

COMMENTARIO

AO

CODIGO PENAL PORTUGUEZ

POR

LEVY MARIA JORDÃO,

DOUTOR EM DIREITO.

TOMO IV.

LISBOA.

TYPOGRAPHIA DE JOSE⁷ BAPTISTA MORANDÔ,
RUA DO MOINHO DE VENTO N.º 69.

—•—
1854.

CODIGO PENAL.

TITULO IV.

DOS CRIMES CONTRA AS PESSOAS.

(Continuação.)

CAPITULO 3.º

DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA DAS PESSOAS.

SECÇÃO 1.ª

HOMICIDIO VOLUNTARIO SIMPLES E AGGRAVADO,
E ENVENENAMENTO.

HOMICIDIO em geral é o facto pelo qual se tira a vida a alguém, como indica a mesma etymologia da palavra, *hominis cædes*.

Muitos tem seguido as classificações do homicidio feitas pelos escriptores. Não nos fazendo cargo de as expôr neste lugar, apresentaremos o systema do Sr. Paschoal, o qual parece ser aquelle a que o Código mais se inclinou¹.

¹ Estas diversas classificações podem vêr-se em Chauveau n.º 2361 e seg.; em Struvio *Exercit* 49 *thes.* 51 not. 3; etc. — O systema do Sr. Paschoal é quasi o mesmo de Julius Clarus, *Sentent.* lib. 5 § *Homicidium* n.º 1 a 11.

Divide elle o homicidio em doloso, culposo, casual, e necessario ; denominando *doloso* o que é commettido com dolo ; *culposo* o que é commettido não por dolo, mas só por culpa ; *casual* o que se verificou por um acaso, sem dolo ou culpa ; *necessario* o que se commette em legitima defesa, ou em virtude da lei. — Divide mais o homicidio doloso em *simples* e *qualificado* por alguma circumstancia aggravante.

Artigo 349.º

Qualquer pessoa, que voluntariamente matar outra, será punida com trabalhos publicos por toda a vida.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Vide o commentario.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 297.º ; da Baviera art. 142.º, 151.º ; do Brasil art. 193.º ; das Duas Sícilias art. 355.º ; da Austria art. 118.º n.º 4 ; de Hesp. art. 324.º ; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 35.

COMMENTARIO.

Tracta-se neste art. do homicidio doloso simples, cujos elementos são dous, segundo se infere da simples leitura do Codigo : 1.º o facto material de tirar a vida a alguém ; 2.º a vontade ou intenção de matar. Apesar de parecerem simples, estas duas condições da criminalidade exigem algum desenvolvimento.

1.º *Facto material de tirar a vida a qualquer pessoa.* — Assim, qualquer que seja o sexo, a idade, ou a nacionalidade da victima, está comprehendida na disposição do art. , porque o fim da lei é proteger a vida do ser humano¹; e daqui se segue tambem que para haver criminalidade é necessario que o ente contra o qual se attenta seja vivo, aliás é um cadaver e não uma pessoa.

Os antigos escriptores attendendo a que não havia homicidio senão quando se tirava a vida a uma pessoa, entraram em duvida se deveria, ou não ser considerado como homicida aquelle que matava algum individuo monstruoso. Para resolver este ponto dividiram os monstros em monstros propriamente ditos (*monstra*) que participavam simultaneamente da natureza do homem e dos brutos, (*contra humani generis formam procreata*), e em monstros impropriamente ditos (*ostensa*), os quaes apresentavam todos os caracteres humanos, apenas com algumas deformidades (*qui membrorum humanorum officia ampliarunt*). Em vista desta distincção estabeleceram que a morte dos monstros propriamente ditos não era homicidio, e que até era licito mata-los.

Semelhantes questões, resultado das tradições da antiguidade, do respeito ao direito romano², e das idéas do paganismo desappareceram com o progresso

¹ A L. 1 § 2 Dig. *ad leg. Corncl. de sicar.* comprehendia bem esta idéa, dizendo: « *Lex Cornelia non de certo hominum genere loquitur, sed ipsam humanitatem tuctur.* »

² Vide as LL. 14 *de statu homin.*, 38 Dig. *de verb. signif.*, e 3 Cod. *de posthumis*; etc.

das luzes. Toda a creatura, por mais disforme que seja, é protegida pela lei, uma vez que tenha nascido do homem ¹.

Como em vista do que levamos dito, é preciso para existir homicidio que se tire a vida a alguma pessoa, segue-se que é da essencia deste crime haver um acto material, ou uma omissão que possa produzir esse effeito, e tal seria o caso daquelle que matasse alguém á fome.

Rauter sustenta que não se exige *necessariamente* no homicidio um acto material, porque o crime póde muitas vezes ser resultado de um acto *moral*. Ninguem póde duvidar que ha factos que, sem serem materiaes ou physicos, produzem a morte; um marido que tracta mal sua mulher, que lhe faz passar uma vida cheia de soffrimentos moraes e amarguras até a fazer morrer, é verdadeiramente o seu matador. Mas a lei exclue este facto pela impossibilidade ou difficuldade que ha de provar semelhante crime. Podem muito embora haver suspeitas de que a mulher fosse victima de máos tractamentos moraes do marido, mas é quasi impossivel distinguir até que ponto elles influiram para a morte ².

2.º *Vontade ou intenção de matar*. — Esta condição parece escusada, porque a intenção, em regra geral, é um dos elementos constitutivos de todo o crime, como o proprio Legislador já reconheceu no art. 1.º. No emtanto era necessario que se estabele-

¹ Admira que Feuerbach e Rauter ainda ensinem que não é homicida quem mata um monstro!

² Chauveau n.ºs 2368, 2369.

cesse aqui este principio, tractando-se do homicidio doloso, para estabelecer a linha que o distingue do homicidio culposo.

O direito romano expressamente admittiu a mesma doutrina. Na L. 1 § 3 Dig. *ad leg. Cornel. de sicar.* se diz: « *Divus Adrianus rescripsit eum qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi posse.* »

Os antigos doutores, e Carpzow resumindo tudo que até ao seu tempo se havia escripto, occuparam-se muito com a questão de determinar quaes os signaes externos pelos quaes se póde reconhecer o *animus occidendi*. Hoje, que a apreciação das provas depende toda da consciencia do jury, esta questão não tem o valor nem a importancia que então se lhe ligava. Não obstante sempre mencionaremos as regras dadas a tal respeito por esses doutores, não porque possam servir de *regra*, mas porque constituem pelo menos um *indicio* ou *presumpção* uma vez que o accusado negue a intenção.

Assim presumia-se a vontade de matar — 1.º se as feridas tinham sido feitas com armas mortíferas — 2.º ou na cabeça — 3.º ou em grande numero — 4.º se os golpes tinham sido repetidos — 5.º se o ataque tinha sido feito por muitos criminosos — 6.º se havia longa inimidade entre o accusado e a victima — 7.º se tinha entre ambos havido ameaças — 8.º se o culpado havia fugido etc. ¹.

O que é certo porem é que esta determinação

¹ Sr. Paschoal *Jus crimin.* tit. 9 § 2; Muller a Stru-
vio *Exercit.* 49 *thes.* 52 not. 6; Puttman § 281; etc.

da existencia da intenção depende das circumstancias e factos especiaes, como já advertia judiciosamente o Jcto Marciano na L. 1 § 3 Dig. *de sicar.*, quando fallando da necessidade da intenção, exigida no rescripto do imperador Adriano, acrescenta logo: *Et ex re constituendum hoc.*

Quanto á pena. — Entre os romanos nos primitivos tempos o homicidio doloso era punido de morte; pena esta que foi conservada na lei Sempronia *de homicidiis*. Porem Lucio Cornelio Sylla na sua dictadura mudou esta legislação pela lei Cornelia *de sicariis* do anno 673 (L. 2 § 52 Dig. *de orig. jur.*), segundo a qual o homicida, sendo pessoa constituída em dignidade, era punido sómente com a deportação, e as pessoas de outra condição com a pena capital¹. Com o andar dos tempos foi esta pena applicada sem excepção ao homicida doloso, qualquer que fosse a sua condição; e apesar de Sylla não ser o auctor destas mudanças, todavia as novas disposições que em diversos tempos se lhe acrescentaram ficaram confundidas nesta lei Cornelia *de sicariis*¹.

Entre nós a pena do homicidio pela Ord. Liv. 5 Tit. 35 era tambem a de morte. Em França pela antiga jurisprudencia succedia o mesmo²; mas a Assembléa constituinte no art. 8 Tit. 2 do código de 1791 reservou a pena capital para o homicidio acom-

¹ Os homicidas eram chamados *sicarii* da palavra *sica*, que designava uma especie de punhal ou espadim curvo, que se occultava debaixo dos vestidos: sobre o que se podem ver Brisson, *Select. Antiquit.* lib. 2 cap. 11, Ménage, *Amœnit. jur.* cap. 29; etc.

² Pereira e Sousa, *Classes dos crimes* pag. 297.

panhado de circumstancias aggravantes, punindo o homicidio simples com trabalhos forçados por toda a vida. O nosso Codigo seguiu nesta parte o codigo francez.

Convimos em que não se applique a morte ao homicidio simples, mas julgamos que seria mais justa a imposição da prisão, pois achamos que a pena de trabalhos publicos não deveria figurar nas leis penaes.

Antes de concluir o commentario a este art. convém advertir que se póde agitar a questão de saber se aquelle que com erro de pessoa, querendo matar um, dá a morte a outro, será ou não criminoso de homicidio voluntario, apesar de a sua vontade de matar não se referir ao morto. Esta questão será examinada no commentario ao art. 352.º.

Artigo 350.º

Será punido como tentativa de homicidio, ou como delicto frustrado, segundo as circumstancias, todo o ferimento, espancamento, ou offensa corporal feita com intenção de matar. nos casos em que a morte se seguiu por effeito de causa accidental, e que não era consequencia do facto criminoso.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. da Baviera art. 144.º; etc.

COMMENTARIO.

Se de um ferimento, espancamento, ou offensa corporal, feito com intenção de matar, não se seguir a morte, ou se seguir por effeito de causa accidental

que não era consequencia do facto criminoso, é considerado como tentativa de homicidio ou delicto frustrado.

Não é este o lugar de entrar no exame da criminalidade dos ferimentos, espancamentos ou offensas corporaes, o que faremos na Secção 4.^a deste Capitulo ; é certo porem que, sendo o ferimento feito com intenção de matar, ha a vontade de matar, que é um dos elementos do crime ; mas falta o facto material da morte : se a ferida não foi sufficiente para *por si* produzir a morte, haverá a tentativa de homicidio : se era sufficiente, e a morte senão seguiu por alguma causa accidental haverá delicto frustrado.

Artigo 351.º

Será punido com a pena de morte o crime de homicidio voluntario declarado no art. 349.º, quando concorrer qualquer das circumstancias seguintes :

1.^a Premeditação.

2.^a Quando se empregarem torturas, ou actos de crueldade para augmentar o soffrimento do offendido.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 324.º n.ºs 4, 5, ; de França art. 297.º, 303.º ; das Duas Sicilias art. 351.º, 574.º, 576.º ; da Baviera art. 146.º ; etc.

COMMENTARIO.

O homicidio é punido com a pena de morte concorrendo algumas das circumstancias enumeradas no

art. , por isso que são de tal natureza que aggravam sobre-mancira a criminalidade do delinquente.

Quanto á premeditação, é certo que revela um gráo de criminalidade muito grande, porque o crime commettido com ella é resultado de meditação e de reflexão ; e o homem que depois de reflectir não abandona um pensamento tão criminoso como é o homicidio, é indubitavelmente um preverso, pois resiste á voz da razão e da consciencia, as quaes lhe proclamam a criminalidade do seu crime.

A 2.^a circumstancia não póde deixar de se considerar como aggravante ; e denota talvez em certos casos mais perversidade do que a propria premeditação. O Codigo não define o que sejam actos de barbaridade, deixando aos Tribunaes a apreciação da natureza dos actos, por ser quasi impossivel defini-los precisamente, não só porque o que para uns é crueldade para outros não o será, mas porque a crueldade é muitas vezes relativa, e dependente de circumstancias especiaes ao criminoso e ao offendido ¹.

Artigo 351.^o (*continuação.*)

3.^a Quando o mesmo crime tiver por objecto preparar, ou facilitar, ou executar qualquer outro crime, ou assegurar a sua impunidade.

4.^a Quando fôr precedido, ou acompanhado, ou seguido de outro crime a que corresponda pena maior, que a de tres annos de prisão.

¹ Carnot ao art. 303.^o do codigo francez n.^{os} 3 e 4.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França (reformado em 1832) art. 304.º; da Sardenha art. 280.º n.º 3; das Duas Sicílias art. 352.º n.º 6; etc.

COMMENTARIO.

A circumstancia mencionada em o n.º 3 tambem é aggravante, e augmenta a criminalidade do delinquente, porque o homicidio já não é um crime isolado e distincto, é um meio empregado para preparar, facilitar, ou executar algum crime ou a sua impunidade. Assim o ladrão que intenta roubar uma casa, vendo que não o póde conseguir sem matar o criado, pois recceia a defesa que este hade prestar, se o mata, commette o crime de homicidio para facilitar o roubo que intenta commetter. Do mesmo modo o ladrão que tendo praticado um furto, e conhecendo que alguém o presenciou, o mata para não ser descoberto, é homicida com o fim de assegurar a impunidade do seu crime.

E' necessario porem ter bem em vista que os dous factos devem ser reunidos por uma relação de causalidade. Sem se provar que o homicidio foi praticado com o fim indicado no art. , existe a circumstancia aggravante indicada neste numero. Esta idéa, diz Morin ¹, é eminentemente justa, moral, e philosophica, porque ou o crime, para commetter o qual se empregou o homicidio como meio, é igual em criminalidade a este, ou é inferior; em ambos os casos

¹ V.º *Meurtre* n.º 5.

ha uma preversidade a toda a prova ; no primeiro duplica, no segundo póde augmentar ainda mais.

Na Allemanha o codigo do Wurtemberg considerou esta circumstancia, como o nosso Codigo, motivo sufficiente para applicar ao homicidio a pena de morte ; os outros codigos julgaram que apenas constituia um *concurso de delicto* punido segundo as regras geraes.

A circumstancia do n.º 4 é imitada do art. 304.º do codigo francez reformado em 1832. A causa da aggravação do homicidio nesta hypothese especial é a *concomitância* de um outro crime, a qual se verifica quando o homicidio fôr precedido, acompanhado, ou seguido de outro crime ; mas isto deve entender-se, diz Chauveau, sendo ambos os delictos commettidos *in eodem tractu temporis* ; pois se forem praticados com algum intervallo um do outro, os dous actos isolados perdem o character de concomitancia ou simultaneidade que aos olhos do Legislador augmenta a criminalidade ¹.

A doutrina do nosso Codigo parece-nos injusta ; e nesta parte adoptamos as judiciosas observações de Haus. Ou o crime, que precede, acompanha, ou segue o homicidio, prova a premeditação deste ou não : no primeiro caso admittimos a aggravação com a pena de morte, posto julgemos desnecessaria a disposição,

¹ Esta idéa de Chauveau (n.º 2523) reconhece-se expressamente ser a do Legislador pelas discussões que em França tiveram lugar por occasião da discussão da L. de 28 de Abril de 1832. — Vide Chauveau *Code penal progressif* pag. 273 e seg.

porque então o homicidio é punido com a pena capital em vista da disposição do n.º 1; no segundo caso é injusto, em vista dos principios do Código, applicar semelhante pena. Embora se diga que ha a reunião de dous crimes, e que esta circumstancia reclama uma punição mais severa; porque para o caso da accumulção de crimes, já prevenida no art. 19.º n.º 20 lá temos as regras geraes de aggravção¹.

A razão porque o Código limita o crime, a que se refere este numero, áquelles que forem punidos com maior pena do que tres annos de prisão, é porque a inferior a esse tempo é correccional; e o facto, tornando-se por isso menos grave, não deve produzir no homicidio uma aggravção tão forte como a morte.

Artigo 351.º (continuação.)

5.ª Nos crimes a que se referem os dous antecedentes numeros, não se comprehendem aquelles que são pela lei qualificados como crimes contra a segurança interior, ou exterior do Estado, sem complicação de outro qualquer.

COMMENTARIO.

A idéa deste numero parece ser baseada no principio de que são crimes politicos os que attentam contra a segurança interior ou exterior do Estado².

¹ Haus tom. 2 pag. 201 e seg.

² Sobre a verdadeira natureza dos crimes politicos já fallámos no appendice 1.º ao volume 2.º, e por isso escusado é agora combater esta idéa.

Admittimos a doutrina, mas só em relação ao n.º 3, visto dar-se no caso delle a correlação entre o delicto e o homicidio ; mas não o podemos admitir em relação ao n.º 4 por não haver essa correlação. A razão disto já a demos no commentario ao art. 174.º a pag. 159 do 2.º volume para onde remettemos o leitor.

Artigo 352.º

A premeditação consiste no designio formado antes da acção de attentar contra a pessoa de um individuo determinado, ou mesmo daquelle, que fôr achado, ou encontrado, ainda que este designio seja dependente de alguma circumstancia, ou de alguma condição ; ou ainda que depois na execução do crime haja erro, ou engano a respeito dessa pessoa.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 397.º ; da Sardenha art. 574.º ; das Duas Sicilias art. 351.º ; de Hesp. art. 324.º ; etc.

COMMENTARIO.

Já commentando o n.º 1 do art. 19.º nos explicámos posto que resumidamente sobre a natureza da premeditação ; e agora, que a materia o exige, desenvolveremos, quanto o comportam os limites desta obra, a doutrina dos criminalistas a semelhante respeito.

Farinacio, a quem seguiram os antigos criminalistas, apresenta em poucas palavras o systema que separa o homicidio voluntario do homicidio preme-

ditado : « *Homicidium simplex illud est in quo occidendi animus concurrit tempore rixæ ; præmeditatum vero in quo occidendi deliberatio ante rixam præcedit.* » Para elles o homicidio era *voluntario* quando a vontade concebia o desejo do crime e o executava logo, conhecendo a maldade da acção, mas sem reflectir ; era *premeditado* quando o seu auctor reflectia sobre o projecto do crime antes de o executar, preparando-o e meditando-o.

O nosso Código faz consistir a premeditação no designio, formado antes da acção, de attentar contra a pessoa de um individuo determinado. Esta definição, copiada *verbis ipsis* de art. 397.º do código francez, foi censurada por Haus e com justa razão, como vamos vêr.

Que indica a expressão « *homicidio premeditado,* » tomada no sentido natural da palavra? um homicidio que foi praticado depois de ter sido meditado ou reflectido pelo seu auctor, e que não foi resultado de um acto irreflectido. Sendo isto assim, (o outro não é, nem podia ser o pensamento do Legislador), estará bem traduzido esse pensamento nas expressões « *formado antes da acção* »? certo que não.

Em primeiro lugar é um erro suppôr que houve premeditação todas as vezes que o designio de commetter o crime tiver sido formado antes da acção. Esse designio póde ter nascido n'um movimento de cólera ou desesperação, paixão que exclue meditação do projecto, etc., póde essa paixão subsistir por muitos dias, e o individuo só effectuar o projecto dias depois de o conceber ; e quem dirá que, apesar de existir o designio formado antes da acção, o crime é

premeditado? ninguém, porque é resultado de uma causa, a qual, como dissemos, exclue a reflexão e a meditação.

Para provar os terriveis resultados de semelhante doutrina refere Haus o seguinte facto. Um individuo, achando-se com outros n'uma taberna, pediu a um delles lhe pagasse o dinheiro que lhe devia; negou este a divida, travou-se uma disputa acalorada, e o crédor n'uma agitação violenta, vai a casa, que pouco distante era, péga em uma espingarda, e voltando á taberna desfecha sobre o devedor e o mata nesse movimento de colera, que havia produzido a resolução criminosa. Processado, foi condemnado á morte e *executado*, com o fundamento de que, tendo o desigmo sido formado *antes* da acção, o homicidio era premeditado. Eis o absurdo terrível a que ás vezes conduz a má redacção de uma lei¹!

O Codigo, como já notámos no commentario ao n.º 1 do art. 19.º teria sido mais conforme com o bom senso, e com a philosophia se dissesse — *ha premeditação todas as vezes que o projecto do crime tiver sido meditado e reflectido pelo criminoso.* — A questão do facto para fazer a applicação do principio cabe ao jury; da natureza ou principio da premeditação é do dominio da sciencia; se os criminalistas a tem tornado difficil, ella não deixa de ser simples uma vez que attendamos ao sentido obvio e natural das palavras e á mente do Legislador.

Estabelecidas estas noções geraes sobre a premeditação resta fazer algumas observações sobre o art.

¹ Haus tom. 2 pag. 171 e seg.

Diz elle que a premeditação consiste no designio, formado antes da acção, de attentar contra a pessoa de um individuo determinado, *ou mesmo daquelle que fôr achado ou encontrado*. Estas ultimas expressões que vão notadas em gripho foram traduzidas litteralmente do art. 297.º do codigo francez — « *ou même de celui qui sera trouvé ou rencontré.* » — Que quiz o legislador francez significar com estas palavras? que se o criminoso premeditasse matar *certo* individuo, e por erro ou engano matasse outro que não esse, nem por isso deixava de haver premeditação. Esta é a intelligencia que dessas expressões se deduz naturalmente, e assim as entende Morin ¹. Sendo isto assim, ou foi inutil accrescentar no fim do art. as palavras « *ou ainda que depois na execução etc.* » porque não são mais do que a reproducção da mesma idéa, ou então não se deveriam ter copiado do codigo francez aquellas expressões « *mesmo daquelle que fôr achado ou encontrado* » para se não repetir duas vezes a mesma cousa. O que nos parece é que não se entendeu o espirito do codigo francez, e que se copiaram estas palavras só porque se viram lá escriptas.

