competencia do auctor do facto.

E comquanto a disposição d'este § se refira unicamente ao exercicio das empregos, profissões e misteres indicados na disposição inicial do artigo, e que ainda assim abrange a maior parte dos casos de responsabilidade civil que na pratica podem apparecer, não póde deixar de ampliar-se aos outros damnos que uma pessoa causar directamente a outra por desleixo ou imprudencia, embora não seja no exercicio d'estas empregos, profissões ou misteres. Desde que ellas voluntariamente tenham deixado de observar os regulamentos e as regras seguidas na praxe, ou de empregar a diligencia e cuidado ordinario e prudente, que é a regra *commum* da humanidade, seja qual fór o gráo de culpa moral, são responsaveis pelas consequencias prejudiciaes que

---

<sup>1</sup> Vej. Demolombe, *obr.* e tom. cit., n.º 473-475; Marcadé, *obr.* e tom. cit., pag. 274; Sourdat, *obr.* e tom. cit., n.º 655-657; Laurent, *obr.* e tom. cit., n.º 462 e 463; etc.

d'ahi resultarem. O artigo 2361 abrange a todas na sua generica disposição; a razão da lei é a mesma, e *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*.

Mas, assim como as pessoas mencionadas no artigo 2398 não incorrem indistinctamente em responsabilidade por quaesquer danos que ás cousas ou pessoas resultarem de seus actos, mas sómente quando deixarem de observar ou de fazer observar os regulamentos e as regras communs e seguidas na praxe, assim tambem as pessoas não mencionadas alli só incorrem em responsabilidade, realisando-se as mesmas circumstancias.

Não ha de eximir-se de responsabilidade, por ex., o conductor d'um carro pertencente a uma empreza de viação, quando, apesar de observar os regulamentos e regras communs e seguidas na praxe, causou damno ás cousas ou ás pessoas, e sujeitar-se a ella o particular que, guiando seu proprio carro, atropellou alguém, apesar de tambem ter observado esses regulamentos e regras.

Desde que se observaram essas regras, o acto é *licito*, é o uso d'um direito, e o damno não póde considerar-se senão como um desastre, que só á propria victima ou a outrem póde ser imputado, ou que procede das forças da natureza, cuja acção o homem nem sempre póde prever nem corrigir.

Quando esses regulamentos ou essas regras não forem observadas, o facto é *illicito*, ha culpa, ainda que só apreciada em abstracto, e por consequente responsabilidade, qualquer que seja, de resto, o gráo de imputabilidade moral.

Aos tribunaes compete avaliar segundo as circumstancias

tão variadas, tão complicadas e, por vezes, obscuras dos diferentes casos que podem apresentar-se, se ha simplesmente o legitimo exercicio d'uma profissão, o uso d'um direito, ou tambem culpa, e se esta é só do offensor, ou tambem da victima, ou de outrem, e assim diminuir ou rateiar proporcionalmente a indemnisação nos termos do § 2.º do artigo 2398, cujo preceito é por sua natureza applicavel a todos os casos de responsabilidade civil <sup>1</sup>.

52. *Qualquer que seja o gráo de imputabilidade moral*— dissemos, e agora accrescentaremos que a responsabilidade subsiste, ainda que o facto não seja moralmente imputavel, por não ser susceptivel de imputabilidade moral o lesante.

Não exclue o *Codigo* a imputabilidade moral, e tanto assim que entre o auctor material do facto illicito e aquelle a quem elle póde ser moralmente imputado, prefere este na responsabilidade; mas, na falta de culpa moralmente imputavel a alguem, contenta-se com o facto illicito e ao seu auctor impõe a responsabilidade, baseado na importante consideração de que entre dous innocentes é preferivel que antes soffra as consequencias prejudiciaes do facto aquelle que o commetteu e a quem não póde ser moralmente imputado, unicamente por não ser susceptivel de imputabilidade moral, do que aquelle que nem mesmo contribuiu para elle. Não deixam duvidas a este respeito os artigos 2377 e 2379.

Parecem, todavia, oppor-se a esta conclusão os artigos

---

<sup>1</sup> Vej. *Revista de Leg. e de Jur.*, 15.º anno, n.º 758, pag. 473 e 474.

2385 e 2387. Com effeito, o *Codigo*, regulando nos artigos 2384 a 2387 a indemnisação por homicidios ou ferimentos, refere-se só aos casos de serem voluntarios ou involuntarios, *mas puniveis*, d'onde se conclue, *á contrario sensu*, que, quando *não forem puniveis* — e não o são quando praticados pelos dementes ou menores sem discernimento — não tem logar a indemnisação. E esta conclusão é corroborada, e ainda ampliada aos damnos causados ás cousas, pelo § 1 do artigo 2398, pois exige que a inobservancia das regras communs e seguidas na praxe seja *voluntaria*, para que possa fundamentar a obrigação de reparação.

E assim se sustentou já entre nós.

N'umas *reflexões juridicas*, a que em outro logar nos referimos <sup>1</sup>, sustenta-se a irresponsabilidade criminal e civil d'um menor de pouco mais de quatorze annos, o qual pegara n'uma espingarda, que ignorava estar carregada, e a disparara contra outro. O argumento alli desenvolvido póde formular-se nos termos seguintes:

Segundo os artigos 2386 e 2387 do *Codigo Civil*, para que os ferimentos possam obrigar a indemnisação, é necessario que sejam puniveis, ou por serem voluntarios ou porque, apesar de involuntarios, estão nas condições do artigo 369 do *codigo penal*, isto é, tiveram por causa a *impericia do agente, a sua inconsideração, negligencia, falta de destreza ou de observancia de algum regulamento*: ora como nem a

---

<sup>1</sup> *Supra*, n.º 40.

intenção malefica nem a culpa ou negligencia <sup>1</sup> se podem imputar aos menores de sete annos <sup>2</sup>, que tiverem obrado sem discernimento, e ainda n'aquelles que pouco mais têm de quatorze annos não pôde avaliar-se a culpa, a impericia, etc., como com relação ás outras pessoas completamente desenvolvidas, segue-se que nenhuma responsabilidade penal ou civil se lhes pôde impôr.

Pondo de parte a questão relativa ao discernimento de um menor de vinte e um annos, mas maior de quatorze, e dando como averiguado que o facto não só não fôra voluntario, mas que nenhuma culpa, inconsideração, imprudencia, etc., se podia imputar-lhe, por ter procedido sem discerni-

<sup>1</sup> As phrases «*homicidio voluntario, ferimento voluntario, damno voluntario*, etc.», são em linguagem juridica equivalentes a est'outras: «*homicidio doloso, ferimento doloso, damno doloso, ou com intenção malefica*» (Vej. acc. do Sup. Trib. de Just. de 19 de outubro de 1875, transcripto na *Revista cit.*, anno 11.º, n.º 528, pag. 126; acc. da Relação do Porto de 15 de outubro de 1869, transcripto na *Revista cit.*, anno 3.º, n.º 124, pag. 319), assim como a phrase «*homicidio ou ferimento involuntario mas punivel*» equivale a est'outra «*homicidio ou ferimento culposo*», isto é, que foi consequencia não desejada e imprevista, mas que podia prever-se, de um facto executado com consciencia e com plena liberdade. Punem-se então em razão da culpa. Vej. Silva Ferrão, *obr. cit.*, tom. I, pag. 8, 11 e 13; tom. VII, pag. 125; Carrara, *obr. cit.*, §§ 78 e seg.; Ortolan, *obr. cit.*, n.º 249 e 380-385.

<sup>2</sup> Hoje dez annos. Vej. *Nov. Ref. Pen.*, art. 32, n.º 1.º; *NovoCodigo Penal*, art. 42, n.º 1. Pelo artigo 5 da lei de 14 de junho de 1834, que approvou a *Nov. Ref. Pen.*, foi o governo auctorizado a fazer uma nova publicação official do codigo penal, na qual fossem inseridas as disposições da mesma lei. Acha-se feita e approvada esta publicação pelo decreto de 16 de setembro de 1886 (D. do Gov., n.º 213), e por isso é a ella que nos referiremos, quando d'aqui em deante citarmos — *NovoCodigo Penal*.

mento, regeitamos tal conclusão: 1.º porque havíamos de concluir, contra a expressa disposição dos artigos 2377 e 2379 e contra o evidente pensamento do legislador, que os loucos e os menores sem discernimento nunca seriam responsáveis pelos damnos resultantes de offensas corporaes, e assim teríamos derogado em grande parte e sem motivo plausível, attentos os principios accetados pelo legislador, a responsabilidade dos loucos e menores; 2.º porque a clausula «*mas puniveis*», que não se encontrava nos artigos 2660 e 2662 do projecto primitivo, e que foi accrescentada pela commissão revisora <sup>1</sup>, bem como todo o artigo 2398 <sup>2</sup>, póde explicar-se sem ser necessario derogar a disposição estabelecida nos artigos 2377 e 2379.

Com effeito, o *Código* quiz graduar a indemnisação por homicidio ou ferimentos de modo diverso, segundo houvesse dolo ou simplesmente culpa da parte do seu agente, e tendo, para isso, de referir-se á distincção entre homicidios e ferimentos *voluntarios* e *involuntarios*, necessario se lhe tornava — a fim de que não se concluísse que mesmo as pessoas susceptiveis de imputabilidade moral eram sempre responsáveis pelos homicidios ou ferimentos involuntarios — distinguir os involuntarios em *puniveis* e *não puniveis*, ou *culposos* e *não culposos*, o que vale o mesmo <sup>3</sup>, e admittir a responsabilidade simplesmente com relação áquelles.

<sup>1</sup> *Actas cit.* pag. 365.

<sup>2</sup> *Cod. Civ. port. annotado*, tom. v, pag. 128.

<sup>3</sup> Os homicidios ou ferimentos simplesmente *culposos* são *puniveis*, nos termos dos artigos 368 e 369 do código penal, e porconsequente tanto valia

Nada tem directamente esta distincção com a responsabilidade dos loucos e menores, por isso mesmo que a respeito d'elles não se póde distinguir entre homicídios e ferimentos *voluntarios* e *involuntarios* e *puniveis* e *não puniveis*, pois não são susceptíveis de dolo nem de culpa. São todos

dizer «*homicídios ou ferimentos involuntarios, mas puniveis*» como «*homicídios ou ferimentos involuntarios, mas culposos*». Melhor fôra, todavia, que se empregasse esta ultima expressão, a fim de não dar lugar á duvida se n'estes casos a previa condemnação em pena será condição indispensavel para a condemnação á indemnisação. Sem pretendermos antecipar doutrina relativamente á influencia do caso julgado crime sobre o civil, advertiremos que a apreciação da culpa póde ser diversa n'um e n'outro juizo, ou ainda no mesmo, segundo se tem em vista um ou outro fim, de modo que tal culpa ou imprudencia, que póde não parecer no criminal de natureza a motivar a applicação d'uma pena, póde, pelo contrario, parecer no civil assaz grave para comprometter a responsabilidade pecuniaria do agente e fazel-o condemnar em perdas e damnos. (Vej. Demolombe, *obr. cit.*, tom. 30, n.º 427 e 428; Sourdat, *obr. cit.*, tom. 1, n.º 360, 368 e 420 etc.). Demais, seria incoherente o legislador, se se mostrasse, por um lado, tão rigoroso na imputação da responsabilidade civil, a ponto de não eximir d'ella os loucos e os menores sem discernimento, e, por outro lado, tão rigoroso, a ponto de exigir nas pessoas intelligentes e livres um gráo de culpa sufficiente para fundamentar a responsabilidade criminal. Está em conformidade com a doutrina que sustentamos o accordão da Relação do Porto de 15 de julho de 1879 (transcripto na *Revista*, anno 16.º, n.º 973, pag. 202), que decidiu que o cocheiro, que não avisou os transuentes pelo meio adoptado para isto é responsavel pelas perdas e damnos que lhes causou, embora tivesse sido julgada não criminosa a sua omissão. E tal parece ser tambem a opinião da illustrada commissão encarregada da redacção da nova edição official do codigo penal, pois, achando-se expressamente consignada no artigo 369 do codigo penal de 1852 a opinião que sustentamos, como se vê das palavras «*será punido com prisão de tres dias a seis mezes, ou SÓMENTE FICARÁ OBRIGADO Á REPARAÇÃO, conforme as circumstancias*», não teria conservado na nova edição a mesma redacção, que tinha no codigo de 1852, se porventura entendesse que a sua doutrina se achava modificada pelo codigo civil.

*involuntarios e não puniveis*, mas nem por isso se podem eximir indistinctamente da responsabilidade civil: a isso se oppõe as disposições expressas dos artigos 2377 e 2379 e o pensamento do legislador, que não podemos sacrificar a argumentos mais ou menos logicos, baseados na lettra da lei. Apenas lhes aproveita a distincção entre os *voluntarios* e os *involuntarios*, para o effeito de os sujeitar sómente á indemnisação fixada para estes ultimos.

E, assim como regeitamos esta affirmação do sr. Alexandre de Seabra, conducente á total extincção da responsabilidade dos loucos e menores sem discernimento pelas offensas corporaes, assim tambem não sujeitamos as pessoas, a quem o acto possa ser moralmente imputado, á indemnisação por homicidios ou ferimentos não culposos, isto é, quando forem um resultado meramente casual, succedido por occasião de um acto licito, praticado em tempo e logar licitos, com a diligencia devida e sem que a menor culpa ou impericia possa imputar-se ao seu auctor, afastando-nos assim da doutrina contraria que parece ser accete pelo sr. conselheiro Dias Ferreira, quando, no commentario aos artigos 2386 e 2387, diz genericamente e sem distincções: «Ainda que os ferimentos involuntariamente feitos não sejam puniveis, a responsabilidade civil não póde deixar de abranger os lucros cessantes e danos emergentes do lesado, vistos os artigos 2377 a 2379 <sup>1</sup>.» Assim argumenta tambem o illustre commentador do codigo penal hespanhol de 1848,

---

<sup>1</sup> *Obr. cit.*, tom. v, pag. 121.

impugnando a isenção da responsabilidade tanto criminal como civil, expressamente concedida por aquelle codigo aos que se acharem em taes circumstancias <sup>1</sup>, e que, não obstante esta impugnação, é ainda mantida no codigo penal de 1870 <sup>2</sup>, e a nosso ver com razão.

Diz o sr. Pacheco: «Se tornamos responsaveis de suas obras, para a indemnisação do damno causado, os dementes e os menores de nove annos, como não hão de ter a mesma responsabilidade aquelles que por mero accidente causarem um prejuizo? Deixaram estes de fazer o mal por uma acção propria? Deixará de applicar-se-lhes a regra de direito que acima applicamos ao louco e ao menor <sup>3</sup>?»

Verdadeira com relação aos dementes e menores sem discernimento, é inaceitavel, com relação ás pessoas intelligentes e livres, a proposição avançada pelo sr. conselheiro Dias Ferreira, pois, nem a auctorisam os textos da lei, nem tão pouco ha paridade de razão, e não colhe, por conseguinte, o argumento por analogia invocado por s. ex.<sup>a</sup>, bem como pelo sr. Pacheco. Não respondem as pessoas intelligentes e livres por homicidios ou ferimentos não puniveis, porque só não são puniveis os não culposos, e por conseguinte, admitir o contrario, seria tornal-as responsaveis por factos que só a outrem podem ser imputados, ou que, procedendo de circumstancias, que ao homem não é dado prever nem cor-

---

<sup>1</sup> Art. 8, n.º 8.º, e art. 16.

<sup>2</sup> Art. 8, n.º 8.º, e art. 19.

<sup>3</sup> *Obr. cit.*, tom. 1, pag. 303, n.º 9.

rigir, constituem um verdadeiro caso fortuito ou de força maior e representam para a victima um desastre, uma desgraça, a ninguem imputavel. O sr. Pacheco facilita a resposta, quando em seguida acrescenta: «Para que de um damno que havemos causado não se nos siga responsabilidade nem criminal nem civil, é necessario que não só nos hajamos conduzido com innocencia, senão tambem com direito <sup>1</sup>.» Ora não obrará no legitimo exercicio de um direito aquelle que executa em tempo e logar e dé modo licitos e com toda a *diligencia devida* um acto licito em si? Não se vê que, não podendo imputar-se-lhe alguma culpa, negligencia, inconsideração ou imprudencia, o damno deve considerar-se como effeito d'uma força ou causa externa ao agente do acto?

Respondem aquellas por homicidios ou ferimentos não puniveis, porque apesar de nenhuns serem puniveis com relação a ellas, visto não serem susceptiveis de intenção malefica nem de culpa subjectivamente considerada, alguns ha de que são a causa unica e directa, que procedem de actos *illicitos* por elles commettidos e que a ninguem mais podem ser imputados.

Vê-se, pois, que a commissão revisora, acrescentando aos artigos 2385 e 2387 a clausula «*mas puniveis*» e empregando no § 1.º do artigo 2398, tambem acrescentado por ella, a palavra «*voluntariamente*» sem em nada modificar a

---

<sup>1</sup> *Obr. e tom. cit.*, pag. 303, n.º 10.

redacção dos artigos 2377 e 2379, quiz unicamente precisar e delimitar com relação ás hypotheses previstas n'aquelles artigos a responsabilidade das pessoas intelligentes e livres, mas não modificar ou restringir as disposições d'estes artigos relativamente á responsabilidade dos loucos e menores sem discernimento.

**53.** Dos principios que deixamos expostos conclue-se que os dementes e menores sem discernimento são responsáveis não só pelos factos incriminados pela lei penal e que, reunindo todos os requisitos materiaes do crime, deixam, todavia, de ser punidos n'elles, por serem privados de discernimento, mas tambem por aquelles que, apesar de illicitos e prejudiciaes, não são incriminados pela lei penal, como é o facto de entrar em predio alheio e derivar para outro as aguas que a elle pertencem.

Desde o momento que, na falta de culpa moralmente imputavel a alguém, o facto illicito é de per si sufficiente para fundamentar a responsabilidade do seu auctor, não ha razão para restringir a applicação do principio a umas hypotheses e regeital-o com relação a outras em perfeita egualdade de circumstancias. Não é a circumstancia de um qualquer facto lesivo do direito de outrem se achar incriminado na lei penal que fundamenta a responsabilidade civil: é a propria lesão, ainda que não intencional ou culposa por não ser susceptivel de dolo ou culpa o lesante, que, segundo o *Codigo*, fundamenta a responsabilidade por perdas e danos. A mesma generalidade com que se acha redigida a disposição inicial

do artigo 2379—«a menoridade não releva da responsabilidade civil»—confirma esta doutrina, e não nos parece que da collocação do artigo possa deduzir-se argumento em contrario, aliás também havíamos de concluir que os paes, tutores, etc., embora culpados ou negligentes, seriam irresponsáveis pelos danos resultantes dos factos praticados pelos loucos ou menores sem discernimento, mas não incriminados pela lei penal, e assim taes danos nunca seriam reparados, o que evidentemente repugna ao pensamento do legislador <sup>1</sup>. Cumpre, porém, não ampliar arbitrariamente esta doutrina,

<sup>1</sup> Seria um erro suppor que todas as disposições d'este titulo respeitam unica e exclusivamente á responsabilidade civil *real ou aparentemente* connexa com a criminal, e que toda a doutrina relativa a este assumpto se encontra n'este titulo. Que além das disposições concernentes á responsabilidade civil connexa com a criminal, e que se encontram n'este titulo, outras ha a attender, claramente se deduz do confronto da disposição do artigo 2398 com a do artigo 485 do codigo penal de 1852, e 482 do novo codigo penal, e outros dos respectivos regulamentos. E que n'este mesmo titulo, não obstante a sua inscripção, se encontram disposições concernentes á responsabilidade puramente civil, não fallando dos casos em que ella só aparentemente está connexa com a criminal, comprova-se com varios artigos, entre outros: a) com o artigo 2392, cuja disposição é applicavel por sua natureza a todos os casos de responsabilidade civil, e se deduz da eliminação da palavra «*criminosa*» que no artigo 2669 do projecto primitivo se encontrava em seguida á palavra «*offensa*» e que a comissão revisora supprimiu logo na primeira revisão (*Actas cit.*, pag. 365); b) com os artigos 2375 e 2376, cujas disposições são applicaveis no caso de responsabilidade civil connexa com a criminal, e também no de responsabilidade puramente civil, como claramente se deduz da disposição do artigo 1115 etc. O *Codigo* foi pouco rigoroso e methodico na exposição dos preceitos reguladores da responsabilidade civil (Vej. a *Rev. de Leg. e de Jur.*, anno 15.º, n.º 758, pag. 473 e seg.); não pôde por isso dar-se grande importancia a argumentos baseados unicamente na collocação dos artigos.

aliás dar-lhe-íamos um caracter geral, que não tem, e chegaríamos á absurda conclusão de collocar os dementes e menores sem discernimento em peor posição que a das pessoas intelligentes e livres. Estas, como vimos, não respondem por todos os damnos que causarem, mas sómente quando houver dolo ou culpa a imputar-lhes. Assim o operario que, andando a compor um telhado, arremessa para a via publica com uma telha, a qual, acertando n'uma pessoa que elle não via e casualmente passava, a fere ou mata, não é responsavel, se porventura observou os regulamentos e as regras communs e seguidas na praxe para obviar a taes inconvenientes, como se dispoz no logar competente os signaes em uso, ou mesmo se um operario, postado em logar conveniente, advertia os caminhanes para que se afastassem etc.; assim tambem o proprietario que caça ou se exercita atirando ao alvo dentro da sua propriedade murada e onde não é permittida a entrada ao publico, nenhuma responsabilidade lhe cabe se porventura uma bala foi attingir no meio da espessura do bosque um estranho que ahi se introduziu sem consentimento seu, etc.

Ora suppondo que o facto fôra praticado por um louco ou por um menor nas mesmas condições, impor-lhe-íamos responsabilidade civil pelo damno que d'elle resultasse? Evidentemente, não: o contrario seria a maior das injustiças. Não basta, pois, para imputar aos dementes e menores os actos prejudiciaes por elles commettidos a circumstancia de serem producto da sua actividade; é ainda necessario averiguar se não houve culpa da parte da victima ou de outrem, ou se

não intervieram no facto circumstancias taes que constituiriam um verdadeiro caso fortuito ou de força maior, mesmo com relação a uma pessoa intelligente e livre. Não póde, n'uma palavra, impór-se-lhes responsabilidade senão nos casos em que, dadas as mesmas circumstancias materiaes do facto e que accusam a culpa apreciada em abstracto, uma pessoa intelligente e livre tambem incorreria n'ella.