Accrescenta mais o Codigo no art. — *ainda que este designio seja dependente de alguma circumstancia.* — Quer dizer que ainda mesmo que o designio de matar seja dependente de alguma condição ou circumstancia, não deixa de haver premeditação. Isto torna-se mais claro com dous exemplos, que trazem Carnot e Rogron. — Exemplo de designio de matar

¹ Morin v.º *Préméditation* n.º 4.

dependente de uma circumstancia : um ladrão entra n'uma casa para roubar e encontra o dono a dormir, e apesar de não tencionar matar-o para effectuar o roubo, fórma o designio de o matar *se elle acordar* ; neste caso se commetter o homicidio por ter o individuo acordado, o crime é premeditado embora o designio dependesse dessa circumstancia ; e a razão é porque o designio existiu sempre antes da acção, o que dependia daquella circumstancia era a sua execução. — Exemplo de designio dependente de uma condição : um ladrão agarra um homem, amarra-o, e rouba, ameaçando-o com a morte *se gritar* ; a victima apesar da prohibição grita por soccorro, e é morta ; neste caso o homicidio tambem é premeditado porque foi formado antes da acção, e era só a sua execução que dependia da condição ¹.

No fim do art. diz o Codigo — *ou ainda que depois na execução do crime haja erro ou engano a respeito dessa pessoa.* — Já nós dissemos no commentario ao art. 349.º que tinha sido uma questão agitada entre os escriptores o saber se o erro na pessoa da victima excluia ou não a premeditação da parte do agente. O nosso Codigo resolve-a affirmativamente, e com razão segundo nos parece. E' certo porem que esta questão dividiu os antigos criminalistas. Uns não tinham no homicidio, em que havia erro na victima, senão um homicidio casual, outros consideravam-no pelo contrario como um verdadeiro homicidio voluntario e premeditado. Os primeiros fundavam-se em que o homicidio não era doloso porque em rela-

¹ Carnot e Rogron ao art. 297.º do codigo francez.

ção á pessoa morta não tinha o delinquente a intenção de matar, a qual nesta hypothese era excluída pelo erro; e em abono disto traziam a L. 4 Dig. de injur. a qual recusava a acção de injuria áquelle que tinha sido espancado por engano em lugar de outro: « *si cum servo meo pugnam ducere vellem, in proximo te stantem invitus percusserim, injuriarum non teneor*¹. » Os segundos oppunham a isto que o erro não excluía a intenção de matar ou a premeditação, porque a intenção era uma circumstancia pessoal ao agente e não relativa á victima, e por isso era considerada como aggravante da criminalidade; e em seu apoio citavam a L. 18 § 3 Dig. de injuriis a qual concede a acção de injuria á pessoa que por erro tiver sido injuriada em lugar de outrem: « *si injuria mihi fiat ab eo cui sim ignotus; aut si quis putet me Lucium Caium esse cum sim Caius Seius; prævalet quod principale est, injuriam eum mihi facere velle; nam certus ego sum, licet ille putet me alium esse quam sum, et ideo injuriarum habeo*².

Entre estes dous extremos veio Julius Clarus estabelecer uma opinião media, dizendo que havendo erro na victima o homicidio era *voluntario* e não ca-

¹ Desta opinião foram Menochius, *De arbitr. jud. cas.* 324 n.º 2; e L. Carreius, *Pract. caus. crim.* § 1 n.º 59.

² E' a opinião sustentada por Farinacius, *quest.* 125 n.º 156; Perez, *ad Cod.* Liv. 19 tit. 16 n.º 46 pelo nosso Pereira e Sousa, *Classes dos crimes* pag. 301 e pelos criminalistas modernos. — Vide Chauveau n.º 2417 e seg.

stual, porque existia a vontade, mas que tambem não era premeditado ¹. Esta distincção porem era mais subtil do que solida. O erro do agente não póde fazer com que o designio da acção não seja considerado como formado antes do crime; póde sim mudar o resultado deste, mas nunca a sua natureza.

O nosso Codigo seguiu a verdadeira doutrina, a qual é tambem a dos outros codigos. O que porem seria melhor era imitar o da Sardenha, o qual no art. 583.º estabelecc como regra geral tanto a respeito do homicidio voluntario, como do premeditado, que o erro na victima não destroe a vontade ou a premeditação.

Concluindo o commentario a este art. cumpre notar que o homicidio premeditado é designado na legislação franceza pelo nome de *assassinato*. Esta expressão tem hoje um sentido mais lato do que na anterior legislação porque então designava o homicidio commettido por mandato e por dinheiro ou outro interesse ²; e é neste sentido que apparece empregada nos antigos auctores; hoje porem designa o homicidio premeditado, e atraçoado, e todo aquelle em que o agente leva vantagem á victima seja pela desigualdade das armas, seja pela situação do lugar. O nosso Codigo porem não empregou essa expressão, incluindo o assassinato na designação geral de homicidio aggravado.

¹ Julius Clarus, *Sententiar.* lib. 5 § *Homicidium*, n.º 6.

² O Codigo não incrimina em especial o que mata por dinheiro talvez por julgar este homicidio comprehendido no premeditado.

A palavra *assassinato* não é muito antiga na linguagem jurídica, na qual só começou a ser usada no seculo XII, sendo importada do Oriente no tempo das cruzadas. A opinião geral sobre a sua origem é a seguinte. «Na Asia menor chamavam *assassin*os (da expressão arabe *asis* que significa pessoa que se põe embuscada) os seclarios de um principe da familia dos *Assacides*, que habitava entre Antiochia e Damasco, e que os tinha ás suas ordens para assassinar os principes seus inimigos, v. gr. Luiz da Baviera, que por elles foi morto em 1213. Esta facção possuia oito ou dez cidades em redor de Tyro, e designavam o seu chefe pelo nome do *Velho da montanha*; eram mahometanos, e pagavam certo tributo aos cavalleiros do Templo. Foram vencidos pelos tartaros em 1257, os quaes lhes mataram o chefe, e desde então extinguiu-se a seita. Daqui vem na opinião commum o dar-se aos que matavam por dinheiro ou mandato o nome de assassinos¹. »

Neſta historia porem ha mais fantasia do que verdade. E' certo que os cruzados encontraram na indicada região uma tribu denominada dos *Assassin*os e governada por um chefe denominado *Velho da montanha*. A origem desta tribu é hoje reconhecida depois das investigações dos geographos e historiadores modernos. Depois da morte de Mahomet dividiram-se seus discipulos em muitas seitas, entre as quaes a dos ismaehtas, donde sahiram os califas factimitas que tiraram aos Abassydas o Egypto e a Sy-

¹ Ménage v.º *Assassini*; Lauterbach, *Disput. de assassin* § 2; Pereira e Sousa *Classes dos crimes* pag. 315.

ria. Estes califas para firmarem e augmentarem o seu poder enviaram ás differentes provincias sujeitas aos califas de Bagdad, missionarios que ensinavam em secreto os dogmas dos ismaelitas, e incitavam os povos á revolta.

Um destes missionarios, no meado do 5.º seculo da Egyra, era um certo Haasan filho d'Ali, o qual, tendo-se por largo tempo esforçado para fazer reconhecer a supremacia do califa fatimita Monstanser, que então reinava no Egypto, declarou-se por fim independente, e estabeleceu-se nas montanhas da antiga Parthia, pertó de Kazvin, sendo conhecido pelo nome de *Cheik-al-Djebel*, isto é, chefe ou velho da montanha.

Os chefes que lhe succederam no espaço de dous seculos, não só estabeleceram o seu poder na Persia, mas n'uma parte da Syria, estabelecendo-se um delles nas montanhas do Anti-Libaño. Foram os ismaelitas destas montanhas que os cruzados conheceram com o nome de *Assassinos*.

Mas qual a origem deste nome? Já vimos que a opinião vulgar o deriva do arabe *asis* que significa *insidiator*; porem o sabio Silvestre de Sacy mostrou que elle vem de *Haschich*, palavra arabe que designa uma certa preparação vegetal feita com o fim de exaltar a imaginação, e que era empregada secretamente pelos chefes da seita para augmentar o seu poder e a dedicação de alguns fanaticos ¹; vindo dahi

¹ Silvestre de Sacy, no *Journal des savants* de 1818 pag. 418. — Ainda hoje no Oriente é conhecida esta preparação, a qual tem por base a chamada *cannabis*

o nome de *Haschischin*, donde por corrupção nasceu o de *assassini*.

Esta parece ser a origem verdadeira de semelhante denominação; e não admira que a imaginação vulgar produzisse a fabula referida; nada mais natural a um principe da raça arabe, aonde o systema da vingança parece até hereditario, do que armar o braço de um fanatico para ir assassinar um monarcha no meio da sua cõrte em satisfação desse systema; é mesmo crível que os cruzados tivessem conhecimento de alguns destes factos, e a imaginação popular generalisou-os arvorando-os em systema exclusivo dessa tribu. N'uma época em que a falta de communicações e de estudos historicos era quasi nulla, não admira que o erro se propagasse, e dêsse depois origem a um termo hoje tecnico na lingua juridica ¹.

Artigo 353.º

Aquelle, que commetter o crime de envenenamento, será punido com a pena de morte.

E' qualificado crime de envenenamento todo o attentado contra a vida de alguma pessoa por effeito de substancias, que podem dar a morte mais ou menos promptamente, de qualquer modo que estas substancias sejam empregadas, ou administradas, e quaesquer que sejam as consequencias.

indica; e os que della usam são conhecidos pelo nome de *Haschischin*.

¹ Vide Malte Brun, *Géographie univcrs.* (Paris 1835) tom. 8 pag. 205 e seg.; J. von Hammer, *Geschichte der Assassinen* (Stuttgaid 1818); Heibelot, *Biblioth. orient.* v.º *Bathana*.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 324.º n.º 3; de França art. 302.º; das Duas Sicílias art. 352.º n.º 3; da Sardenha art. 578.º; do Brasil art. 192.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 35 § 2; etc.

COMMENTARIO.

E' o envenenamento um dos crimes mais qualificados, e mais grave ainda do que o proprio homicidio, ou se considere em relação á preversidade do criminoso, aos meios de execução, aos resultados do delicto, ou á difficuldade que ha em nos garantirmos delle.

Com effeito, além de denotar maior preversidade, a multiplicidade de combinações mortíferas que o homem tem descoberto ou inventado, a facilidade de preparar e consummar o attentado, e de occultar os seus vestigios tornam mais terrivel este crime quanto aos seus meios de execução. Mesmo quanto aos seus resultados não é elle menos para recear; porque podem facilmente exceder até a tenção e desejos do criminoso; assim o veneno, lançado na comida de um individuo para o matar, póde dar cabo de uma familia inteira, que participar daquella comida, sacrificando assim muitas victimas mesmo contra a intenção do delinquente. Emfim a tudo isto accresce a difficuldade que o homem tem para se garantir de um crime que é sempre commettido por mão traiçocira:

como havia Henrique VII prevêr que havia ser morto pelo frade dominicano, envenenando este com mão sacrilega o vinho consagrado que elle havia de commungar ¹? Estas considerações levaram sem duvida a L. 1 Cod. *de malefic. et mathem.* a dizer *plus est hominem extinguere veneno quam occidere gladio.*

Dada' assim uma idéa da gravidade do crime segue-se determinar os elementos do envenenamento em vista deste art., cópia fiel do art. 302.º do código francez. São dous esses elementos: 1.º que haja um attentado contra a vida de alguma pessoa; 2.º que esse attentado se verifique por meio de substancias capazes de dar a morte mais ou menos promptamente qualquer que seja o modo porque sejam empregados, e quaesquer que sejam as consequencias.

1.º *Que haja um attentado contra a vida de alguma pessoa.* — Já no art. 163.º § 1 vimos que a palavra attentado era complexa, e comprehendia no sentido legal a tentativa e a execução; por conseguinte para existir o crime de envenenamento não é necessario que esteja consummado o homicidio, basta que haja uma simples tentativa, sendo por conseguinte a mente do Código assimilar neste caso especial o crime tentado ao crime consummado ². Resta porem de-

¹ E' necessario notar que então (1313) os imperadores commungavam debaixo das duas especies na qualidade de conegos de S. João de Latrão.

² Escusado é advertir que o attentado deve ser acompanhado da intenção de matar, pois não póde haver crime sem a vontade de o commetter; e esta observação tem muita importancia no envenenamento, porque as pessoas que os empregam nem sempre conhecem a sua

terminar bem a differença entre a tentativa deste delicto o delicto frustrado, e o delicto consummado, não porque isso influa na pena pois esta é a mesma em todos os casos, mas para estabelecer precisamente aonde começa a tentativa, e qual a linha que a divide dos actos preparatorios.

Tramar o envenenamento de uma pessoa, comprar o veneno, confial-o ao individuo encarregado de o propinar, não é, diz Rossi ¹, senão preparar o envenenamento; não ha ainda começo de execução. Semelhantes actos tem verdadeiramente por fim facilitar a realisação do pensamento criminoso; mas precedem a execução, e não a começam, porque ainda não está executado nenhum dos actos cujo complexo constitue o crime. Por isso ~~taes actos~~ não devem ser punidos,

força, e seria injusto imputar-lhes um facto accidental; — assim um medico que, precisando applicar uma substancia venenosa a um doente, der por ignorancia maior porção do que devia, e o doente morrer, será taxado de impericia ou ignorancia mas não de envenenamento doloso; — do mesmo modo se uma mulher para evitar que seu marido faça uma jornada lhe der uma substancia, que ella contava lhe produziria apenas uma leve doença, e elle morrer, é claro que tambem aqui senão dá envenenamento doloso.

Alguns criminalistas tem questionado se o envenenamento voluntario envolve ou não a premeditação. Parece-nos inutil esta questão, porque ou seja só voluntario, ou seja tambem premeditado, a pena é a de morte. — Veja-se todavia sobre essa questão Rossi, Liv. 2 Cap. 11; Gengler, *Die Strafrechtliche Lehre vom Verbrechen der Vergiftung* (Bamberg 1842) tom. 2 pag. 148 e seg.

¹ Liv. 2 Cap. 28 in hnc. . .

porque a lei não os inerimina em especial, como determina o Código no art. 10.^o¹.

Os actos de execução começam com a mistura do veneno nos alimentos destinados á victima, e com elles existe a tentativa; pois ha realmente começo de execução quando o veneno foi preparado e lançado nos alimentos daquelle que deve ser envenenado; e só resta a este o tomal-o. Mas supponhamos que, antes da victima tomar o veneno, o criminoso suspende a execução do crime, destruindo os alimentos envenenados, ou declarando o facto, impedindo deste modo que o individuo o tome; será punivel a acção? O código penal francez de 1791 no tit. 2 secção 1.^a art. 16.^o da parte 2.^a dizia expressamente que não; o nosso não o fez, imitando o de 1810; porque a questão se achava resolvida no mesmo sentido (quando a houvesse) pelo art. 7.^o do qual resulta que sendo a execução suspensa por vontade do agente não é punivel a tentativa.

¹ Este principio foi applicado em França pelo Tribunal dos *assises* do Sena em acordão de 11 de Maio de 1811 no celebre processo de Levaillant accusada de crime de envenenamento; e parece ter sido seguido pelos antigos doutores, Menochius (*cas.* 359 n.^o 47) e Farinacius (*quæst.* 122 n.^o 40), e outros.

Chauveau, fundado na L. 3 Dig. *ad leg. Cornel. de sicar.* que diz: "*qui venenum necandi hominis causa fecerit, vel vendiderit, vel habuerit, plectetur,*" sustenta que o direito romano punia os actos preparatorios. E' falsa semelhante doutrina porque esta lei pune, não os preparatorios do envenenamento, mas um crime distincto, qual é o incriminado no art. 248.^o do nosso Código. — Chauveau n.^o 2497.

Segué-se agora determinar bem a linha que separa o delicto frustrado do delicto consummado. Chauveau (n.º 2500) sustenta que o envenenamento fica consummado logo que, tendo sido voluntariamente administrado ou empregado pelo delinquente, for tomado ou recebido pela victima, pois o agente tem feito tudo da sua parte, e quaesquer que sejam as consequências do attentado a acção não muda de natureza ¹. Esta opinião é falsa como mostraremos.

A nossa é que o delicto só se póde dizer consummado se a victima morrer em consequencia do veneno, e a razão é porque o envenenamento é um homicidio por meio de veneno, e então para se consummar é preciso o homicidio, e este sem a morte não existe; e tanto o Código reconheceu que o envenenamento é um homicidio por meio de veneno, que collocou este crime no titulo do homicidio, considerando-o como homicidio aggravado. O delicto porem será frustrado e não consummado se a victima, apesar de tomar ou receber o veneno, não morrer, ou porque teve força para lhe resistir, ou porque se lhe applicaram contravenenos.

As rasões que dá Chauveau para denominar delicto *consummado* o que nós neste caso chamamos *frustrado* nada provam — A 1.ª consiste em que o agente logo que a victima toma o veneno, fez da sua parte tudo que era necessario. E' verdade, mas qual era o resultado que o agente esperava? era a morte, por isso que já dissemos que no envenenamento era necessaria a intenção de matar, como reconheceu o mesmo

¹ Chauveau n.º 2500.

Chauveau (n.º 2493), ora não se seguindo esse resultado o crime é frustrado e não consummado, porque se frustraram as intenções do criminoso. — A 2.ª razão é porque quaesquer que sejam as consequências a acção não muda de natureza. Este argumento tambem é falso; porque a acção é de diferente natureza; o que não muda é o genero (*envenenamento*) mas mudam as especies, pois, embora a lei equipare a tentativa e o delicto frustrado ao delicto consummado, quem negará que se a victima morrer em resultado do veneno o damno é maior?

2.º *Que o attentado se verifique por meio de substancias capazes de dar a morte mais ou menos promptamente, de qualquer modo que sejam empregadas ou administradas, e quaesquer que sejam as consequências.* — E' este o segundo elemento do crime. Se as substancias empregadas não forem capazes de dar a morte, não teremos envenenamento porque este é o homicidio por meio de veneno; poderá sim haver outro crime, v. gr. o previsto no art. 364.º se essas substancias sómente produzirem doença ou incapacidade de trabalho; e poderá até não haver crime algum se a substancia empregada pelo agente fôr inoffensiva, embora elle a julgue mortifera; e a razão é porque existe só a intenção de dar a morte, pela qual o agente será responsavel para com a justiça divina, mas falta o acto material necessario para a existencia do delicto¹.

¹ O médico Marc (n'um artigo dos *Annât. d'hygiène et médecine légale* de Julho de 1830) julgou vêr nesta idéa um absurdo. Pois o assassino, diz elle, que

Tambem se deve ter em conta que a substancia deve ser capaz de dar a morte *por sua natureza*¹; com isto queremos significar que ainda que algum individuo possa resistir a um veneno, que geralmente produz a morte sendo empregado, nem por isso esta circumstancia destroe a capacidade da substancia para dar a morte; vindo esta capacidade a ser *absoluta e não relativa* á victima.

Tambem a capacidade da substancia para dar a morte deve ser apreciada segundo a quantidade della ministrada, examinando-se se foi propinada a quantidade que em regra geral é reputada sufficiente para matar².

Diz o Codigo — *de qualquer modo que sejam empregadas ou administradas*; — a razão é porque o veneno pôde ser dado na comida, na bebida, na respiração etc. Do Papa Clemente VII se diz ter sido

não matou a victima porque entre o punhal e o peito della encontrou uma cota de malha, é punido, e não o hade ser o envenenador que não commetteu o crime porque se enganou na escolha dos meios? Este argumentó não procede: entre os dous casos não ha analogia; no primeiro existe um delicto frustrado, neste nem se quer ha começo de execução.

¹ Isto se deduz por argumento do art. 364.º donde se declara que, não sendo a substancia em geral por sua natureza mortifera, a incriminação não é a de envenenamento.

² Chauveau n.º 2507. — Em contrario vide Bourguignon, *Jurisprud. des codes crimin.* ao art. 301 do codigo francez n.º 4.

envenenado com o fumo de uma véla ¹; e a Rainha Isabel de Inglaterra morreu envenenada com o veneno que lhe pozeram na maçã da sella, na qual, tendo ao montar a cavallo, posto a mão para se segurar, inadvertidamente a levou á bocca ou ao nariz; e tal foi a força do veneno que a morte foi prompta.

O Codigo accrescenta no fim do art. — *quaesquer que sejam as consequencias* — isto para indicar que a tentativa e o delicto frustrado são punidos com a mesma pena que o crime consummado.

O Codigo imitando o legislador francez, não enumerou nem determinou quaes as substancias capazes de dar a morte; não o podia, nem devia fazer, porque seria invadir as attribuições dos medicos a quem incumbe decidir nestes casos. Mas o que parece inferir-se é que o Codigo só considera como veneno a substancia capaz de dar a morte; isto porem não é exacto, 1.º porque no art. 364.º reconhece o Codigo que póde haver venenos que não causem a morte do individuo a quem são applicados; 2.º porque venenos ha que matam, outros que só destroem ou alteram a saude, como reconhecem Foderé, Orfila e Devergie ². E' verdade que Sedillot define veneno toda a substancia capaz de dar a morte nas condições em que é empregada, mas este auctor refere-se ao veneno mortifero de que falla o art. 302.º do codigo francez ³.

¹ Foderé põe em duvida este facto que é referido por Paulo Zacchias e outros escriptores.

² Foderé, III, 449; Orfila, *Leçons de méd. légale*, III, pag. 9; Devergie, *Méd. légale théor. et prat.*, II, 430.

³ Sobre a significação da palavra *venenum* entre os

Em todo o caso o determinar se houve ou não envenenamento é uma questão de facto que, como já dissemos, não póde ser decidida sem a intervenção de peritos especiaes ; no emtanto o jurista que quizer estudar este ramo da medicina legal (o qual tambem lhe é necessario) deve recorrer aos tractados da materia, entre elles a citada medicina legal de Orfila, a toxicologia do mesmo auctor, e a medicina legal de Sedillot e Devergie.