Em conclusão: ás pessoas intelligentes e livres só é imputavel o dóllo e a culpa, mas é imputavel a culpa por leve que seja; aos dementes e menores sem discernimento são imputaveis sómente os actos *positivos* commettidos por elles e que tendo sido commettidos por pessoas intelligentes e livres implicariam responsabilidade civil para estas. Estas respondem tanto por actos positivos, como pelas omissões; aquellas respondem só por factos positivos, não, porém, pelas omissões puras e simples, pois que por estas não se offende o preceito geral e independente de qualquer obrigação particular e preexistente ao damno — não offender o direito dos outros, mas apenas obrigações individuaes e relativas, e como n'estas a culpa tem de ser apreciada em concreto, não póde ser imputada aos dementes e menores sem discernimento <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> É certo que a responsabilidade pelos damnos resultantes d'um acto licito ou indifferente, mas praticado sem a devida diligencia, bem como a responsabilidade pelos damnos causados por animaes e edificios que ameacem ruina ou outras cousas pertencentes a alguém, e a que o *Codigo* se refere nos artigos 2394 e 2395, basea-se em omissões que importam infração do referido preceito geral: porém estas omissões não são puras e simples, são acompanhadas, no primeiro caso, d'um acto praticado pelo proprio responsavel e que por ser desacompanhado das cautelas devidas se converte de

Aquelle que, por ex., aluga os seus serviços como o secretario, o creado, etc., se attingido de alienação mental se tornar inhabil para o desempenho dos serviços contractados não responde pelas perdas e damnos que á outra parte advenham da inexecução do contracto. A loucura não póde deixar de ser considerada n'esta hypothese como um caso fortuito ou de força maior, para que o obrigado não contribuiu, e por conseguinte extinctiva de toda a responsabilidade, nos termos do artigo 705 do *Codigo*.

Assim tambem o tutor, o depositario, etc., que enlouquecerem e desprezarem por conseguinte a administração ou conservação das cousas que lhes foram confiadas, não respondem pelos prejuizos que d'ahi resultem para os interessados, pois não devem mais cuidado do que aquelle de que são capazes ou empregam nas proprias cousas, e, na hypothese, de nenhum cuidado são elles capazes. Falta por conseguinte o fundamento da obrigação que lhes foi imposta, ou livremente contrahiram: não póde o depositario velar pela conservação das cousas de outrem, precisa de quem vigie pelas suas; não póde o tutor continuar a ser tutor, precisa, pelo contrario, de ser tutelado.

---

licito em illicito, e no segundo caso ha um facto positivo, que apesar de não ser pessoal ao responsavel é praticado por cousas suas: a propriedade suppre aqui a intervenção pessoal. Quem tem animaes deve vigiar por elles, a fim de que não prejudiquem a outrem: se a vigilancia ordinaria e commum não foi empregada, responde por taes prejuizos, na falta d'algum a quem a omissão possa ser moralmente imputada, o dono d'elles, ainda que demente ou menor.

E por isso tambem não responde o tutor pelos danos que durante a sua demencia o tutelado causar a outrem, se nenhuma falta anterior á loucura lhe fôr imputavel, como se desprezou completamente a sua educação, e o mesmo diremos a respeito dos paes, guardas, directores e mestres, que se acharem nas mesmas circumstancias, com relação aos danos commettidos pelos filhos e menores sujeitos á sua vigilancia.

Em fim, a infracção de obrigações cujo cumprimento demande actos positivos que supponham no obrigado capacidade e intelligencia, ainda mesmo que tenham um caracter geral, como é a da defeza d'outrem, consignada no artigo 2368, não originam responsabilidade para o obrigado, se se achar privado da intelligencia no momento da pretendida infracção. A obrigação ou não chegou a existir, ou se existiu desaparece com o desaparecimento da intelligencia.

Tal se nos afigura ser a doutrina estabelecida pelo *Codigo* e que deduzimos de varios artigos combinados e completados uns com os outros, e sem nos prendermos a alguns em especial. Sirva de desculpa á imperfeição da analyse a que acabamos de proceder a difficuldade e complicação do assumpto, sem duvida um dos mais difficeis e complicados que se encontram no direito positivo nacional e estrangeiro.

**54.** A doutrina, que deixamos estabelecida a respeito dos dementes e menores sem discernimento, é igualmente applicavel áquelles que por qualquer motivo independente da sua vontade se acharem accidentalmente privados das

suas faculdades intellectuaes, no momento de commetterem o facto prejudicial e illicito, e que por este motivo são isentos da responsabilidade criminal <sup>1</sup>. O *Codigo* no artigo 2377 sómente se refere aos ebrios e dementes, mas não póde deixar de ampliar-se a sua disposição a todos aquelles que se acharem nas circumstancias mencionadas. Assim aquelle que dominado pela febre e arrastado pelo delirio lançar fogo a uma casa ou disparar uma arma contra uma pessoa, aquelle que praticar os mesmos actos, achando-se no estado de completa embriaguez, ainda que imprevista e absolutamente involuntaria, apesar de isentos de responsabilidade criminal, respondem civilmente pelas consequencias prejudiciaes de taes actos, se a ninguem mais poderem ser imputados.

**55.** Em face dos principios expostos é facil averiguar quando o auctor d'um facto aparentemente criminoso, apesar de isento da responsabilidade criminal, por se *justificar* o facto nos termos dos artigos 34 da nova reforma penal e 44 do novo codigo penal, responde civilmente por elle. Porém, antes de proseguirmos, uma advertencia se torna necessaria.

Como *justificar* é, por outros termos, tornar justo, e se diz que ha *justificação* quando se demonstra que o acto é justo, conforme ao direito, desde já podiamos concluir que em todos os casos mencionados nos citados artigos não tem logar a responsabilidade civil, pois, segundo o velho bro-

<sup>1</sup> *Nov. Ref. Pen.*, art. 33, n.º 3; *Novo Cod. Pen.*, art. 43, n.º 3.

cardo juridico, a que já nos referimos, não causa damno quem obra em conformidade com o seu direito — *Damnum non facit, id est, non dat, nisi qui id facit, quod facere jus non habet.*

Mas não é assim. O verbo justificar é empregado impropriamente e com pouco rigor juridico nos referidos artigos, pois só nos casos mencionados nos n.º 3.º, 4.º e 5.º é que pôde dizer-se que o acto é justo, que o agente usára do seu direito. Nos outros casos pôde não haver imputabilidade, ou, apesar de a haver, excusar-se, desculpar-se o facto, mas não pôde dizer-se que elle seja justo, conforme ao direito d'aquelle que o pratica, e por conseguinte *justificar-se* <sup>1</sup>.

Posta de lado a objecção a que podia dar lugar esta incorrecção de linguagem, passemos a applicar aos diferentes casos mencionados nos referidos artigos as regras e principios expostos.

**56.** *Os que praticam o facto violentados por qualquer força estranha, physica e irresistivel* — são irresponsaveis criminal <sup>2</sup> e tambem civilmente, pois não são auctores, mas meros instrumentos do facto: são pacientes e não agentes. Nunca poderá dizer-se *facto* do homem aquelle cuja causa não esteja na sua propria actividade, embora inconsciente, como a dos dementes e menores sem discernimento.

A responsabilidade recahirá, pois, n'este caso exclusiva-

<sup>1</sup> Vej. Ortolan, *obr. cit.*, n.º 426 e 4085.

<sup>2</sup> *Nov. Ref. Pen.*, art. 34, n.º 1.º; *Nov. Cod. Pen.*, art. 44, n.º 1.º

mente sobre o auctor da violencia, que póde ser obrigado a responder por perdas e damnos, não sómente para com o terceiro que tiver soffrido o damno, mas tambem para com a pessoa violentada e que não foi mais que o instrumento passivo d'este damno.

Esta doutrina achava-se consignada expressamente no artigo 2678 do projecto primitivo: «Aquelle que for constrangido a praticar algum damno por força physica irresistivel, não é obrigado á sua reparação; esta responsabilidade recahirá sobre os auctores da violencia.» A commissão revisora supprimiu este artigo logo na primeira revisão <sup>1</sup>, não de certo por repudiar a sua disposição, mas por a achar desnecessaria e talvez incompleta, pois não abrangia a hypothese de a coacção material ser effeito, não das forças do homem, mas das da natureza, como se uma pessoa impellida por um tufão cahir sobre outra e a matar ou ferir, ou se, impedida por uma subita inundação, naufragio, doença grave, etc., deixar de cumprir um dever de cuja omissão resulte damno para um terceiro. É claro que n'este caso o prejudicado fica sem reparação, pois não ha culpa nem mesmo factio physicamente imputavel a alguém. É um verdadeiro caso de força maior.

Mas sel-o-hão tambem «quando pratiquem o factio prejudicial dominados por medo insuperavel de um mal equal ou maior, imminente ou em começo de execução?»

A respeito da isenção da responsabilidade criminal é ex-

---

<sup>1</sup> Actas cit., pag. 366.

pressa a nova reforma penal, artigos 34, n.º 2, e 35, que decidiu assim a questão de saber se essa causa estava ou não incluída no preceito do n.º 2 do artigo 14 do código penal de 1852, que se limitava a declarar isento de responsabilidade criminal o agente que foi constrangido por *força irresistível a praticar o facto* <sup>1</sup>.

A respeito da responsabilidade civil não ha no *Código* disposição alguma, apesar de se achar expressamente prevenida esta hypothese no projecto primitivo, o qual, seguindo ainda o código penal hespanhol de 1848 <sup>2</sup>, dispunha no artigo 2677 o seguinte: «Aquelle que praticar algum damno compellido por ameaça de males a que não podesse resistir, sómente será responsavel pela reparação na falta dos auctores do maleficio.» A commissão revisora tambem supprimiu este artigo logo na primeira revisão <sup>3</sup>, sem que das *Actas* conste o motivo.

Quereria assim regeitar a sua doutrina, ou julgal-o-ia desnecessario? O sr. conselheiro Dias Ferreira segue esta ultima opinião: diz que tanto este, como o artigo 2678,

<sup>1</sup> Vej. Silva Ferrão, *obr. cit.*, tom. I, pag. 66 e seg.; *Relatorio cit.*, pag. 292 da cit. *Rev. de Leg. e de Jur.*; Ortolan, *obr. e tom. cit.*, n.ºs 357, 358 e 373; Boitard, *Leçons sur le Code Pénal*, pag. 328 e seg.; Ad. Chauveau et F. Hélie, *Theorie du Code Pénal*, tom. II, pag. 328 e seg.

<sup>2</sup> Ainda n'esta parte seguia o projecto o código penal hespanhol de 1848, que nos artigos 8, n.º 9 e 10, e 16, n.º 4, eximia da responsabilidade criminal tanto aquelle que fosse violentado por uma força irresistível, como aquelle que fosse impellido por medo insuperavel de um mal maior, mas só isentava da responsabilidade civil aquelle, ficando este responsavel subsidiariamente e na falta dos que cásassem o medo.

<sup>3</sup> *Actas cit.*, pag. 366.

continham principios tão universalmente reconhecidos que escusado era consignal-os no *Codigo* <sup>1</sup>.

Inclinamo-nos tambem para esta opinião, não tanto porque seja a mais conforme com os principios *universalmente reconhecidos* <sup>2</sup>, mas porque é a mais conforme com a doutrina seguida pelo *Codigo*, segundo o qual a culpa não é requisito indispensavel para haver responsabilidade. Porisso, ainda quando se entendesse que em taes circumstancias nenhuma culpa havia a imputar ao agente por falta de liberdade, restava em todo o caso o *facto* d'elle, e que não lhe pertence menos, do que ao louco pertence o *facto* praticado n'um momento de loucura. Não é o mesmo ser forçado materialmente, e ser constringido por meio do terror.

No primeiro caso, observa o referido criminalista hespanhol, ninguem póde subtrahir-se á violencia, a personalidade é destruida e o homem livre convertido em instrumento; no segundo caso a vontade subsiste, e no rigor absoluto das possibilidades aquelle que obrou d'este modo podia ter obrado d'outro: *voluntas etiam coacta voluntas est* <sup>3</sup>. O *facto* é em todo o caso o resultado da propria actividade, e como é

<sup>1</sup> *Obr. cit.*, tom. v, pag. 127.

<sup>2</sup> Quasi todos os juriseconsultos francezes reconhecem n'estas circumstancias um caso de força maior extintivo de toda a liberdade, e portanto de toda a culpa ou negligencia, sem a qual não admittem a responsabilidade mesmo puramente civil. Vej. Laget-Valdeson, *Théorie du Code Pénal Espagnol*, pag. 141; Sellyer, *obr. cit.*, tom. I, n.º 89 e 100; Demolombe, *obr. e tom. cit.*, n.º 484; Ortolan, *obr. cit.*, tom. I, n.º 357, etc.

<sup>3</sup> *Obr. cit.*, tom. I, pag. 302.

manifestamente illicito, pois é inquestionavel que a violencia exercida por um individuo não póde dar ao violentado o direito de prejudicar a outro, não póde *justificar* o facto <sup>1</sup>, *desculpe-se, releve-se* muito embora sob o ponto de vista da pena, mas submetta-se o seu agente á responsabilidade civil.

Porém, como o que exerceu a violencia é o principal e até o unico culpado sob o ponto de vista penal, o unico auctor do crime <sup>2</sup>, e, segundo o systema do *Codigo*, a imputabilidade moral preferre á imputabilidade physica, imponha-se-lhe apenas, como aos dementes e menores, a responsabilidade civil secundaria.

Quando o agente do facto não fôr isento de responsabilidade criminal, por não se realisarem as condições exigidas pelo artigo 35 da nova reforma penal, nenhuma duvida resta de que o agente do facto prejudicial é responsavel, não subsidiariamente, mas principal e solidariamente com os ameaçadores, salva, porém, nos termos do artigo 2372 do *Codigo Civil*, a differença de quotas, pois ainda n'este caso os ameaçadores são considerados auctores do crime, e a intenção de evitar um mal e o medo vencivel constituem circumstancias attenuantes da responsabilidade criminal <sup>3</sup>.

Que decidir, porém, quando o medo, sob cuja influencia

<sup>1</sup> Ortolan, *obr. e tom. cit.*, n.º 427; Sellyer, *obr. cit.*, tom. I, n.º 177; Boitard, *obr. cit.*, pag. 330 e 334.

<sup>2</sup> *Nov. Ref. Pen.*, artt. 11, n.º 2.º, 34, n.º 2.º, e 35; *Nov. Cod. Pen.*, artt. 20, n.º 2.º, 44, n.º 2.º, e 45.

<sup>3</sup> *Nov. Ref. Pen.*, artt. 11, n.º 2.º, e 29, n.º 5.º e 15.º; *Nov. Cod. Pen.*, artt. 20, n.º 2.º, e 39, n.º 5.º e 15.º

foi praticado o facto prejudicial, fôr effeito, não da ameaça do homem, mas da lucta dos elementos, das forças physicas que se acham em jogo nos phenomenos naturaes e que reduzem o agente á alternativa, ou de soffrer um mal imminente, ou de se lhe subtrahir, commettendo um facto prejudicial aos direitos de outrem, e que em qualquer outra situação constituiria um crime?

A situação é identica: a diversidade de circumstancias não altera a natureza do facto, não o *justifica*, não o torna licito, com quanto o excuse, e porisso a solução deve ser a mesma, mas sómente na parte applicavel. Por um lado, como não ha n'esta hypothese culpa imputavel a outrem, a responsabilidade do auctor do facto é principal e não subsidiaria; por outro lado, quando o damno é causado n'uma propriedade, com o fim de evitar um damno imminente a outra ou mesmo a pessoas, como se alguém cortar um dique e inundar assim os predios d'outrem, a fim de evitar a inundação do seu, ou destruir uma casa, para isolar um incendio e impedir que elle chegue á sua, ou alijar ao mar uma parte da carga, para salvar a restante e a vida dos passageiros etc., hypotheses previstas nos artigos 2396 e 2397 do *Codigo Civil*, tracta-se menos de casos de responsabilidade criminal ou civil, que de uma questão de propriedade, que tem de ser decidida a maior parte das vezes por leis e regulamentos especiaes; e pelo principio de que ninguem póde enriquecer-se á custa alheia. E tanto assim que a responsabilidade não recáe sobre o auctor do facto, que causou o damno, mas sobre aquelle que com elle aproveitou.

**57.** «Os inferiores que praticam o facto em virtude de obediencia LEGALMENTE devida a seus superiores legitimos, não havendo excesso nos actos ou na forma da execução» — são irresponsaveis criminal<sup>1</sup> e tambem civilmente. A razão é simples: para haver responsabilidade civil é indispensavel haver um facto prejudicial e *illicito*; ora não commette um acto illicito quem cumpre com o seu dever. Seria absurdo e contradictorio que a lei impozesse aos subalternos a obrigação de obedecer aos superiores legitimos e os tornasse ao mesmo tempo responsaveis pelas consequencias dos actos que não podiam deixar de praticar. Assim o soldado que fusila, o official de diligencias que prende, apesar de causarem damno, não podem ser obrigados a reparal-o. Porém; se excederem na execução do mandado as ordens recebidas, ou as executarem de forma diversa, são responsaveis, pois não podem acobertar-se, quanto ao excesso ou quanto ás irregularidades que commetterem, com uma ordem que não os auctorisava a isso. Assim, se sem motivo legitimo commetterem violencias contra as pessoas, são responsaveis criminalmente nos termos do artigo 299 do codigo penal; se desnecessariamente e por maldade ou imprudencia lhes causarem damno, respondem igualmente por elle.

Quando a obediencia não fôr *legalmente* devida, e o acto ordenado pelo superior e praticado pelo inferior for incriminado pela lei penal, a responsabilidade criminal, embora attenuada, subsiste, e com ella a responsabilidade civil.

---

<sup>1</sup> Nov. Ref. Pen., art. 34, n.º 3.º; Nov.º Cod. Pen., artt. 44, n.º 3.º, e 298.

Deduz-se claramente esta doutrina, não só da disposição acima transcripta, mas também do n.º 12 dos artigos 29 da nova reforma penal e 39 do novo código penal, onde se considera a ordem do superior hierarchico do agente como circumstancia attenuante, quando não baste para justificação d'este.

A responsabilidade imposta ao inferior, quando a obediencia não fôr legalmente devida, é um passo dado na via da independencia e, por conseguinte, da responsabilidade do funcionario e do empregado, é um progresso, uma tentativa louvavel para chegar á suppressão do velho systema da obediencia passiva e absoluta. Já não pôde hoje o funcionario publico abrigar-se detraz da ordem do seu superior e defender-se allegando que de nada pôde ser accusado, visto que nada mais fez do que obedecer, pois tinha o direito e até o dever de examinar se o superior tinha o poder de ordenar e elle o dever de obedecer.

É claro que, quando a obediencia não fôr *legalmente* devida e o acto ordenado fôr criminoso, ao inferior assiste não só o direito, mas o dever de *desobedecer*. A desobediencia não é então um crime, pois seria contradictorio e repugnante collocar o inferior na posição de ser criminoso desobedecendo, e criminoso obedecendo.

A difficuldade está, porém, em determinar quando é que a obediencia é legalmente devida. Se, por um lado, o interesse da disciplina, sobretudo para o exercito, não permite que o inferior possa examinar e discutir a ordem que recebe, é, por outro lado, perigoso innocentar toda a obediencia a

uma ordem evidentemente illegal e absolver antecipadamente os cúmplices d'uma injustiça flagrante. D'aqui a divergencia a este respeito entre as legislações dos povos cultos.

Na Inglaterra, os funcionarios publicos são responsaveis não sómente pela *legalidade*, mas tambem pela constitucionalidade do acto <sup>1</sup>, d'onde se segue que nunca o inferior deve obediencia ao superior que ordenar um acto illegal ou anti-constitucional. Tambem na Allemanha todo o funcionario é responsavel pela *legalidade* de seus actos <sup>2</sup>, e esta é a doutrina que nos parece dever ser adoptada em principio, admitindo-se todavia em favor do inferior a excepção de boa fé e fazendo-se remontar a responsabilidade até ao auctor da ordem executada, pois que a legalidade póde ser e é muitas vezes uma questão delicada <sup>3</sup>. O nosso codigo penal, seguindo os artigos 114 e 190 do codigo penal francez, estabelece doutrina mais restricta, pois que, segundo elle, a obediencia só não é legalmente devida quando a ordem não seja dada em forma legal ou quando o superior exorbite da esphera dos seus poderes ou da sua competencia, pois não é então mais que um particular, sem attribuições nem direito de commando. Mas se o superior dá ordens em forma legal e

---

<sup>1</sup> Ed. Fischel, *La Constitution d'Angleterre*, trad. de l'angl. par Ch. Vogel, Paris, 1864, liv. vii, chap. xi, pag. 411.

<sup>2</sup> Lei de 31 de março de 1873 sobre os direitos e deveres dos funcionarios do imperio, art. 40 — publicada no *Annuaire de législation étrangère*, tom. iii, 1874, pag. 94. Vej. tambem Bluntschli, *Théorie générale de l'Etat*, liv. vii, chap. x, pag. 464, e seg.

<sup>3</sup> Vej. Ortolan, *obr. cit.*, tom. i, n.ºs 475-477.

em materia da sua competencia, então a obediencia é legalmente devida, e o inferior, embora reconheça que o acto prescripto é illegal e criminoso, tem obrigação de cumpril-o, salvo o direito de respeitosa representação, em alguns casos, e o direito de desobediencia no unico caso do n.º 3 do artigo 301 do novo codigo penal. Tal é a doutrina expressamente consignada nos artigos 298 e 303 do antigo e do novo codigo penal, bem como no artigo 63 do regimento dos corpos de policia civil <sup>1</sup>.

Ao inferior resta, pois, apenas o direito e o dever de examinar se a ordem do seu superior hierarchico, regular quanto á forma legal externa <sup>2</sup>, exorbita, ou não, da esphera dos negocios da sua competencia. No primeiro caso não lhe deve obediencia legal, e por isso, se desobedecer, nenhum crime commette, e, se obedecer e o facto fôr criminoso, incorre em responsabilidade criminal e civil, servindo-lhe apenas a ordem de circumstancia attenuante; no segundo caso, a obe-

<sup>1</sup> Decreto de 21 de dezembro de 1876 (D. do Gov., n.º 293).

<sup>2</sup> Vej. a *Rev. de Leg. e de Jur.*, anno 13.º, n.º 653, pag. 454, onde se sustenta que as *formas legales* exigidas pelo artigo 303 do codigo penal se reportam á authenticidade do accordão, de modo que se não duvide de que elle provém do tribunal a que se attribue, e nada tem com os *motivos* do mesmo accordão, constituindo, portanto, desobediencia a inexecução do accordão, apesar de elle não se achar fundamentado. Tractava-se d'uma querela dada contra os vogaes d'uma camara municipal que se recusaram a dar cumprimento á decisão da commissão districtal, que lhe mandara eliminar os nomes dos mancebos inscriptos no recenseamento militar d'uma freguezia, e inscrevel-os nos recenseamentos de outras freguezias, e que o juiz despronunciara sob o pretexto de que ao accordão faltavam as *formas legales*, por se não achar *fundamentado*.

diencia é legalmente devida, e por isso, ainda que reconheça que o facto ordenado é criminoso, é obrigado a cumpril-o, e se o cumprir, em nenhuma responsabilidade incorre, a não ser no caso já mencionado do n.º 3 do artigo 301 do novo código penal; se, porém, não o cumprir, incorre no crime de desobediencia.

O legislador, receando romper a unidade da administração, paralisar o seu poder e chegar assim a resultados bem mais perigosos que os d'um acto illegal isolado d'uma auctoridade aliás responsavel, não permite que o inferior se constitua juiz da legitimidade das ordens dadas pelo seu superior hierarchico em materia da sua competencia, e por isso obriga-o a obedecer sempre, tornando-o responsavel pela desobediencia.

Parece, todavia, de justiça que ao inferior seja attenuada a responsabilidade, pelo menos quando do cumprimento da ordem resultasse um crime mais grave.

Será a este caso que se refere o n.º 16 do artigo 29 da nova reforma penal, e 39 do novo código penal, que considera circumstancia attenuante «a resistencia ás ordens do seu superior hierarchico, se a obediencia não fór devida e se o cumprimento da ordem constituisse crime mais grave»? Não póde ser, pois tracta-se d'um caso em que a obediencia não é devida, e quando a obediencia não é devida, o não cumprimento da ordem não constitue crime de desobediencia, é o exercicio d'um direito e póde ser, até, o cumprimento d'um dever. Qual seja porém o caso em que possa ter applicação a referida circumstancia attenuante, é o que

não nos parece de facil averiguação. A responsabilidade criminal que tem de ser attenuada em virtude da resistencia á ordem do superior hierarchico, nem é a proveniente do facto criminoso que foi ordenado, pois a ordem não foi cumprida, nem a proveniente da desobediencia, pois a obediencia não era devida. Qual será então? Haverá erro de redacção, dizendo-se «*se não fôr devida*» em vez de «*se fôr devida*»? Não encontramos nos codigos penaes estrangeiros disposição analoga a esta, nem no relatorio que precedeu a proposta que se converteu na nova reforma penal, se acha cousa alguma que nos esclareça a este respeito; inclinamo-nos, todavia, para esta ultima opinião.

58. «*Os que praticam o facto em virtude de auctorisação legal, no exercicio de um direito ou no cumprimento d'uma obrigação, se tiverem procedido com a diligencia devida, ou o facto fôr um resultado meramente casual*» — não respondem criminalmente pelo facto <sup>1</sup>, nem civilmente pelas consequencias prejudiciaes que d'elle possam resultar para outrem. É uma consequencia dos principios expostos: só ha responsabilidade quando o facto fôr illicito, e não o é aquelle que é auctorisado pela lei, imposto por uma obrigação, ou consequencia d'um direito. Aquelle que cumpre com o seu dever merece elogios e não castigos: o agente da segurança publica que, para manter a ordem, prender um criminoso, causar ferimentos, não responde pelos damnos causados, excepto se

---

<sup>1</sup> *Nov. Ref. Pen.*, art. 34 n.º 4; *Nov. Cod. Pen.*, artt. 44, n.º 4, e 376.

exceder ou não cumprir d'algum modo as disposições da lei <sup>1</sup>, como se acommetter uma causa durante a noute fóra dos casos marcados pela lei e, oppondo resistencia á resistencia, ferir ou matar alguém, etc. <sup>2</sup>.

O mesmo se póde dizer a respeito d'aquelles actos que a lei auctorisa sem comtudo os ordenar. Assim o proprietario ou o cultivador que, usando da faculdade concedida pelo § unico do artigo 392 do *Codigo Civil*, matar as aves domesticas alheas que prejudicarem as suas searas, sementeiras ou quaesquer fructos pendentes, não incorre em responsabilidade alguma pelo prejuizo que d'ahi resultar para o dono d'ellas, antes, pelo contrario, continúa a assistir-lhe o direito de reparação pelo damno já causado. Esta faculdade excepcional, admittida no interesse da agricultura e baseada na difficuldade de impedir os estragos feitos por estes animaes ou de os aprehender ou reconhecer a quem elles pertencem, tem por fim fazer cessar o damno, mas não seria uma reparação do damno já causado, e por isso póde concluir-se em face dos artigos 2361 e 2394 que o offendido, apesar de ter usado d'esta faculdade, tem direito á indemnisação. Mas por isso mesmo não póde apropriar-se das aves mortas: apesar de as poder *destruir*, e até com substancias venenosas, como o tem entendido os tribunaes <sup>3</sup>,

<sup>1</sup> *Cod. Civ.*, art. 2399.

<sup>2</sup> *Carta Constitucional*, art. 145, § 6; *Nov. Ref. Jud.*, art. 914; *Proj. Defn. de Cod. de Proc. Crim.*, artt. 156 e 176.

<sup>3</sup> Vej. accordão do Sup. Trib. de Just. de 8 de maio de 1877 (publicado na *Rev. de Leg. e de Jur.*, anno 15.º, n.º 741, pag. 206) e accordão da Rela-

nada ha que o auctorise a apoderar-se d'ellas, e por isso quem exercer esta faculdade não póde impedir o dono, quando seja conhecido, de tirar das aves mortas o partido que entender <sup>1</sup>.

Finalmente, é irresponsavel criminal e civilmente quem usa do seu direito, quaesquer que sejam as consequencias prejudiciaes que d'esse uso resultem. Esta regra de direito, já reconhecida pelo direito romano <sup>2</sup>, é expressamente reconhecida no artigo 13 do *Codigo*: «Quem, em conformidade com a lei exerce o proprio direito, não responde pelos prejuizos que possam resultar d'esse mesmo exercicio.»

Se aquelle a quem o direito pertence podesse, exercendo-o, incorrer em responsabilidade civil, é claro que o mesmo direito não existiria. Os direitos d'uns são limitados pelos dos outros, mas não contradictorios.

O proprietario que, levantando as suas casas, tira a vista ás do visinho, ou, abrindo uma mina dentro do seu terreno, desvia a nascente que alimentava a fonte d'outrem, ou, lavrando um campo seu, corta as raizes das arvores pertencentes a outro predio, e em virtude do que pereceram, não responde pelo prejuizo que resultar d'estes actos, pois n'estes casos, se não houver restricção do direito de propriedade

ção do Porto de 4 de abril de 1879 (publicado na *Revista cit.*, anno 13.º, n.º 633, pag. 136).

<sup>1</sup> Vej. *Jornal de Jurisprudencia*. anno 4.º, n.º 38. pag. 597 e 598; *Rev. de Leg. e de Jur.*, anno 3.º, n.º 116, pag. 187.

<sup>2</sup> *Nullus videtur dolo facere qui jure suo utitur* (L. 53, D., de reg. jur. (50-17)).

perfeita pelo de servidão ou propriedade imperfeita, pôde haver quando muito lesão de interesses, mas nunca de direitos. O direito de um limita necessariamente o direito de outro, e porisso nunca se pôde exercer o proprio direito, offendendo os direitos dos outros. Se esta violação se dá, é que o direito do offensor não era tão amplo, como suppunha, e portanto não pôde dizer-se que tivesse exercido o seu direito.

Nos casos em que do acto, apesar de licito, resultar por accidente um damno lesivo dos direitos de terceiro, como se alguém guiando um carro atropellar um individuo, ou andando á caça ferir ou matar outrem, só ha responsabilidade civil, se as consequencias prejudiciaes d'um tal acto forem devidas á imprudencia ou negligencia do agente que o executou, e não á imprudencia da victima ou de outrem ou á natureza das cousas que o homem não pôde reformar <sup>1</sup>.

59. «Os que praticam o facto em *legitima defeza propria ou alheia*» — são irresponsaveis tanto criminal como civilmente. Em toda a sociedade submettida a um poder regular e onde a justiça está organizada, é principio fundamental da ordem social que toda a violencia seja prohibida e que nenhum cidadão se possa fazer justiça por suas proprias mãos: mas esta regra não é absoluta, soffre excepções, pois o recurso ao poder social nem sempre é possivel, e muitas vezes é preciso suppril-o pelos proprios recursos a fim de evitar um perigo grave. Obrigar o cidadão a recorrer

---

<sup>1</sup> Vej. *Supra*, n.º 51 e 52.

sempre á auctoridade para evitar o perigo, seria muitas vezes o mesmo que ordenar-lhe deixar-se matar, sob a esperança de ser vingado quando tivesse deixado de viver, seria ordenar-lhe a submissão a um mal injusto e talvez irreparavel, que todavia era possivel evitar pela resistencia. Ora é facil de comprehender que nenhuma lei poderia impôr ao homem uma similhante obrigação; porisso o direito de defeza tem sido reconhecido em todos os tempos e por todos os codigos, com mais ou menos perfeição, porém sempre de um modo explicito e terminante.

Reconhece-o tambem a nossa lei penal bem como o *Codigo Civil*<sup>1</sup>, e por consequinte os actos que o seu exercicio tornou necessarios contra o auctor da aggressão, os ferimentos, a propria morte, não podem fazer nascer uma acção de responsabilidade civil por perdas e danos, antes, pelo contrario, é ao aggreddido que compete tal acção contra o aggressor, se porventura da aggressão contra que se defendeu lhe resultou algum damno.

Se, porém, a lei não pôde deixar de reconhecer este direito, pôde comtudo assignalar a parte que n'elle ha de legitima e distinguil-a da parte abusiva, excedente e criminosa; pôde estabelecer regras para que se conheça até onde pôde ser acccite, e desde quando acaba o seu poder, para converter-se em aggressão e abuso; pôde, n'uma palavra, estabelecer e

---

<sup>1</sup> *Cod. Pen.* de 1852, artt. 14, n.º 3, 376 e 377; *Nov. Ref. Pen.*, artt. 34, n.º 5.º, e 36; *Nov. Cod. Pen.*, artt. 41, n.º 5.º, 46 e 377; *Cod. Civ.*, artt. 359, 367, 486, 2354, 2367, 2368 e 2370.

fixar as condições da sua legitimidade, a fim de que á sua sombra não se introduza a desordem na sociedade e, a pretexto de defeza, fiquem impunes verdadeiros delictos. Isto póde fazer a lei, e como sob este ponto de vista ha algumas divergencias entre a lei penal e o *Codigo Civil*, algumas difficuldades surgem com relação á isenção e imputação da responsabilidade criminal e civil no caso de defeza.

O codigo penal de 1852 não reputava crimes os factos praticados em defeza propria ou alheia, ou para repellir de noute o escalamento ou arrombamento de uma casa habitada ou de suas dependencias, que podessem dar accesso á entrada na mesma casa, ou em defeza contra os auctores de roubos ou destruições executadas com violencias, muito embora o aggreddido podesse invocar o auxilio das auctoridades e dispensar assim o uso da força. Veio o *Codigo Civil* e regulou confusamente o assumpto, pois, ao passo que nos artigos 486 e 2354 admite o direito de defeza da posse e da propriedade independentemente da possibilidade de recurso á força publica, nos artigos 2367 e 2370 torna a legitimidade d'este direito, ou seja para defender os direitos primitivos ou os adquiridos, e por conseguinte a posse e a propriedade, dependente da impossibilidade de recurso á força publica.

60. Na *Revista de Legislação e de Jurisprudencia* procura-se conciliar a desharmonia entre estes artigos do *Codigo Civil*, sustentando-se que elles providenceam para casos differentes: «Os artigos 486 e 2354 referem-se ao caso de haver *effectiva* turbação ou esbulho de posse; ao passo que

os artigos 2367 e 2370 providenciam para a hypothese de haver turbação ou esbulho imminente. No primeiro caso tracta-se de reparar uma *violação consummada*; no segundo de evitar um *damno presente* ou *prevenir um damno imminente*. As palavras — *possam lesar*, e — a fim de evitar o *damno presente ou prevenir o damno imminente* dos artigos 2367 e 2370 confirmam esta doutrina. E assim quando a violação está consummada, pôde usar-se do desforçamento em acto consecutivo, ou recorrer-se á justiça, para que esta o mantenha ou restitua (codigo civil, artigos 486 e 2354); quando, porém, a violação está apenas começada ou é imminente, o aggreddido só pôde recorrer á força particular, no caso de não ser possivel recorrer á força publica (codigo civil, artigos 2367 e 2370) <sup>1</sup>.

É innaceitavel, porém, esta conciliação pelas razões seguintes:

1.º O artigo 486 permite expressamente recorrer á propria força e auctoridade, independentemente da possibilidade de recurso á justiça, quer se tracte de perturbação da posse ou esbulho em via de execução, quer de esbulho já consummado. As palavras «*é perturbado... pôde manter-se*» abrangem evidentemente a perturbação ou esbulho em via de execução, e isto mesmo se comprova com a discussão por que na commissão revisora passou o artigo 578 do projecto primitivo, correspondente ao artigo 486 do *Codigo* <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Anno 3.º, n.º 146, pag. 669.

<sup>2</sup> O artigo achava-se redigido nos termos seguintes: «O possuidor, que for perturbado ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua pro-

2.º O artigo 2354 abrange o direito de defeza contra a violação ou usurpação imminente ou em via de execução, como se deduz não só das palavras «*repellindo a força pela força*» e da epigraphie a que está subordinado, mas da dis-

pria força e auctoridade, comtanto que o faça dentro dos tres dias immediatos e lhe não seja possível recorrer á Justiça, sem que soffra damno irreparavel.» Entrando em discussão este artigo foi proposta a sua substituição, dizendo-se — que aquelle que fosse perturbado, poderia manter-se por auctoridade propria *emquanto durasse o acto da perturbação*, mas que, *consummado* o esbulho, só poderia restituir-se por auctoridade da justiça, excepto se o esbulho recaisse sobre bens moveis, porque então poderia o esbulhado restituir-se por sua propria auctoridade, *ainda depois de consummado o esbulho*, comtanto que o fizesse em acto continuo e immediato ao mesmo esbulho. Continuando a discussão sobre o assumpto foi feita outra proposta de substituição na qual se consignava — que o possuidor que fosse perturbado na sua posse poderia praticar os actos extrajudiciaes que sem conflicto fossem necessarios para a conservação do seu direito, mas que o possuidor esbulhado só poderia fazer-se restituir por sua propria força e auctoridade, durante os actos mais proximos ou complementares do esbulho e quando não lhe fosse possível recorrer á justiça sem que soffresse um damno imminente e irreparavel. Por ultimo, tendo-se votado por quesitos, decidiu-se que no caso de perturbação da posse o possuidor podesse manter-se pela sua propria força e auctoridade (quesito 1.º), ainda que tivesse tempo de recorrer á justiça (quesito 2.º), e o damno fosse reparavel (quesito 3.º) e d'aqui resultasse conflicto (quesito 4.º), e que no caso de se ter *consummado* o esbulho o possuidor tivesse ainda o direito de se desforçar por sua propria auctoridade comtanto que o fizesse em acto consecutivo ao esbulho (quesito 5.º), podendo em qualquer dos casos mencionados recorrer tambem á justiça (quesito 6.º). É em harmonia com estas deliberações que foi redigido o artigo 486, que, como evidentemente se deduz d'esta exposição, abrange não só o desforço contra o esbulho consummado (em admittir o qual a commissão revisora hesitou), mas tambem o desforço contra a perturbação ou esbulho em via de execução, e tanto n'um como n'outro caso independentemente da possibilidade de recurso á justiça ou a qualquer outra auctoridade (Vej. *Actas*, cit., pag. 104 e 105).

posição do artigo 2356, que declara que os direitos *violados* ou *usurpados* serão restituídos ou indemnizados nos termos prescriptos no código civil e no código do processo; ora sendo a defeza permitida pelo artigo 2354 tendente a evitar o damno presente ou a prevenir o damno imminente, é evidente a contradicção entre este artigo, que permite repellir a força pela força, ou recorrer ás auctoridades competentes em *defeza* da propriedade, e o artigo 2370 que n'estes casos só permite o desforço pessoal não sendo possível o recurso á força publica.

3.º Porque os artigos 2367 e 2370 abrangem tambem a hypothese da aggressão *effectiva* com violencias como meio de lesar os direitos primitivos do individuo ou de esbulhal-o ou perturbal-o no gozo dos adquiridos, pois as violencias são em si já uma lesão *effectiva* dos direitos originarios, — o que manifesta bem claramente a impropriedade das expressões «*possam lesar*», empregadas no artigo 2367.

4.º Finalmente, que a desharmonia entre os referidos artigos procede apenas d'um descuido da commissão revisora vê-se da historia das phases por que passaram os artigos 578, 2561, 2641 e 2644 do projecto primitivo, correspondentes aos artigos 486, 2354, 2367 e 2370 do *Codigo*. Em todos elles se achava consignada a mesma doutrina que ainda hoje se encontra n'estes dous ultimos, isto é, em caso nenhum era licito empregar o meio da força podendo o aggreddido recorrer á auctoridade publica.

A commissão revisora emendou, como dissemos, a doutrina do artigo 578 do projecto nos termos em que hoje se

encontra no artigo 486 do *Codigo* <sup>1</sup>, e quando deliberou sobre o artigo 2561, correspondente ao artigo 2354 do *Codigo*, apesar de ter sido feita uma proposta de substituição, a fim de o harmonisar com a doutrina decidida a respeito do artigo 578, decidiu que o artigo ficasse addiado para ser resolvido junctamente com o artigo 2644, correspondente ao artigo 2370 do *Codigo* <sup>2</sup>, e quando, ainda na mesma sessão, deliberou sobre o artigo 2644, addiou este para ser resolvido juntamente com o artigo 2561 <sup>3</sup> — o que mostra claramente que o pensamento da commissão revisora era estabelecer em ambos doutrina egual. E, com effeito, na sessão immediata foram os dous artigos approvados como se achavam no projecto primitivo <sup>4</sup>, d'onde resultou a contradicção entre elles e a doutrina decidida a respeito do artigo 578, contradicção que foi apontada á commissão revisora em a nota ao artigo 566 da edição de 1863 (correspondente aos artigos 578 do projecto e 486 do *Codigo*), mas sómente com relação ao artigo 2403 (correspondente ao artigo 2561 do projecto e 2354 do *Codigo*) <sup>5</sup>, esquecendo notal-a com relação ao artigo 2421 (correspondente ao artigo 2644 do projecto e 2370 do *Codigo*).

---

<sup>1</sup> *Actas* cit., pag. 104.

<sup>2</sup> *Actas* cit., pag. 363.

<sup>3</sup> *Actas* cit., pag. 364.

<sup>4</sup> *Actas* cit., pag. 365.

<sup>5</sup> Lê-se n'esta nota o seguinte: «A materia d'este artigo foi votada por quesitos, e a actual redacção feita em conformidade com o vencido. *Cum-pre porém notar que o artigo 2561 do projecto foi approvado.*»

D'aqui resultou que a commissão revisora, reconhecendo a contradicção apontada, procurou na segunda revisão harmonisar os dous artigos 566 e 2403 da edição de 1863, e, com effeito, harmonisou-os decidindo que o artigo 2403 fosse redigido nos mesmos termos em que hoje se acha o artigo 2354 do *Codigo*<sup>1</sup>, mas, como a contradicção com o artigo 2421 não tinha sido lembrada, esqueceu-se a commissão de o harmonisar com este, e assim ficou subsistindo a contradicção, que passou para os artigos correspondentes do *Codigo*.

61. Na impossibilidade de conciliar entre si as disposições d'estes artigos, alvitra o sr. conselheiro Dias Ferreira que os artigos 2367 e 2370 são applicaveis sómente á defeza das pessoas, e que sobre a defeza da posse e da propriedade devem prevalecer as disposições dos artigos 486 e 2354, não só porque são esses os logares onde se tracta *ex professo* do desforço nas questões de posse e de propriedade, mas tambem porque em virtude das alteraçõs a esse respeito feitas pela commissão revisora se mostra que ella não quiz admittir a doutrina do projecto primitivo, que não permittia o desforço pessoal contra as lesões na posse e na propriedade quando fosse possivel ao aggredido recorrer á auctoridade publica<sup>2</sup>. E tal é, com effeito, a doutrina que resulta da combinação dos referidos artigos.

---

<sup>1</sup> *Actas* cit., pag. 379 e 409.

<sup>2</sup> *Obr.* cit., tom. I, pag. 32 e seg., e tom. II, pag. 33.

É certo que da exposição que fizemos da historia d'estes artigos parece poder deduzir-se que só por esquecimento deixara o legislador de harmonisar o artigo 2370 com os artigos 486 e 2354, e que, interpretados assim, subsiste uma grave incoherencia de doutrina, qual é a de ser mais favorecido o direito da propriedade e da posse, que o da liberdade e da personalidade, pois para a defeza d'aquelles tem o lesado inteira liberdade de empregar a força ou de recorrer á auctoridade publica, e para a defeza da pessoa só póde recorrer á força, quando lhe seja impossivel recorrer ás auctoridades competentes, d'onde resulta que aquelle que, defendendo a sua pessoa ou a de outrem, causar damno ao aggressor, é responsavel pela reparação civil ainda que proceda dentro dos limites da justa defeza, se porventura podesse ter evitado a aggressão ou a lesão recorrendo á força publica, ao passo que aquelle que, defendendo dentro dos limites da justa defeza a sua posse ou a sua propriedade, causar damno ao aggressor, não é responsavel por elle, ainda que tivesse podido evitar a aggressão recorrendo á força publica.