Quanto á pena. — O Codigo, seguindo a legislação franceza e a da maior parte das nações, pune o envenenamento com a pena de morte. E' este um dos casos em que esta pena, figurando na escala penal, devia ser applicada, porque este crime é seguramente, como mostrámos, mais grave do que o homicidio. O que porem nos não parece justo é applical-a no caso em que a morte se não seguiu ; pois tem para nós muita força este dicto de Rossi, *revolta a consciencia e a moral executar um homem, quando a sua victima talvez se ache entre os espectadores.* A nossa Ord. tinha igual rigor, mas a pratica dos antigos doutores, attestada por Barbosa nas *remissões*, tinha admittido que não se seguindo a morte não devia ser imposta a pena capital.

Em Roma nos primeiros tempos da sua existencia não havia leis especiaes para este crime, e a primeira que appareceu foi a de Lucio Cornelio Sylla chamada de *veneficiis*, a qual applicava aos envenenadores as penas do homicidio, havendo depois

romanos vide as LL. 3 § 2 ad leg. Cornel. de sicar., e 236 Dig. de verb. signif.

ainda alguns senatusconsultos feitos para interpretação da dita lei, os quaes procederam sempre com o mesmo espirito. No entanto apesar da lei Cornelia ser a primeira lei de que temos conhecimento, é certo que já no anno de Roma 442 no consulado de Valerio Flacco e de M. Claudio Marcello foram punidas perto de duzentas damas romanas as quaes formavam uma companhia, que por meio de venenos preparados fez na republica grande destruição ¹.

Não julgamos, como pensa Pereira e Sousa, que a falta de leis sobre envenenamentos nos primeiros tempos de Roma se deva attribuir a não ser conhecido então o uso dos venenos: a sciencia dos venenos, diz Sismondi, é o primeiro ramo da chimica cultivado com muito adiantamento até pelas nações que se acham na barbaridade, e sendo elles conhecidos dos povos anteriores aos romanos é de crer que estes tivessem delles conhecimento ². Era natural que apparecendo algum caso de envenenamento fosse punido segundo a regra geral dos homicidios ³.

¹ Mesmo além deste facto, houveram antes da lei Cornelia algumas *quæstiones* para conhecer deste crime, como mostra Rein *Criminalrecht der Römer* pag. 406; Pereira e Sousa, sustentando o contrario não estava bem conhecedor da historia do direito romano.

² Nos *Elements of medical jurisprudence* de Beck se póde vêr sobre isto o extracto de uma excellente memoria do Dr. Beckman.

³ Sobre o crime de envenenamento vejam-se Chauveau n.º 2490 e seg., Morin v.º *Empoisonement*, e a optima monographia de Gengler em dous volumes, *Die Strafrechtliche Lehre vom Verbrechen der Vergiftung erörtert* (Bamberg 1842 - 1843).

Artigo 354.º

Será punido com a pena de prisão correccional aquelle, que prestar ajuda a alguma pessoa para se suicidar.

§ unico. Se com o fim de prestar ajuda chegar elle mesmo a executar a morte, será punido com o degredo por toda a vida para a India.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 326.º; do Brasil art. 196.º; Saxe art. 125.º; do Wurtemberg art. 239.º; de Brunswick art. 147.º; de Hesse-Darmstadt art. 257.º; da Lúthania art. 548.º; etc.

COMMENTARIO.

Com quanto na legislação antiga vejamos o suicidio punido, é certo que elle hoje não apparece incriminado nos codigos modernos, não porque deixa de ser um facto immoral pelo qual o homem é responsavel perante Deos, mas por não reunir os caracteres de verdadeiro crime (*legalmente fallando*), e por não poder ser punido verdadeiramente, mesmo quando constituisse um crime. Mas porque o suicidio não punido, ficará impune o individuo que para elle concorre ajudando o seu semelhante a suicidar-se? por certo que não. Todas as legislações modernas o tem reconhecido, e só divergem no gráo de criminalidade de que revestem este facto.

O nosso Código figura dous casos nos quaes qualquer pessoa póde participar no suicidio d'outra;

— 1.º prestando-lhe simplesmente ajuda, v. gr. dando-lhe o veneno para se envenenar, o punhal para se suicidar etc. ; — 2.º chegando mesmo a executar a morte do individuo que deseje suicidar-se. No primeiro caso a pena é a prisão correccional, no segundo o degredo para a India.

Esta doutrina do Codigo, mórmente a do § un. é absurda, o que procede de um erro quanto aos principios de direito criminal, erro que foi a origem deste art. como vamos vêr.

O erro consiste 1.º em julgar que quem ajuda outro a suicidar-se deve ser considerado como cúmplice do suicidio, e por isso punido com uma pena menor : 2.º que a sua criminalidade é attenuada pelo consentimento e auctorisação prestada ao facto pelo suicidado.

Estas duas proposições são essencialmente falsas. — A 1.ª porque se o cúmplice hade participar em um facto criminoso de que outro é auctor, é claro que para o que ajuda outro a suicidar-se ser considerado cúmplice do suicidio era preciso que este fosse um crime, e que o suicidado fosse o seu auctor ; mas o suicidio não é crime porque não é incriminado pelo Codigo, logo o que ajuda a praticar o suicidio não póde ser considerado como cúmplice de um acto que não é criminoso. — A 2.ª porque o consentimento ou approvação do offendido não são causas que façam desaparecer ou, se quer ainda, attenuar a responsabilidade penal do delinquente, como o Codigo reconheceu no art. 13.º e já mostrámos no respectivo commentario.

Deste erro que serviu de base ao Codigo nasceu

a doutrina do art. punindo tão levemente os factos nelle incriminados ; doutrina que leva ao absurdo, porque se pela gravidade das penas quizermos deduzir qual a gravidade dos factos incriminados no systema do Legislador, havemos decidir que o homicidio voluntario não premeditado é mais grave do que o matar alguém a seu pedido, pois aquelle é punido com trabalhos publicos por toda a vida no art. 349.º em quanto este facto é punido no § un. deste art. só com degredo perpetuo para a India. Isto é um absurdo porque o ajudar outrem a suicidar-se e chegar mesmo a executar a morte é um homicidio premeditado e commettido a sangue frio ; e se não é premeditado, é pelo menos tão grave como o homicidio voluntario.

O verdadeiro systema a respeito da penalidade respectiva á incriminação do art. deveria ser o considerar o caso do § un. como um verdadeiro homicidio, impondo-lhe a pena do art. 349.º, e punir o crime objecto do art. com a pena de degredo perpetuo para a India. O matar alguém que, desejando suicidar-se e não tendo forças para isso, pede lhe tirem a vida, merece as penas do citado art. 349.º porque é um verdadeiro homicidio. E é um homicidio, porque reúne os dous elementos deste crime, o *facto material* e a *contude de matar* ¹. Não ha fugir a este raciocinio ; o contrario é apresentar doutrina absurda, e immoral.

¹ Assim o decidiu em França o Tribunal de Cassação em accordão de 16 de Novembro de 1827, e em outros accordãos mais, seguindo e desenvolvendo os verda-

Chauveau reconhecendo a força destes principios, pretende todavia attenuar a criminalidade do facto e para isto apresenta alguns argumentos, que se reduzem aos seguintes. — « Dizer que existe a vontade de matar não é resolver a questão, é cortal-a ; resta saber se essa vontade é criminosa, isto é, se foi movida do *animus nocendi* ; animo que não existe no caso em questão, pois o delinquente não faz senão condescender com a vontade da victima, sem ser movido por sentimentos baixos e vis ; julga fazer-lhe um serviço, é uma dedicação mal entendida. Por isso, diz o illustre criminalista, será outro crime, nunca um homicidio ¹. »

Este argumento tem contra si o seguinte : o que constitue a vontade, elemento constitutivo do homicidio, é o conhecimento de que se vai praticar a morte ; qualquer que seja a causa ou fim que a mova não é desculpavel, a não ser que se verifiquem os casos exceptuados pelo Codice ; e entre estes não vem mencionado o de julgar o delinquente que faz um serviço á victima. Nem tal escusa, baseada na opinião de legitimidade que o delinquente liga á sua acção, podia admittir-se, não só porque a legitimidade das acções humanas é regulada pelos principios universaes do direito e da moral e não pela opinião individual, mas até porque do contrario não haveria crime que não fosse justificado ².

deiros principios. E' tambem opinião de Rauter § 440, e Morin v.^o *Suicide* n.^o 4 e seg., e *Mcurtre* n.^o 9.

¹ Chauveau n.^o 2428 e seg.

² Veja-se sobre este ponto o celebre criminalista ita-

Além de que julgamos incrível que um individuo, vendo outro pedir-lhe que lhe dê um tiro ou uma estocada no coração, se persuada que não pratica uma acção má, satisfazendo aos desejos da victima que deseja morrer. Ainda mais, esse individuo é talvez mais depravado do que alguns matadores, pois criminosos ha que, sendo capazes de commetter um homicidio á traição e aleivosamente, não teriam a coragem necessaria para ajudar a sangue frio a suicidar um seu semelhante.

Por isto julgamos que a incriminação do § un. é um verdadeiro homicidio, e como tal devêra ser punido.

O crime, objecto do art., não é tão grave porque o delinquente não teve toda a parte na morte, como na hypothese do § un. Todavia é uma acção immoralissima, e contraria a todos os principios, não se lhe devendo impôr menor pcna do que a de degredo perpetuo para a India.

SECÇÃO 2.^a

HOMICIDIO VOLUNTARIO AGGRAVADO PELA QUALIDADE DAS PESSOAS.

Artigo 355.^o

Quilhe, que matar voluntariamente seu pai, ou mãe, legitimos, ou naturaes, ou qualquer dos seus ascendentes legitimos, será punido, como parricida, com a pena de morte.

liano Nicolini, *Principes philosophiques et pratiques de droit pénal* (Paris 1851), *quest.* 15 pag. 230 e seg.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Veja o titulo do Digesto *ad leg. Pompeiam de parricid.*, e o tit. do Cod. *de his qui parentes vel liberos occiderunt.*

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 323.^o; de França art. 299.^o, 302.^o; das Duas Sicilias art. 348.^o, 352.^o; da Sardenha art. 569.^o, 577.^o; do Brasil art. 192.^o; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 41 § 1.

COMMENTARIO.

Não ha talvez um crime cuja gravidade seja tão execravel como a do parricidio ; não ha talvez outro facto que tão uniformemente tenha sido considerado com tanto horror em todos os seculos e nações. *Nefas ultimum* lhe chamava Seneca ¹ ; e legisladores houve que o não comprehenderam em seus preccitos por julgarem impossivel a sua existencia ; tal era a repugnancia que lhes causava a simples idéa deste attentado ! A realidade porem veio mostrar que a perversidade do homem não tem limites, e os povos viram-se obrigados a incriminar em seus codigos o parricidio.

Antes porem de referirmos as disposições da antiga legislação, vamos examinar quaes sejam pelo systema do nosso Codigo os elementos constitutivos deste crime. O parricidio é um homicidio e por isso deve

¹ *De Clement. I, 23.*

reunir os dous elementos do homicidio *intenção de matar, e facto material da morte*; e só differe do homicidio na qualidade da victima, a qual hade ser pai ou mãe legitimos ou naturaes, ou qualquer ascendente legitimo do criminoso, vindo esta circumstancia a ser o terceiro elemento do parricidio.

Sobre os dous primeiros nada diremos porque já delles nos occupámos no commentario ao art. 349.º, advertindo, a respeito da intenção, que não basta a de matar, sendo necessaria a de matar seus pais ou ascendentes. Assim se o filho matar seu pai, ignorando que era seu pai, é homicida sim, mas não parricida; foi uma circumstancia desgraçada que pôde causar horror, mas não augmentar a culpa do delinquente, o qual talvez não ousaria levantar a mão contra a victima se conhecesse os vinculos de sangue que o ligavam a ella. E' esta a opinião de Pacheco, a qual adoptamos, dizendo com elle, que se Edipo pôde ser julgado parricida pelo cego e inflexivel destino da poesia grega, não o pôde ser pela razão illustrada da moral do Christianismo. Resta-nos passar ao exame do terceiro elemento.

Que a victima seja pai ou mãe legitimos ou naturaes do criminoso, ou qualquer dos seus ascendentes legitimos. — A legislação, nota com razão Chauvet, tem estendido mais ou menos o circulo das pessoas contra as quaes se reputa ter sido commettido este crime. Nos primeiros tempos de Roma a palavra *parricidio* tinha uma significação muito mais extensa pois comprehendia todas as especies de homicidio¹.

¹ Isto se vê da lei attribuida a Numa na qual se

Todavia com o andar dos annos esta expressão foi sendo empregada n'um sentido mais stricto, comprehendendo nella a lei Pompeia *de parricidiis* toda a familia do culpado até ao quarto gráo, e protegendo não só os vinculos do sangue, mas os alliados, os esposos, e os patronos ¹. Mesmo assim ainda o parricidio abrangia mais pessoas do que devia, e por isso Farinacius, Julio Claro, e Menochius dividiram o parricidio em proprio e improprio, denominando *proprio* o homicidio dos ascendentes, e *improprio* o dos esposos e das outras pessoas enumeradas na lei.

A antiga jurisprudencia franceza veio ainda considerar como parricidio sómente o homicidio de pai, mãe, ou ascendentes, e o codigo penal de 1791 não fez mais do que seguir esta jurisprudencia attestada por Jousse e Muyart de Vouglans, quando no tit. 2 da parte 2.^a art. 10.^o define o parricidio o homicidio commettido na pessoa de pai ou mãe legitimos ou naturaes, ou de qualquer outro ascendente legitimo do culpado. Mas o codigo de 1810 veio no art. 299.^o comprehender tambem entre estas pessoas o pai ou

determinava: *Si quis liberum hominem dolo morti sciens dicit parricida esto.* — Vide Festus v.^o *Parricidium*, e Abegg.

¹ « *Lege Pompeia de parricidiis cavetur, ut si quis patrem, matrem, avum, aviam, fratrem, sororem, patruelem, matruclen, patricum, avunculum, amitam consobrinum, consobrinam, uxorem, virum, generum, socerum, vitricum, privignum, privignam, patronum, patronam occiderit, pœna ea tenetur quæ est legis Corneliæ de sicariis.* » — L. 1 Dig. ad leg. Pomp. de parricid. — Vide § 6 Inst. de publ. judic.

mãe adoptivos. O nosso Código seguiu o systema do código penal francez de 1791.

Quanto ao pai ou mãe *legítimos* não ha duvida nenhuma, nem a pôde haver: a respeito delles tem toda a força as poderosas considerações que fizeram elevar a crime capital um attentado tão grave, que ataca os vinculos mais sagrados da paternidade; *naturam lex Pompeia tuetur*, diziam os antigos Jctos. Quanto aos *naturaes* dá-se a mesma razão porque existe o mesmo ataque aos vinculos de sangue. Mas será o art. applicavel aos filhos incestuosos ou adúlteros que matam seus pais? terá a palavra *naturaes* semelhante extensão? Os antigos criminalistas pensavam que neste caso só havia um simples homicidio, e assim o escreve Menochius¹; todavia o Tribunal de Cassação em França decidiu por accordão de 27 de Janeiro de 1813 que o filho adúltero, matando seu pai, estava comprehendido na incriminação de parricida. Para nós existirá o crime, provada a filiação, porque se dá a mesma razão da lei, pois como diz Justiniano na Novella 12 cap. 2 « *tamen pater est.* »

Quanto aos ascendentes o nosso Código, seguindo o francez, não inclue no art. senão os legítimos. Em França é isto conforme com os principios de direito porque não ha ascendentes naturaes, mas entre nós parece-nos esta doutrina inapplicavel. Julgamos que o art. devia comprehender pelo menos os ascendentes naturaes pela parte materna, pois é certo que pela nossa jurisprudencia o filho natural, propriamente

¹ Cas. 156 n.º 15; Hauprech ao § 6 Inst. de publ. judic.

tal succede não só á mãe indistinctamente como os legítimos, quer seja só, quer concorra com elles, mas a todos os ascendentes maternos, doutrina esta ensinada por Borges Carneiro e outros doutores¹.

No que achamos razão ao Legislador foi em excluir do art. os pais adoptivos, abandonando o systema da lei franceza no art. 299.º. Ha com effeito toda a differença entre o homicidio do pai legitimo ou natural e a do pai adoptivo; matar este é tirar a vida a um *bemfeitor*, matar qualquer daquelles é tirar a vida a um pai; assimilar os dous crimes é diminuir o horror do parricidio. Apesar destas e d'outras considerações feitas em França no Conselho d'Estado pelo ministro da justiça venceu a idéa de incluir no art. os pais adoptivos, idéa (note-se que já era rejeitada pelos antigos escriptores) *quia ratio illa vinculi naturalis et sanguinis cessat in filio adoptivo, qui dicitur filius fide et non vere et proprie*².

Quanto á pena. — A Grecia e a antiga Roma não tinha estabelecido pena alguma especial contra o parricidio, talvez por julgar o Legislador que este crime não podia existir. Entre os romanos a primeira pena especial que apparece é nas leis das doze Taboas; o culpado era lançado ao rio com a cabeça coberta e cosido n'um sacco de couro: *qui parentem necaverit, capite obvolutus, culleo insutus in aquam*

¹ Borges Carneiro tom. 2 § 197; Lobão, *Obrig. recipr.* § 332; etc.

² Fatinacius, *Quæst.* 120 n.º 163; Menochius, *Cas.* 356 n.º 36. — Em contrario apparece isolada a opinião de Antonio Matheus, *De crimin.*, lib. 48 tit. 6 cap. 1 n.º 3.

abjicito. Esta pena foi ainda aggravada com o andar dos annos; o culpado era açoutado até deitar sangue (*virgis sanguinibus verberatus*), e fechado no sacco com um cão, um gallo, uma vibora, e um macaco: foi esta a alteração que a lei Pompeia fez á antiga lei decemviral como attesta Modestino na L. 9 pr. Dig. *ad leg. Pomp. de parricid.* ¹. Cicero na sua oração *pro Sexto Roscio Amerino* admirou a combinação deste supplicio, que hoje para nós seria absurdo, barbaro, e extravagante: *O singularem sapientiam! nonne videntur huic hominem ex rerum natura sustulisse et eripuisse, cui repente cælum, solem, aquam, terramque ademerint?*

Este supplicio foi-se pouco a pouco modificando. O imperador Adriano aboliu-o nas localidades distantes do mar, e substituiu-o pelo vivicomburio, ou pela exposição ás fêras (cit. L. 9 Dig.), vindo esta pena a ser depois a unica applicavel; motivo porque o Jeto Paulo nas suas *Sentenças* lib. 5 tit. 24 § 1 dizia, fallando dos parricidas: *hodie vivi exuruntur vel ad bestias dantur*.

Em França tanto pelo código de 1791 como pelo de 1810 o parricidio era punido com a pena de morte acompanhada de cortamento da mão direita, sendo o condemnado conduzido ao lugar do supplicio com os pés descalços e a cabeça coberta com um véo preto. Mas a L. de 28 d'Abril de 1832, conservando a pena de morte, aboliu o cortamento da mão, ordenado no

¹ Para se applicar esta pena com toda a sua aggravação era necessario porem que o culpado tivesse confessado o crime. — Cujacio, ad lib. IX tit. 17 Cod.

art. 13.º do código penal, destruindo assim um resto de barbaridade que o terrível systema da intimidação ainda havia conservado na legislação penal moderna.

O nosso Código, de acordo também com a nossa anterior legislação, conservou a pena de morte, mas sem as agravações inúteis do código francez. Escusado é justificar a imposição desta pena: existindo ella no Código, a moral e o direito reclamavam a sua applicação; o parricidio denota no criminoso a maior perversidade, o mais completo abandono dos sentimentos mais santos da natureza, e de um dos preceitos mais sagrados, santificados pelo proprio Deos na Lei do Sinai; é o *nefas ultimum*, para repetirmos as palavras de Seneca, de que já nos servimos no principio do commentario.

Artigo 355.º (continuação.)

§ 1.º Se não houve premeditação, poderá ser attenuada a pena, provando-se a provocação, na forma que se declara no art. 375.º.

§ 2.º Se houve premeditação, nenhuma circumstancia poderá ser considerada para a attenuação da pena do parricidio.

§ 3.º A tentativa do parricidio premeditado será punida com a pena de prisão perpetua com isolamento.

·LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 323.º; das Duas Sicilias art. 385.º; etc.

COMMENTARIO.

O código francez no art. 323.º, e os códigos d'Italia determinam que o parricidio em caso nenhum póde ser escusado. « O respeito religioso que o filho deve a seu pai, dizia Faure nos motivos daquelle código, impõe ao filho o dever de tudo soffrer e de nunca levantar contra elle mão sacrilega : e por isso nenhuma provocação por mais violenta que seja póde attenuar ou fazer desaparecer o crime. » Apesar disto Chauveau pensa que a lei não comprehendeu o caso da legitima defesa, seguindo a opinião de Farinacius : *in filio occidente patrem ad sui defensionem homicidium hoc impunibile est*. Todavia Morin rejeita este principio e fundado na generalidade do art. 323.º do código decide que elle comprehendeu até o caso de legitima defesa.

O nosso Código seguiu um systema medio fazendo uma distincção. Ou o parricidio é premeditado ou não ; — no primeiro caso nenhuma circumstancia póde fazer attenuar a pena (§ 2) ; — no segundo só poderá ser attenuada provando-se a provocação (§ 1), nos termos do art. 370.º. Mas a provocação deve ser tal que a vida do criminoso esteja em perigo no momento do crime, como declara expressamente o art. 375.º.

A questão agitada entre Chauveau e Morin sobre se o parricidio commettido pelo filho no caso de legitima defesa é ou não criminoso, vem entre nós a estar decidido pelo art. 375.º ; pois se as violencias que põem em risco a vida do filho (e por conseguinte

constituem legitima a defesa deste) apenas lhe attenuam a pena do parricidio, é claro que não o isemtam da pena, devendo entender-se restringida a generalidade do art. 317.º no caso de parricidio pelo art. 375.º. Approvamos plenamente este systema; a lei que permittisse ao filho matar seu pai, ainda no caso de legitima defesa, seria immoral, e contraria aos principios salulares ensinados pela Religião ¹.

A doutrina do § 3 é consequencia dos principios já estabelecidos; se o parricidio premeditado é mais grave do que o simplesmente voluntario, a tentativa d'elle tambem mais gravemente hade ser punida, e por isso o Legislador lhe impõe a prisão perpetua aggravada com o isolamento.

Artigo 336.º

Aquelle, que commetter o crime de infanticidio, matando voluntariamente um infante no acto do seu nascimento, ou dentro em oito dias depois do seu nascimento, será punido com a pena de morte.

§ unico. No caso de infanticidio commettido pela mãe para occultar a sua deshonra, ou pelos avós maternos para occultar a deshonra da mãe, a pena será a de prisão maior temporaria.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

L. 1 Dig. *ad leg. Pomp. de parricidiis.*

¹ Morin v.º *Défense légitime* n.º 6; Chauveau n.º 2391; Destriveaux pag. 114; etc.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 300.^o, 302.^o; do Brasil art. 197.^o, 198.^o; das Duas Sicilias art. 349.^o, 352.^o, 387.^o; da Austria art. 122.^o; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Entre nós não havia legislação privativa para este crime, e apesar da Ord. Liv. 1 Tit. 73 § 4 ter alguma relação com esta materia, todavia não estabelecia penas; e por isso o infanticidio era punido segundo a regra geral do homicidio.

COMMENTARIO.

O infanticidio tem sempre sido mais ou menos considerado como homicidio qualificado, para o que sobejam razões. Em primeiro lugar attendendo ás circumstancias especiaes da victima, é certo que se o homem tem na sociedade, além da força de que é dotado pela natureza, o auxilio que as leis, os amigos, e seus semelhantes lhe prestam, ao infante recém-nascido não succede o mesmo; é um ente desamparado, sem força propria, e que não póde ser soccorrido pela sociedade, pois ainda nem se quer figura no registo civil como membro della. Em segundo lugar um crime premeditado quasi sempre, pois o recém-nascido nunca póde provocar o seu matador; e só deixará de o ser quando a mãe natural cheia de remorsos, de vergonha e de desesperação procurar matar o filho para salvar a sua honra. Emfim se o infanticidio é commettido pelo pai ou mãe legitimas, ou pela mãe natural, fóra desse caso, é um crime atroz,

e não inferior em gravidade ao parricidio. Para se verificar o crime de infanticidio são necessarios segundo o nosso Codigo tres requisitos ou elementos constitutivos — 1.º vontade ou intenção de matar — 2.º que o infante seja vivo — 3.º que a morte se verifique no acto do seu nascimento ou dentro de oito dias depois deste.

1.º *Vontade de matar.* — A razão disto é clara: o infanticidio não é senão um homicidio qualificado e nós já vimos que não ha homicidio sem intenção de matar. Mas o que parece uma cousa tão simples, póde todavia offerecer não pequenas difficuldades, porque a intenção não é tão facil de descobrir neste crime, como nos outros. Com effeito no homicidio ordinario se apparece um homem morto á punhalada, a vontade do matador é quasi conhecida sem duvida. No infanticidio, quando o recém-nascido apparece morto, já se não póde dizer o mesmo; a dissimulação da gravidez, os vestigios de um parto clandestino, o descobrimento do cadaver do infante, não são provas infalliveis do crime; porque se a mãe occultou a gravidez e o parto, este mysterio podia ter por fim occultar a vergonha e a deshonra que lhe podia provir de uma falta em que ella tivesse cahido; e o ter-se achado o cadaver da criança ainda não é prova bastante; a morte podia ter lugar antes do parto, e podia depois do parto ser resultado de uma causa natural, de um accidente, de negligencia, e não de dolo. A resolução destas ultimas circumstancias incumbe á medicina legal¹.

¹ Vide Sedillot, *Medicina legal* traduzido pelo Sr.

2.º *Que o infante seja vivo.* — Dizemos « *seja vivo,* » e não « *tenha nascido vivo* » porque o infanticidio tambem se commette no proprio acto do nascimento, antes de este se achar completo, v. gr. pela pressão da cabeça entre as côxas da mãe. Exige-se que elle seja vivo, porque sendo o infanticidio um homicidio, e não havendo homicidio sem a morte de algum individuo, é claro que se não pôde matar uma pessoa que já está morta. E aqui entra a decisão das questões que já apontámos sobre se a morte teve lugar antes do parto, mesmo durante elle, ou depois por causas naturaes, accidentaes, ou por negligencia ou dolo.

Alguns auctores tom suscitado aqui uma questão, e é se deve reputar-se infanticidio a morte do recém-nascido, que não era *vitavel*, isto é, que nascendo com vida não era comtudo capaz de viver; e pronunciam-se pela negativa¹, fundados em que o direito civil declara incapaz de succeder o infante que nasce vivo mas não com vitalidade, fazendo neste caso excepção á regra do rompimento do testamento pelo nascimento do posthumo. Semelhante argumento é falso, porque não se pôde argumentar de um caso para outro: a herança será filha da lei civil, mas a vida, e o direito a ella, é filho da natureza. A lei

Dr. Lima Leitão (Lisboa 1841) pag. 58 a 73; etc.

¹ Desta opinião são os medicos legistas Collard de Martigny, *Questions de jurisprud. medico-légale* pag. 30 e seg., Briand, *Médec. légale* pag. 218 e seg., e os criminalistas Carnot, e Rogron ao art. 300.º do código francez, Rauter § 448, Mittermaier, *Neues Archiv. des Criminalrechts* vol. 7.º n.º 316 - 323; etc.

civil póde dar a herança a quem quizer, mas não a vida que é um dom do Creator.

A admittir-se a distincção entre o infante vitavel e não vitavel para punir o infanticidio, que de absurdos dahi não resultariam: qualquer poderia então matar impunemente o velho decrepito, o doente nos ultimos paroxismos da vida, e o condemnado á morte. Outro argumento allegado por Mittermaier é que o infante não vitavel não é uma creatura viva, e não tem senão a apparencia de vida; isto nem é sophisma, é uma doutrina falsa que nos levaria aos absurdos que mencionámos. Por isso semelhante opinião foi combatida por Hencke, Chauveau, e outros criminalistas ¹, e até mesmo por alguns medico-legistas, como Orfila e Devergie.

3.^o *Que a morte se verifique no acto do seu nascimento ou dentro de oito dias depois deste.* — A razão porque passados oito dias depois do nascimento, o crime se não considera como infanticidio, mas como homicidio, é porque desde essa época suppõe a lei que a sociedade já tem conhecimento da sua existencia e o póde defender melhor; pois a criança deve, segundo as constituições dos bispados, ser baptisada aos oito dias, e o baptismo entre nós, além dos effeitos espirituaes, tem tambem os civis do registo civil pelo assento que então se faz do nascimento, naturalidade, filiação e nome do baptisado. O nosso

¹ Hencke, *Lehrbuch* § 165; Jarke, *Handbuch*, tom. 3 pag. 277; Martin, *Criminalrecht* §§ 107, 122; Spangenberg, *Neues Archiv. des Criminalrechts*, vol. 3 pag. 28; Chauveau n.^o 2400; etc.

Codigo veio indirectamente a seguir o systema do codigo das Duas Sicilias o qual no art. 349.^o só considera como infanticidio a morte de um infante *ainda não baptisado ou inscripto nos registos do estado civil*.

O codigo de França é mais vago, não marca praso, e limita-se a dizer que é infanticidio o homicidio de um infante *recem-nascido*. Esta expressão é muito vaga e deu lugar a questões, assentando por fim a jurisprudencia em reputar recém-nascido o infante, em quanto não se acha inscripto nos registos do estado civil. O Dr. Olivier sustentou nos *Annales d'hygiène et de médecine légale* (tom. 16 part. 2) que o infante era recém-nascido até á quêda do cordão umbilical, isto é, até aos oito dias, mas Lucas Chunpionnière combateu e mostrou a falsidade de semelhante opinião no tom. 8 pag. 63 do *Journal de médecine et de chirurgie*.

Na Allemanha os codigos do Saxe (art. 126.^o), do Brunswick (art. 149.^o), e do Wurtemberg (art. 249.^o) limitam o praso do nosso Codigo a vinte e quatro horas, considerando o crime, passado esse tempo, como um simples homicidio. Mas os codigos do Hanover e de Hesse-Darmstadt limitam-se como o francez a usar da expressão *recem-nascido*, deixando a sua apreciação e determinação aos tribunaes¹.

Quanto á pena. — O direito romano não con-

¹ E' notavel tambem que pela legislação allemã o infanticidio é só o cometido pela mãe; o homicidio de um recém-nascido commettido por outra qualquer pessoa não passa de um homicidio.

siderava o infanticídio como crime especial; fazia-o entrar na regra geral da lei Cornelia *de sicariis*, e mais tarde na da lei Pompeia *de parricidiis*: *Mater quæ filium filiamve occiderit, ejus legis pœna* (isto é, como parricida) *adfcitur*. L. 1 Dig. *ad leg. Pomp. de parricid.* Já se vê que esta doutrina não era applicavel ao pai, porque o poder deste estendia-se até matar os filhos, e só muito tarde foi restringido, como notámos no commentario ao art. 345.º § 2.º O código de França, a quem o nosso seguiu, impoz a este crime a pena de morte, disposição que não foi todavia approvada sem grande opposição, argumentando-se contra ella, que quando o infanticídio é praticado pela mãe, não é movida em geral por maldade de coração; mas por desejo de salvar a reputação, ou por outras circumstancias imperiosas; e que se tal pena se impozesse na lei ver-se-hia o escandaloso resultado (dizia Berlier) de ficar impune o crime, pois no caso em questão nenhum tribunal sugearia a mãe a uma pena tão desproporcionada.

Apesar disto o art. foi approvado, mas a pratica bem mostrou que Berlier tinha razão, e que da inflexibilidade do código nasciam realmente os inconvenientes apontados. A L. de 25 de Junho de 1824 quiz remedial-os auctorizando o Juiz a reduzir a pena á de trabalhos forçados por toda a vida, e a L. de 28 d'Abril de 1832 não fez senão transportar esta faculdade das mãos do Juiz para a do jury por meio do systema das circumstancias attenuantes.

Os códigos das Duas Sicilias (art. 387.º), do Brasil (art. 198.º) e de Hesp. (art. 327.º), julgaram que o melhor meio de remediar o mal era esta-

helecer uma penalidade especial mais branda para o caso em que o infanticidio fosse executado por motivos de honra. Foi levado pela mesma idéa que o nosso Legislador no § un. deste art. determinou que, sendo o infanticidio commettido pela mãe para occultar a sua deshonor, ou pelos avós maternos para occultar a deshonor da mãe, a pena será sómente a de prisão maior temporaria.

A lei julgou que no combate dos dous sentimentos, o da honra e o do amor maternal, podia prevalecer o primeiro¹; que a mãe obedeceu á violencia que a agitava no meio das paixões contrarias, que perturbavam o seu espirito, e por isso attenua-lhe a criminalidade. E em verdade uma donzella honesta que por sua fraqueza não soube evitar os escolhos da seducção, conhece a nodoa que o mundo hade lançar na sua falta; quanto mais virtuosa, mais a atormentará o remorso, e quanto mais influirem nella os costumes publicos, tanto mais se disporá a sacrificar tudo para conservar a sua reputação. Se a honra electriza o coração do homem, não exalta menos o espirito da mulher; antes obra com mais força e mais violencia. Que de vezes o sentimento da honra não leva o homem a arriscar a sua vida e a de seus semelhantes? Que de jovens se não tem suicidado por haverem perdido o objecto de seus amores? E isto succede no homem, que dizemos a parte forte da espe-

¹ Sobre o sentimento da honra vide a *Esthetica* de Hegel (trad. franceza) tom. 2 pag. 437 e seg., e sobre o do amor maternal vide Garnier, *Traité des facultés de l'ame* (Paris 1852) tom. 1 pag. 213 e seg.

cie humana. Mas quanto mais facil e mais provavel não é, na hypothese que nos occupa, vermos chegar ao excesso do infanticidio a mulher honesta e pura, que deu ouvidos a um sêductor infame, a mulher cuja sensibilidade mais elevada, é mais susceptivel de ser impressionada por affecções vivas, por paixões violentas? No trabalho doloroso do parto persegue-a de um lado a idéa da ingratição e da perúidia do seductor, vê-o cobrindo-a de ignominia, arrebatando-lhe a felicidade presente, e fazendo-lhe desaparecer suas esperanças futuras; considera por outro lado a sociedade prestes a estampar-lhe na fronte o labeo da ignominia e da prostituição, e no meio desta agitação, deste combate de sentimentos, que admira vel-a recorrer ao crime?

Justa é a idéa do Codigo, e bem desejáramos ter sempre occasiões como esta, para elogiar os seus redactores. Mas quem diria que um criminalista distincto, o celebre Pacheco, combate este pensamento, além de justo, nobre e sensivel? « Se a honra, exprime-se elle, não contém a mulher para evitar a falta que commetteu, não deve ter força para attenuar depois o crime do infanticidio. » Esqueceu-se porem de que a sociedade com seus preconceitos, considerando um crime essa falta da mulher, deve tomar sobre si parte da responsabilidade de outro crime, que não existiria, senão fôra tão grande a força de semelhantes preconceitos.

Duas leves observações temos a fazer a este parographo — 1.^a que não póde ser invocado senão pela mãi natural, e nunca pela mãi legitima; porque a respeito desta cessa a razão da disposição — 2.^a que

é necessario se prove racionalmente a existencia do motivo de honra que impellisse a mulher, pois ha casos em que, apesar da mãe ser natural e não legitima, não lhe póde aproveitar o beneficio da lei, v. gr. se fôr uma prostituta; a razão é obvia¹.

Artigo 357.º

Se em algum dos casos declarados nesta, e na antecedente Secção, concorrerem outras circumstancias aggravantes, observar-se-hão as regras geraes.

COMMENTARIO.

Estas regras são as estabelecidas nos art. 77.º, 78.º, e 79.º, as quaes não reproduzimos aqui, por já dellas nos termos occupado no primeiro volume.

SECÇÃO 3.ª

ABORTO.

O Sr. Dr. Lima Leitão em uma das notas á sua traducção do manual de medicina legal de Sedillot, adverte com razão que a palavra *aborto* empregada neste sentido é impropria, e a substitue por *abortamento*. termo criado por elle; pois *aborto* propria-

¹ Sobre a materia do art. vide Chauveau n.º 2393 e seg.; Feuerbach § 236 e seg.; Imbert, *De crimine infanticidii* (Louvain 1822); Gans, *Von dem Verbrechen des Kindermordes* (Hanover 1824); e em especial sobre a do § un. Bavoux, *Leçons preliminaires* pag. 120 e seg.

mente é o objecto abortado, e *abortamento* é acção de abortar. — Ferreira Borges na sua medicina forense denomina este crime *feticidio*, isto é, homicidio do fêto.

Artigo 358.º

Aquelle, que de proposito fizer abortar uma mulher pejada, empregando para este fim violencias, ou bebidas, ou medicamentos, ou qualquer outro meio, se o crime fôr commettido sem consentimento da mulher, será condemnado na pena de prisão maior temporaria com trabalho.

§ 1.º Se fôr commettido o crime com consentimento da mulher, será punido com a prisão maior temporaria.

§ 2.º Será punida com a mesma pena a mulher que consentir, e fizer uso dos meios subministrados, ou que voluntariamente procurar o aborto a si mesma, seguindo-se effectivamente o mesmo aborto.

§ 3.º Se, porem, no caso do paragrapho antecedente a mulher commetter o crime para occultar a sua deshonra, a pena será a prisão correccional.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

LL. 8 *ad leg. Cornel. de sicar.*, 38 § 5, 39 Dig. *de pœn.*; e vide o commentario.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 328.º, 329.º, 330.º; de França (reformado em 1832) art. 317.º; das Duas Sicilias art. 395.º, 396.º, 398.º; da Sardenha art. 543.º - 547.º; da Austria art. 128.º - 132.º; do Brasil art. 199.º, 200.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 1 Tit. 73 § 4; Liv. 5 Tit. 35.

COMMENTARIO.

Aborto em geral é a expulsão prematura do fêto, segundo Sedillot, ou o parto antes do termo, se quizermos seguir a definição de Orfila. Póde ser resultado da natureza, v. gr. debilidade da mãe, ou do acaso, como por exemplo, uma queda, ou da vontade do homem; e por isso Nysten no seu dictionario de medicina, cirurgia, e pharmacia o divide em *natural*, *accidental*, e *provocado*¹. Só este ultimo faz objecto do direito eriminal e da medicina legal, porque a justiça humana não toma conta aos homens senão daquellas acções em que intervem o seu livre arbitrio.

E' aborto por tanto, em direito penal, a expulsão prematura do fêto, provocada de proposito por meio de violencias, bebidas, medicamentos ou qualquer outro meio, para nos servirmos das proprias expressões do Legislador, copiadas do art. 317.º do codigo de

¹ Desormeaux no *Dicc. des études medical.* divide ainda o aborto em tres especies, segundo a época em que elle se verifica, *ovular*, *embryonario*, e *fetal*; é *ovular* o que tem lugar dentro dos vinte dias da concepção, *embryonario* o que se verifica entre os vinte e os noventa dias da concepção, e *fetal*, quando a expulsão do fêto é seguida de phenomenos semelhantes aos do parto. Isto por em pertence mais á medicina geral do que á medicina legal.

França. Os elementos pois deste crime são ; expulsão prematura do feto ; provocação da expulsão por meios capazes de a produzir ; e vontade de commetter o aborto.

1.º *Expulsão prematura do feto.* — A determinação deste ponto pertence á medicina legal, e hade ser decidido pelo exame da mulher, e pelo do producto expulsado, segundo as regras que a este respeito fornece a medicina, e que o Jeto póde encontrar em Sedillot (trad. pelo Sr. Dr. Lima Leitão) pag. 52 e seg., e nos outros tractados de medicina legal.

2.º *Provocação da expulsão por meios capazes de a produzir.* — E' este um dos pontos que apresenta sérias difficuldades na sua verificação. E' difficil por certo determinar se o aborto foi natural ou provocado; pois é sem duvida que ha muitas causas naturaes e especiaes que facilmente produzem este phenomeno, taes como, certa constituição atmospherica particular durante a qual as prenheses não chegam ao seu termo, certo estado de contractilidade ou de grande frouxidão sobrevinda ao utero, o hysterismo, as affecções debilitantes, as que produzem fortes contracções dos musculos abdominaes, ou congestão para a pelve etc. Decidido que o aborto não é filho de uma causa natural ou accidental, a consequencia é que foi provocado ; e os modos que o Codigo considera como tendo sido para este effeito empregados são os seguintes, violencias, bebidas, ou medicamentos, ou outros quaesquer meios.

Quanto ás *violencias*, é certo que o aborto póde ser facilmente uma consequencia de pancada, saltos, e de outros meios mechanicos, v. gr. a dilatação foi-

çada do cóllo do utero, como ensinam os escriptores da sciencia; mas tudo isto falha muitas vezes, pois mulheres ha que soffrendo grandes violencias não abortam, outras que abortam ao mais leve choque, e por isso um sabio medico diz que rigorosamente fallando não podemos considerar como absolutamente abortiva qualquer causa, e que tudo é relativo aos seus effeitos. No numero das violencias entram tambem as ameaças, que ás vezes podem em dadas circumstancias produzir o aborto ¹.

Quanto ás *bebidas ou medicamentos*, diz Sedillot, que não ha verdadeiramente remedios abortivos, a não ser que se tenha como tal a cravagem do centeio, a qual, segundo alguns observadores, produz no utero contracções directas e expulsivas. O considerar a sangria no braço ou no pé, os purgativos, os diureticos, etc. como meios *decisivamente* abusivos como acontece vulgarmente, entre pessoas estranhas á sciencia, é um erro; se algumas vezes podem produzir esse effeito, alguns escriptores sustentam que a não ser nos primeiros quarenta dias da gestação, é rarissimo provocar o aborto a não ser por meio de violencias.

Quanto aos *outros meios* vejam-se os tractados de medicina legal para onde remettemos o leitor, por ser esta determinação das causas do aborto materia que pertence á sciencia medico-legal.

3.^o *Vontade de commetter o aborto.* — Isto é um principio geral a todos os crimes propriamente ditos, os quaes não existem aos olhos da lei sem que

¹ Rauter § 458 *in fine*.

haja intenção criminosa. É difficil porem provar que o aborto foi promovido de proposito, como reconhecem todos os escriptores.

A este respeito, uma questão se pôde suscitar, e vem a ser, se tendo uma pessoa voluntariamente praticado violencias para com uma mulher pejada, mas sem intenção de provocar o aborto, ou ignorando o estado de gravidez da victima, deve ser punida como criminosa de aborto (se este se verificar), ou só como criminosa de violencias? Os antigos escriptores sustentavam e com razão que neste caso o delinquente não era criminalmente responsavel pelo aborto mas só pelo crime que tem intenção de commetter¹; todavia em 1812 o Tribunal de Cassação decidiu o contrario por acordão de 8 de Outubro, opinião que não pôde prevalecer, e muito menos entre nós aonde o Codigo diz expressamente « *de proposito fazer abortar,* » expressões que exigem mui positivamente a vontade de fazer abortar².

Penalidade. — O Codigo para graduar as penas deste crime faz tres hypotheses, 1.^a aborto commettido por pessoa que não seja a mulher que se acha grávida e *contra vontade desta*; 2.^o aborto commettido por um estranho *com consentimento* da mulher; 3.^o aborto commettido pela própria mulher pejada, já directamente, já indirectamente consentindo nos

¹ Farinacius, *Quæst.* 122 n.^{os} 151, 153; Jousse, *Justice crim.* tom. 4 pag. 22; Guyot, *Répert.* v.^o *Avortement*; etc.