No entanto, em face da expressa e terminante disposição do artigo 2370, não podia deixar de admitir-se esta doutrina, nem obstava a ella o não considerar o codigo penal de 1852 crimes os factos praticados em defeza propria ainda que o aggreddido podesse dispensar o uso da força e invocar o auxilio das auctoridades, pois bem podia o aggreddido ser isento da responsabilidade criminal e não o ser da civil. Um facto póde não ser incriminado pela lei penal e todavia ser illicito

em direito civil; o contrario é que seria e é inadmissivel <sup>1</sup>. E se porventura houvesse a este respeito incompatibilidade entre estas duas leis, era o codigo penal que se devia reputar revogado pelo *Codigo Civil*, nos termos do artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867 e 3.º do *Codigo*, e não este por aquelle.

62. Porém hoje esta desharmonia não subsiste, pois que pela nova reforma penal, artigo 36, n.º 2.º, e pelo novo codigo penal, artigo 46, n.º 2.º, a legitimidade da defeza depende da condição de ser impossivel o recurso á força publica: por conseguinte aquelle que, defendendo-se e repellindo a força pela força, causar damno ao aggressor, é responsavel não só civilmente, mas tambem criminalmente, se por ventura podia ter evitado a aggressão, queixando-se ás auctoridades competentes. E ainda mesmo que, interpretando-se o artigo 2370 do *Codigo* em conformidade com os artigos 486 e 2354 do mesmo *Codigo* e com o presumido pensamento do legislador, se entendesse que pelo *Codigo Civil* não era a defeza das pessoas dependente da impossibilidade do recurso á força publica, não podia hoje deixar de se admitir esta doutrina, pois, comquanto a imputação e gradação da responsabilidade civil devam ser regidas pelo *Codigo Civil*, como já mostrámos <sup>2</sup>, e declara expressamente

<sup>1</sup> Vej. *Cod. Pen.*, art. 14, n.º 5.º, *Nov. Ref. Pen.*, art. 34, n.º 4.º, *Nov. Cod. Pen.*, art. 44, n.º 4.º

<sup>2</sup> *Supra*, n.º 37.

o artigo 127 do novo código penal, não impede isto que a lei penal posterior, dando a um acto, até então licito, um character illicito, fizesse originar assim uma acção de perdas e danos, quanto mais que, segundo o proprio *Código Civil*, a responsabilidade criminal é sempre acompanhada da civil. A defeza não constitue um direito, não é legitima senão quando se realizar nas condições prescriptas pela lei, e como estas condições se acham prescriptas na nova reforma penal, que é lei posterior ao *Código Civil*, segue-se que, quando não se realisarem estas condições, entre as quaes se acha a de não ser possível o recurso á força publica, ha responsabilidade criminal e, por conseguinte, civil.

E assim temos antecipadamente resolvido a duvida que póde suscitar-se com relação á defeza da posse e da propriedade. Aquelle que, defendendo a sua posse ou a sua propriedade, ferir ou matar o aggressor, será responsavel se por ventura podia ter evitado a aggressão ou a lesão recorrendo ás auctoridades competentes?

Entendemos que sim, pois a nova reforma penal e o novo código penal fazem depender a legitimidade da defeza, entre outras condições, da impossibilidade de recurso á força publica, e comquanto as palavras «*defeza propria ou alheia*», empregadas no n.º 5.º do artigo 34 da nova reforma penal e 44 do novo código penal, se refiram unicamente á defeza das pessoas, como era expresso no n.º 3.º do artigo 14 do antigo código penal, e não á das cousas objecto de propriedade, é certo que as mesmas condições, que são prescriptas para a legitima defeza das pessoas, o são tambem para a

defeza das cousas, pois a referencia feita pelo artigo 377 do codigo penal de 1852 ao artigo 14 do mesmo codigo tem de ser substituida pela referencia aos artigos 34, n.º 5.º, e 36 da nova reforma penal, visto que estes substituiram aquelle, que ficou sendo de nenhum effeito, como expressamente declara a mesma nova reforma penal no artigo 43 <sup>1</sup>. Se, pois, o aggreddido, que assim proceder, responde criminalmente, tambem ha de responder civilmente. Que o aggreddido, apesar de absolvido da pena, por se reconhecer excusavel a inobservancia das condições prescriptas pela lei para a legitimidade da defeza, possa ainda ser condemnado em reparação civil, comprehende-se, reconhece-o expressamente o artigo 378 do antigo e do novo codigo penal, e admittem-no todos os jurisconsultos <sup>2</sup>; mas que o aggreddido possa ser condemnado á pena e não o possa ser á reparação civil, é o

<sup>1</sup> E assim o entendeu a commissão encarregada da redacção do novo codigo penal, pois no artigo 377 acha-se feita esta substituição, se bem que incompletamente, porquanto apenas se faz referencia ao artigo 44, n.º 5.º, correspondente ao artigo 34, n.º 5.º, da nova reforma penal, quando devia fazer-se tambem ao artigo 46, correspondente ao artigo 36 da mesma nova reforma penal, visto que este completa aquelle, e é assim completado que substituiu o artigo 14, n.º 3.º, do antigo codigo penal.

<sup>2</sup> Cumpre não confundir a *legitima defeza*, isto é, aquella onde se acham reunidas todas as condições que constituem a sua legitimidade, e onde os limites que ella auctorisa não foram excedidos, com a *excusa* concedida no caso em que estas condições não tenham sido rigorosamente observadas. A legitima defeza é o exercicio d'um direito, justifica plenamente o facto e tem por consequencia a irresponsabilidade criminal e civil: a excusa supõe sempre uma certa falta, a qual, se póde ser reputada insufficiente para fundamentar a condemnação penal, póde não o ser para fundamentar a condemnação em perdas e damnos (Vej. Demolombe, *obr. cit.*, tom. 30, n.º 428,

que achamos repugnante e contrario á regra da primeira parte do artigo 2365 e a todos os principios reguladores da responsabilidade juridica, que exigem mais rigor para a imputação da criminal do que para a imputação da civil.

Julgamos, pois, modificado n'esta parte o *Codigo Civil* e restabelecida a harmonia que não existia entre os seus preceitos. Todo aquelle que, defendendo a sua pessoa ou a sua posse e propriedade, ferir ou matar o adversario, é responsavel criminalmente e civilmente pelo damno que lhe causar, se porventura podia ter evitado a aggressão ou a lesão, recorrendo ás auctoridades competentes.

Não se conclua, porém, que não é permittido o desforçamento por auctoridade propria, pois tal direito é expressamente reconhecido pelo artigo 486 do *Codigo Civil* e implicitamente pelo codigo penal <sup>1</sup>, e não foi revogado nem modificado pela nova reforma penal. Estabelece esta as condições para a legitimidade da defeza, mas nada dispoz com relação ao desforço contra a lesão já consummada, e por isso con-

e tom. 31, n.º 667; Sourdat, *obr. cit.*, tom. 1, n.º 368; Ortolan, *obr. cit.*, tom. 1, n.º 428 a 430, 1083 e 1101; MM. Chauveau et Hélie, *obr. cit.*, tom. 1, pag. 207, e tom. iv, pag. 175 e 176, etc. Vej. tambem *supra*, pag. 142, nota 3).

<sup>1</sup> Com effeito, o codigo penal no artigo 443 só incrimina a occupação de causa immovel, ainda que feita por meio de violencia ou ameaça para com as pessoas, quando o occupante se arrogue o dominio ou a posse ou o uso d'ella, sem que lhe *pertençam*, e no artigo 475 (472 do novo codigo penal) só pune a destruição de qualquer construcção ou edificio, quando essa destruição é *voluntaria*, isto é, praticada com o proposito de prejudicar, proposito que não existe em quem emprega o desforçamento para se restituir á sua posse legitima.

tinúa a assistir ao lesado o direito de desforço por auctoridade propria, nos mesmos termos em que era concedido pelo *Codigo Civil*, isto é, independentemente da possibilidade de recurso á *força publica*, recurso aliás incompativel com o desforçamento, pois se as auctoridades administrativas e demais agentes de segurança publica — auctoridades a que se referem os artigos 2370 do *Codigo* e 36 n.º 2.º da nova reforma penal, como se deduz não só das proprias expressões «*força publica*», mas tambem da disposição do artigo 2371 do *Codigo* — são competentes para defender qualquer contra uma aggressão, não o são para o auxiliar no desforçamento, visto que não sabem nem são competentes para saber em cada um dos casos se o desforçamento é o exercicio de um direito possessorio ou a violação de um direito alheio. E assim torna-se verdadeira, no estado actual da nossa legislação, a distincção feita na *Revista de Legislação e de Jurisprudencia* <sup>1</sup>.

Mas se do desforçamento resultar conflicto, e d'este homicidios, ferimentos ou espancamentos, aproveitará ao desforçador a isenção concedida no n.º 2.º do artigo 377 do antigo e do novo codigo penal? Entendemos que sim, pois, por um lado, o *Codigo Civil* não distingue e da historia do artigo 486 se mostra que foi intenção da commissão revisora admitir o desforço, ainda quando d'elle resultasse conflicto <sup>2</sup>, e,

---

<sup>1</sup> *Supra*, n.º 60.

<sup>2</sup> *Supra*, pag. 171, nota 2.

por outro lado, a resistencia opposta pelo usurpador ao desforçamento executado logo em seguida á usurpação dá a esta o caracter de roubo ou destruição operada com violencia.

Supponhamos que um ladrão tira de minha casa um movel de que sou possuidor ou proprietario, e que eu, correndo sobre elle, pretendo tirar-lh'o, mas, oppondo-se elle pela força ao meu acto, me obriga a empregar tambem a força, d'onde resulta um conflicto e d'este ferimentos, etc. Não respondo pelo damno que lhe causar, pois a resistencia opposta pelo ladrão ao desforçamento converte o furto em roubo. Assim tambem se um visinho, por cujo predio tenho uma servidão continua e apparente, por ex., um aqueducto, a destruir, e se oppozer pela força a que eu restabeleça por minha propria força e auctoridade as cousas no seu antigo estado, d'onde resulta um conflicto e d'este ferimentos, não respondo nem criminalmente nem civilmente pelo damno que d'aqui lhe resultar, pois o emprego da força pela sua parte deu á destruição o caracter de violenta.

Tal é a doutrina que nos parece póde estabelecer-se em face das disposições legais.

Não sustentamos que seja a melhor, mas é dever do interprete não antepôr ás disposições da lei as suas opiniões.

De resto, os inconvenientes que d'aqui possam resultar não são tantos como á primeira vista se afiguram, pois, além de que o direito do desforço é inapplicavel, como se deduz do artigo 490 do *Codigo*, ao caso de perturbação ou usurpação de servidões descontinuas e continuas não apparentes, que não se fundem em titulo provindo do proprietario do

predio serviente ou d'aquelles de quem este o houve <sup>1</sup>, ainda que tenham sido adquiridas por prescripção antes da promulgação do *Codigo* <sup>2</sup>, tal direito ha de encontrar na pratica gravissimas difficuldades, visto que para ter logar em acto consecutivo á turbação ou esbulho é indispensavel que estes factos sejam praticados quasi na presença do lesado, o que raras vezes acontece.

**63.** *Os que praticam um facto cuja criminalidade provém SÓMENTE das circumstancias especiaes que concorrem no offendido ou no acto, são irresponsaveis criminalmente, quando ignorem e não tenham obrigação de saber a existencia d'essas circumstancias especiaes.* Tal é a expressa disposição do n.º 6 do artigo 34 da nova reforma penal e 44 do novo codigo penal, pouco importante pelo que respeita á responsabilidade civil, pois, apesar de haver alguns crimes que se baseiam

---

<sup>1</sup> Vej. *Codigo civil portuguez annotado*, tom. v, pag. 316, e *Rev. de Leg. e de Jur.*, anno 10.º, n.º 496, pag. 435; sr. Neves e Castro, *Manual do Proc. Civ. Espec.*, n.º 112.

<sup>2</sup> Que a disposição do artigo 490 é applicavel tambem ás servidões descontinuas e continuas não apparentes, adquiridas por prescripção antes da promulgação do *Codigo*, assim o decidiu a Relação de Lisboa em accordão de 20 de novembro de 1875, publicado na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 3.º anno, pag. 138.

Em sentido contrario estão os accordãos da Relação do Porto de 17 de junho de 1873 e de 14 de agosto de 1874 (publicados na *Rev. de Leg. e de Jur.*, anno 7.º, n.º 327, pag. 239, e anno 9.º, n.º 424, pag. 124), os quaes confundem o direito reconhecido no artigo 2273, § un., com o meio de o fazer valer estatuido no artigo 490. Vej. o *Codigo Civil portuguez annotado*, tom. v, pag. 317 e 318).

*unicamente* nas circumstancias especiaes que concorrem no *offendido* ou no acto, e são de natureza a causar damno mais ou menos reparavel, como o estupro voluntario (artigo 392), o lenocinio (artigos 405 e 406), abuso de confiança para com menores e interdictos (artigo 454), etc., não nos parece que em qualquer d'elles possa o offensor eximir-se da responsabilidade, *maxime* da civil, embora allegue e prove a ignorancia d'essas circumstancias, pois tem obrigação de saber as circumstancias das pessoas com quem os pratica.

Assim, fica a disposição do n.º 6 do artigo 44 do novo codigo penal restricta a alguns raros casos em que o offensor não conheça, *nem tenha obrigação deconhecer* as circumstancias especiaes que concorrem na pessoa do *offendido* e nas quaes se basea *unicamente* a responsabilidade criminal, e que, de resto, não são de natureza a produzirem damno reparavel. Entre esses factos podem referir-se aquelles que, sendo offensivos da consideração e respeito devido aos membros da familia real e auctoridades publicas, e puniveis nos termos dos artigos 168, § un., 181 e 414 do novo codigo penal, não o são para outrem em geral <sup>1</sup>, como é, por ex., a omissão da saudação manifestada pelo tirar do chapéu,

---

<sup>1</sup> Se o fossem, já a criminalidade não proviria *sómente* das circumstancias especiaes que concorressem na pessoa do *offendido*.

Estas podiam constituir então circumstancias aggravantes, excepto se fossem ignoradas, como se dispõe no § 44 do codigo penal da Prussia, de 1851, imitado pelo codigo penal da Austria, de 1852, § 2, pelo da Allemanha do Norte, de 1870, art. 59, e que parece ter sido a fonte d'esta disposição do nosso codigo. Diz aquelle §: «Quando um acto não é punivel senão

pela continencia ou similhantes, que entre nós significam respeito e consideração. O militar que não fizer a continencia aos seus superiores, o cidadão que faltar ao respeito e consideração devida ás auctoridades por meio de actos que não seriam offensivos para qualquer cidadão em geral, etc., são irresponsaveis, se no momento da acção ignorarem a

em virtude do character especial do agente ou do character d'aquelle que d'elle foi objecto, ou ainda em virtude das circumstancias em que foi commettido, não póde ser imputado como crime ou delicto áquelle que ignorava a existencia d'estas relações ou d'estas circumstancias no momento da acção. Se estas circumstancias são de natureza a augmentar a penalidade do acto, não podem ser imputadas como circumstancias aggravantes áquelle que as ignorava no momento da acção (Vej. *Le droit pénal français progressif et comparé*, par Nypels, Paris, 1864, pag. 509 e o *Ann. de lég. étrang.*, tom. I, pag. 98). O nosso legislador omittiu a parte da disposição relativa ao character do agente, e com razão, pois não póde admittir-se que alguém ignore as circumstancias especiaes que se dão na sua pessoa, a não ser que essa circumstancia especial resulte d'umã relação existente entre o offensor e o offendido, como entre paes e filhos, mas então escusado é mencionar a ignorancia das circumstancias especiaes que se dão no agente, pois dada a ignorancia com relação ás circumstancias especiaes do offendido, concedida está com relação ás circumstancias especiaes do offensor. Omittiu tambem o legislador a disposição relativa á ignorancia d'essas circumstancias, quando apenas constituíssem circumstancias aggravantes, pois já tinha tractado d'este assumpto nos artigos 20, 21 e 22 da nova reforma penal, e 30, 31 e 32 do novo codigo penal, mas d'um modo incompleto, pois menciona apenas as circumstancias que concorrerem no crime ou no agente d'elle, e não as que concorrerem na victima, e nem mesmo admite, a respeito d'estas, disposição egual á do codigo prussiano, pois como se vê do artigo 19, n.º 3 e § 2.º da nova reforma penal e artigo 29, n.º 3 e § 2.º do novo codigo penal, o erro sobre a pessoa a que se dirigir o facto punivel agrava ou diminue a responsabilidade. Assim, no crime de violação por um ascendente dá-se a aggravação da pena estabelecida no artigo 398 do novo codigo penal, ainda que o ascendente ignore que a victima da sua brutalidade é sua propria filha, etc.

qualidade e posição de taes pessoas e não tiverem obrigação de a saber, como se se acharem sem as suas insignias e distinctivos e não forem superiores immediatos, etc. Em taes casos a ignorancia ou erro de facto exime de toda a responsabilidade.

Ha ainda outros casos em que a ignorancia ou erro de facto eximem da responsabilidade, como succede, por ex., com os encubridores (artigos 23 e 197) <sup>1</sup>, com os que acolherem espiões e malfeitos (artigos 149 e 198), etc.; não é, porém, a estes casos que se refere a disposição citada, pois então a criminalidade não provém das circumstancias especiaes do *offendido*. A doutrina exposta deduz-se do *Relatorio*, que precedeu a proposta que se converteu na nova reforma penal, na parte concernente a esta disposição: «Quando a criminalidade provier unicamente das circumstancias que concorrem no *offendido*, não parece justo que se imponha responsabilidade a quem ignorar e não tiver razão de conhecer essas circumstancias. Todos têm obrigação de conhecer a lei; póde tambem impor-se-lhes a obrigação moral de distinguirem a pessoa a quem intencionalmente se dirigem os seus actos, de outra qualquer, porque estas e outras presumpções legaes ou são condições d'ordem publica, ou correspondem quasi sempre á realidade das cousas; mas seria exigir muito que nas multiplices e variadissimas relações da vida social, o cidadão tivesse sempre o dever de conhecer

---

<sup>1</sup> Sem razão inserido este ultimo no novo codigo penal, visto ter sido revogado expressamente pelo § un. do artigo 74 da nova reforma penal.

quaesquer circumstancias especiaes que porventura concorram em cada um dos seus concidadãos, tanto mais que o objecto d'essas circumstancias póde ser de natureza meramente immaterial, não recabindo por esse motivo sob a acção directa e immediata dos sentidos <sup>1</sup>.

**64.** *Em geral, os que tiverem procedido sem intenção criminal e sem culpa, são irresponsaveis criminalmente* <sup>2</sup>, mas nem sempre o são civilmente. A intenção é necessaria para fundamentar a responsabilidade criminal em muitos casos e póde influir na graduação da responsabilidade civil, mas nunca é necessaria para a fundamentar. A culpa é sufficiente para fundamentar em alguns casos a responsabilidade criminal e sempre a civil, mas nem sempre é necessaria, como deixamos dicto e escusado é repetir agora <sup>3</sup>.

**65.** Ha alguns casos em que, apesar de se darem todos os elementos materiaes e moraes do crime, o legislador tendo em consideração razões de utilidade e interesse social, isenta da responsabilidade criminal o seu agente, como succede a respeito dos revoltosos, dos reveladores de conjurações ou dos crimes de falsificação de moeda em que sejam co-réus e que tiverem procedido nos termos estabelecidos nos artigos 175, 176 e 213 do novo codigo penal. Pouco nos interes-

<sup>1</sup> Vej. *Rev. de Leg. e de Jur.*, anno 48.º, n.º 903, pag. 291.

<sup>2</sup> *Nov. Ref. Pen.*, art. 34, n.º 7; *Nov. Cod. Pen.*, art. 44, n.º 7.

<sup>3</sup> Vej. *Supra*, n.º 47-54.

sam, porém, estes casos, pois tracta-se de crimes contra o Estado ou contra a ordem e tranquillidade publica, e que não dão logar á responsabilidade civil <sup>1</sup>.

Já não succede o mesmo com relação á hypothese regulada no artigo 431, que isenta da responsabilidade criminal o conjuge e os ascendentes que commetterem subtracções em prejuizo do outro conjuge e dos descendentes. Esta isenção, baseada na honra e no interesse das familias, ou na *honra do matrimonio* e na *reverencia e amor paterno*, como diz Mello Freire <sup>2</sup>, e reconhecida d'um modo mais ou menos absoluto e com mais ou menos amplitude por todos os codigos, em nada prejudica a responsabilidade civil do agente do facto: existe em todo o caso um facto illicito, prejudicial e imputavel, e, portanto, a obrigação de reparação civil. Tambem o direito romano admittia em taes casos a isenção da responsabilidade criminal, mas concedia a acção chamada — *rerum amotarum* — que é presecutoria da cousa <sup>3</sup>.

Uma hypothese analoga a esta se acha regulada na pri-

<sup>1</sup> Se os falsificadores tiverem passado a moeda e os revoltosos tiverem commettido outros crimes contra as pessoas ou contra a propriedade, já não tem logar a sobredicta isenção da responsabilidade criminal, e por conseguinte nenhuma duvida ha de que tem logar a responsabilidade civil. Nesta parte é mais rigorosa do que a nossa a legislação austriaca, pois manda contar entre as perdas e damnos resultantes do crime de rebellião todas as custas feitas pelo Estado para abafar a rebellião ou para restabelecer a ordem e a segurança (Vej. *Code d'Inst. Crim.*, de 1873, art. 370).

<sup>2</sup> *Provas do Ensaio do Cod. Crim.*, tit. 36.

<sup>3</sup> § 12; *Inst., de oblig. quae ex del. nasc.* (4-1); ll. 16 e 17, D., *de furt.* (47-2); ll. 1 e seg., D., *de act. rer. amot.* (25-2).

meira parte do artigo 2079 do *Codigo Civil*. O cabeça de casal que sonegar bens da herança em que tiver parte, não responde criminalmente, mas é civilmente responsavel para com os coherdeiros em favor dos quaes perde até a parte que lhe viesse a tocar nos mesmos bens.

Induzido pelas mesmas considerações de interesse social, em que se basêa a isenção da responsabilidade criminal no caso do artigo 431 do novo codigo penal e a sujeição da acção criminal á vontade do offendido no caso do artigo 432 do mesmo codigo, o legislador exclue, nos termos do § unico do artigo 14 da nova reforma penal, que é o artigo 23 do novo codigo penal, da classe de encobridores o conjuge, ascendentes, descendentes e os collateraes ou affins do criminoso até ao terceiro gráu por direito civil. Tambem serão isentos n'este caso da responsabilidade civil? Pronunciamonos pela affirmativa, pois os factos a que se referem os numeros, em que tem logar a isenção da responsabilidade criminal, não se podem considerar causa do damno, visto que lhe são posteriores e por conseguinte são de per si sós insufficientes para fundamentarem a responsabilidade civil, como melhor se verá da doutrina que vamos expôr no capitulo immediato com relação ao outro elemento constitutivo da responsabilidade civil — *o damno*.