² Chauveau n.^o 2601 e seg.; Morin, v.^o *Avortement* § 2.

meios empregados ou subministrados para esse fim por terceira pessoa. No 1.º caso a pena é a prisão maior temporaria com trabalho (art.), no 2.º é a prisão maior temporaria sem trabalho (§ 1), e no 3.º a mesma pena de prisão maior temporaria sem trabalho (§ 2)¹, excepto se a mulher commetter o crime para occultar a sua deshonra, porque nesse caso a pena é só a prisão correccional, sendo esta attenuação motivada pelos mesmos motivos que indicámos no commentario ao § un. do art. 356.º.

O codigo francez não fez distincção entre ser o crime commettido com o consentimento da mulher ou sem elle, o nosso fez essa distincção seguindo o exemplo da maior parte dos codigos modernos.

Pelas penas impostas pelo Legislador se vê que elle considera o aborto um crime menos grave do que o infanticidio, e com effeito assim é; a mulher, posto que grávida, ainda não é mãe, não são ainda tão fortes os vinculos d'amor pelo filho que ainda não existe, e não havendo estas sensações tão fortes, a mulher para commetter o aborto tem menos difficuldade do que para perpetrar o infanticidio; emfim no aborto malogra-se a esperanza de uma vida, no infanticidio ha privação, não dessa esperanza, mas já da propria vida.

Não devemos concluir o commentario a este art.

¹ Parece que o crime sendo praticado pela mãe devia ser punido mais severamente do que quando commettido por um estranho; todavia é exactamente o contrario, porque neste caso, não havendo o consentimento da mulher, ha dous crimes, um contra o feto, outro contra a mãe. — Destriveaux pag. 127.

sem tocarmos nas idéas dos romanos a respeito do aborto, as quaes eram singularíssimas. A philosophia stoica considerava o feto como animado sómente depois que nascia, porque a alma se lhe communicava então pelo ar infiltrado no corpo; antes disso reputavam-no como uma parte das entranhas da mãe, do mesmo modo que o fructo é parte da arvore em quanto della se não despega ou separa; e por isso sendo o aborto praticado por um ente que elles não julgavam vivo, excluia forçosamente a idéa de crime.

Os Jetos romanos dominados por esta philosophia seguiram a sua doutrina; na L. 9 Dig. *ad leg. Falcidiam* se diz: « *partus nondum editus, homo non recte fuisse dicitur;* » e na L. 1 § 1 Dig. *de inspiciendo ventre*, « *partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum.* Por isso a mulher que se fazia abortar não commettia delicto, e qualquer pessoa, que a fazia abortar por meio de violencias, apenas respondia pelas perdas e damnos nos termos da lei Aquilia se essas violencias tinham causado damno á mulher.

Do uso do aborto entre as mulheres romanas fazem menção os poetas. Ovidio *Eleg. de nuce* nol-o mostra nos seguintes versos:

*Nunc uterum vitiat, quæ vult formosa videri:
Raraque in hoc ævo est quæ velit esse parens.*

Juvenal não é menos expresso na Satyra 6.^a vers. 593 e seg.:

*Sed jacet aurato vix ulla puerpera lecto.
Tantum artes hujus, tantum medicamina prosunt
Quæ steriles facit, atque homines in ventre necandos.*

Com o volver dos tempos porem tendo-se tornado frequentes os abortos, como meios de conseguir certos fins criminosos, entre elles o de alterar a ordem da successão ab intestato, começou este facto a ser considerado como crime *extraordinario*, e punido com pena extraordinaria, não porque fosse considerado criminoso *em si mesmo*, mas *pelo fim criminoso para conseguir o qual era empregado como meio*. Assim na L. 4 Dig. de *extraordinar. criminib.* se declara ser a pena de exilio temporario imposta á mulher que se fazia abortar, attribuindo-se essa decisão a um rescripto de Severo e Antonino; e a razão de decidir que o Jcto dá é a seguinte: *indignum enim videri potest, impune eam maritum liberis fraudasse*. Esta pena parece ter sido a geralmente adoptada nestes casos como se deprehende tambem da L. 39 Dig. de *pæn.*, e posto que nesta lei se refere uma condemnação capital imposta a uma certa Milesia, por ter commettido o crime recebendo para esse fim dinheiro dos herdeiros do marido, contudo este facto, como declara Cicero na sua oração *pro Cluentio*, succedeu na Asia, e não deve ser considerado como um resultado da applicação do direito romano, antes como uma consequencia das praticas em uso nas tribus ou nações dessa parte do mundo, segundo nota Noodt, no seu opusculo *de partus expositione* Cap. 11.

Quando o aborto era promovido não pela mãe, mas por um terceiro era este punido com a pena de morte, se o aborto se havia consummado, ou se a mãe morria em consequencia dos meios empregados para esse fim (L. 38 § 5 Dig. de *pæn.*).

No tempo de Trajano começou a declinar o absurdo de não ser considerado o aborto como crime *ordinario*, e na época dos imperadores christãos começou a ser punido como tal ¹.

O direito canonico estabeleceu uma distincção entre fêto animado e fêto não animado, distincção que foi abraçada pelos antigos doutores, e applicada na jurisprudencia, e na constituição criminal de Carlos 5.^o art. 133.^o, estabelecendo-se a opinião de que o aborto no primeiro caso era um verdadeiro homicidio, e de que no segundo devia apenas ser punido com pena pecuniaria, porque o fêto não passava ainda de uma materia inerte e inanimada. Esta distincção entre fêto animado e não animado apparece no Decreto de Graciano can. 8 caus. 32 quæst. 2, canon este que ó deduzido de S. Agostinho, o qual apresentou semelhante distincção no seu livro de questões sobre o Exodo na questão 80.

Esta idéa deve a sua origem á intelligencia que os *Setenta* deram na sua versão grega ao verso 22 cap. 21 do Exodo, o qual traduziram do Hebraico pela fórma seguinte: *se qualquer attentar contra a mulher pejada e matar o fêto estando já formado; seja punido com a pena capital; não o estando, pague ao marido a mulcta, que elle lhe impozer.* Esta ver-

¹ Vide sobre esta parte historica A. Telting, *De juribus nondum natorum disputatio* (Groning. 1826), Spangenberg, *Ueber des Verbrechen der Abtreibung der Leibesfruct*, nos *Neues Archiv. des Criminalrechts* tom. 2 pag. 1 - 53, e 173 - 195, e Noodt no lugar citado.

² Esta disposição do direito canonico era fundada n'um lugar do Levitico, Cap. 21 e 22.

são grega não era exacta, mas sim a latina que dessa passagem fez S. Jeronymo ; segundo a interpretação do Doutor da Igreja o texto hebraico diz : « *se qualquer attentar contra uma mulher pejada, fazendo-a abortar, e ella morrer, tem pena capital ; se matar só o fêto tem a pena que exigir o marido.* »

No emtanto a opinião de S. Agostinho, reproduzida por Graciano, e fundado na versão dos Setenta, prevaleceu apesar disto, e foi sancionada nas Decretales, entre outros por Innocencio 3.^o no Cap. 20.^o *de homicidio*. Mas nem por isso esta doutrina foi sempre admittida pela Igreja ; prevaleceu a final, é verdade, mas um Pontifice houve, Xisto 5.^o que destruiu inteiramente essa distincção entre fêto animado e não animado em uma Bulla de 1588, que vem no tom. 2 do *Bullario Magno* pag. 618 ¹.

Embora porem os Jelos viessem a tomar por base a distincção do direito canonico, a difficuldade estava em marcar o tempo em que o fêto começa a ser animado. Uns, seguindo a doutrina de Aristoteles e de Plinio ², disseram que o fêto sendo varão devia julgar-se formado aos quarenta dias da gestação, sendo femea aos noventa, conhecendo-se ser varão se saltasse no lado direito do ventre materno, e femea se saltasse do lado esquerdo : outros, seguindo a Paulo Zacchias estabeleceram a regra fixa de que o fêto era

¹ Esta decisão não tardou a ser derogada tres annos depois por Gregório 14.^o em Bulla que vem no mesmo Bullario tom. 2 pag. 709. — Sobre esta materia vide Bœhmer, *Jus ecclesiast.* Lib. 5 tit. 10 § 26 e seg.

² Aristot., *Histor. animal*, Lib. 7 cap. 3 ; Plinio, *Hist. nat.* Lib. 7 cap. 6.

animado aos sessenta dias ; outros enfim, como o Sr. Paschoal estabeleceram esse periodo no meio da gestação ¹.

Estas regras, além de inuteis, eram absurdas. *Inuteis*, porque para se contarem os dias era necessario conhecer o tempo da concepção, o que nem a mesma mãe poderá saber muitas vezes. *Absurdas*, porque a experiencia mostra que não é possivel marcar o tempo em que o feto é animado. Por isso os codigos modernos tem abandonado a celebre distincção dos Jctos, fundada no direito canonico.

Artigo 358.º (continuação.)

§ 4.º O medico, ou cirurgião, ou pharmaceutico, que, abusando da sua profissão tiver voluntariamente concorrido para a execução deste crime, indicando, ou subministrando os meios, incorrerá respectivamente nas mesmas penas, aggravadas segundo as regras geraes.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França (reformado em 1832) art. 317.º ; de Hesp. art. 331.º ; das Duas Sicilias art. 397.º ; etc.

COMMENTARIO.

A lei julga que se as pessoas indicadas neste § praticam o crime ou para elle concorrem, deve a pena ser aggravada ; e nisto tem razão. A profissão desses

¹ P. Zacchias, *Quest. med. legal* ; Sr. Paschoal, *Jus criminale* tit. 9 § 14.

individuos impõe-lhes obrigações mais rigorosas, do que as que pesam sobre os simples particulares ; pois a medicina, a cirurgia, e a pharmacia são destinadas a curar os enfermos, e não a praticar delictos ou concorrer para elles.

A esta materia anda ligada a questão de saber se será permittido ao facultativo provocar o abortamento quando a pelve fôr disforme a ponto de ser impossivel o parto, e de vir a morte da mãe e do filho a ser a consequencia necessaria dessa impossibilidade. Fodéré e Sedillot pronunciam-se pela affirmativa, a qual é geralmente seguida, sendo contestada apenas (que nós saibamos) por Capuron.

SECÇÃO 4.ª

FERIMENTOS, CONTUSÕES, E OUTRAS OFFENSAS CORPORAES VOLUNTARIAS.

A imcriminação dos ferimentos, contusões e outras offensas corporaes ou vias de facto voluntarias offerece não pequena difficuldade, porque o Legislador de poucos elementos pôde lançar mão para distinguir a criminalidade relativa de cada um desses factos, ou seja quanto á intenção, ou quanto ao resultado material : a *gravidade* das offensas corporaes depende de mil causas, que muitas vezes não podem ser imputadas ao seu auctor ; e a *intenção* do agente não pôde por isso mesmo manifestar-se no resultado material dessas offensas senão mui imperfeitamente. Tem isto levado não poucos escriptores a dizerem que as regras geraes nesta materia são falsas na maior

parte dos casos, porque as acções differem de continuo, e que as distincções são quasi impossiveis, a não querel-as multiplicar ao infinito.

Apesar disto forçoso é estabelecer alguns princípios para guiar os tribunaes, aliás ficariam taes factos ou impunes por falta de incriminação, ou a sua criminalidade e punição dependeria toda do arbitrio dos Juizes, o que seria um mal em ambos os casos: os legisladores o tem reconhecido, mas não tem sido uniformes em suas regras.

Tres são os principaes systemas de repressão que nos apresentam as diversas legislações. O 1.º estabelece sómente a grande divisão entre ferimentos ou offensas *graves* e *leves*, e a penalidade correspondente a cada uma dellas com seu maximo e minimo, deixando ao arbitrio do Juiz qualificar em cada hypothese quaes as violencias graves e quaes as leves. E' o systema do codigo d'Austria nos art. 136.º a 139.º, e da legislação penal da Prussia anterior ao novo codigo desse paiz.

O 2.º systema é inteiramente o contrario; não se limita a uma regra tão geral, desce do genero á especie, percorre as differentes mutilações produzidas pelos ferimentos ou violencias, especificando quaes as mais ou menos graves. Foi esta base que guiou a assembléa constituinte no codigo penal de 1791 part. 2 tit. 2 secc. 1.ª art. 21.º e seg. O Legislador, como que percorrendo o corpo humano vai estabelecendo penas diversas segundo a parte delle que é offendida, e segundo a natureza especial e especificada de cada offensa; assim se o offendido ficou sem um olho a pena é uma, se ficou sem dous a pena é já outra, e

assim vai diversificando conforme a natureza dos membros offendidos.

Este systema porem, com quanto evite os inconvenientes do primeiro tirando o arbitrio aos Juizes, cahe n'outro não menor tomando como base unica da pena o resultado da violencia ou ferimento em cada caso especial, e sem attender além disso ao proposito do agente.

Em geral este systema encontra-se mais ou menos modificado, diz Nypels, nos novos codigos da Alemanha; parece-nos comtudo que o systema delles é mais um systema mixto; toma é verdade em grande conta o resultado material da offensa, nem isso admira tendo o elemento material sido a base do antigo direito germanico, quasi sempre objectivo; mas tambem não despreza, antes faz depender a criminalidade e a pena da diversa intenção do delinquente, fazendo a combinação mais perfeita, que ao homem é dado fazer entre estes dous elementos tão variaveis da criminalidade; e, posto que de passagem o dizemos, é o melhor de todos os systemas.

O 3.º é o do codigo francez de 1810, é um systema médio que Napoleão pretendeu seguir entre os do codigo d'Austria e do codigo penal de 1791, evitando o vago e arbitrario do primeiro, e fugindo ás minuciosas distincções do segundo. Divide os ferimentos e contusões em duas grandes cathogorias como a legislação austriaca, mas em vez de deixar ao arbitrio do Juiz o estabelecer na hypothese quaes as mais graves e quaes as menos graves, estabeleceu para isso uma regra baseada na duração da molestia ou da incapacidade de trabalho resultante dos ferimen-

tos; se dura mais de vinte dias a pena é uma, se dura menos a pena é outra.

O nosso Código tomou por modelo o de 1810 com as modificações da lei de 28 d'Abril de 1832, e algumas idéas bebidas nos codigos d'Italia como iremos mostrando em cada um dos art. desta Secção, em cujo commentario vamos entrar estabelceidas estas brevissimas prenoções.

Artigo 359.º

Aquelle, que voluntariamente com alguma offensa corporal maltratar alguma pessoa, não concorrendo qualquer das circumstancias enunciadas nos art. seguintes, será punido, accusando o offendido, com a prisão de tres a trinta dias ou se houver premeditação, com a prisão, ou desterro, até seis mezes.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 336.º; L. franceza de 19 e 22 de Julho de 1791, e cod. de 3 do *brumaire* do an. IV; etc.

COMMENTARIO.

Aqui temos as offensas *leves*, em contraposição ás *graves* de que o Legislador se occupa nos art. seguintes. O codigo preferiu o systema da exclusão e por isso, tendo estabelecido nesses art. os caracteres das offensas graves, declara que neste se comprehendem todas aquellas em que não concorrerem essas circumstancias ou caracteres.

Os antigos auctores, incluindo os nossos, tra-

clavam dos ferimentos, contusões e mais offensas corporaes no titulo das injurias a que chamavam *reaes*, pois julgavam talvez, seguindo a opinião de Valazé¹ que, posto ellas involvessem um ataque á segurança individual, todavia chocavam em maximo gráo a honra do offendido.

O Codigo nestas offensas impõe a pena só no caso de accusar o offendido. Nisto como que quiz seguir o espirito da Ord. Liv. 5 Tit. 117 §§ 1 e 13, e T.t. 122 pr. e § 1.

Artigo 360.º

Toda a offensa corporal voluntaria, que causar alguma ferida, ou contusão, ou soffrimento de que ficasse algum vestigio, ou produzisse alguma doença, ou impossibilidade de trabalhar, será punida com a prisão de seis mezes a dous annos.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França (reformado em 1832) art. 311.º; da Austria art. 137.º, 138.º; de Hesp. art. 336.º; etc.

COMMENTARIO.

Para ter lugar a incriminação, são *necessarios* os seguintes elementos; 1.º offensa corporal que cause ferida, contusão ou soffrimento, ou produza alguma doença ou incapacidade de trabalhar até vinte dias; 2.º que essa offensa seja feita voluntariamente.

¹ *Lois pénales* C. 3 art. 31.º.

Quanto ao primeiro elemento notaremos que a incapacidade de trabalho ou a doença devem ser o resultado da offensa, d'outro modo nunca poderiam ser a medida da gravidade desta, se entre os dous factos não existisse uma relação de causa e effeito. Cumpre porem notar que para os effeitos da lei não é indispensavel que a offensa corporal seja a causa unica e immediata da doença ou da incapacidade do trabalho, basta que as tenha determinado; assim se um individuo fizer a outro de saude debil uma contusão que torne mais grave o estado da sua saude, e lhe sobrevier uma molestia que seja o resultado do peor estado desta, o agente é responsavel por ser a causa mediata ¹.

Outra observação devemos fazer sobre a incapacidade de trabalho a que se refere o Codigo neste e no art. seguinte. O codigo francez diz « *trabalho pessoal*, » o nosso não accrescentou a qualidade de *pessoal*, e por isso é preciso vermos que sentido se hade ligar á palavra *trabalho*: em França disse o Tribunal de Cassação que havia incapacidade de trabalho todas as vezes que o individuo doente não póde, sem commetter uma imprudencia, entregar-se ao seu trabalho habitual ². Esta intelligencia dada á lei, diz Chauveau ³, levar-nos-hia ás consequencias absurdas; o homem de letras, por exemplo, a quem tivesse sido quebrada uma perna, se antes dos vinte dias possesse mesmo no leito continuar seus estudos, não soffreria

¹ Chauveau n.º 2563.

² Acordão de 21 de Março de 1834.

³ N.º 2565.

a incapacidade de trabalho considerada como elemento necessario para a imposição da pena : a acção viria assim a deduzir a sua gravidade, não da sua natureza intrinseca, mas de uma circumstancia estranha ao agente, da posição social do offendido, do seu genero de vida, dos seus habitos etc. do acaso emfim. A incapacidade de trabalho, que o Legislador teve em vista, não é nem póde ser senão a incapacidade do trabalho *corporal* do offendido, que é a unica que póde ser apreciada pelo Juiz, e allegada como consequencia das offensas corporaes.

Não podemos admittir estas idéas de Chauveau : se as consequencias que apresenta são, como elle diz, realmente absurdas, então deve considerar tambem como absurda a lei que faz depender a maior ou menor criminalidade das offensas de durar menos ou mais de vinte dias a incapacidade de trabalho, quando é certo que essa duração póde ser determinada por muitas causas estranhas ao agente, v. gr. pela constituição e organisação do offendido, pelas influencias atmosphericas etc. Além de que o exemplo trazido a respeito do homem de letras tambem prova contra o illustre criminalista ; porque, se lhe quebrarem a perna e antes de vinte dias poder mesmo no leito entregar-se a seus estudos, diz Chauveau, deixará de ser applicavel ao criminoso a pena do art. , porque a incapacidade não chegou a vinte dias ; e nós diremos que pela theoria de Chauveau succede o mesmo, pois sendo certo que o trabalho do homem de letras é um trabalho de espirito e não de corpo, a consequencia é que, se a lei só se refere a incapacidade de trabalho corporal, não o comprehende a elle !

Artigo 361.º

Se alguém ferir voluntariamente, ou espancar, ou com qualquer outra offensa corporal, maltratar alguma pessoa, e desta offensa resultar :

1.º Cortamento, ou privação de algum membro, ou órgão do corpo.

2.º Aleijão, ou inhabilitação de algum membro ou órgão do corpo para as suas funcções.

3.º Deformidade.

4.º Enfermidade, ou incapacidade de trabalhar por mais de vinte dias, será em qualquer dos casos enumerados neste art. punido o criminoso com a pena do degredo temporario.

§ 1.º Se o offendido ficar privado da razão, ou impossibilitado por toda a vida de trabalhar, a pena será a de prisão maior temporaria com trabalho.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França (reformado em 1832) art. 309.º, 310.º; do Brasil art. 201.º - 205.º; de Hesp. art. 333.º, 334.º; d'Austria art. 136.º, 137.º; das Duas Sicilias art. 256.º - 260.º; etc.

COMMENTARIO.

Não julgamos que a pena deva ser a mesma para todos estes quatro casos; os tres primeiros podem na maior parte das vezes ter para o offendido mais sérias consequencias do que a incapacidade de trabalhar; e por isso reclamam pena mais grave, mesmo

porque os effectos desta são reparaveis em muitos casos, e não os dos tres primeiros casos.

O codigo hespanhol foi coherente com estes principios punindo as offensas corporaes nas tres primeiras hypotheses com prisão maior, e na quarta com prisão criminal.

O nosso Codigo, como já notámos, não seguiu strictamente a legislação franceza, antes lhe addicionou nos tres primeiros numeros, doutrina bebida nos codigos de Italia e de Hespanha.

Na hypothese do § 1 a pena é maior porque a criminalidade tambem o é.

Artigo 361.º (*continuaçãõ.*)

§ 2.º Se o ferimento ou espancamento, ou offensa foi commettida voluntariamente, mas sem intenção de matar, e comtudo occasionou a morte, a pena será a de prisão maior temporaria com trabalho.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França (reformado em 1832) art. 309.º;
etc.

COMMENTARIO.

Em França o codigo de 1810 era omisso sobre a questão de saber se, tendo de um ferimento, feito com intenção de ferir e não de matar, resultado a morte, devia o agente ser ou não considerado como homicida, e punido como tal. O Tribunal de Cassação tinha-se sempre pronunciado pela affirmativa fun-

dado em que quem faz o ferimento deve ser responsável por todas as suas consequências.