---

## CAPITULO III

## SUMMARIO:

66. Damno; definição e especies. — 67. Requisitos de que deve ser revestido o damno para fundamentar a acção de reparação. Deve ser *actual e certo*. — 68. Deve haver *relação de causalidade* entre o facto e o damno; dificuldade de descobrir em alguns casos esta relação; regra seguida pelos juriconsultos. Regra seguida por nós. — 69. Applicaçào da regra a algumas hypotheses. — 70. Accordão do Sup. Trib. de Just. de 24 de janeiro de 1879, e impugnação da doutrina alli sustentada. — 71. O damno deve ser *pessoal*. — 72. Classes de offensas pessoaes, cuja reparação o Codigo regula expressamente. Indemnisação no caso de homicidio. — 73. Indemnisação no caso de ferimentos. — 74. São exemplificativas as expressões *aleijão e deformidade*, empregadas no art. 2386; interpretação das palavras *damno irreparavel*, empregadas no art. 2387. — 75. Indemnisação por factos offensivos da liberdade pessoal. — 76. Indemnisação por injurias e offensas contra o bom nome e reputação. — 77. Se para a reparação do damno moral se devia admittir, além da condemnação judicial do offensor, a indemnisação pecuniaria. — 78. Indemnisação por offensa resultante de imputação ou accusação de crime judicialmente feita; como era regulada antes do *Codigo*. — 79. Fundamento da distincção estabelecida pelo artigo 2390; significação da expressão *despezas*; a quem é applicavel a disposição do artigo. — 80. Indemnisação por violação de honra e virgindade; modificações feitas pelo *Codigo* ao codigo penal; modificações operadas pela Nov. Ref. Pen. — 81. Indemnisação por offensa de direitos adquiridos.

66. Para que um crime possa originar a responsabili-

dade civil é indispensavel que d'elle resulte um damno privado <sup>1</sup>.

Em conformidade com os artigos 2361, 2382 e 2383 do *Codigo*, podemos definir damno — todo o prejuizo que qualquer soffre na sua pessoa ou no seu patrimonio — quer este prejuizo seja *material*, quer *moral*, quer consista em um *damno emergente*, quer derive d'um *lucro cessante*.

É material o prejuizo, quando affecta o cidadão no seu corpo ou nas cousas por elle possuidas, destruindo-as ou diminuindo-as materialmente, ou mesmo alterando-lhes e depreciando-lhes as suas partes; é moral, quando affecta o cidadão na sua honra e credito, na sua consideração e affeições legitimas. O prejuizo diz-se *damno emergente*, quando ha a perda d'uma cousa ou do preço e valor que tinha a mesma cousa ou a nossa pessoa, e *lucro cessante*, quando se nos tolhem os meios de melhorar o nosso estado, seja na pessoa, seja no patrimonio.

Todas estas especies de damno abrange o *Codigo* na expressão generica «prejuizos» por elle empregada, entre outros, nos artigos 705, 1344, 2361, 2380-2383, etc., ou na locução «*perdas e danos*», empregada de preferencia quando quer designar tanto a perda que se soffreu no patrimonio effectivo como a que resultou d'um lucro cessante <sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> *Supra*, n.º 38.

<sup>2</sup> Ambas estas especies de damno eram designadas pelos juriconsultos romanos com estas syntheticas phrases — *quantum mihi abest, quantumque lucrari potui* — ou simplesmente — *damnum et id quod interest* — no que

67. Nem todo o damno supportado por occasião d'um crime dá logar á acção de reparação civil contra o seu auctor. Para que o damno possa fundamentar a acção, é indispensavel, independentemente das restricções feitas pelo *Codigo Civil* nos artigos 2384 a 2392, que seja acompanhado de certos requisitos, cuja determinação se torna necessaria.

Primeiro que tudo importa que o damno seja *actual* e *certo*, sem o que não póde haver um direito constituido á reparação. «Il ne suffit pas, diz Merlin, que le délit puisse «un jour vous préjudicier pour que la justice reçoive votre

---

foram seguidas pela jurisprudencia franceza, que ainda hoje se serve da locução — *dommages-intérêts* —, designando assim a primeira expressão aquillo que se perde, a diminuição que se soffreu no patrimonio effectivo, e a segunda os lucros ou interesses cessantes, isto é, os proventos que o lesado devia auferir e não auferiu por culpa do lesante. Da equivalente locução — *perdas e interesses* —, que se encontrava já na Ord., liv. iv, tit. 70, § 1, usaram os nossos modernos civilistas Correia Telles e Coelho da Rocha, porém os artigos praxistas, seguindo a Orden. no liv. iv, tit. 117, § 5, serviam-se da locução *perdas e damnos*, que é tambem a usada no direito moderno (Vej. *Cod. Com.*, artt. 929 e seg., e 1152 e seg., etc.; *Nov. Ref. Jud.*, artt. 265, § un., 858, 1164-1166, etc.; *Cod. Civ.*, art. 706, etc.). É pouco rigorosa esta locução, pois ou a palavra *damno* se emprega n'um sentido generico, abrangendo todo o prejuizo, quer derive de perda effectiva, quer de lucro cessante, como succede nos artigos 2375 e 2379 do *Codigo Civil*, 104 do *codigo penal de 1852*, 82, n.º 3, da nova reforma penal e 75, n.º 3, do novo *codigo penal*, e então a expressão — *perda* — é desnecessaria, ou se emprega como tendo a mesma significação que entre os juriconsultos romanos e francezes, e então empregam-se duas palavras quasi synonymas, não designando rigorosamente nenhuma d'ellas de per si os lucros ou interesses cessantes. No entanto, em face da disposição do artigo 706 do *Codigo*, não póde duvidar-se que a locução — *perdas e damnos* — abrange tanto os damnos emergentes como os lucros cessantes.

« plainte : il faut qu'il vous porte, dès cet moment même, une  
 « préjudice réel ; il faut que dès aujourd'hui, vous en ressen-  
 « tiez les funestes effets ; il faut, en un mot, que, dans l'ins-  
 « tant précis où vous en parlez, votre fortune, votre honneur,  
 « votre vie en aient éprouvé les atteintes : sans cela de quoi  
 « vous plaindriez-vous si ce n'est d'une vaine terreur ? Mais  
 « la justice n'est point faite pour s'occuper de vos craintes,  
 « peut être puériles, ni pour suivre l'impulsion de votre in-  
 « quiète prévoyance ; en un mot, ce ne sont pas des visions,  
 « ce sont des choses qu'il lui faut <sup>1</sup>. » E assim todos os juris-  
 consultos que tractam do assumpto <sup>2</sup>.

Se o damno é eventual, futuro e incerto, a acção de per-  
 das e damnos não tem lugar ; o artigo 2361 obriga o auctor  
 do factio prejudicial a reparar o damno que causou, e não  
 o damno que causará. Como apreciaríamos os tribunaes o  
 damno futuro, e como fixariam o montante da reparação ?  
 Tal damno póde entrar, quando muito, nas previsões d'um  
 especulador, mas não póde ser objecto de apreciação juridica.

Commetteria um verdadeiro excesso de poder o juiz que  
 concedesse perdas e damnos por um prejuizo apenas pro-  
 vavel e possivel, e por conseguinte eventual e futuro no  
 verdadeiro sentido da palavra. Um simples perigo não basta,  
 pois, para auctorisar uma acção de perdas e damnos. Note-se

<sup>1</sup> *Questions de Droit*, v.º *Question d'État*, § 1, tom. vi, pag. 555.

<sup>2</sup> Vej. Hélie, *obr. cit.*, tom. II, pag. 321 ; Sourdat, *obr. cit.*, n.º 45 ; Dalloz, *Répertoire*, v.º *Instruct. crim.*, n.º 85 ; Mangin, *Traité de l'action publique et de l'action civile*, tom. I, n.º 123 ; F. Cocito, *La Parte Civile in materia penale*, Torino, 1881, n.º 26, etc.

porém que entre as duas condições *actualidade* e *certeza* ha uma relação tão íntima, que o prejuizo, quando é certo, isto é, necessario, inevitavel e apreciavel, póde ser considerado como realisado apesar de não estar plenamente consummado <sup>1</sup>. Assim podem ser apreciados os lucros cessantes no caso de impossibilidade de trabalho resultante de ferimentos. Tal damno, apesar de *futuro*, porque só com o decurso do tempo se vae realisando, e até certo ponto incerto, porque depende da persistencia da vida do offendido, é susceptivel de apreciação, pois, dada a vida do offendido, a sua existencia é certa, e assim ou se calcula em uma somma paga por uma só vez, tendo em attenção a duração média da vida, ou, o que é melhor, se computa em pensões ou annuidades vencidas á medida que o damno se vae effectuando <sup>2</sup>.

68. Porém todo e qualquer damno succedido por occasião d'um crime, ainda que certo e actual, póde sujeitar o criminoso á reparação?

Como se vê da disposição do artigo 2361, é o principio da *causalidade* que rege esta materia: o offensor só é responsavel pelos prejuizos de que o seu facto ou omissão foi *causa*. Porém nem sempre é facil descobrir e demonstrar a relação de causalidade entre o facto e o damno.

Existe por vezes na serie dos acontecimentos humanos

---

<sup>1</sup> Sourdat, *obr. cit.*, n.º 132, 448 e 462; Laurent, *obr. e tom. cit.*, n.º 526 e 533.

<sup>2</sup> *Infra*, n.º 73.

uma concatenação maravilhosa; um pequeno damno póde ser causa de um maior, e este de outro ainda maior, e este d'outros que se succedem e augmentam como os circulos concentricos, que a queda d'uma pedra produz sobre uma superficie liquida. Difficil é por isso muitas vezes estabelecer um nexo directo entre a primeira cousa e o ultimo damno. Supponha-se, por ex., que em prejuizo de Ticio se commette um furto, que este não podendo por isso prover á cultura das suas terras deixa de satisfazer os seus compromissos, que em consequencia d'isto tem de ser executado nos seus bens, e, perdido o credito, cáe em ruina e desesperado se suicida. No calculo dos prejuizos a reparar-se deverão computar-se todos estes damnos?

Não, respondem com Pothier quasi todos os jurisconsultos: só os damnos que forem consequencia *directa e immediata* do crime é que obrigam á reparação, pois os damnos que não se prendem ao facto incriminado senão d'um modo remoto, não são consequencia necessaria d'elle, e podem ter outras causas <sup>1</sup>.

Não nos parece inteiramente admissivel esta regra, pois se os damnos remotos não são consequencia necessaria do crime e podem ter outras causas, tambem podem não as ter e serem consequencia unicamente do facto criminoso, e é precisamente isto que tem de averiguar-se, pois, segundo

---

<sup>1</sup> Pothier, *Des obligations*, P. 2, n.º 160 e seg.; Sourdat, *obr. cit.*, tom. 1, n.º 42 e 103-110; Demolombe, *obr. e tom. cit.*, n.º 672; Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, 3.<sup>me</sup> édit., tom. 1, chap. vii, § 3, pag. 203; Cocito, *obr. cit.*, n.º 27, etc.

a disposição do artigo 2361, cada um deve responder pelas consequências prejudiciaes de que o seu facto foi causa.

Demais, não é pequena a confusão que existe entre os citados auctores, quando tractam de estabelecer a distincção entre damnos *directos* e *indirectos*, ou, segundo a phraseologia romana, em *intrinsecos seu in ipsa re* e *extrinsecos seu extra rem*: apparecem então as divergencias, apresentam-se para os mesmos casos soluções diversas, e admittem-se excepções ás regras estabelecidas.

Pondo de lado as difficeis e complicadas investigações e distincções em que se espraíam os estudos dos jurisconsultos sobre este argumento, julgamos admissivel perante o nosso direito a seguinte regra pratica: «Salvas as restricções dos artigos 2384 a 2391, o criminoso deve reparar todos os damnos que forem consequencia do seu crime, e que, depois de commettido elle, não podiam ser evitados.» Os damnos a que ha dado occasião o crime, mas que derivam do dolo ou da culpa do proprio lesado ou de um terceiro, não devem imputar-se ao criminoso, e n'este sentido dizemos que este não é responsavel pelos damnos indirectos do crime; mas quando os damnos provierem, ainda que indirectamente, do crime, sem que possam imputar-se a facto ou omissão de outrem, não vemos por que o criminoso não deva responder por elles.

69. Sourdat examinando a hypothese de deteriorações causadas n'um edificio, onde se tinham collocado bombas de incendio, ou de que se tinha abatido um muro, a fim de obstar á propagação do fogo lançado a um predio visinho,

não admite acção de reparação contra o auctor do incendio, porque, diz, «le dommage qu'il eprouve est plutôt la consequence des moyens de preservation employés par les tiers, que la suite du délit et le fait du délinquant <sup>1</sup>.»

A não ser no caso em que os meios empregados pelos terceiros ou pelo proprio proprietario fossem evidentemente desnecessarios e inuteis, quer para obstar á destruição completa do edificio incendiado, quer para obstar á propagação do incendio a outros edificios, caso em que a elles póde e deve imputar-se tal damno, não podemos subscrever á opinião de tão abalisado jurisconsulto. Deve o incendiario responder por todos os damnos, porque todos foram consequencia do seu crime: foi o seu factio que tornou necessaria a intervenção de terceiros, necessario o damno causado, intervenção e damno sem o qual o prejuizo directo e immediato podia ser muito maior. O proprio Sourdat confessa que se o edificio deteriorado constituísse um só corpo com o edificio incendiado, de sorte que devesse soffrer necessariamente com o incendio d'este, seria necessario considerar o damno como resultante directamente do delicto. Portanto, a circumstancia de ser o damno commettido materialmente por um terceiro não é por si bastante para eximir da responsabilidade o criminoso.

Borsari, commentando o artigo 1229 do codigo civil italiano, examina o caso de um incendio dolosamente lançado a um edificio, juncto do qual estavam outros, que tambem

---

<sup>1</sup> *Obr. cit.*, n.º 44.

foram destruidos pelas chammas, e perguntando a si proprio se o auctor do incendio será responsavel por todas as consequencias do desastre, responde assim: «io, giudice, non saprei, qui dove fermarmi, lo confesso, ma sarebbe a vedersi nel caso pratico se tutte le parti di una tale massa, onde si forma il cumulo dei danni, dovessero di ragione e in relazione alle circostanze, esservi comprese<sup>1</sup>.»

Esta resposta é pouco decisiva. Nós, applicando a regra supra indicada, julgamos dever ampliar-se a responsabilidade do auctor do incendio até onde começa o dolo ou a culpa d'outrem; e assim julgamos que este só não deve responder pelos damnos, quando estes podiam ter-se evitado, circumstrevendo o incendio, desviando as materias facilmente combustiveis ou por outros meios semelhantes, cuja omissão constitua uma negligencia da parte da pessoa lesada. Ainda outros exemplos para melhor esclarecer o nosso pensamento. Foi comprado grão para alimentar os escravos, e o grão foi roubado: deverá o ladrão reparar o damno pela morte dos escravos? Não, attendendo ao que ordinariamente succede, pois que podia ter-se evitado a morte d'elles supprindo a carencia de grão. A mesma decisão deve dar-se no caso de morte seguida a ferimentos, quando seja derivada da omissão d'aquelles cuidados que a sciencia e a prudencia aconselham e que as circumstancias permittiam.

70. Não podemos por isso annuir ao accordão do Sup.

---

<sup>1</sup> *Comm. al Cod. civile Ital.*, art. 1229, pag. 566.

Trib. de Just. de 24 de janeiro de 1879 <sup>1</sup>, emquanto manda incluir na indemnisação devida por uma queixa dolosa e suborno de testemunhas, a que se seguiu a instauração de processo e a morte de um dos accusados, em virtude do ferimento causado por um tiro disparado contra elle na occasião em que pretendia, fugindo, evitar a prisão, e do máu tractamento feito durante a prisão — *os gastos feitos com o tractamento do ferido e com o seu enterro*. Para que fosse devida indemnisação por estes damnos, seria necessario mostrar que taes damnos não podiam ser evitados, isto é, que não podiam e não deviam ser imputados ao proprio accusado ou áquelle que disparou o tiro, ou áquelles que o abandonaram e tractaram mal durante a prisão, etc.; ora nem isto se mostra do accordão, nem mesmo seria facil fazer esta prova. O principio referido no citado accordão de que — *causa causae est causa causati, unde dicitur is qui causam damni dedit, damnum ipse dedisse* — não é, pois, applicavel aos referidos damnos <sup>2</sup>.

Vê-se facilmente que, seguindo este caminho, chega a impôr-se ao criminoso responsabilidade por damnos de que só os factos imputaveis a outrem são realmente a causa.

Ora repugna á razão e á justiça que o auctor d'um crime, comquanto mereça pouco favor, seja obrigado a reparar o damno que não deriva positivamente do seu facto.

---

<sup>1</sup> Transcripto na *Rev. de Leg. e de Jur.*, anno 17.º, n.º 867, pag. 556, e no *Direito*, anno 12.º, pag. 212.

<sup>2</sup> O mesmo sustenta o sr. Alexandre de Seabra na critica a este accordão (*Direito*, anno 12.º, pag. 214).

Do exposto se conclue que, se uma negligencia e sobretudo uma falta grave da parte lesada contribue para augmentar o damno, não deve ser o delinquente responsavel por esta aggravação. Pelo menos os tribunaes deverão arbitrar até que ponto a culpa d'um e outro intervieram como elemento na perda, e fazer supportar a cada um uma parte do valor proporcional á sua culpa.

Esta doutrina sobre a falta *communis*, deduzida pelos jurisconsultos dos principios geraes sobre a imputabilidade e por elles applicada a todos os casos de responsabilidade civil, quer se dê isolada quer junctamente com a criminal <sup>1</sup>, é tambem admissivel no nosso direito, pois o *Codigo* admittit-a expressamente no § 2.º do artigo 2398 com relação ao damno causado ás cousas ou ás pessoas nos casos previstos n'este artigo, em muitos dos quaes póde haver responsabilidade civil connexa com a criminal <sup>2</sup>, e não ha razão para admittit-a n'uns casos e regeital-a n'outros.

**71.** Finalmente o damno deve ser *peçoal*, isto é, supportado pela pessoa ou bens d'aquelle que pretende a reparação. Mas não é necessario para isso que o offendido tenha sido directamente attingido na sua pessoa e bens pelo factio criminoso; basta que tenha sido attingido indirectamente.

Mas será necessario que um damno material lhe tenha

---

<sup>1</sup> Vej. Sourdat, *obr. cit.*, tom. 1, n.º 108; Demolombe, *obr. e tom. cit.*, n.º 502 e seg.; Laurent, *obr. e tom. cit.*, n.º 487 e 531.

<sup>2</sup> *Nov. Cod. Pen.*, art. 482.

sido causado, ou bastará para fundamentar a reparação um simples interesse moral?

A affirmativa é quasi unanimemente seguida pelos juriconsultos francezes e italianos e tambem pelo nosso Nazareth, como se vê das palavras de Chauveau et Hélie, por elle traduzidas e transcriptas em a nota (b) ao § 52 dos seus *Elementos de Processo Criminal*: «Não é necessario que o interesse que faz a base da acção civil, seja sempre material e apreciavel. Um homem póde ser ferido nas suas affeições, como na sua fortuna; na sua reputação, como na sua propriedade; a sua acção é legitima, logo que o prejuizo, que tem soffrido, seja incontestavel, e se a indemnisação dos interesses, que reclama, não póde ser o preço de um mal algumas vezes inapreciavel, é pelo menos uma especie de compensação a seus soffrimentos e uma pena infligida ao culpado <sup>1</sup>.»

Seja-nos licito transcrever ainda parte de uma sentença de 31 de julho de 1871, proferida pelo tribunal de appellação de Ancona (Italia), onde, a proposito do crime de homicidio, é magistralmente tractado este assumpto, e onde se acha consubstanciada, como adverte a mesma sentença, a súmmula de muitas decisões dos tribunaes italianos: «Per la retta valutazione del risarcimento dovuto per l'uccisione di un uomo, questo dev'essere considerato *economicamente* e *moralmente*. Economicamente: per portare in conto d'indennità le perdite che l'attore ha sofferto, non già in ra-

---

<sup>1</sup> *Obr. cit.*, tom. 1, cap. 7, § 3, pag. 204.

«gione dei lucri e dei profitti pecuniari o naturali, che l'uc-  
 «ciso poteva fare, o che altri nelle stesse occupazioni ed  
 «ingerenze può fare; ma solamente quanto di questi lucri,  
 «di questi profitti cedeva in vantaggio, o può ragionevol-  
 «mente crederci che andasse in vantaggio d'ell'attore; risol-  
 «vendo sempre i dubi in favore della parté offesa, onde il  
 «soddisfacimento, in ragione inversa della pena dovuta al  
 «reo, riesca piuttosto abbondante, che difettosa.

«Moralmente, perchè le affezioni modificano i beni mate-  
 «riali, sono fattori di felicità e di ben essere, valutati e sti-  
 «mati, in generale, più dei vantaggi e beni fisici, e la cui  
 «privazione immediata porta sempre danno e dolore, e qual-  
 «che volta sino la morte; onde ne deriva che le affezioni  
 «non soddisfatte sono stimabili, al pari delle ricchezze man-  
 «cate, per la durata e intensità del dolore morale, pei danni  
 «e scapiti che questo dolore arreca per paralizzare l'attività,  
 «col sottoporre a spese per mitigare e riparare le conseguenze,  
 «e riacquistare l'esercizio e la libertà della propria attività <sup>1</sup>.»

E, com effeito, assim é.

A dor moral, quando não conduz á morte, altera o orga-  
 nismo humano do mesmo modo que o veneno lento e produz  
 a perda do appetite, as vigílias, a diminuição das forças phy-  
 sicas, a repugnancia para o trabalho, o abatimento e torpor  
 nas forças intellectuaes e doenças, que por vezes excruciam  
 toda a vida.