A L. de 28 d'Abril de 1832 veio acabar com esta doutrina absurda accrescentando ao art. 309.º do Código um paragrapho em que positivamente declarou que sendo o ferimento feito voluntariamente, *mas só com a intenção de ferir*, se delle resultasse a morte devia ser o agente punido com trabalhos forçados temporarios, em quanto o homicidio simples é punido com o mesmo genero de pena mas perpetua.

E' necessario porem para ser applicavel esta pena que a morte do offendido tenha sido occasionada pela offensa corporal, por outra, que entre uma e outra haja relação de causa e effeito; pois se a morte não fôr consequencia directa da offensa mas de alguma outra causa, para a qual não tenha concorrido o agente a pena não se agrava, como veremos no art. seguinte.

Mas qual o meio de conhecer a relação de causalidade entre a offensa e a morte? os antigos Jetos estabeleciam para este fim a distincção entre feridas mortaes e não mortaes; no primeiro caso suppunham a morte consequencia dellas e o delinquente responsável pelo homicidio: « *quando constat vulnus fuisse mortale, morte secuta, vulnerans de occiso tenetur, quia ex vulnere decessisse videtur* ¹; no segundo caso respondia o delinquente só pelo ferimento, e a morte não se reputava occasionada por elle: « *quando constat vulnus non fuisse mortale. . . sic vulnerans non*

¹ Farinacius, *Quæst.* 127 n.ºs 10-12; Julius Clarus, *Sent.* lib. 5 § *Homicidium*, n.º 42.

*de occiso, sed de vulnere tenetur*¹. » Estas regras parece terem algum fundamento no direito romano, sobretudo em relação á reparação do damno, pois na L. 30 § 4 Dig. *ad leg. Aquil.* se diz; *si vulneratus fuerit servus non mortifere, negligentia autem perierit, de vulnerato actio erit, non de occiso.*

Mas a importancia da relação de causalidade entre a ferida e a morte fez-se principalmente sentir no direito germanico, aonde com preferencia se desenvolveu, como já temos varias vezes observado, o elemento objectivo; e o estudo desta questão foi engrandecendo á medida que os verdadeiros principios sobre a imputabilidade iam sendo mais bem conhecidos e predominando mais na opinião².

Estabelecido este principio, os criminalistas procuraram estabelecer quando e como uma ferida devia ser considerada como mortal; mas n'uma investigação tão simples, perderam-se n'um mar de distincções, dividindo as feridas em mortaes por si mesmas (*per se*) ou por accidente (*per accidens*), em mortaes geral (*in abstracto*) ou individualmente (*in concreto*); estas distincções tinham um fim justo; n'um systema todo objectivo em que a intenção quasi sempre se suppunha verificar a existencia do elemento material, era preciso que a jurisprudencia procurasse cercar de todas as garantias o accusado para não acarretar sobre elle responsabilidades com as quaes não devia pesar.

¹ Farinacius, *Quest.* 127 n.^{os} 13-18; Julius Clarus, *Sent.* lib. 5 § *Homicidium* n.^o 42.

² Vatel, *Code pénal de la Baviere* (Paris 1852) nas notas historicas a pag. 321 e seg.

Nesta materia que alguns auctores tem constituido em questão de grande monta, e recheado de distincções, parece-nos que a solução é muito simples. Ha um homem que foi ferido e depois morre, dous pontos ha a resolver — 1.º a morte do homem foi occasionada pela ferida, isto é, foi esta quem produziu a morte? — 2.º o ferimento foi feito pelo criminoso com intenção de matar ou só de ferir? A resolução do 1.º ponto, com quanto incumba tambem ao jury deve ser precedida e coadjuvada por exames de peritos medicos; e o Jcto deve nesta parte ter em conta que a distincção entre feridas mortaes em abstracto, e em concreto é falsa; a lethalidade ou mortalidade do ferimento hade ser sempre apreciada em relação especial ao individuo morto, como judiciosamente determina o art. 143.º do codigo da Baviera ¹; e a razão é porque se a lei exige *na especie* a relação de causa e effeito entre a ferida e a morte, é claro que se recorrermos não á natureza *especial* do offendido, mas á natureza geral da ferida, para apreciar se a morte foi ou não resultado desta, deixaria de ser apreciada como o deve ser essa relação de causalidade.

Decidida esta relação affirmativamente, isto é, decidido que na hypothese dada o ferimento foi a causa efficiente da morte, segue-se a resolução do segundo ponto já indicado; se o jury entender que o delinquente teve só intenção de ferir, mas não de matar, é applicavel então a pena deste paragrapho.

Artigo 362.º

Se o ferimento, ou espancamento, ou offensa não foi mortal, nem aggravou, ou produziu enfermidade mortal; e se provar, que alguma circumstancia accidental, independente da vontade do criminoso, e que não era consequencia do seu facto, foi a causa da morte, não será pela circumstancia da morte aggravada a pena do crime.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Sardenha art. 590.º, 591.º; das Duas Sicilias art. 362.º, 363.º; etc.

COMMENTARIO.

Agora suppõe a lei a hypothese de que o ferimento, espancamento, ou offensa não foi mortal, isto é, que não foi a causa productora da morte, como já notámos ao § 2 do art. antecedente, ou que nem aggravou ou produziu enfermidade mortal. Neste caso declara que se o ferido apesar disto morrer, a circumstancia da morte não agrava a pena que o delinquente deve ter, a qual hade ser graduada segundo a regra geral dos ferimentos não mortaes.

O Codigo porem parece exigir mais, além de não ser a ferida mortal, que a morte fosse produzida por uma circumstancia accidental, independente da vontade do criminoso, e que não seja consequencia do seu facto. Tudo isto era escusado. Depois de se provar que a ferida não era mortal na hypothese especial de que se tractar, deixa de existir no agente

a responsabilidade pela morte, porque a morte já *não é facto seu, nem filha de facto seu*. Então para que é dizer que é necessario se prove que a morte foi produzida por uma causa accidental? póde ser que o não seja e nem por isso responde por ella o delinquente, v. gr. se o offendido morrer por negligencia sua, ou culpa de sua familia. Exige tambem o Código a prova de que a circumstancia accidental não foi consequencia do facto do criminoso, isto porque, como bem diz Chauveau (n.º 2577), se o ferido morrer de molestia que lhe sobrevier e essa molestia tiver o seu germen nas feridas, deve então ser considerada a ferida como causa da morte.

Artigo 363.º

O tiro de arma de fogo, o emprego de qualquer arma de arremesso, ou outra, contra alguma pessoa, posto que não haja ferimento, nem contusão; e bem assim a ameaça com qualquer das ditas armas em disposição de offender, ou feita por uma reunião de mais de tres individuos em disposição de causar um mal immediato, consideram-se offensa corporal.

COMMENTARIO.

Se o tiro d'arma de fogo, o emprego de qualquer arma de arremesso ou de outro genero, contra alguma pessoa, é considerada como offensa corporal, posto que não haja ferimento nem contusão; e se a ameaça com qualquer das ditas armas em disposição de offender, ou feita por uma reunião de mais de tres individuos, em disposição de causar um mal imme-

diato tambem é considerada como tal ; é obvio que tambem como tal hade ser punida. Ora não havendo ferimento nem contusão a pena da offensa é a do art. 359.º, logo é esta a que tem de ser applicada nos casos comprehendidos no presente.

A doutrina do Codigo em parte é inadmissivel e conduz ao absurdo ; e em parte carece de ser bem entendida para não conduzir a igual absurdo. E' inadmissivel quanto ao tiro d'arma de fogo, pois quem de proposito atira um tiro contra uma pessoa é *sempre com tenção* ou de matar ou de ferir ; em qualquer dos casos se dado o tiro se não segue o resultado esperado pelo agente, como deve ser qualificado o facto deste ? como delicto frustrado de homicidio ou de ferimento, e então como tal deve ser punido, segundo a tenção do delinquente tiver sido de matar ou só de ferir. Mas o Codigo manda considerar o tiro como offensa corporal, daquellas que sómente são punidas com prisão de 60 dias no maximo, como já notamos, logo é evidente o absurdo a que nos leva a disposição deste art. , que manda castigar com uma pena tão diminuta um facto, ao qual por outras disposições do mesmo Codigo devem ser applicadas outras penas mais fortes. — Parte da doutrina deste art. carece de ser bem entendida para não conduzir a igual absurdo, referimo-nos ao emprego de armas de arremesso ou de outro genero contra alguma pessoa, o qual o Legislador manda tambem punir segundo a regra do art. 359.º. Cumpre ter em conta que qualquer póde lançar contra outro uma arma de arremesso com intenção de o ferir ou espancar, ou só de o maltractar causando-lhe uma dôr ; no primeiro caso se

apesar da intenção do agente se não seguiu o ferimento ou espancamento, o facto deverá ser considerado como tentativa ou delicto frustrado de ferimento ou espancamento ; no segundo, isto é, quando o agente não teve intenção de ferir ou espancar, não passa de uma simples offensa corporal punida no art. 359.º. O Código não pôde referir-se ao arremesso ou emprego d'arma senão neste segundo caso, pois se comprehendesse o arremesso praticado com intenção de ferir ou espancar, teríamos em resultado o mesmo absurdo que se apresenta em relação ao tiro d'arma de fogo.

A nossa antiga legislação seguia as mesmas idéas, que apresentámos a respeito do tiro de arma de fogo ; só com a differença que pelo systema della o delicto frustrado era quasi sempre punido como o consummado, systema que logicamente applicou ao caso em questão. Aquelles que atiravam de proposito para matar ou ferir, posto que o ferimento ou a morte se não seguisse eram punidos com pena de morte, se o tiro era dado com espingarda de menos cumprimento que quatro palmos em cano (Ord. Liv. 5 Tit. 35 § 5), e com degredo para Africa por dez annos, se a espingarda tinha o cumprimento da lei (cit. Ord. § 4).

Artigo 364.º

As disposições dos art. antecedentes desta Secção são applicaveis áquelles, que voluntariamente, e com intenção de fazer mal, ministrarem a outrem de qualquer modo substancias, que não sendo em geral por sua natureza mortíferas, são comtudo nocivas á saude.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França (reformado em 1832) art. 317.º; de Hesp. art. 335.º; etc.

COMMENTARIO.

No art. 353.º suppoz o Codigo o caso de terem sido administrados a um individuo substancias capazes de lhe dar a morte; agora figura a hypothese de serem as substancias capazes, não de dar a morte, mas de prejudicar a saude da pessoa a quem forem applicadas; e diz que nesta hypothese serão applicaveis ao agente as disposições do art. antecedente. Por tanto se da administração da substancia resultou soffrimento, ficou algum vestigio, ou doença que impediu o offendido de trabalhar até vinte dias, a pena é a do art. 360.º; se resultou incapacidade de trabalhar por mais desse tempo a pena é a do art. 361.º; se não resultaram nenhum dos effeitos consignados nesses dous art. a pena applicavel hade ser a do 359.º.

Tres condições são necessarias para se verificar a existencia da inerciminação — 1.^a *que as substancias tenham sido administradas voluntariamente com intenção de fazer mal.* E' certo que não ha crime sem intenção, mas a lei quiz tornar bem sensivel a natureza da intenção; não havendo o desejo de mal fazer não podia existir crime, porque entre a vonta-

¹ Vejam-se Phebo, part. 1 aresto 108; Gama, *Decis.* 176; Leitão, *De inquisitionib.* quast. 3 n.º 135-138; etc.

de do homem e o effeito não havia relação alguma, não existia causalidade; e tal seria o caso daquelle que administrasse essas substancias como medicamento a um doente, persuadido que podiam produzir-lhe um effeito salutar. — 2.^a *Que as substancias, sem serem mortíferas sejam todavia nocivas á saude.* — Estas expressões são mui vagas. Quantas substancias não ha que podem ser nocivas á saude? Que alimentos não ha que em certas circumstancias podem ser prejudicialissimos á saude? Carnot diz que foi para evitar este arbitrio, a que podia dar lugar a incriminação, que o legislador de 1810 a não consignou no seu Codigo, como depois fez o legislador de 1832, reformando e accrescentando o art. 317.^o daquelle codigo. E' certo porem que a lei sómente se refere áquellas substancias que sem serem capazes de dar a morte, podem todavia causar no individuo, a quem são applicadas, accidentes ou alterações na saude mais ou menos graves. — 3.^a *Que as substancias ministradas tenham realmente sido nocivas á saude do offendido.* — A razão é porque o Codigo manda applicar ao facto incriminado as disposições anteriores relativas ás offensas corporaes; e se a pena destas é graduada em todos esses casos pelo damno causado, já daqui se vê a causa que justifica este terceiro elemento ¹.

Artigo 365.^o

Se qualquer dos crimes declarados nos art. antecedentes desta Secção fôr commettido contra o pai, ou mãe legitimos, ou naturaes, ou contra algum dos

¹ Chauveau n.^o 2614 e seg.

ascendentes legítimos; a pena será sempre a de degredo temporario, ou perpetuo, e este mesmo aggravado, conforme as circumstancias.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 312.^o; de Hesp. art. 334.^o; da Baviera art. 184.^o; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 41 § 1.

COMMENTARIO.

A aggravação neste caso é justificada pelos mesmos principios com que o foi no caso do parricidio; as razões são palpaveis, e desgraçado daquelle, dizia Monseignal, que não encontra no seu coração o motivo desta piedosa disposição.

O Codigo na regra que nos dá para aggravar a pena viola todos os principios que devem presidir á graduação e proporção das penas. Já vimos que as offensas corporaes são punidas por quatro modos. 1.^o com prisão maior temporaria com trabalho, se o offendido ficar impossibilitado de trabalhar toda a sua vida, ou privado da razão, ou se o ferimento causou a morte, não sendo feito com intenção de matar (art. 361.^o §§ 1 e 2); 2.^o com degredo temporario, se da offensa resultou cortamento ou privação de algum membro, aleijão etc. ou incapacidade de trabalhar

por mais de vinte dias (art. 361.º); 3.º com prisão até dous annos, se a impossibilidade de trabalho não exceder a vinte dias, ou se da offensa resultou soffrimento de que ficou vestigio (art. 360.º); 4.º com prisão até seis mezes, se o offendido ficou só maltratado, sem se dar nenhuma das circumstancias enumeradas nesses artigos (art. 359.º).

Parece pois que o Codigo, para ser coherente e logico, devia no caso da offensa ser feita pelo filho contra o pai apresentar uma aggravação para cada um destes casos, seguindo o exemplo do art. 312.º do codigo francez. Mas não fez isto, e limitou-se a declarar que a pena seria a de degredo temporario ou perpetuo, simples ou aggravado, segundo as circumstancias.

De modo que se um filho der um pontapé no auctor de seus dias, é punido com a mesma pena que seria imposta, se lhe tivesse feito um ferimento que o privasse da razão, ou lhe occasionasse a morte! mas dir-se-ha, a pena é verdade que é a mesma, mas lá tem os Juizes a seu arbitrio impôr-lh'a temporaria ou por toda a vida; isto não destroe o absurdo que ha em saltar da prisão até seis mezes e de prisão maior temporaria com trabalho (entre as quaes ha uma grande differença) para uma só pena, a de degredo. E de mais para que é deixar esse arbitrio ao Juiz?

Faz-nos isto lembrar o que Solimene diz a respeito do codigo francez, e que é applicavel ao nosso «O vicio do codigo é de não ter um principio regulador de proporção, um principio de moral, que abranja todas as probabilidades do crime, toda a theoria das punições. O codigo não é mais do que uma

historia sem doutrina, um catalogo de sancções, um almanach penal, mas falta-lhe a philosophia ¹. »

Artigo 366.º

Se alguém commetter o crime de castração, amputando a outrem qualquer orgão necessario á geração, será condemnado a trabalhos publicos temporarios.

§ unico. Se resultar a morte do offendido dentro de quarenta dias depois do crime, a pena será a de trabalhos publicos por toda a vida.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

1. § 1, L. 4 § 2, e LL. 5 e 6 Dig. *ad leg. Cornel. de suor.*; e LL. 1 e 2 Cod. *de eunuca.*

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 316.º; de Hesp. art. 332.º; das Duas Sicilias art. 364.º; etc.

COMMENTARIO.

A castração, talvez originada pela voluptuosidade e pelo crime, foi por longo tempo auctorizada na Asia: os orientaes, principalmente os turcos, suam a esta operação os escravos destinados á guarda dos serralhos.

Entre os romanos, tendo-se tornado os eunuchos objecto de uma ignobil especulação, a qual fazia mul-

¹ Schimene, *De la réforme du code pénal français* (Paris 1845) pag. 16.

tiplicar as castrações, foram estas punidas com as penas do homicídio e confisco. « *Constitutum quidem est, ne spadones fierent, eos autem qui hoc crimen arguerentur, Corneliæ legis pœna teneri. . . Nemo liberum servumve, invitum sinentemve castrare debet; neve quis se sponte castrandum præbere debet. Hi quoque, qui thlibias faciunt, in eadem causa sunt, qua hi qui castrant; dizem as LL. 4 e 5 Dig. ad leg. Cornel. de sicar., o que se confirma na L. 1 Cod. de eunuch. : « siquis post hanc sanctionem in orbe romano eunuchos fecerit, capite puniatur. » Estas penas foram depois modificadas pelo imperador Leão na Novella 60.*

E' porem notavel que estas prohibições e penas não se applicavam senão aos eunuchos do imperio, *in orbe romano*, o commercio dos eunuchos barbaros era permittido e até auctorisado pela L. 2 Cod. de eunuchis : « *barbaræ gentis eunuchos extra loca nostro imperio subjecta factos, cunctis negociatoribus, vel quibuscumque aliis emendi in commerciis et vendendi, ubi voluerint, tribuimus facultatem* ¹. »

Escusado é occuparmo-nos em demonstrar a gravidade de um crime que, se não tira a vida, priva o homem dos meios de a transmitir : e entraremos

¹ Entre os romanos a palavra *castratus* designava na origem os que por vicio de conformação natural eram impotentes para gerarem ; quando essa impotencia era filha de uma operação violenta eram propriamente designados pelo nome de *spadones* ; e dahi vem estes versos tão conhecidos.

*Castratos natura facit, violenta spadones
Improbitas, amor eunuchos et fœda libido.*

desde já no exame dos elementos constitutivos da incriminação; advertindo primeiramente que este art. e seu § são copiados do art. 316.º do código francez, só com a differença que o nosso acrescentou as palavras — *amputando qualquer órgão necessario á geração* — as quaes servem como de definir a essencia do crime, e são textualmente copiadas de um accordo do Tribunal de Cassação do 1.º de Setembro de 1814, citado por Bourguignon a esse art. 316.º da lei franceza.

Dous são os elementos do crime; 1.º vontade criminosa; 2.º amputação de qualquer órgão necessario á geração. A respeito do primeiro é bem sabido que não ha crime sem intenção criminosa, e por isso dizemos *vontade criminosa* para excluir a operação feita a um doente e por seu consentimento por um cirurgião para o livrar de um mal maior, como já tambem advertia o imperador Leão na citada Novella 60. Quanto ao segundo, é certo que a castração ou a privação da faculdade de gerar póde ser feita por varios modos, além do declarado no art., v. gr. por *extirpação*, quando se verifica por meio da ablação dos testiculos, ou por *estrangulação*, e em ambos estes casos não ha propriamente amputação, mas ha realmente castração; e daqui vem que a castração por extirpação, ou estrangulação não é punida com as penas deste art. (porquê este só falla de amputação, e as incriminações entendem-se strictamente, art. 18.º), mas sim com as dos art. 360.º ou 361.º!

O defeito do Código proveio de ter seguido a definição da castração dada pelo Tribunal de Cassação,

a qual é falsa. Melhor seria ter incriminado simplesmente a castração sem a definir, ou, a defini-la, deveria ter recorrido aos auctores de medicina e cirurgia para não dar definições erroneas e incompletas.

A pena imposta pelo Codigo é a de trabalhos publicos temporarios, e se a morte do offendido se seguiu *dentro de quarenta dias* é a de trabalhos publicos por toda a vida. Admittimos a aggravação de pena, mas o que não podemos admittir é a condição de se verificar a morte dentro dos quarenta dias, que foi copiada do codigo francez, e é um dos restos das opiniões erroneas dos antigos criminalistas, os quaes só consideravam como mortaes as feridas se a morte se seguia dentro de certo praso. O Legislador devia limitar-se a declarar que seria imposta essa pena, uma vez que a morte fosse causada pela castração, indo assim de acordo com o systema do § 2 do art. 361.º, no qual não marca praso algum. E' o inconveniente de copiar disposições de outros codigos sem examinar se ellas vão coherentes com o systema que se tem seguido na lei ¹.

Este crime é pouco vulgar, e raras vezes apparecerão exemplos de factos semelhantes áquelles de que foi victima o celebre Abailard ².

¹ Morin, v.º *Castration*; Chauveau n.º 2570 e seg.

² Nos primeiros seculos do christianismo Origenes, Leoncio d'Antiochia e outros monges castraram-se para evitar as tentações da carne. O concilio de Nicéa condemnou o systema de Origenes; Leoncio foi deposto, e as leis canonicas inhibiram aos eunuchos o aspirar ao sacerdocio.

Artigo 367.º

Aquelle que se mutilar voluntariamente, e para se tornar impróprio para o serviço militar, será condemnado na prisão correccional de tres mezes a um anno.

§ unico. Se o cumplice fôr medico, cirurgião, ou pharmaceutico, será condemnado na mesma pena, e mulcta correspondente.

COMMENTARIO.

Este art. e seu paragrapho tem por fonte o art. 41.º da lei franceza de 21 de Março de 1832. Poder-se-hia argumentar contra isto dizendo que o homem tem direito sobre o seu corpo, e que a sua acção não offende direitos de terceiro e só causa damno ao proprio mutilado. Porem não é assim, pois além do direito, que o homem tem sobre o seu corpo, não ser illimitado, é certo que o mutilado vai offender os direitos da sociedade a quem elle priva dos seus serviços na milicia, serviços que ella tem direito a exigir. Note-se porem que isto deve entender-se daquelle que já estiver sorteado ou designado para soldado, pois o contrario seria um absurdo palpitante.

A aggravação do § un. é baseada tambem na citada lei de 21 de Março de 1832 com a differença que neste a prisão póde elevar-se até dous annos, e a mulcta é de 200 a 1000 francos. « Em regra (disse o sabio magistrado Favart, quando esta lei se discutiu) o cumplice deve soffrer a mesmã pena ; todavia quelle que abusa do seu poder (como o medico, ci-

isto, que entre essas violencias podia haver algumas menos graves, e então vem os auctores delles a ser punidos com a mesma pena atacando-se por esta fórma o principio da proporcionalidade das penas. Esta reflexão porem não tem força porque ou a ferida leve foi feita depois das graves de que resultou a morte ou antes; no primeiro caso vieram aggravar a mortalidade della e por consequente estão incluídos na regra geral do citado art. 361.º; no segundo caso, nada lhes vale por isso que segundo a regra do art. 25.º n.º 1 devem ser considerados como auctores por isso que tomaram parte na execução.

Esta regra deve-se ter muito em conta porque as mortes em rixas são muito frequentes nessas reuniões de povo que se verificam em feiras, romarias, etc.

O direito romano estabelecia o principio seguinte na L. 17 Dig. *ad leg. Cornel. de sicar.*: « *si in rixa percussus homo perierit, ictus uniuscujusque in hoc collectorum contemplari oportet.* » Este principio de nada nos serve para resolver a questão; porque conhecendo-se o auctor da ferida que causou a morte, isso é uma cousa que não se questiona, e que é prevenida pelas regras geraes que lá estão no Codigo. A duvida existe quando se não sabe quem é o auctor da ferida *que causou a morte*: póde-se sim saber quem foram todos aquelles que fizeram feridas ou espancaram o individuo; mas como avaliar a crimina-

certado, o que se verifica na hypothese em questão, aonde não houve plano. O que se deve suppôr é a intenção de ferir a qual se revela no facto.

lidade delles apreciando a ferida feita por cada um, como queria a lei romana (*ictus uniuscujusque contemplari*), se é impossivel determinar sobre o cadáver qual foi a ferida que cada um fez?

Por isso o unico meio de sahir da difficuldade é o que propozemos. Saber quem foram os que feriram ou espancaram; e como dessas offensas umas haviam ser mais graves, outras mais leves; aos auctores da primeira é applicavel a pena do art. 361.º § 2, pena que tambem se applica aos auctores das segundas, sem violar os principios de direito penal, pela razão já expendida.

A questão de que nos occupamos foi resolvida pelos codigos de Hespanha art. 325.º, das Duas Sicilias art. 389.º e 390.º, da Austria art. 126.º e 139.º, da Baviera art. 154.º, e de grande parte de Allemanha, e pelos codigos da Suissa, do cantão de Zurich no art. 124.º. e o de Luzerna no art. 178.º 1.

* Sobre a questao vide a excellente dissertação de Birnbaum nos *Neues Archiv des criminalrechts* tom. 14 pag. 492 e seg. art. 31; no mesmo jornal a pag. 102 e seg. a de Wæcht; Feuerbach § 226 e not.; e Selmer, *De homicidii in rixa commisso* (Heidelberg 1846). Entre os antigos vejam-se Muller, *De homicidio a pluribus commisso* (Sena 1680), Mylius, *De homicidio a pluribus etc.* (Leipzig 1741); e Pereira e Sousa, *Classes* pag. 301.

SECÇÃO 6.^a

HOMICIDIO, FERIMENTOS, E OUTRAS OFFENSAS CORPORAES INVOLUNTARIAS.

Tendo o Codigo dito no art. 1.^o que era crime o acto *voluntario* declarado punivel pela lei penal, parece que nesta Secção vem contradizer essa doutrina, punindo actos *involuntarios*, como nos indica já a epigraphe della. Mas não é assim; aqui não ha senão uma impropriedade de palavras, impropriedade que não existiria, a não se ter copiado o codigo francez sem reflexão; e que só ha essa impropriedade se vê facilmente do que vamos dizer.

O homem póde commetter uma acção que as leis qualificam do crime, com dolo, com culpa, ou só por acaso ou accidente. Os factos que são resultados de acaso ou accidente não lhe são imputaveis por não intervir nelles por fórma alguma a sua vontade, e por isso se chamam *involuntarios*. Aquelles que são commettidos por dolo ou culpa são os imputaveis; os praticados com dolo, porque ha a vontade de fazer mal perfeita e completa; os praticados por culpa, porque, apesar de não existir nelles essa vontade perfeita e completa do mal, ha todavia o que os doutores chamam *defectus bonæ voluntatis*, falta de diligencia que teria evitado o facto ¹.

¹ Sobre a differença entre o dolo e a culpa em direito criminal vide Michelet, *De doli et culpæ in jure criminali notionibus* (Berlin 1824); Gaertner, *Finium culpæ in jure criminali regundis prolusio* (Berlin 1836).

O Código neste título tracta sómente de delictos commettidos com *culpa*, e por isso a designação de *involuntarios* é impropria, e só compete áquelles que são resultado do acaso ou de algum accidente.

Artigo 368.º

O homicidio involuntario, que alguém commetter, ou de que fôr causa por sua impericia, inconsideração, negligencia, falta de destresa, ou falta de observancia de algum regulamento, será punido com a prisão de um mez a dous annos, e multa correspondente.

§ unico. O homicidio involuntario, que fôr consequencia de um facto illicito, ou de um facto licito, praticado em tempo, lugar, ou modo illicito, terá a mesma pena, salvo se ao facto illicito se dever applicar pena mais grave, que neste caso será sómente applicada.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

LL. 3 § 2 *ad leg. Cornel. de sicar.*; 7 § 4 *Dig. ad leg. Aquil.*; §§ 4 e 5 *Inst. cod. tit.*; e vide o commentario.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 319.º; de Hesp. art. 469.º; da Austria part. 2.ª art. 96.º, 97.º, 127.º, 128.º; das Duas Sicilias art. 375.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Até ao tempo de D. João 1.º só era punido o homicidio voluntario e premeditado, como se vê da lei de D. Diniz que vem na Ord. Affons. Liv. 5 Tit. 32. Mas D. João 1.º mandou que fosse punido tambem, mas se-

gundo o gráo da culpa, citada Ord. Tit. 33 § 7. Pela Ord. Philippina Liv. 5 Tit. 35 pr. o homicidia culposo era punido com pena extraordinaria.

COMMENTARIO.

Da simples leitura deste art. se conhece claramente que as unicas especies de culpa porque o homem é responsavel são as enumeradas, as quaes foram copiadas do codigo francez, que diz: *quiconque par maladresse, imprudence, inattention, negligence, ou inobservation des réglemens etc.* Examinemos pois cada uma destas especies para precisarmos bem a doutrina e o espirito do Legislador. . .

1.º *Impericia.* — Tal seria o caso de um mestre de obras que tivesse feito um edificio, o qual ~~de-~~ abasse por vicio de construcção, matando algumas pessoas¹; e a este respeito refere Tacito nos seus *Annaes* (IV. 62) o exemplo de um certo architecto chamado Atilio, que foi condemnado a exilio por ter construido um amphitheatro com impericia tal, que veio a terra matando e ferindo muitos dos espectadores. No mesmo caso estão por exemplo os medicos ou cirurgiões que por ignorancia das regras da arte causarem um homicidio: o que já reconhecia a L. 6 § 7 Dig. *de officio præsidis*, e os §§ 6, 7 Inst. *de lege Aquil.* Reconhecemos a difficuldade que muitas vezes ha em poder apreciar justamente se o medico se conformou com as regras da arte, ou se se apartou dellas imprudentemente, todavia isto não obsta a

¹ Vide o art. 1792.º do codigo civil francez.

que isso muitas vezes se possa provar evidentemente ¹.

Que a impericia é uma especie de culpa já o diz a L. 132 Dig. de regul. jur: « *imperitia culpæ adnumeratur.* »

2.º *Inconsideração.* — E' a falta de consideração ou prudencia necessaria, a qual era bastante para evitar a catastrophe, e corresponde ao que a lei franceza chama *imprudence*. Tal seria o caso, diz Chauveau, de um soldado que, estando a exercitar-se a atirar, viesse fazer esse exercicio para uma rua ou praça publica, e matasse alguém; exemplo este já apontado no direito romano no § 4 Inst. de lege Aquil.: « *culpæ reus est. . . si in alio loco quam qui ad exercitandum militibus destinatus est, id admisserit.* » Tambem a L. 11 Dig. ad leg. Aquil. applica esta doutrina a um barbeiro que estando a fazer a barba em um lugar publico, cortar o pescoço áquelle a quem estiver fazendo a barba, por ter levado um encontrão, que lhe fez desviar a navalha; e a razão é porque isso se teria evitado se elle não viesse exercer o seu officio para uma praça publica. Hoje seria isto difficil de se verificar entre nós, mas entre os romanos podia ser mais frequente, porque até ao tempo de Domiciano os barbeiros tinham o habito de exercer a sua arte nas ruas e nas praças, como refere Marcial (VII. 60), e foi este imperador que acabou com semelhante uso.

¹ Sobre as questões que a este respeito tem suscitado os auctores vide Chauveau n.º 2653 com as addições de Nypels, e Feuerbach (ediç. de Mittermaier) § 58 not. 3.

3.º *Negligencia e falta de destresa.* — Consiste esta especie de culpa na omissão ou esquecimento de uma precaução reclamada pela prudencia, e cuja observação teria evitado o desastre. Assim se os pedreiros que andando a concertar um telhado não collocarem nos passeios da rua um signal que advirta as pessoas para não passarem junto ao local, e vier uma telha ou pedra de cima e matar alguém que passar, são responsaveis por este homicidio, que é filho de sua negligencia. No § 5 Inst. *de lege Aquil.*, e na L. 31 Dig. *cod. tit.* se acham exemplos semelhantes.

4.º *Falta de observancia dos regulamentos.* — Chauveau traz a este respeito o exemplo de um logista que em contravenção aos regulamentos policiaes ou sanitarios, vender substancias ou generos corrompidos que causem a morte de alguém. A este poderiamos acrescentar outros muitos, mas limitar-nos-hemos a um bem vulgar; é prohibido pelos regulamentos policiaes correr a toda a brida pelas ruas; se alguém contrariar esta disposição e matar qualquer individuo está comprehendido no art. ¹.

A doutrina do § un. é uma consequencia de principios que já por vezes temos repetido.

Artigo 369.º

Se pelos mesmos motivos, e nas mesmas circumstancias, alguém commetter, ou involuntariamente fôr causa de algum ferimento, ou de qualquer dos effeitos das offensas corporaes declarados na Secção

¹ Chauveau n.º 2640 e seq.; Morin v.º *Homicida* n.º 8; etc.

anterior, será punido com prisão de tres dias a seis mezes, ou sómente ficará obrigado á reparação, conforme as circumstancias, salva a pena da contravenção se houver lugar.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 320.^o; etc.

COMMENTARIO.

E' applicavel a este art. em relação aos effeitos de offensas corporaes o que dissemos no antecedente a respeito do homicidio. O Codigo admite casos em que o auctor do facto não soffre pena, e só fica sujeito á reparação, salva a pena da contravenção quando tenha lugar: a razão é porque casos ha em que o prejuizo pôde ser mui diminuto, v. gr. quando as offensas forem das prevenidas no art. 359.^o.

SECÇÃO 6.^a

CAUSAS DE ATTENUAÇÃO NOS CRIMES DE HOMICIDIO VOLUNTARIO, FERIMENTOS, E OUTRAS OFFENSAS CORPORAES.

Artigo 370.^o

Se o homicidio voluntario, ou os ferimentos, ou espancamentos, ou outra offensa corporal, forem commettidos sem premeditação, sendo provocados por pancadas, ou outras violencias graves para com as

peçoas, serão as penas attenuadas pela maneira seguinte :

§ unico. Se a pena do crime fôr a de morte, ou qualquer pena perpetua, será esta reduzida á de prisão correccional de um até tres annos, e multa correspondente.

Qualquer pena temporaria será reduzida á prisão de seis mezes a dous annos de prisão.

A pena correccional será reduzida á prisão de tres dias a seis mezes.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 321.º; da Sardenha art. 605.º; das Duas Sicilias art. 377.º; da Baviera art. 152.º; do Wurtemberg art. 237.º e seg.; etc.

COMMENTARIO.

Já no art. 20.º n.º 2 vimos que a provocação era considerada pelo Legislador como uma circumstancia attenuante; e no art. 80.º e seg. examinámos as regras geraes que elle estabeleceu para attenuar as penas, dada essa ou outras das circumstancias aggravantes.

Apesar disto a lei julgou que a provocação, das certas condições, exigia que a pena do homicidio ou das offensas corporaes provocadas soffresse uma attenuação excepcional mais lata. Já se vê, e escusado era advertil-o, que a lei imaginando a hypothese da provocação por violencias graves, não comprehendendo o caso da legitima defesa, pois quando o offen-

dido defende a sua vida não tem criminalidade: supõe o caso de violencias que não ponham em perigo a vida do individuo, julga que ellas não justificam o homicidio porque este excede exorbitantemente a legitima defesa, mas que são sufficientes para obsecarem o seu espirito e levarem o homem n'um momento de colera a praticar o crime. Esta é a razão porque lhe attenua tanto a pena.

Dadas estas breves explicações quanto ao pensamento do Legislador, resta completar esse pensamento examinando os elementos que a provocação deve reunir para poder ter lugar a attenuação estabelecida no art. Esses elementos são os seguintes — 1.º que o ataque consista em pancadas ou outras violencias physicas; 2.º que sejam graves; 3.º que sejam dirigidas contra as pessoas; 4.º que essas violencias sejam injustas ou pareçam taes; 5.º que o homicidio, os ferimentos, ou outras offensas não sejam premeditados.

1.º *Que o ataque consista em pancadas ou outras violencias physicas.* — Com effeito a injuria ou ultraje por palavras não póde justificar ou attenuar a tal ponto as vias de facto; pois não é permittido repellir uma injuria por esse meio, por quanto nesse caso as vias de facto seriam um excesso de defesa, converter-se-hiam ellas mesmo n'uma provocação; principio este já reconhecido em direito romano pelas LL. 3 *de just. et jure*, e 52 § 1 *Dig. ad leg. Aquil.* Isto que dizemos das injurias se applica ás ameaças verbaes, não acompanhadas de vias de facto, excepto quando se apresentam com os actos materiaes em disposição de offender pela fórma designada no

art. 363.º, porque então são assimiladas ás violências, por isso que são sufficientes para produzir no individuo a impressão e perturbação de espirito que aos olhos da lei justifica a attenuação.

2.º *Que sejam graves.* — Esta condição, exigida tambem pelo codigo francez, foi assim explicada por Faure nos motivos d'elle : « o codigo não admite a excusa da provocação sem esta ser tão violenta, que tire ao culpado, no momento em que este commetter o crime, a liberdade necessaria para obrar com madura reflexão ; e por isso a provocação deve ser de uma natureza tal que impressione o espirito mais forte. » Este é o pensamento do Legislador, pensamento que apesar de justo não se póde traduzir n'uma regra fixa e invariavel.

Mas se o Legislador faz depender a gravidade da offensa, ou da violencia do sentimento de irritação que ellas excitaram no culpado, a consequencia é que a gravidade dellas não póde nem deve medir-se unicamente pelo seu resultado material, como na Secção 4.ª deste Capitulo, mas tambem pela irritação ou impressão que deviam produzir no provocado já em razão de sua idade, e da sua posição social, já em razão de suas paixões, de seus prejuizos, da força ou fraqueza de seu espirito, da placidez ou irascibilidade de seu character, etc. E' assim que uma hostilidade póde ser uma violencia, que não reuna os caracteres de gravidade material exigida nessa Secção, mas nem por isso, como diz Carnot, deixará neste caso de ser uma violencia grave, porque é o insulto e a provocação mais forte que se póde fazer a qualquer homem de brio.

3.º *Que sejam dirigidas contra as pessoas.* — Assim as violencias exercidas contra animaes pertencentes a alguma pessoa, não justificam o homicidio ou offensas que ella praticar contra o auctor das violencias. Deve advertir-se que para serem attenuadas ao culpado o homicidio ou as offensas, não é necessario que a provocação seja dirigida contra seus parentes, sua mulher, seus visinhos, ou mesmo qualquer pessoa estranha, como é doutrina ensinada pelos doutores; doutrina que se funda na verdadeira comprehensão do coração humano, pois é impossivel que não impressione a todo o homem o vêr commetter violencias graves, não dizemos já contra seus parentes e amigos, mas até contra um estranho. Esta idéa já a vemos na L. 3 Dig. *de just. et jure*, aonde o Jcto declara que a natureza estabeleceu entre todos os homens uma como especie de parentesco, *cognitionem quamdam natura constituit*, pensamento que Terencio não exprimiu com menos força quando disse:

Homo sum, humani nihil a me alienum puto ¹.

4.º *Que as violencias sejam injustas ou pareçam taes.* — A razão é porque se o ataque é legitimo a defesa deixa de o ser, pela regra de direito *qui suo jure utitur nemini facit injuriam*. Assim quando o official de diligencias usar de violencias no caso em que lh'o permite o art. 1015.º da Nov. Reforma, essas violencias por elle empregadas não podem desculpar as que exercerem contra elle, porque obra em virtude da lei; aliás o Legislador, auctorizando a de-

¹ Chauveau n.ºs 2669, 2670.

fesa no caso de ser legitimo o ataque, veria com cedo a sociedade offendida n'um de seus mais poderosos elementos, o principio da ordem, o qual não pôde ser desconhecido pela lei ¹.

5.º *Que o homicidio, os ferimentos ou outras offensas não sejam premeditados.* — A razão é porque a attenuação tem por base a excitação, e a impressão que uma provocação violenta pôde produzir no individuo, o que se não dá havendo a premeditação ².

Artigo 371.º

Terá lugar a attenuação decretada no art. antecedente, se os factos ahí declarados forem praticados repellindo de dia o escalamento, ou arrombamento de uma casa habitada, ou de suas dependencias, que podem dar accesso a entrada da mesma casa, ou repellindo o ladrão, ou aggressor que nella se introduziu.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

L. 4 Dig. *ad leg. Aquil.*

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 322.º; da Sardenha art. 607.º; etc.

¹ Chauveau n.º 2674; Carnot ao art. 321.º n.º 13.

² Chauveau n.º 2676; Rauter § 463. Todavia Bourguignon (*Jurisprud. des codes* ao art. 321.º n.º 2) segue a opinião contraria, citando em abono della um accordo do Tribunal de Cassação de 5 de Novembro de 1811.

COMMENTARIO.

O direito de legitima defesa estende-se não só á defesa da vida, mas á da propriedade, como já notámos no 1.º volume a pag. 33 e seg. ; e assim se póde dizer em regra geral que se alguem praticar um homicidio ou outra offensa corporal repellindo o escalamento ou arrombamento de uma casa habitada ou suas dependencias que a ella podem dar accesso, ou repellindo o ladrão ou aggressor que em sua casa se introduziu, não tem crime por obrar em justa defesa.

Como porem para haver justa defesa é necessario perigo eminente, e que não haja outro meio para repellir o ataque senão praticando homicidios ou outras offensas corporaes, a nossa lei seguindo inteiramente a legislação franceza faz uma distincção, suppondo duas hypotheses ; se o escalamento ou arrombamento, ou a introduccção do ladrão em casa se verifica *de noite*, o homicidio ou offensas corporaes praticados para repellir a aggressão são justificados e não tem pena, como se declara no art. 377.º ; mas sendo praticados *de dia* não livram da pena, e só fazem que esta seja attenuada segundo a regra do art. antecedente, e é isto o que se declara no presente art.

A razão desta distincção é porque a pessoa atacada *de noite* no seu domicilio não póde reconhecer facilmente os aggressores, o seu numero, os seus projectos, está em perigo mais eminente porque os soccorros são mais incertos, e a necessidade da defesa é mais urgente, em quanto que *de dia* os aggressores podem com mais facilidade ser reconhecidos, e

destobertos, seus planos podem tambem mais facilmente ser apreciados e frustrados, os soccorros são mais promptos, e emfim a necessidade da defesa é menos urgente. Todavia esta regra nem sempre é exacta, pois tem por base uma presumpção que deve muitas vezes ceder á verdade; póde haver casos em que o ataque, mesmo sendo feito de dia legitime a defesa, e livre o accusado de toda a criminalidade; e póde tambem o ataque, apesar de nocturno não legitimar a defesa, por não ser caso della, e poder-se ter evitado a aggressão sem recorrer a meios extremos.

Este principio do nosso Código, copiado da lei franceza, é deduzido das antigas legislações. Na Sagrada Escripura no Cap. 22 do Exodo, v. 2 e 3, se lê: *Si effringens fur domum sive suffodiens fuerit inventus, et accepto vulnere mortuus fuerit; percussor non erit reus sanguinis. Quod si orto sole hoc fecerit, homicidium perpetravit.* A lei das doze Taboas, entre os romanos, tambem só permittia matar o ladrão de noite: *si noctu furtum fiat, furem autem aliquis occiderit impune esto.*

Chauveau suscita a questão de saber se o Legislador pelas expressões *casa habitada* designa só uma casa destinada a habitação, ou exige que ella seja *actualmente* habitada; e julga que é neste ultimo sentido que se deve tomar, porque a lei teve em consideração a segurança das pessoas que nella estiverem habitando. Não nos parece isto exacto. A legitima defesa estende-se não só á defesa da vida, mas á da propriedade, e esta póde ser defendida não só pelo seu dono, mas até por um estranho, e por isso se um estranho praticar os factos mencionados no art. 370.º

repellindo a aggressão á casa alheia é-lhe applicavel tambem o beneficio.