Ora se todas estas dolorosas sensações são muitas vezes

---

<sup>1</sup> Transcripta por **Vittore Vitali**, *Del Danno*, Placenza, 1880, n.º 108.

consequencia de um crime, porque não ha de encontrar na lei quem as soffre apoio a uma conveniente reparação? Parecem auctorisar esta mesma doutrina os artigos 2361 e 2364, pois, segundo elles, todo aquelle que violar ou offender os direitos de outrem constitue-se na obrigação de *restituir o lesado ao estado anterior á lesão e satisfazer-lhe as perdas e damnos que lhe houver causado.*

Se nem sempre é possível restituir o lesado ao mesmo estado em que se encontrava antes da lesão, pois para isso é necessario fazer desaparecer o proprio mal em que consiste o damno, como restituindo os direitos ou cousas usurpadas, ou restaurando as deterioradas, o que não póde ter logar, quando ha violação dos direitos primitivos, deve ao menos repôr-se o lesado em uma condição equivalente e tanto melhor quanto mais deteriorada foi pelo lesante, e como o dinheiro é a medida de todos os valores, tambem em tal caso o damno se deve liquidar em uma determinada somma pecuniaria.

Dir-se-ha que o dinheiro não póde ser o preço da dor nem da honra, e que não ha reparações pecuniarias que compensem a privação do uso da vista, ou da falla, ou de qualquer membro do corpo, etc. Mas pelo facto de ser difficil estabelecer uma correlação exacta entre os prejuizos causados na personalidade physica e na personalidade moral e as vantagens materiaes que os compensam e conceder, portanto, uma reparação exacta e adequada, não se deve concluir que não se deva conceder reparação alguma. A condemnação a uma pena é sufficiente para a reparação social;

mas a pessoa ferida nas seus affectos, na sua pessoa e na sua reputação, deve ter tambem direito a exigir uma compensação particular ao seu soffrimento. Na impossibilidade de se lhe dar outra reparação, dá-se-lhe aquillo que representa mais approximadamente o valor de todas as cousas, isto é, dinheiro <sup>1</sup>.

No entanto o nosso legislador, tractando de graduar nos artigos 2382 a 2394 a responsabilidade civil proveniente da offensa dos direitos primitivos e adquiridos, afastou-se muito d'esta doutrina e restringiu consideravelmente as disposições dos artigos 2361 e 2364.

**72.** São cinco as classes de offensas contra as pessoas, cuja reparação o *Codigo* tracta de regular, a saber: homicidio; ferimentos; offensas contra a liberdade pessoal; offensas contra o bom nome e reputação, e violação de honra e virgindade.

No caso de homicidio é evidente que não é possivel a reparação do damno causado á pessoa directamente offendida pelo crime. Mas o homicidio não fere sómente aquelle que d'elle foi victima: fere tambem os seus parentes, que soffrem sempre um damno moral e muitas vezes um prejuizo material, e por isso o homicidio devia, para o effeito da reparação, poder ser considerado economica e moralmente, como se diz na sentença transcripta no n.º anterior.

---

<sup>1</sup> Vej. Sourdat, *obr. cit.*, n.º 33 e seg.; Laurent, *obr. e tom. cit.*, n.º 395 e seg. e 522; F. Cocito, *obr. cit.*, n.º 25.

Porém o *Código* em nenhuma conta teve o damno moral, e até o material é fracamente attendido. Admitte-se no homicidio voluntario, e só n'este, a indemnisação pelas despesas feitas com a tentativa de cura (se occorrerem) e com o funeral, e tanto no voluntario como no involuntario, mas punivel, concedem-se alimentos a certos parentes do morto, mas só quando *d'elles precisarem* <sup>1</sup>. D'onde se vê que não é o damno moral, por elles supportado, que fundamenta esta reparação, mas o prejuizo material proveniente da morte d'um pae, d'um marido ou d'um filho, que era o sustentaculo da familia, o arrimo dos paes ou o amparo da esposa.

Mas se elles não precisarem de alimentos, nada de reparação.

E ainda que precisem, se o morto *não os devia*, porque não podia prestal-os, como se o homicidio caíu sobre uma creança ou sobre um velho que era preciso sustentar, e cuja fraqueza e enfermidades o convertiam, sob o ponto de vista dos interesses pecuniarios, antes em encargo, que em beneficio para a familia, nada de reparação tambem! Falta só que o legislador, impellindo o raciocinio até ás suas ultimas consequencias, ordene que em taes casos os parentes do morto, em vez de receberem a reparação, a concedam ao homicida, pois, em vez de prejudicados, foram beneficiados com o homicidio.

É certo que no n.º 3.º do artigo 2384 não se acha a clausula «*se d'elles precisarem*», que se encontra no artigo 2385,

---

<sup>1</sup> *Cod. Civ.*, artt. 2384 e 2385.

assim como n'este não se acha a clausula «*a quem os devia o offendido*», que se encontra no n.º 3.º do artigo 2384, o que dá logar a poder concluir-se que no caso d'este ultimo artigo a indemnisação aos ascendentes do morto tem logar ainda quando estes não precisem dos alimentos, e que no caso do artigo 2385 a obrigação de alimentos tem logar ainda quando o morto não os devesse, como se fosse uma creança ou um velho sem bens nem meio de agencial-os.

Mas não é assim. Quando o artigo 2384 emprega a clausula «*a quem os devia o offendido*», implicitamente suppõe a condição «*se precisarem d'elles*», pois, para haver obrigação de alimentos, para estes serem *devidos*, é necessario que o alimentante possa prestal-os e que o alimentando precise d'elles <sup>1</sup>. No caso do artigo 2385, a prestação de alimentos está subordinada ás mesmas condições que no caso do n.º 3.º do artigo 2384, isto é, para ter logar, não basta que os parentes do offendido precisem de alimentos, é necessario tambem que o offendido os devesse. Se assim não fosse, viria a indemnisação a ser mais rigorosa no caso de homicidio involuntario, que no de homicidio voluntario, o que é contra os bons principios, que, a admittirem desigualdade, reclamam mais severidade n'este do que n'aquelle, e contra o pensamento do legislador, que evidentemente quiz tornar menos rigorosa a indemnisação no caso do homicidio involuntario, pois não só a não admitte pelas despesas feitas com a tentativa de cura e com o funeral, o que, aliás, não

---

<sup>1</sup> *Cod. Civ., art. 179.*

tem justificação possível, mas até recusa a indemnisação por alimentos á viuva do fallecido e aos ascendentes *validos*, ainda que d'elles precisem <sup>1</sup>.

Vê-se do que fica dicto quam restricto e pouco razoavel foi o ponto de vista sob que se collocou o *Codigo* pelo que respeita á indemnisação por homicidio.

É para estranhar que, sendo este um dos crimes que mais damno causam á familia e á sociedade, e que como tal é severamente punido, seja um d'aquelles em que o *Codigo*, afastando-se do uso seguido no reino <sup>2</sup> e nas demais nações cultas <sup>3</sup>, mais restrinja a obrigação de reparação civil. Jul-

<sup>1</sup> O artigo 2660 do projecto primitivo, correspondente ao artigo 2385 do *Codigo*, nem sequer concedia alimentos aos ascendentes invalidos: foi a commissão revisora que, logo na primeira revisão, modificou a sua disposição nos termos em que hoje se acha no *Codigo* (Vej. *Actas* cit., pag. 365).

<sup>2</sup> *Supra*, n.º 33.

<sup>3</sup> Entre os codigos das nações cultas, uns, como o francez e o italiano, não regulam expressamente a indemnisação no caso de homicidio; limitam-se a estabelecer o principio geral da responsabilidade, deixando ao prudente arbitrio dos juizes a applicação aos casos occorrentes, e a doutrina e a jurisprudencia são uniformes em admittir indemnisação á familia do fallecido, sem a restringir á simples obrigação de alimentos. Outros regulam expressamente esta hypothese, mas nenhum é tão restricto como o nosso. Assim o codigo civil austriaco, artigo 1327, comquanto deixe a reparação a arbitrio do juiz, indica que o homicida deve não só pagar todas as despesas, mas tambem indemnisar a mulher e os filhos do fallecido por tudo aquillo que *perderam em consequencia do homicidio*. O codigo civil da Prussia, artt. 99 e 100, admitte no caso de homicidio com dolo ou culpa lata não só a obrigação de alimentos, mas até a de dotar os filhos sem attenção aos bens que ficaram do defuncto, nem a outros quaesquer meios que elles tenham. O codigo penal hespanhol de 1848, art. 118, e o de 1770, art. 124, admittem tambem a obrigação de reparar os prejuizos causados

gamos preferível o arbitrio concedido n'este caso pelos codigos das nações cultas aos tribunaes, deixando a seu cuidado a apreciação do prejuizo e o calculo da indemnisação, mais ou menos variavel segundo as circumstancias e haveres do offensor e do offendido, visto que n'este assumpto, como observa Pacheco, tem de attender-se não só ao justo, mas tambem ao conveniente e possivel, — ás acanhadas regras estabelecidas pelo *Codigo*, que em muitos casos deixam inteiramente o homicidio sem reparação ou a reduzem a proporções insignificantes, e que demais não destroem o arbitrio dos tribunaes, pois, sendo a indemnisação principal reduzida a alimentos, e tendo estes de ser proporcionados aos meios d'aquelle que houver de prestal-os e ás necessidades d'aquelle que houver de recebê-los, nos termos do artigo 178, hão de os tribunaes attender, para a fixação da pensão alimenticia, ás circumstancias do homicida e ás da familia da victima.

**73.** No caso de ferimentos voluntarios ou involuntarios, mas puniveis, a indemnisação varia segundo d'elles resultar, ou não, aleijão, deformidade ou qualquer outro damno irreparavel. No ultimo caso a indemnisação limita-se ás despezas feitas com o curativo e aos lucros que o ferido deixou de auferir por causa do ferimento; nenhuma indemnisação

---

não só ao offendido, mas tambem à sua familia e até a um terceiro, e deixam ao prudente arbitrio dos juizes o regularem a indemnisação segundo as circumstancias (Vej. Pacheco, *obr. cit.*, tom. 1, pag. 508 e 509).

se lhe concede, pois, pelos soffrimentos e incommodos, nem pelo desgosto e aviltamento resultante da injuria que o ferimento pôde envolver. No primeiro caso a indemnisação abrange, além das despezas feitas com o tractamento e dos lucros cessantes durante o tempo do tractamento, os prejuizos que resultarem do aleijão ou deformidade, com a differença de que, no caso de o ferimento ser involuntario, a indemnisação por estes prejuizos é reduzida a metade, e só tem logar se o offendido *precisar d'ella*.

Com quanto a expressão *prejuizos* empregada no artigo 2386 seja um termo generico, que pôde abranger tanto o damno material, como o moral, vê-se que a sua significação é restricta ao damno material, não abrangendo a dor nem o desgosto soffrido pelo lesado, pois, além de que o artigo recusa a indemnisação por este damno no caso de simples ferimentos, e não ha mais razão para a conceder n'um caso do que n'outro, a indemnisação é concedida, não em attenção ao proprio aleijão ou deformidade, mas só em attenção aos prejuizos que d'elle resultarem.

Em todo o caso, a indemnisação pelos prejuizos a que se refere este artigo não se limita unicamente aos lucros cessantes *pela impossibilidade de trabalho*, como parece indicar o sr. conselheiro Dias Ferreira, quando, referindo-se ao modo de calculal-os, diz: «Mas como hão de calcular-se esses prejuizos havendo duas incognitas, a renda annual e o tempo de vida do offendido? A renda annual facilmente se calcula pelo termo medio do producto do seu trabalho nos ultimos annos; mas para calcular o tempo de vida não offerece o

codigo base alguma. Parece-nos, pois, que os termos da sentença condemnatoria deverão reduzir-se a marcar uma quota annual, que o offensor ou seus herdeiros deverão pagar ao offendido <sup>1</sup>.

Em primeiro logar, o termo medio do producto do trabalho do offendido nos ultimos tres annos só póde tomar-se como base para o calculo da renda annual, quando o aleijão o impossibilitar completamente para o trabalho, mas não quando só produzir impossibilidade de trabalho profissional ou lh'o tornar mais difficil <sup>2</sup>: e ainda mesmo no caso de impossibilidade absoluta de trabalho não deve attender-se unicamente a esta base, mas tambem ao adiantamento e maiores vantagens futuras que o lesado naturalmente podia esperar.

Em segundo logar, a indemnisação não é restricta aos lucros cessantes pela incapacidade para o trabalho, como se deduz do emprego da palavra — *deformidade*. Póde haver

<sup>1</sup> *Obr. cit.*, tom. v, pag. 121.

<sup>2</sup> Em conformidade com a doutrina que defendemos, decidiu a Relação do Porto em accordão de 30 de novembro de 1878 (transcripto na *Rev. de Leg. e de Jur.*, anno 16.º, n.º 781, pag. 14) que a indemnisação por quaesquer lesões extraordinarias e permanentes que fossem impedimento de trabalhar, as quaes se achavam comprehendidas todas na força da palavra *mutilação* empregada no artigo 1468 do codigo commercial (como tambem decidiu o Sup. Trib. de Just. em accordão de 31 de maio do mesmo anno, transcripto na *Rev. cit.*, anno 17.º, n.º 812, pag. 157) — não devia ser uma quantia equivalente ao salario que vencia o marinheiro impossibilitado e arbitrada como pensão vitalicia, mas que devia attender-se a que o serviço do mar cessa de ordinario com a velhice, e tambem a que o *doente póde ainda occupar-se em algum outro modo de vida*.

deformidade sem que haja aleijão ou resulte incapacidade quer absoluta, quer relativa, para o trabalho, e no entanto o *Codigo* reconhece o direito á indemnisação pelos prejuizos resultantes da simples deformidade. Deve, pois, esta circumstancia ser tida em consideração, quando d'ella possa derivar um prejuizo material ao futuro bem-estar da pessoa offendida, o que succede principalmente quando esta fôr do sexo feminino, como expressamente declara o codigo austriaco <sup>1</sup>, e era já doutrina seguida entre nós antes do *Codigo* <sup>2</sup>.

74. Note-se, finalmente, que a indemnisação não é restricta aos prejuizos que resultarem de aleijão ou deformidade, como parece inculcar o artigo 2386, enumerando apenas estes casos. Esta enumeração é exemplificativa e não taxativa. Se assim não fosse, havíamos de concluir que era devida indemnisação no caso de aleijão ou simples deformidade, e não nos casos de *cortamento*, *privação* ou *inhabilitação* de qualquer membro ou órgão do corpo, ou mesmo no caso de *privação da razão* <sup>3</sup>, o que seria evidentemente absurdo e contrario a todos os principios que regem a responsabilidade civil. Mais ainda: havíamos de concluir que o legislador admittia a indemnisação pelos prejuizos

---

<sup>1</sup> Art. 1326: «Si la personne bléssée á été défigurée, on lui doit encore un dédommagement, surtout lorsque c'est une femme.»

<sup>2</sup> Vej. Correia Telles, *Doutrina das Acções*, § 440, nota (1); Lobão, *Damnosa*, § 28; Coelho da Rocha, *obr. cit.*, tom. I, § 139, n.º 9.

<sup>3</sup> *Nov. Cod. Pen.*, artt. 360, § 5, e 361.

que resultassem d'esses factos, quando os ferimentos fossem involuntarios, e não quando fossem voluntarios, pois as palavras — *qualquer outro damno irreparavel* — empregadas no artigo 2387 referem-se tambem aos casos de outros danos causados na *pessoa do offendido*, que sejam consequencia dos ferimentos, e que não consistam em aleijão, mas que tenham character de permanencia (*irreparaveis*), como são a deformidade, mutilação, privação de qualquer membro, etc.

Que esta é a significação das palavras *damno irreparavel*, deduz-se claramente do contexto do artigo e da ligação d'ellas á palavra *aleijão* pela particula *ou*.

No entanto, já outra interpretação lhes foi dada. Baseado n'ellas, conclue o sr. Alexandre de Seabra nas *reflexões juridicas*, a que já por mais d'uma vez nos temos referido <sup>1</sup>, que no caso de ferimentos involuntarios só a impossibilidade *absoluta* de trabalho é que dá direito á indemnisação, pois só então é que o damno é irreparavel.

Tractava-se na hypothese de ferimentos involuntarios, dos quaes resultara, como decidiram os peritos, *impossibilidade da flexão completa dos dedos pollegar e medio da mão direita, e absoluta do indicador, do que não resultaria impossibilidade COMPLETA de escrever e de se entregar aos trabalhos proprios da agricultura, mas sim de se entregar á maioria dos officios mechanicos.*

Pelo facto de o offendido poder escrever e entregar-se aos

---

<sup>1</sup> *Supra*, n.º 40 e 52.

trabalhos do campo e mesmo a alguns officios mechanicos, e poder assim, como tantos outros, *viver do seu trabalho*, conclue o sr. Alexandre de Seabra que « não ha por isso mesmo aqui *aleijão ou damno irreparavel*, porque esse só se verifica quando a impossibilidade de trabalhar é *absoluta*. »

D'aqui se vê que a significação ligada pelo sr. Alexandre de Seabra ás palavras *damno irreparavel*, é muito diversa da que nós lhe ligamos e que nos parece a unica admissivel.

Que no caso questionado se concluisse que o offendido não *precisava* da indemnisação, ainda se entendia, se bem que é pouco razoavel, pois, quanto a nós, *precisam* todos aquelles, que para viverem e sustentarem a familia, necessitam trabalhar, e por isso reputamos a impossibilidade relativa de trabalho fundamento bastante para a indemnisação, ainda mesmo no caso de ferimentos involuntarios: é apenas questão de mais ou de menos indemnisação. Mas concluir que pelo facto de o offendido ser rico ou poder viver á custa do seu trabalho, e não ter, portanto, direito á indemnisação, deixou de soffrer um *damno irreparavel*, é conclusão que o artigo não auctorisa, e cujo erro se manifesta da simples junção das palavras *aleijão* e *damno irreparavel*: é o mesmo que concluir que o offendido, apesar de aleijado, deixou de o ser, pelo facto de não *precisar* da indemnisação.

Na opinião que combatemos, ha evidente confusão entre o *damno irreparavel*, supportado na pessoa e pelo qual o codigo não concede indemnisação em caso algum, e os *prejuizos externos* que d'aquelle resultem e pelos quaes concede indemnisação, completa e sempre no caso do artigo

2386, incompleta e ainda assim só quando o offendido precisar d'ella, no caso do artigo 2387. Esta distincção, que é bem manifesta no artigo 2386, torna-se tambem clara no artigo 2387, se completarmos a sua disposição da segunda parte com a referencia ao artigo anterior: «Se o ferido padecer *aleijão*, ou *qualquer outro damno irreparavel*, terá direito a ser indemnizado de metade dos *prejuizos* que resultarem de tal aleijão ou damno irreparavel, se d'isso *precisar*.» Eis, por outras palavras, a disposição do artigo, da qual se conclue, *á contrario sensu*, que se o offendido não precisar, apesar de ter padecido aleijão ou qualquer outro damno irreparavel de que lhe resultem prejuizos, nenhuma indemnisação receberá.

75. No caso de offensas contra a liberdade pessoal, como rapto violento, carcere privado, prisão illegal ou seja feita por particulares ou pela auctoridade e offensas corporaes, para obrigar illegalmente outrem a fazer ou impedir de fazer alguma cousa <sup>1</sup>, a indemnisação abrange todas as perdas e danos que do crime resultarem <sup>2</sup>. Assim, se o individuo que fôr privado da sua liberdade, soffrer detrimento na sua fazenda, que não póde administrar, ou na sua saude, ou não realisar os lucros que podia realisar se estivesse no gozo da sua liberdade, de tudo isto tem direito a ser indemnizado.

<sup>1</sup> *Nor. Cod. Pen.*, artt. 291 e seg., e 328 e seg.; *Cart. Const.*, art. 145, §§ 1 e 9.

<sup>2</sup> *Cod. Civ.*, artt. 2388 e 2400.

Mas terá direito a ser indemnizado pelo damno moral, isto é, pelos soffrimentos, desgosto e injuria resultantes da privação da liberdade? Não é isto um damno, um prejuizo que o lesado soffre na sua personalidade? É, effectivamente, e nada nos repugnava admitir a indemnisação tambem por taes prejuizos: no entanto, apesar da significação um tanto lata da locução «*perdas e damnos*», em que bem podiam abranger-se os damnos moraes, entendemos que o *Codigo*, empregando aqui esta locução, quiz designar apenas os damnos materiaes, ou consistam em damnos emergentes ou derivem de lucros cessantes, pois é n'este sentido que a emprega nos artigos 706, 2392 e outros, e principalmente porque recusa a indemnisação a dinheiro por taes prejuizos nos casos de homicidios e ferimentos, e tambem n'aquelles em que mais predomina o damno moral, isto é, nos casos de injuria e offensas contra o bom nome e reputação, como veremos em o numero immediato.

**76.** Regulando no artigo 2389 a indemnisação por injuria por qualquer outra offensa contra o bom nome e reputação, limita-a o *Codigo* á reparação das *perdas que por essa causa o offendido houver realmente padecido* e á condemnação judicial do offensor.

A redacção do artigo leva-nos á couclusão de que a reparação pecuniaria só tem logar quanto aos prejuizos materiaes resultantes da diffamação e injuria.

É verdade que, dizendo o artigo que a indemnisação consistirá na reparação das perdas que o offendido houver pa-

decido, e que designando propriamente a expressão *perdas* a diminuição que se soffreu no patrimonio effectivo, isto é, o damno emergente, e podendo considerar-se tal a perda do bom nome, fama e reputação, a privação ou diminuição da estima e confiança dos outros e d'aquelles serviços, favores, distincções e vantagens diversas que na sociedade se concedem espontanea e gratuitamente ás pessoas honradas, e que se recusam ás de duvidosa fama, póde concluir-se que a reparação abrange tambem o damno moral, pois onde a lei não distingue tambem o interprete não deve distinguir.

É todavia opinião nossa, *de jure constituto*, que a indemnisação pecuniaria respeita unicamente aos lucros cessantes. Eis as razões: 1.º a expressão *perdas*, comquanto designe propriamente a diminuição do patrimonio effectivo (damno emergente), tambem póde applicar-se aos lucros cessantes, pois só podendo considerar-se taes aquelles que o lesado auferiria se não fosse o acto do lesante, póde dizer-se que aquelle os *perdeu*<sup>1</sup>; 2.º era esta a doutrina que se achava expressamente consignada no artigo 2664 do projecto primitivo, correspondente ao artigo 2389 do *Codigo*, e que a commissão revisora approvou sem lhe fazer modificação alguma, devendo por isso attribuir-se a alteração á commissão de redacção e reputar-se como sendo ape-

---

<sup>1</sup> É n'este sentido que Coelho da Rocha, referindo-se á indemnisação das offensas na honra, diz que ellas não admittem indemnisação a dinheiro senão a das *perdas nos ganhos* de cada um; é tambem n'este sentido que o artigo 2386 do *Codigo* diz «lucros que tiver perdido» e o artigo 2387 «interesses que o ferido perdesse.»

nas uma modificação de redacção e não de doutrina <sup>1</sup>; 3.º a palavra *realmente*, que o *Codigo* não emprega em outros artigos, e que na verdade é desnecessaria, pois não ha indemnisação sem haver um damno real, seja material, seja moral, mas que, empregada unicamente quando se tracta da reparação civil de crimes em que o damno moral predomina sobre o material, indica claramente o seu pensamento de restringir a este a indemnisação pecuniaria, quanto mais que 4.º logo em seguida considera tambem como indemnisação a condemnação judicial do offensor, certamente como reparação do damno moral.

Assim repara-se a dinheiro o damno material, se o ha, e que em todo o caso ha de ser de difficilima averiguação, pela quasi impossibilidade de provar a relação de causalidade

---

<sup>1</sup> O artigo 2664 do projecto primitivo era redigido assim : «A indemnisação por injuria, ou qualquer offensa contra o bom nome e reputação consistirá na satisfação dos *interesses*, que o *offendido por essa causa realmente perdesse*, e no convencimento do culpado, ou do calumniador.» Em face d'este artigo não podia haver duvida de que a indemnisação pecuniaria era *restricta* aos lucros ou interesses que o offendido obteria, se não fosse a *diffamação*, e que em virtude d'ella perdeu, ou antes deixou de obter. Assim o operario que em virtude da *diffamação* deixou de encontrar trabalho, a donzella que perdeu casamento, etc., têm direito a uma indemnisação pecuniaria correspondente a este damno, mas pelo damno moral resultante da *diffamação* não tinham direito a indemnisação alguma, a não ser a indemnisação tambem moral, resultante da condemnação judicial do offensor.

O artigo foi approvedo pela commissão revisora sem modificação alguma (*Actas cit.*, pag. 365), e assim se achava ainda no projecto de 1864, sob o n.º 2429, sendo ainda approvedo sem modificação alguma (*Actas cit.*, pag. 674). Porém no projecto definitivo, art. 2391, apparece já modificada a sua redacção nos termos em que se acha o artigo 2389 do *Codigo*.

entre a offensa e o damno, o que torna quasi illusoria esta especie de reparação, e admite-se unicamente para a reparação do damno moral a condemnação judicial do offensor.

**77.** Para o homem de bem, diz-se, é esta a unica reparação valiosa contra a injuria e contra a calumnia. D'acordo que o damno moral se deve indemnisar, quanto possivel fôr, com reparações tambem moraes, como declarações, retractações, publicação da sentença condemnatoria <sup>1</sup>, etc.; mas esta reparação nem é completa, nem sempre é possivel e efficaz. Não é completa, porque ainda quando faça cessar inteiramente o mal, o que raras vezes succede, não compensa o damno moral soffrido, isto é, provê ao futuro, mas não ao passado; é como o remedio que restabelece a saude, mas não indemnisa do soffrimento supportado. Nem sempre é possivel, o que succede principalmente quando o damno deriva de offensas feitas em publicações não periodicas.

Se em alguns casos póde ordenar-se a suppressão ou a rectificação da parte, que contenha a injuria ou a diffamação <sup>2</sup>, nem sempre é isto possivel, pois umas vezes a injuria achar-se-ha disseminada por todas as paginas do livro, outras vezes supprimir um dado capitulo, uma pagina, equivalerá a tirar toda a importancia ás outras partes que são inoffensivas e cuja conservação póde ser reclamada pela sciencia

---

<sup>1</sup> *Nov. Cod. Pen.*, art. 418; Lei sobre a imprensa de 17 de maio de 1866, artt. 11 e 12.

<sup>2</sup> *Vej. Cod. Pen.*, art. 419; *Cod. do Proc. Civ.*, art. 98; *Nov. Ref. Jud.*, art. 1143.

e pela arte. E, por outro lado, faltará todo o meio legal para obrigar o auctor ou seus herdeiros a modificar e reformar o livro.

Dando, pois, a preferencia aos meios moraes, não nos repugna admittir a indemnisação pecuniaria como meio complementar e subsidiario da reparação do damno moral, ainda que d'este não se tenha seguido um damno material.

Sem duvida que o damno moral é difficil de apreciar, porque escapa aos sentidos, passa muitas vezes desapercibido, nem se presta ás regras d'um calculo mathematico; mal se pôde exigir a prova positiva e especifica do soffrimento que a cada um resultou de uma dada injuria, e da gravidade e valor do mesmo; é quasi impossivel averiguar de que intensidade seja o desgosto soffrido e de que valor eram os serviços, favores e distincções sociaes de que a injuria, a diffamação e a calumnia privaram o offendido. Não faltam, todavia, elementos, baseado nos quaes o criterio prudente e sabio do julgador possa aproximar-se d'uma solução razoavel e equitativa; taes são a posição social, as qualidades e reputação do offensor e do offendido, o character das imputações, o motivo da injuria, as circumstancias particulares de tempo, logar e modo, a publicidade que se lhes deu <sup>1</sup>, etc.

Era, pois, para desejar que nos delictos de diffamação e de calumnia, sobretudo quando commettidos pela imprensa, que em pouco tempo as diffunde por toda a população, que

---

<sup>1</sup> Grellet Dumezeau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, tom. II, pag. 862.

a indemnisação por perdas e danos podesse ser mais largamente medida, a fim de não poder repetir-se o que Gioia diz da legislação e jurisprudencia italianas, aliás mais liberaes que a nossa: «Se vi è stato rubato un asino, le leggi dei populi civili vi fanno indennizare anche a prezzo d'affezione; se vi è stata rubata la quiete, le leggi serbano il silenzio, e di più i tribunali richiederebbero se la quiete ha un valore <sup>4</sup>.»

78. Nos casos em que a offensa contra o bom nome resulte de imputação ou accusação de crime judicialmente feita, a indemnisação tem de ser regulada nos termos do artigo 2390 do *Codigo*, sem duvida um dos mais importantes sobre indemnisação de perdas e danos, já pelas disposições anteriores que revogou ou modificou, já pela sua frequente applicação no nosso fóro, onde as questões sobre responsabilidade civil não tem tido a importancia que podem e devem ter.

A Nov. Ref. Jud., apesar de ser um codigo de processo, impunha uma pena de multa tanto áquelle que dolosamente querelasse contra uma determinada pessoa, como áquelle que dolosamente accusasse alguem, sendo metade para o querelado ou accusado, e metade para a fazenda publica, e além d'isso permittia que, mesmo no caso de não haver dolo, o querelante ou accusador podessem ser condemnados em perdas e danos. Ao mesmo tempo estabelecia a compe-

---

<sup>4</sup> *Dell'injuria, dei danni e dei soddisfacimento*, Part. I, sez. XII.

tencia e o processo para levar a effeito estas disposições: confiava-se ao jury amplo arbitrio para decidir quando tinha logar a indemnisação e tambem, no caso de accusação, a sua importancia, se o jury se julgasse sufficientemente informado. De resto, havia dolo e deviam-se perdas e damnos, quando o jury quizesse e pela forma por que o ordenasse; apenas se fixava a regra de que a indemnisação era indeclinavel quando a accusação tivesse sido dolosa <sup>1</sup>.

O codigo penal, dispondo nos artigos 104 e 112 que sem culpa ou negligencia da parte do auctor do damno não podia este ser obrigado á reparação civil, se não restringiu este arbitrio e revogou até a condemnação dictatorial e extraordinaria a perdas e damnos decretada no artigo 1164 <sup>2</sup>, dava ao menos uma indicação que os jurados deviam ter em conta na resposta aos quesitos sobre indemnisação de perdas e damnos, não a devendo conceder quando entendessem que

<sup>1</sup> Artt. 1083, 1164 e 1166.

<sup>2</sup> Assim se sustentava no *Jornal de Jurisprudencia*, anno 2.º, n.º 32, pag. 501. Vej. tambem o opusculo do sr. dr. Alves de Sá, *As acções de perdas e damnos por imputação ou accusação de crime judicialmente feita*, cap. III, pag. 19; *Gaz. dos Trib.*, n.º 2673 e 2674; e o accordão do Sup. Trib. de Just. de 23 de fevereiro de 1869 (transcripto na *Rev. de Leg. e de Jur.*, anno 2.º, n.º 76, pag. 361). Sustentavam alguns que o jury continuava a ser competente para decretar n'este caso as perdas e damnos, mas que o juiz devia formular o quesito: — se não havendo dolo, houve todavia culpa ou negligencia — sendo nulla a decisão que julgasse haver logar a perdas e damnos, não havendo dolo, se não exprimisse claramente o seu pensar de que havia logar a perdas e damnos por culpa ou negligencia (Vej. o *Cod. civ. port. annot.*, tom. v, pag. 122).

da parte do accusador não houve ao menos culpa ou negligencia <sup>1</sup>.

Tambem se sustentava e com todo o fundamento que a multa imposta pela Nov. Ref. Jud. ao querelante e ao accusador doloso fôra revogada pelo codigo penal, pois quanto á querela dolosa incriminara-a especialmente (art. 244), e com quanto nada dispozesse a respeito da accusação dolosa em processo de querela, devia entender-se revogado n'esta parte o artigo 1164 da Nov. Ref. Jud., já porque, segundo o artigo 15 do mesmo codigo penal, não são crimes os actos que por elle não forem qualificados como taes, nem n'este caso tem logár a excepção do § unico do mesmo artigo, pois não se tracta de acto qualificado crime por legislação especial em materias que não sejam reguladas pelo codigo penal, ou que por este seja resalvada, já porque, podendo accusar sómente os que tiverem querelado (Nov. Ref. Jud., art. 857), entendeu o legislador que, incriminando estes, desnecessario era incriminar aquelles, e tanto assim que no § unico do mesmo artigo 244 incrimina especialmente a accusação dolosa nos casos em que não tem logar a querela. Demais, se se não entendesse revogada a pena do artigo 1164 da Nov. Ref. Jud., seguir-se-ia o absurdo de ficar o querelante sujeito a uma pena muito maior do que a imposta ao accusador, não obstante a maior criminalidade d'este pela sua maior insistencia na accusação dolosa.

Portanto, segundo o codigo penal, o crime está na que-

---

<sup>1</sup> *Boletim da Revista Critica de Jurisp. Geral e Legislação*, tom. 1, pag. 33.

rela maliciosa <sup>1</sup>, ou na accusação quando não haja querela, e as penas applicaveis são as do artigo 244 e § unico, que só podem ser processadas pela forma ordinaria, pois exceedem os limites fixados pela lei de 18 de agosto de 1853, artigos 1 e 2, para as penas applicaveis em processo correccional <sup>2</sup>.

Attribuem alguns ao artigo 2390 do *Codigo Civil* a revogação da mulcta imposta pelo artigo 1164 da Nov. Ref. Jud. no caso de accusação dolosa <sup>3</sup>. Parece-nos todavia menos acertada esta opinião, pois tal mulcta, apesar de ser metade para o accusador, era uma pena, e, portanto, não se podia dizer revogada pelo artigo 2390 do *Codigo Civil*, que tractou apenas da reparação civil, como lhe competia, e não da responsabilidade criminal. Como a responsabilidade civil regulada no artigo 2390 abrange tambem o querelante e o accusador em processo que não fôr de querela, podia tambem

---

<sup>1</sup> Não pretendemos justificar o codigo penal, antes, pelo contrario, reconhecemos que a accusação dolosa devia ser incriminada especialmente, já porque aquelle que não só querelou, mas proseguiu na accusação, manifesta um gráu maior de perversidade e portanto devera ser mais severamente punido, como já reclamava Silva Ferrão no commentario a este artigo (tom. v, pag. 280, nota 1), já porque pôde dar-se o caso de não ser maliciosa a querela e sêl-o a accusação. No entanto a Nov. Ref. Pen. deixou subsistir o artigo como se achava no codigo penal.

<sup>2</sup> *Rev. de Leg. e de Jur.*, anno 8.º, n.º 387, pag. 354; *Gaz. dos Trib.*, n.º 1072, 2673, 2674, 2886 e 2887.

<sup>3</sup> *Direito*, tom. 1, pag. 145; *Boletim da Rev. Crit. de Jur. e Leg.*, tom. 1, pag. 33; *Cod. Civ. port. annot.*, tom. v, pag. 122; accordão da Relação de Lisboa de 23 de março de 1881 (transcripto pelo sr. dr. Alves de Sá, *obr. cit.*, Appendice, pag. 53), etc.

concluir-se pela mesma razão que estava revogado o artigo 244 do código penal, o que de certo ninguém affirmará.

Tal multa está, pois, revogada desde o código penal de 1852, embora os tribunaes continuassem indevidamente a applical-a, ainda mesmo depois da promulgação do *Código Civil*<sup>1</sup>.

Sobre o que não ha duvida alguma é que a responsabilidade civil proveniente da imputação ou accusação de crime judicialmente feita, tem de ser hoje regulada nos termos do artigo 2390 do *Código Civil*. Procuraremos determinar aqui qual a sua amplitude e quando tem logar, reservando-nos para em outro logar tractarmos das questões relativas á forma, isto é, ao processo para a effectuar.

**79.** A responsabilidade é mais ou menos ampla, segundo houver, ou não houver dolo: no primeiro caso abrange todas as perdas e danos que resultarem da imputação ou accusação de crime, e no segundo sómente as despesas do processo.

Procura o legislador conciliar assim os direitos do offendido com o interesse que a sociedade tem na repressão dos crimes. Se todos têm direito ao seu bom nome e reputação, e por isso ao innocente arrastado perante os tribunaes devem ser reparados todos os prejuizos que sem razão lhe

---

<sup>1</sup> Vej. os accordãos do Sup. **Trib. de Just.** de 23 de fevereiro e de 20 de julho de 1869 (transcriptos no *Direito*, anno 1.º, pag. 423, e anno 2.º, pag. 40, etc.

foram causados, tambem a sociedade interessa com a prompta repressão dos crimes, para facilitar a qual concede a lei a todos o direito de os denunciar e aos offendidos o direito de os perseguir, e por isso seria duro impôr plena responsabilidade civil áquelles que em boa fé entendiam exercer um direito e prestar um serviço á justiça, tanto mais que a absolvição do accusado nem sempre é prova da sua innocencia, e póde elle ter praticado factos voluntarios e imputaveis, por malicia ou imprudencia, que parecendo ter relação com o crime, desculpem e justifiquem os procedimentos judiciaes, assim como a boa fé do denunciante e do accusador particular.

Cumpre todavia confessar que, a não ser n'estes ultimos casos, devia ser concedido ao accusado plena reparação, e se a justiça não permite exigil-a ao accusador e ao querelante de boa fé, os quaes nem mesmo deviam ser responsaveis pelas despezas do processo quando nenhuma imprudencia lhes fosse imputavel e se limitassem a junctar a sua acção á do ministerio publico, devia a sociedade responder por ella, como o têm sustentado publicistas e jurisconsultos eminentes, ou o proprio auctor do crime, quando fosse conhecido, como o sustentam outros <sup>1</sup>.

Qual é, porém, a amplitude da indemnisação n'este ultimo caso? *Despezas* será o mesmo que *custas*?

---

<sup>1</sup> Vej. Chauveau et Hélie, *Théorie du Code Penal*, tom. I, chap. VII, § III, pag. 204; Sourdat, *obr. cit.*, n.º 43; Merlin, *Rép.*, v.º *Réparation civile*, § 4; Rauter, *Droit Criminel*, n.º 133; Hélie, *obr. cit.*, tom. II, pag. 345; Benevolo, *obr. cit.*, n.º 207.

Segundo define Pereira e Souza, *custas* são as despesas feitas na expedição da causa e que tendo uma taxa legal são contadas para serem pagas pela parte vencida á vencedora, e *despezas* é tudo aquillo que se desembolsa por occasião da causa e ainda mesmo o que a parte vencedora não pôde repetir da vencida, podendo sómente vir na razão de perdas e danos, como os honorarios do advogado e os salarios do procurador <sup>1</sup>. Em vista d'isto pôde duvidar-se se a indemnisação a que se refere a segunda parte do artigo 2390 abrange não só as custas contadas nos autos, mas tambem as mais que se fizerem com a causa e que não constam dos autos, como os honorarios do advogado e os salarios do procurador.

Entendemos, porém, que abrange umas e outras, pois: 1.º ambas se comprehendem na significação juridica da expressão *despezas*; 2.º se fosse outro o pensamento da commissão revisora não teria ella substituido por esta expressão, a expressão *custas*, que tem uma significação mais restricta e que se achava no artigo correspondente do projecto primitivo <sup>2</sup>; 3.º parte d'estas despesas até nos processos civis são contadas a titulo de procuradoria para serem pagas pela parte vencida á vencedora <sup>3</sup>, afóra a indemnisação pelas mais despesas e danos a que aquella pôde ser condemnada

<sup>1</sup> *Primeiras Linhas Civis*, § 284 e not. 585; sr. Neves e Castro, *Manual do proc. civ. ord.*, n.º 454.

<sup>2</sup> *Proj. Primit.*, art. 2663; *Actas cit.*, pag. 365.

<sup>3</sup> *Tabella dos emolumentos e salarios judiciaes nos processos civis e orphanologicos*, de 12 de abril de 1877, art. 74.

no caso de má fé <sup>1</sup>; 4.º o réu absolvido não paga custas, nem d'elle podem ser exigidas sem que a sentença passe em julgado <sup>2</sup>, excepto no processo crime de ausentes <sup>3</sup>, e assim a indemnisação, se se não ampliasse ás mais despesas do processo, seria quasi irrisoria e apenas applicavel em alguns poucos casos em que o réu, apesar de definitivamente absolvido, tivesse pago antes algumas custas <sup>4</sup>; 5.º é n'este

<sup>1</sup> *Cod. do Proc. Civ.*, art. 126.

<sup>2</sup> *Dec.* de 30 de junho de 1830, art. 32; *Dec.* n.º 24 de 16 de maio de 1832, art. 270; *Nov. Ref. Jud.*, art. 1257; *Cod. Pen.*, art. 118; *Lei* de 18 de julho de 1855, art. 18; *Regimento para a administração da Justiça nas provincias de Moçambique, Estados da India Macau e Timor*, de 1 de dezembro de 1866, art. 135; *Nov. Cod. Pen.*, artt. 75, n.º 4.º, e 128; *Proj. Defn. de Cod. do Proc. Crim.*, art. 57.

<sup>3</sup> *Decreto* de 18 de fevereiro de 1847, art. 2; *Rev. de Leg. e de Jur.*, anno 7.º, n.º 327, pag. 226, e anno 17.º, n.º 835, pag. 36.

<sup>4</sup> Póde succeder isto não só no processo crime de ausentes, mas tambem nos outros processos crimes, pois pelo artigo 111 da tabella dos emolumentos e salarios judiciaes de 30 de junho de 1864 reconhece-se aos escrivães o direito de se fazerem pagar dos salarios que se lhe deverem dos autos que tenham de passar do respectivo juizo para qualquer outro juizo ou tribunal sem que sejam obrigados a remettel-os antes d'aquelle pagamento, excepto nos casos de a remessa ser promovida pelo ministerio publico, por agravo de petição ou pelos presos nos respectivos processos crimes, d'onde se segue que alguns casos póde haver em que o réu absolvido tenha direito a pedir custas ao querelante ou accusador. Assim se o réu, que não se achar preso, agravar ou appellar, tem de pagar as custas do processo (*Vej. o Direito*, anno 16.º, pag. 244; *Jornal de Jurisp.*, anno 3.º, pag. 162; *Rev. de Leg. e de Jur.*, anno 4.º, n.º 187, pag. 489) comquanto não seja obrigado a pagar as custas do agravo ou da appellação obtendo provimento (*Vej. Rev. de Leg. e de Jurisp.*, no log. cit.; o contrario decidiu a Relação do Porto em accordão de 29 de agosto de 1881 — transcripto na *Revista* cit., anno 14.º, n.º 708, pag. 509; mas nos accordãos, de 2 de dezembro de 1881 — transcripto na *Revista* cit., anno 14.º, n.º 714, pag. 608 — e de 28 de junho de

sentido que os tribunaes têm entendido a sobredicta expressão, como pôde deduzir-se de varias decisões, e nomeadamente do accordão do Sup. Trib. de Just. de 24 de janeiro de 1879 <sup>1</sup>.

Não se conclua, porém, que em todos os casos de imputação ou accusação de crime judicialmente feita, — e que são, não unicamente o previsto no artigo 1164 da Nov. Ref. Jud., isto é, quando o offensor fôr parte em processo de querela e no plenario da accusação, mas tambem o de accusação em processo de policia correccional <sup>2</sup>, o de querela e até de simples queixa, participação ou denuncia,

---

1882 e 29 de fevereiro de 1884 — transcriptos no *Direito*, anno 16.º, pag. 112, abandonou tal doutrina). Pôde tambem dar-se o caso de o réu não obter provimento no agravo, cujas custas tem, por conseguinte, de pagar, e, a final, ser absolvido. Pôde então exigir do querelante ou accusador estas custas a titulo de perdas e damnos ou despesas do processo a que o querelante ou o accusador deu causa (Vej. o *Direito*, anno 16.º, pag. 180).

<sup>1</sup> Tractava-se d'uma acção de perdas e damnos intentada pelos réus absolvidos n'um processo crime de furto, promovido contra elles em virtude da queixa e do depoimento falso d'uma testemunha subornada pelos queixosos, contra estes, e na qual se pediam, além d'outras quantias, a de 365,5561 réis por elles *dispendida* no processo em que foram absolvidos e onde, por conseguinte, não pagaram *custas*, e no processo de querela por suborno de testemunhas promovido por elles contra os queixosos e em que estes foram condemnados e pagaram *as custas*. No entanto o accordão manda incluir na indemnisação as *despesas* feitas com os dois processos, d'onde se vê que não entende por *despesas* o mesmo que *custas*. Nem se pretenda inferir argumento em contrario do facto de na hypothese do accordão se tractar de queixa *dolosa* e suborno de testemunhas, pois o accordão distingue claramente as *despesas do processo* d'outras perdas e damnos, pelos quaes tambem concede *reparação*, e d'alguns indevidamente (Vej. *Supra*, n.º 70).

<sup>2</sup> Vej. o *Direito*, anno 15.º, pag. 323.

testemunho falso e suborno de testemunhas, pois todos se acham incluídos na significação geral da palavra «*imputação*» — é consequencia necessaria a responsabilidade regulada no artigo 2390 do *Codigo*.

O artigo fixa os limites da indemnisação mas não diz que ella tenha logar sempre que houver imputação ou accusação de crime judicialmente feita: é necessario para isso que se realisem as condições fundamentaes estabelecidas pelo artigo 2361, isto é, que haja um damno e que d'elle seja *causa* a imputação do crime.

Assim póde um individuo testemunhar falso e de má fé contra outro em juizo criminal, ou subornar outrem para que preste tal testemunho, e, por consequinte, incorrer na responsabilidade penal dos artigos 238 e 240 do novo codigo penal, e todavia não incorrer em responsabilidade civil alguma, nem mesmo pelas despesas do processo, como se o testemunho falso fôr prestado apenas na audiencia de accusação, e, apesar d'isso, absolvido o réu.

Ninguem póde ser obrigado a responder pelo damno que não causou, e, na hypothese, o depoimento falso nem foi causa do processo nem é causa de damno, pois o réu foi logo reconhecido innocente. Não assim se o depoimento fosse prestado no processo preparatorio, pois tal depoimento podia ser não só a causa da pronuncia e da continuação do processo, mas origem de muitos outros damnos para o accusado <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Vej. o já cit. accordão do Sup. Trib. de Just. de 24 de janeiro de 1879.

Pelo que respeita ao querelante e ao accusador, nenhuma duvida se offerece sobre a sua responsabilidade, pois, ainda mesmo que procedam em boa fé, póde reputar-se terem dado causa ao processo. Mas que decidir com relação ao denunciante e ao queixoso? É indiscutivel que, a incorrerem em responsabilidade civil, é indispensavel que a participação ou a queixa sejam dadas contra pessoa certa e determinada, pois, de contrario, ninguem se póde dizer offendido, não ha imputação de crime <sup>1</sup>; mas, ainda dado este requisito, póde ser muito controvertida a sua responsabilidade civil, pois toda a participação se entende virtualmente clausulada — *se o juiz em vista do corpo de delicto e mais averiguações a que deve proceder achar que ha motivo para a pronuncia* — e por conseguinte ás auctoridades judiciaes incumbe a responsabilidade do procedimento criminal e quaesquer despesas que o denunciado faça com elle.

É por este motivo que, não obstante o antigo codigo penal permittir no artigo 118 que podesse ser condemnado em custas quem *dêsse causa* a ellas, a doutrina e a jurisprudencia entenderam sempre que não era applicavel aos simples participantes ou queixosos a sobredicta disposição <sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Vej. as tenções 1.ª e 2.ª do accordão da Rel. de Lisb. de 25 de julho de 1883 (publicado no *Direito*, anno 16.º, pag. 222), e a sentença da primeira instancia sobre que recabiu este accordão (publicada no opusculo do sr. dr. Alves de Sá, *As acções de perdas e damnos por imputação ou accusação de crime judicialmente feita*, Appendice. pag. 59).

<sup>2</sup> Silva Ferrão, *obr. cit.*, pag. 234, nota (1); *Revista Critica*, tom. 1, pag. 6; *Rev. de Leg. e de Jur.*, anno 3.º, n.º 114, pag. 159, e anno 7.º, n.º 317, pag. 70; accordãos do Sup. Trib. de Just. de 11 de janeiro e de 18 de julho de

**80.** A indemnisação por violação de honra e de virgindade póde operar-se de dois modos: pelo casamento, ou pelo dote dado á offendida (artigo 2391).

São, com effeito, estes os dois unicos meios porque é possível effectuar-se a reparação do damno individual causado por esta classe de crimes, meios já admittidos pelo nosso antigo direito para o caso de seducção <sup>1</sup>, e ampliados pelo codigo penal de 1852, artigo 400, ao caso de violação.

Pelo codigo penal o criminoso era sempre obrigado a dotar a offendida, quer casasse, quer não casasse com ella, cessando no primeiro caso sómente a pena <sup>2</sup>; hoje cessa também a obrigação de a dotar. Nada impede, porém, que a offendida faça constituir, nos termos do artigo 1135 do *Codigo*, regimen dotal sobre a indemnisação pecuniaria, quando o casamento se effectue depois de a ter obtido. De resto, pouco importa que o casamento não se effectue por o offensor não querer, ou por a offendida não acceitar, ou por outro qualquer motivo, como se os superiores d'ella, sendo menor, não consentirem, ou se houver impedimento entre o offensor e a offendida, pois o artigo não distingue; e onde a lei não distingue, não póde o interprete distinguir.

---

1836 (publicados na *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 2115 e 2193) e da Rel. do Port. de 3 de fevereiro de 1871 (publicado na *Rev. de Leg. e de Jur.*, anno 3.º, n.º 151, pag. 757).

<sup>1</sup> Ord., liv. v, tit. 23; *Alc.* de 6 de outubro de 1784. No caso de violencia a pena era applicada ainda que o violador casasse com a offendida (Ord. liv. v, tit. 18, § 1).

<sup>2</sup> Silva Ferrão, *obr. cit.*, tom. vii, pag. 260; sr. conselheiro Dias Ferreira, *obr. cit.*, tom. v, pag. 124.

Porém em que casos tem logar esta indemnisação? Pelo artigo 400 do código penal de 1852 a obrigação de dotar tinha logar nos casos de *estupro* ou *violação*, isto é, nos casos de copula ilícita com mulher virgem ou viuva honesta, menor de 25 annos e que fosse seduzida, presumindo-se a seducção dos 12 até aos 17 annos (artigos 392 e 393), e nos casos de copula ilícita com qualquer mulher, empregando-se violencia ou outros meios fraudulentos tendentes a suspender o uso dos sentidos, ou com menor de doze annos ainda que não se empregasse nenhum d'estes meios (artigo 394).

D'aqui se coucluia que, no caso de *violação*, a mulher violentada, ainda que não fosse pessoa honesta, ou fosse mesmo uma *prostituta*, tinha direito á indemnisação, o que não se justificava, pois não era de certo a *violação* que a fazia perder casamento.

O *Código*, admittindo só a indemnisação no caso de *violação* de honra ou virgindade, revogou certamente o código penal n'esta parte, mas, por outro lado, empregando os termos *violação* e *aggressor*, parece querer indicar que a indemnisação só tem logar nos casos previstos no artigo 394, e não nos casos de *estupro* por seducção presumida ou provada, previstos nos artigos 392 e 393 do mesmo código penal. Julgamos, porém, inadmissivel tal conclusão, já porque o *Código* nem sempre é rigoroso na sua linguagem, e mesmo pôde dizer-se em certo modo que é violada a honra e a virgindade da mulher honrada e virgem que é seduzida, já porque seria incoherente o legislador, admittindo para o

*aggressor* d'esta especie responsabilidade criminal, e eximindo-o da civil, quando do seu facto póde seguir-se um damno grave. É certo que, quando apenas fôr offendida a honra e não a virgindade, o damno é, em regra, menos grave, mas, como o dote tem de ser computado em conformidade com a *condição e estado da offendida* <sup>1</sup>, nas mãos do julgador está o graduar a indemnisação.

O que nos parece não poder admittir-se, é a indemnisação por actos d'esta especie quando não estejam incriminados no codigo penal, como succederia com o estupro voluntario de mulher maior de vinte e cinco annos: além de que o artigo 2391 tracta, como se vê da sua collocação, da responsabilidade proveniente de factos incriminados pela lei penal, não seria facil de comprehender nem de mostrar em tal caso em que consistiria a offensa, e qual seria o direito violado ou offendido.

Esta é a doutrina que podia estabelecer-se em face do artigo 2391 do *Codigo*, combinado com os artigos 392, 393, 394 e 400 do codigo penal de 1852, e que hoje tem de ser profundamente modificada, quanto á imputação da responsabilidade, em virtude das alterações feitas pela Nov. Ref. Pen. ao capitulo iv do titulo iv do livro II do codigo penal.

---

<sup>1</sup> E tambem do offensor segundo a opinião seguida pelo accordão do Sup. Trib. de Just. de 22 de feveiro de 1878 (publicado na *Rev. de Leg. e de Jur.*, anno 16.º, n.º 801, pag. 336), mas que o artigo não auctorisa. Nem póde attribuir-se a esquecimento a omissão; já Mello Freire dizia a este respeito: «E a menor dos ditos quinze annos só tem direito para pedir, dentro de anno e dia, o seu dote, que se lhe julgará *segundo a sua qualidade*, e não d'aquelle que a corrompeu.» (*Proj. de Cod. Crim.*, tit. 12, § 12).

Pelo artigo 400 do novo código penal só nos casos de *estupro* e nos de *violação* de mulher *virgem* é que o criminoso é obrigado a dotar a mulher offendida, e pelo artigo 392 só é punível o *estupro* quando se empregarem meios de seducção e recahir sobre mulher *virgem* maior de doze e menor de dezoito annos. Acabou a Nov. Ref. Pen. com a anomalia do *estupro* contra viúvas honestas, reduziu consideravelmente a idade durante a qual é incriminado o *estupro* voluntario, e só admite, no caso de *violação*, dote para a mulher *virgem*. É em conformidade com estas disposições que hoje tem de entender-se o artigo 2391 do *Código Civil*.

81. Quando ha offensa de direitos adquiridos, a indemnisação póde effectuar-se restituindo o objecto ou o seu valor e as perdas e damnos resultantes da privação d'elle, ou reparando as perdas e damnos se houve simplesmente maleficios e deteriorações.

Portanto, a não ser no caso em que a restituição do objecto seja possivel, a *reparação* consiste em uma somma de dinheiro.

Tem aqui inteira applicação a regra estabelecida no artigo 711 ácerca da obrigação de fazer ou de não fazer.

*Nemo potest cogi ad factum*, tal é o principio geral que domina esta materia. É verdade que o artigo 713 accrescenta que o crédor, ou o que é o mesmo na materia que tractamos, a parte lesada póde pedir que aquillo que foi feito seja destruido, e que ella pode ser auctorisada a fazel-o destruir por outrem á custa do delinquente. Mas isto equi-

vale a dizer que, operada a destruição, póde ella reclamar o preço contra este ultimo, o que é voltar á applicação do artigo 711. Assim tambem o artigo 712 diz que o crédor póde no caso de inexecução de uma obrigação de fazer, ser auctorisado a executar elle mesmo a obrigação á custa do devedor; de sorte que em todas as hypotheses não póde este ser obrigado senão a prestar uma somma de dinheiro. Não póde, pois, o julgador condemnar o delinquente a executar actos d'outra natureza: assim, quando uma casa fór incendiada, não póde forçar-se o auctor do incendio a re-pol-a no seu primitivo estado. Além de que a lei não aucto-risa tal condemnação, podia ella ter o inconveniente de ex-ceder muitas vezes o verdadeiro limite das perdas e damnos.

Ha alguns casos em que a indemnisação de perdas e damnos por offensa de direitos adquiridos se opera sem restituições, sem obrigar o delinquente a fazer alguma cousa, ou a pagar uma somma pecuniaria. É o que póde succeder nos crimes contra a propriedade litteraria e artistica, contra a propriedade dos inventos, de marcas de fabrica ou de commercio, etc., em que é permittido o arresto dos livros e objectos contrafeitos ou indevidamente marcados e dos utensilios destinados especialmente ao seu fabrico, os quaes, procedendo a acção, podem ser adjudicados ao proprietario a titulo de perdas e damnos <sup>1</sup>. Mas ainda aqui não ha rigorosamente

---

<sup>1</sup> Vej. *Nov. Cod. Pen.*, artt. 457 a 460; *Cod. Civ.*, artt. 607 a 612 e 636 a 640; Lei de 4 de junho de 1883 sobre marcas de fabrica ou de commercio, artt. 24 e 25.

mais que uma restituição que se faz ao proprietario em virtude do seu direito de propriedade. Só elle tem o direito de reproduzir as suas obras, de fabricar e vender o producto dos seus inventos, e de os assignalar com as suas marcas; é, pois, a elle que se devem restituir para os utilizar.

---

# INDICE



ADVERTENCIA.....	Pag. IX
------------------	---------

---

## PRIMEIRA PARTE

### ANTECEDENTES HISTORICOS DA DOCTRINA ACTUAL

#### CAPITULO I

1.—Distincção entre responsabilidade civil e criminal no direito moderno; causas que no direito primitivo impedem esta distincção	1
2.—Transformação da vingança privada nas penas privadas, caracter e generalidade d'estas penas no direito antigo.....	2
3.—Influencia da paixão na formação d'estas penas.....	3
4 e 5.—Penas privadas no direito romano, generalidade d'ellas.....	5 e 9
6.—Vestigios da vindicta privada no direito romano; composições...	11
7.—Apreciação e justificação d'este systema.....	13
8.—Caracter das penas privadas e das acções penaes; confusão com as accusações publicas.....	14
9.—Concepção restricta do crime e modo da sua punição em geral..	16
10.—Causas que no antigo direito de Roma impediram o desenvolvimento do direito criminal; punição dos crimes.....	17
11.—Inconvenientes do systema adoptado em Roma.....	19
12.—A sociedade não era interessada na repressão dos delictos.....	21
13.—Transformação dos delictos em crimes.....	23
14.—Desenvolvimento da idéa de culpa como fundamento da responsabilidade.....	25

	Pag.
15.—Consequencias.....	27
16.—Exclusão da pena do direito civil e desenvolvimento do principio da simples reparação.....	29
17 e 18.—Apreciação geral do systema seguido pelo direito justinianeu 35 e 38	38
19.—Innovação importante devida ao direito canonico.....	43

## CAPITULO II

20.—Direito vigente na Peninsula antes da invasão dos wisigodos.....	46
21.—Costumes germanicos; vingança privada; systema das composições, sua justificação.....	47
22.—As composições nas leis barbaras; não eram penas propriamente dictas; caracter do <i>fredum</i> e do <i>bannum</i> .....	49
23.—Wisigodos; sua fusão com os hispano-romanos; codigo wisigothico	52
24.—Repressão e reparação dos crimes segundo o codigo wisigothico; superioridade d'este codigo sobre as outras leis barbaras relativamente a este assumpto.....	54
25.—Defeitos do codigo wisigothico quanto á repressão e reparação dos crimes.....	56
26.—Primitivo direito de Portugal; causas que determinaram a origem e apparecimento do direito consuetudinario e foraleiro.....	59
27.—Disposições dos foraes sobre a repressão e reparação dos crimes	60
28.—A penalidade n'esta epocha não era simplesmente pecuniaria, nem os foraes eram codigos de direito civil ou criminal.....	60
29.—Systema penal do primitivo direito portuguez; distincção ainda imperfeita entre a responsabilidade civil e a criminal; seus principaes defeitos.....	64
30.—Transformação do processo; admissão da perseguição dos crimes pelos juizes <i>ex officio</i> ; caracter excepcional que a principio tinha esta forma de processo e sua transformação em regra geral pela adopção do processo inquisitorial e secreto, devida á influencia do direito canonico e romano.....	66
31.—Distincção entre crimes publicos e particulares; accusação privada e popular.....	86
32.—Creação da magistratura do ministerio publico; causas; impor-	

	Pag.
tancia d'esta instituição sob o ponto de vista que nos occupa, e sua influencia no nosso direito.....	71
33.—Principaes defeitos da legislação anterior ao periodo liberal quanto á repressão e reparação dos crimes; reformas propostas por Pereira e Souza; reformas operadas pelos legisladores de 1820	74
34.—Caracteres da acção publica e da magistratura do ministerio publico no direito moderno.....	77
35.—Inconvenientes do systema francez; reformas operadas ultimamente por alguns codigos europeus.....	78
36.—Systema seguido pelos nossos reformadores do periodo liberal; falta de leis substantivas sobre responsabilidade civil; amplas attribuições conferidas ao jury.....	84
37.—A responsabilidade civil no codigo penal de 1852; sua revogação pelo codigo civil.....	87

## SEGUNDA PARTE

### DIREITO VIGENTE

#### CAPITULO I

38.—Principaes especies de sancção das leis; reparação e punição dos crimes; especies de responsabilidade e suas modalidades.....	91
39.—Contradicção entre a 1.ª parte do artigo 2365 e a 2.ª parte do mesmo artigo e o artigo 2363; tentativas de conciliação entre as duas partes do artigo 2365 e sua refutação.....	95
40.—Conciliação entre a 1.ª parte do artigo 2365 e o artigo 2363; explicação da incoherencia entre as duas partes do artigo 2365; pensamento do legislador.....	101
41.—Conclusões; o artigo 2365 envolve um erro de redacção; o direito civil nada tem directamente com a responsabilidade criminal; motivo porque o codigo consagra um titulo especial á responsabilidade civil connexa com a criminal.....	105

## CAPITULO II

	Pag.
42.—Elementos constitutivos da responsabilidade civil: <i>facto prejudicial, illicito e imputavel</i> .....	110
43.—Quando a responsabilidade civil se acha realmente connexa com a criminal, nem é duvidoso o character illicito do facto, nem contestada a imputabilidade.....	111
44.—Necessidade da determinação dos requisitos indispensaveis da imputabilidade do damno, segundo o <i>Codigo Civil</i> .....	112
45.—A imputabilidade segundo o <i>Codigo Civil</i> e refutação da doutrina seguida por elle.....	114
46.—Continuação.....	122
47.—Contradição entre os artigos 2377 e § un. e 2379 e § un., e os artigos 2385, 2387 e 2398, § 1.º; necessidade de averiguar qual é a doutrina estabelecida pelo <i>Codigo Civil</i> sobre a responsabilidade civil em geral.....	127
48.—Classificação das obrigações sob o ponto de vista da responsabilidade civil proveniente da sua infracção.....	128
49.—Fundamento da responsabilidade civil proveniente da infracção das obrigações individuaes e relativas; dolo e culpa; theorias sobre a qualificação e prestação da culpa.....	129
50.—Apreciação e qualificação da culpa segundo o <i>Codigo</i> ; apreciação da culpa <i>em abstracto</i> e <i>em concreto</i> ; casos em que tem de ser apreciada <i>em concreto</i> e responsabilidade dos dementes e menores n'estes casos.....	131
51.—Casos em que tem de ser apreciada <i>em abstracto</i> .....	135
52.—Responsabilidade dos dementes e menores nos casos em que a culpa tem de ser apreciada <i>em abstracto</i> ; conciliação dos artigos 2377 e 2379 com os artigos 2385, 2387 e 2398, § 1.º, e refutação d'algumas interpretações que tem sido dadas a estes artigos...	139
53.—Delimitação da responsabilidade dos dementes e menores sem discernimento.....	147
54.—Responsabilidade civil das pessoas accidentalmente privadas das faculdades intellectuaes no momento do crime.....	152
55.—Responsabilidade civil nos casos mencionados no artigo 34 da	

	rag.
Nova Reforma Penal; significação do verbo <i>justificar</i> empregado n'este artigo.....	153
56.—Responsabilidade civil nos casos dos n.º 1.º e 2.º do artigo 34 da Nova Reforma Penal.....	154
57.—Responsabilidade civil no caso do n.º 3.º do mesmo artigo.....	160
58.—Responsabilidade civil no caso do n.º 4.º do mesmo artigo.....	165
59.—Responsabilidade civil no caso do n.º 5.º do mesmo artigo: des-harmonia entre varios artigos do <i>Codigo Civil</i> , e entre este e a lei penal sobre as characteristics da legitima defeza.....	168
60.—Conciliação dos artigos 486, 2354, 2367 e 2370 do <i>Codigo Civil</i> , proposta na <i>Rev. de Leg. e de Jur.</i> e sua refutação.....	170
61.—Opinião do sr. conselheiro Dias Ferreira e sua acceitação.....	175
62.—Modificações feitas pela Nova Reforma Penal sobre a legitimidade do direito de defeza e sua influencia sobre o <i>Codigo Civil</i> .....	177
63.—Responsabilidade civil no caso do n.º 6.º do mesmo artigo.....	183
64.—Responsabilidade civil no caso do n.º 7.º do mesmo artigo.....	187
65.—Responsabilidade civil nos casos dos artigos 14, § un., e 431 da Nova Reforma Penal.....	187

### CAPITULO III

66.—Damno; definição e especies.....	191
67.—Requisitos de que deve ser revestido o damno para fundamentar a acção de reparação. Deve ser <i>actual e certo</i> .....	193
68.—Deve haver <i>relação de causalidade</i> entre o facto e o damno; difficuldade de descobrir em alguns casos esta relação; regra seguida pelos juriseconsultos. Regra seguida por nós.....	195
69.—Applicação da regra a algumas hypotheses.....	197
70.—Accordão do Sup. Trib. de Just. de 24 de janeiro de 1879, e impugnação da doutrina alli sustentada.....	199
71.—O damno deve ser <i>personal</i> .....	201
72.—Classes de offensas pessoais, cuja reparação o <i>Codigo</i> regula expressamente. Indemnisação no caso de homicidio.....	205
73.—Indemnisação no caso de ferimentos.....	209
74.—São exemplificativas as expressões <i>aleijão e deformidade</i> , empre-	

	Pag.
gadas no artigo 2386; interpretação das palavras <i>damno irreparavel</i> , empregadas no artigo 2387 .....	212
75.—Indemnisação por factos offensivos da liberdade pessoal.....	215
76.—Indemnisação por injurias e offensas contra o bom nome e reputação.....	216
77.—Se para a reparação do damno moral se devia admittir, além da condemnação judicial do offensor, a indemnisação pecuniaria... ..	219
78.—Indemnisação por offensa resultante de imputação ou accusação de crime judicialmente feita; como era regulada antes do <i>Codigo</i> .....	221
79.—Fundamento da distincção estabelecida pelo artigo 2390; significação da expressão <i>despezas</i> ; a quem é applicavel a disposição do artigo .....	225
80.—Indemnisação por violação de honra e virgindade; modificações feitas pelo <i>Codigo</i> ao codigo penal; modificações operadas pela Nov. Ref. Pen.....	232
81.—Indemnisação por offensa de direitos adquiridos .....	235

## ERROS MAIS NOTAVEIS

---

<i>Pag.</i>	<i>Linh.</i>	<i>Erros</i>	<i>Emendas</i>
9	9	roubado <i>adictus</i> ,	roubado,
73	12	livrar, depressa	livrar depressa,
74	4	offendido	offensor
78	9	senão	se não
92	8	Não basta, que	Não basta que

E outros, que será dispensavel apontar.

---