A palavra *dependencias* comprehende todos os lugares situados no recinto geral da habitação, e que podem dar accesso a ella ⁴.

Artigo 372.º

O homem casado que achar sua mulher em adulterio, cuja accusação lhe não seja vedada nos termos do art. 404.º § 2, e nesse acto matar, ou a ella, ou ao adúltero, ou a ambos, ou lhes fizer alguma das offensas corporaes declaradas nos art. 361.º e 366.º, será desterrado para fóra da comarca por seis mezes.

§ 1.º Se as offensas forem menores não sofrerá pena alguma.

§ 2.º As mesmas disposições se applicarão á mulher casada, que no acto declarado neste art., matar a concubina teúda e manteúda pelo marido na casa conjugal, ou ao marido, ou a ambos, ou lhes fizer as referidas offensas corporaes.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Sobre esta legislação, e sobre a portugueza anterior vide o commentario.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 324.º; das Duas Sicílias art. 388.º; da Sardenha art. 604.º; etc.

⁴ Chauveau n.º 2691 e seg.; Rauter § 463 e seg.; etc.

COMMENTARIO.

A Ord. Liv. 5 Tit. 38 permittia ao marido matar sua mulher, assim como ao adúltero, encontrando-os em adultério, podendo para isso chamar as pessoas que quizesse para o ajudarem¹.

O direito romano não admittia em toda a sua extensão esta doutrina: só ao pai era dado matar a filha adúltera, e o adúltero, como se vê da L. 22 § 4 Dig. *ad leg. Jul. de adulter*: « *patri, non marito, mulierem permissum est occidere.* » Mas se o marido matava a mulher encontrando-a em adultério nem por isso era punido com a pena ordinaria do homicidio, antes lhe era attenuada, dando como razão a L. 38 § 8 Dig. *ibid.* que a impressão e paixão produzida por esse facto no marido, lhe obsecava o espirito, e exigia a redução na pena, *cum sit difficillimum justum dolorem temperare*². »

O motivo desta differença dá-a Papiniano na já citada L. 22: a ternura do pai para com sua filha é um dos meios mais seguros para evitar que elle abusasse do terrivel privilegio ou direito que a lei lhe concedia, em quanto que seria perigoso dar ao marido uma faculdade de que elle abusaria no primeiro mo-

¹ A Ord. admittiu ainda neste crime o principio da vingança privada a par da pena publica, principio que nos primeiros tempos da Monarchia vigorára isoladamente como mostraremos no titulo do adultério.

² A pena era de trabalhos publicos sendo pessoa de condição vil, e de desterro sendo de qualidade honesta: cit. L. 38.

mento ; « *quod plerumque pictas paterni nominis consilium pro liberis capit ; ceterum mariti calor et impetus facile decernentis fuit refrenandus.* »

O nosso Código abandonou o systema da Ord. e seguiu o do direito romano, attenuando a pena ao marido que, achando a mulher em adulterio, a matar ou lhe fizer algumas das offensas corporaes declaradas nos art. 361.º e 366.º¹ ; pois considera o adulterio como uma provocação sufficiente para impressionar o marido a ponto de commetter um crime, fazendo justiça por suas mãos.

Tres são as condições exigidas pelo Legislador para que a provocação se apresente com o character necessario para reduzir a pena á attenuação decretada no art. : — 1.ª que o marido tenha surprehendido a adúltera e o adúltero em flagrante delicto ; 2.ª que mate ou cause alguma dessas offensas corporaes a qualquer delles ou a ambos no acto em que os encontrar , 3.ª que o adulterio não seja do genero daquelles cuja accusação não é permittida ao marido.

A 1.ª é tambem exigida pelo código francez expressamente no art. 324.º ; mas a expressão *flagrante delicto* que empregamos, não é em sentido lato como no art. 41.º do código de processo criminal francez, e em o nosso Alv. de 25 de Setembro de 1603, que declara estender-se até ao acto successivo em que as justiças ou o povo vão em seguimento do réo. *Flagrante delicto* indica em relação á materia em questão o caso em que o delicto se commette actualmen-

¹ Quando as offensas forem menores não tem o marido pena. § 1.

te; e por isso o Código com prudencia deixou de usar as expressões *flagrante delicto* empregadas no código francez, dizendo — « *que achar sua mulher em adulterio* » — donde se infere que o espirito do Legislador é não admittir esta excusa da provocação ~~senão~~ quando o marido tiver encontrado a mulher com o adúltero *em o acto do adulterio*¹.

Mas que se deve entender por *acto do adulterio*, que corresponde ao *in adulterio deprehensam* da L. 38 § 8 Dig. *ad leg. Jul. de adulter.*? Ulpiano na L. 23 pr. Dig. *eod.* explicou as expressões *in adulterio* nos seguintes termos: *in ipsa turpitudine. . . in ipsis rebus veneris*. Os commentadores dividiram-se sobre a extensão destas palavras; uns como Antonio Matheus e Decianus pensaram que a lei só se devia entender do acto consummado; outros (entre os quaes o nosso Barbosa nas *Remissões á Ord.* Liv. 5 Tit. 38) julgaram que ella comprehendia não só o acto consummado, mas todos aquelles que tendem a consummal-o, seguindo a doutrina da glossa á L. 23 Dig. do citado titulo.

A lei exige a actualidade do acto para ter lugar a excusa com o fim de evitar que o marido se não levasse muitas vezes de apparencias enganadoras. Mas é certo que ella não podia limitar a excusa só ao caso do marido ter presenciado a consummação do adulterio; basta que tenha surprehendido a mulher e o cumplice n'uma situação que não deive duvida de que o adulterio acaba de ser commettido ou está para

¹ Rauter § 465; Chauveau n.º 2708.

o ser ; por exemplo, para empregar a linguagem dos doutores, *solus cum sola in eodem lecto*.

A 2.^a condição é que o homicidio ou as offensas corporaes sejam praticadas no mesmo acto em que o marido encontrar a adúltera e o adúltero. A razão é porque passado o primeiro momento da indignação cessa o motivo da excusa, pois o individuo já não obra debaixo de uma impressão tão forte. Todavia parece-nos que o Código é mais restricto, suppondo que essa indignação que faz perturbar o animo do marido, só existe no mesmo acto de encontrar a mulher em flagrante ; ás vezes succede que passados momentos ainda ella é maior ; e nenhum homem de honra poderá sustentar tal doutrina, nem o Código a deveria apresentar, porque sendo a honra um sentimento natural ao homem, a lei deve conformar-se quanto podér á natureza humana, e não desconhecê-la.

Os antigos escriptores sustentavam que a excusa aproveitava ao marido quando elle mandava praticar o homicidio ou as offensas por um terceiro, ao qual tambem applicavam a mesma excusa, dizendo com Farinacius que *quod est licitum in persona mandantis est etiam licitum in persona mandatarii*, e fundando-se mais na L. 4 Cod. *ad leg. Jul. de adulter.*, a qual estendia até aos filhos, que tinham ajudado seu pai na vingança, o beneficio da excusa. Admittimos a doutrina em quanto concede a excusa ao marido que recorre a terceiros para tirar essa vingança, mas não podemos admittir que a excusa aproveite a esse terceiro, porque é toda pessoal, e não pôde ser estendida segundo a regra do art. 21.^o.

A 3.^a condição é que o adulterio não seja do

genero daquelles cuja accusação é vedada ao marido nos termos do art. 404.º § 2. Segundo esse paragrapho não póde o marido querellar da mulher adúltera em dous casos: 1.º quando elle tiver manceba teúda e manteúda na casa conjugal; 2.º quando fôr convencido do crime de excitação á corrupção de sua mulher. Dados estes casos se o marido matar a mulher não póde reclamar o beneficio da attenuação; no primeiro, porque elle pelo seu proprio facto de infidelidade provocou o adulterio da mulher; no segundo porque a si deve attribuir a corrupção della.

No § 2 do presente art. faz-se applicação dos mesmos principios á mulher quando o marido fôr adúltero tendo em casa concubina teúda e manteúda, e ella o encontrar no acto do adulterio. Pela doutrina estabelecida no art. se vê que a mulher lhe póde fazer as offensas corporaes indicadas nos art. 361.º e 366.º, e por conseguinte castral-o! A decencia obriga-nos a não commentar uma disposição que a mesma decencia devia ter banido da lei, e que julgariamos incrível se a não viramos escripta. Um illustre Deputado por occasião da approvação do Codigo na Camara Legislativa fulminou com toda a critica esta doutrina, e n'um daquelles lances felizes d'eloquencia, que tanto nelle admiramos, exclamou indignado « que ao ler este art. do projecto do codigo penal se persuadira que tinha nas mãos um romance de Paulo de Kock. »

A legislação franceza não applica ás mulheres o beneficio da excusa admittida no marido. Chauveau (n.º 2716) attribue isto a esquecimento; mas Carnot julga que a reciprocidade não foi admittida por mui-

tas boas razões, pois o adulterio da mulher é um ultraje mais violento para o marido, e traz consequências mais funestas para a ordem das familias. O nosso Codigo mesmo estabelecendo a reciprocidade, cahiu n'uma contradicção flagrante; pois se o adulterio da mulher é punido com degredo (art. 401.º) e o do marido com multa (art. 401.º) como estabelecer reciprocidade entre dous factos cuja importancia e criminalidade é diversa?!

O codigo francez exige mais para a excusa aproveitar ao marido, que o adulterio seja commettido na casa conjugal. Semelhante exigencia é um puro romanismo, fundado na L. 22 § 2, e na L. 23 § 2 Dig. *ad leg. Jul. de adulter.*, e com razão rejeitado pelo nosso Legislador; pois não ha motivo para não admittir o beneficio da excusa quando o marido matar a mulher achando-a em adulterio fóra de casa.

Artigo 372.º (continuação.)

§ 3.º Aplicar-se-hão tambem as mesmas disposições em iguaes circumstancias, aos pais a respeito de suas filhas menores de vinte e cinco annos, e dos corruptores dellas, em quanto estas viverem debaixo do patrio poder; salvo se os pais, tiverem elles mesmos excitado, favorecido ou facilitado a corrupção.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. da Sardenha art. 604.º; das Duas Sicilias art. 388.º; etc.

COMMENTARIO.

Isto é deduzido do direito romano. A lei reputa como provocação sufficiente para levar o pai a

tal excesso a injuria com que este facto vai manchar a honra da familia. Diz o Codice — *a respeito de suas filhas menores de vinte e cinco annos* — pois passada essa idade já ella está fóra do patrio poder ; o que tambem era expresso em direito romano na L. 20 Dig. *ad leg. Jul. de adulter.* aonde se declara que o pai podia matar a filha *quam in potestate habet.*

A lei romana exigia tambem que o pai, matando a filha, sacrificasse igualmente á sua vingança o corruptor ; porque sendo o homicidio, dizia ella, commettido no momento de colera, esta não sabe distinguir culpados ; *quia lex parem in eos, qui deprehensi sunt, indignationem exigit, et severitatem requirit* (L. 32 pr. Dig. *ad leg. Jul. de adult.*) ; e exigia enfim que tivesse surprehendido a filha em sua propria casa (L. 22 § 2 Dig. *eod.*).

A excepção do fim do paragrapho justifica-se pelos mesmos principios que já apresentámos no art. em relação á terceira condição necessaria para legitimar o beneficio da excusa do marido.

Artigo 373.º

A pena do crime de castração sómente poderá ser attenuada segundo o disposto no art. 370.º, no caso em que a violencia grave consistir em um ultraje violento contra o pudor.

COMMENTARIO.

E' certo que os attentados violentos ao pudor devem ser considerados como violencias graves para os effeitos do art. 370.º por isso que podem excitar

a indignação e colera do offendido, e tirar-lhe a liberdade de espirito necessaria para obrar com reflexão; nem isto pôde ser objecto de duvida uma vez que o attentado seja acompanhado de violencias; e por isso esses attentados se acham comprehendidos nesse art. 370.^o 1.

Sendo isto assim, para que é esta disposição, aonde vemos no Codigo quasi reproduzido o art. 325.^o do codigo francez? Note-se que o Codigo não nos vem declarar que o attentado violento ao pudor seja uma violencia grave, porque isso era escusado. O que quiz foi declarar que nenhuma offensa corporal podia levar o offendido a castrar o aggressor senão um ultraje violento ao pudor. As razões que a isto moveram o Codigo o leitor as poderá descobrir (se é que as ha), mas a decencia impede de nos'determos com isso.

Artigo 374.^o

As injurias verbaes, as diffamações, ou imputações injuriosas, as ameaças não qualificadas no art. 363.^o, não são comprehendidas nas causas de provocação enunciadas no art. 370.^o, para o fim da attenuação especial nelle decretada.

¹ Escusado é notar que ha ultrajes ao pudor que constituem o offendido no estado de legitima defesa, e por isso o homicidio ou ferimentos, commettidos por elle nesse caso, são justificados, e não tem pena; taes são a violação, o estupro, o rapto etc. Já isto foi reconhecido pe'o imperador Adriano, como se declara na L. 1 § 4 Dig. *ad leg. Cornel. de sicar. « Divus Adrianus rescripsit cum, qui stuprum sibi vel suis infrentem occidit, dimittendum. »*

§ unico. Nos casos declarados neste art. , assim como em todos os outros em que se verificarem circumstancias attenuantes, observar-se-hão as regras geraes sobre a attenuação das penas.

COMMENTARIO.

A doutrina do art. é uma consequencia dos principios que estabelecemos no commentario ao art. 370.º em relação ao primeiro elemento necessario para a existencia da provocação.

A disposição do § un. é deduzida de Chauveau n.º 2667, e era a theoria ensinada já por Farinacius (*quest. 125 n.º 98*): *licet non licitum sit percutere eum qui verbalem injuriam infert, et si quis percutiat aut vulneret, aut occidat puniatur, sed non pœna ordinaria propter provocationem.*

Artigo 375.º

No crime de parricidio não tem lugar a attenuação decretada no art. 370.º desta Secção ; mas não havendo premeditação, se se verificar a provocação, estando em perigo no momento do crime pelas violencias do ascendente a vida do criminoso, poderá ser attenuada a pena segundo as regras geraes.

COMMENTARIO.

Da materia deste art. já tractámos no art. 370.º, para onde remettemos o leitor.

SECÇÃO 7.ª

**HOMICIDIO, FERIMENTOS, E OUTROS ACTOS DE FORÇA
QUE NÃO SÃO QUALIFICADOS CRIMES.**

Artigo 376.º

Não são crimes o homicidio, os ferimentos, ou espancamentos, ou outros actos ou meios de força, que tiverem lugar concorrendo as circumstancias declaradas em cada um dos numeros do art. 14.º.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Vide sobre ella, e sobre a legislação patria anterior o annotado ao art. 14.º.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 327.º, 328.º; da Sardenha art. 613.º, 614.º; das Duas Sicilias art. 372.º, 373.º; e o annotado ao art. 14.º.

COMMENTARIO.

Tendo o Codigo no art. 14.º declarado que nenhum acto era criminoso nos cinco casos nelle enumerados, é claro que o homicidio, ferimentos, ou outras offensas corporaes praticados concorrendo qualquer das circumstancias comprehendidas nesses casos não são criminosas; e escusado era vir estabelecer aqui uma cousa que não passa de ser uma consequencia logica e necessaria dos principios estabelecidos nesse art.

Assim se um louco fizer um ferimento a uma

pessoa não póde ser considerado como criminoso, nem punido como tal, porque, não gosando do exercicio de suas faculdades, não tem imputação.

Do mesmo modo quem para defender a sua vida matar outro que o pretende assassinar não tem crime, porque obra pelo direito de legitima defesa.

Emfim o algoz executando o condemnado á morte não é criminoso aos olhos da lei, porque obra auctorizado por ella ¹. Outros exemplos poderíamos apresentar, mas escusado é pretender elucidar uma materia clara, principalmente depois do que dissemos com referencia ao citado art. 14.º.

Artigo 377.º

A regra estabelccida no art. 14.º, que declara não ser crime o acto, a que qualquer é obrigado pela necessidade actual da legitima defesa de si, ou de outra pessoa, comprehende os casos em que o homicidio, ou ferimentos, ou espancamentos, forem commettidos, ou outros meios de força empregados :

1.º Repellido de noute o escalamento, ou arrombamento de uma casa habitada, ou de suas dependencias, que podem dar accesso á entrada na mesma casa.

¹ Este principio não foi reconhecido em França a respeito do executor d'alta justiça, que, obedecendo ás ordens da lei, executára a sentença capital pronunciada contra o celebre Brisson (*Brissonius*); pois foi depois condemnado por isso á morte como réo de homicidio. Mas actos destes são excepçionaes, e só se verificam em épocas de revoluções. — Jousse, *Justice crimin.*, I, pag. 26 e seg.

duellos inteiramente ¹. A propria Igreja foi obrigada a lançar mão das penas canonicas para prevenir e reprimir uma instituição tão escandalosa; e por isso o Concilio de Trento na sessão 25 *de reformat.* Cap. 19, seguindo a doutrina já anteriormente consignada em constituições de Pio 5.^o, Gregorio 13.^o, e Clemente 8.^o declara incorrerem em excommunhão maior os duellistas e os que provocarem a duello, e pelo mesmo Cap. 19 foi negada a sepultura ecclesiastica aos que morressem neste gencro de combate ².

Resta porem determinar qual a natureza das penas que devem ser impostas, e apresentar os diversos systemas que a este respeito achamos nas diversas legislações.

O duello para o fim da punição póde ser considerado *em si* ou *nos seus resultados*. Se o duello se considerar em relação aos seus resultados, o homicidio ou os ferimentos commettidos em duello hão de ser punidos como um homicidio ou ferimento segundo a regra geral, o que é um absurdo porque nos factos praticados nesse acto não ha a vontade criminosa que se exige como elemento constitutivo desses crimes. Considerado em si mesmo o duello é uma

¹ Com quanto a mesma Ord. no Liv. 2 Tit. 26 pareça admittir os duellos legaes, pois enumera no § 2 entre os direitos reaes *o dar lugar a se fazerem armas de joga ou de sanha entre os requestados, e ter campo entre elles*, isto não passa de um Philippismo; foi doutrina transcripta pelos compiladores sem attenção ás circumstancias.

² Ag. Barbosa, *Collectan. ad Concil. Trident.* Cap. 19, n.^{os} 2, 3.

covenção immoral, é uma usurpação do poder social por isso que o individuo que se julga offendido pretende fazer justiça por suas mãos. Mas como todos os factos podem ser mais ou menos graves segundo o damno causado é mister que as penas do duello considerado *em si* sejam tambem mais ou menos graves conforme os *resultados* do duello.

Por isso a maior parte das legislações, e entre ellas a nossa Ord., se tem convencido de que o duello é um facto fóra da lei commum, e que exige uma lei especial para o reger. Apenas vemos a legislação ingleza applicar as penas do homicidio ao homicidio praticado em duello¹.

Mas ainda mesmo considerando o duello *em si* resta a questão de saber se elle deverá ser punido com penas ásperas. Luiz 14.^o em França pelos seus dous celebres edictos de Setembro de 1651 e de Agosto de 1679, pronunciou-se pela affirmativa exagerando em certo modo as antigas providencias de Henrique 4.^o. Mas que resultou dahi? nunca houve mais desafios em França, diz Brissot, do que nesse tempo.

A nossa Ord. seguiu um systema inteiramente contrario, pois apesar da barbaridade das penas que applica a outros crimes, limitou-se a punir o duello com a pena de desterro no Liv. 3 Tit. 43. E o auctor da *historia dos duellos* Fougereux de Campigneulles (tom. 2 pag. 283) dizia que nesta parte era ella a melhor legislação, e que devia servir de modelo ás outras.

¹ Steephen's, *Summary of the criminal law* Cap. 12 § 2.

Tambem nos parece que o systema das penas severas, além de não produzir o effeito desejado, deve ser abandonado, sendo o duello um recurso extremo, de que o homem muitas vezes não lançaria mão, se a lei lhe dêsse remedio para desaggravar a sua honra. Por isso Bentham dizia « Se o legislador tivesse sempre applicado convenientemente um systema de satisfação, não teriamos visto nascer o duello, que não foi e não é ainda senão um supplemento á insufficiencia das leis. . . E' o silencio destas que reduz o homem a proteger a sua honra por este triste mas unico recurso. »

Sem nos demorarmos mais com esta materia passaremos desde já ao commentario dos art. da Secção, aonde exporemos as legislações estrangeiras a este respeito; advertindo desde já que os art. da Secção são quasi todos copiados da lei belga de 8 de Janeiro de 1841 ¹.

Artigo 381.º

A provocação a duello será punida com prisão de um a tres mezes, e multa até um mez.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Lei belga de 8 de Janeiro de 1841 art. 1.º; Cod. de Hesp. art. 340.º; da Austria art. 140.º, 141.º; da Sardenha art. 638.º; etc.

¹ Sobre a materia do duello achará o leitor mais amplos desenvolvimentos em Champigneulle, *Histoire des duels* (Paris 1837); Cauchy, *Du duel* (Paris 1847); Mittermaier, *Beitrag zur Lehre vom Duell* nos *Archiv der Criminalrechts* de 1834 pag. 339 e seg., e o commentario de Dalebecque á citada lei belga de 1841; etc.

LEGISLAÇÃO PÁTRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 13; Alv. de 30 de Agosto de 1612; L. de 16 de Junho de 1662; etc. — As penas eram de gredo para Angola por dez annos, e o perdimento do officio ou graça que o provocador tivesse do Rei.

COMMENTARIO.

O Codigo, imitando a lei belga vai seguindo progressivamente todos os actos desde a provocação, e pune esta com prisão de um a tres mezes, e multa até um mez. Approvamos a pena de prisão, mas repugna-nos a multa por não ter a mais pequena analogia com o facto incriminado.

Nos Estados Pontificios a Ordenança de 20 de Setembro de 1832 pune a provocação com a prisão de um a oito annos, e multa. O Digesto russo pune-a com multa ou deportação, segundo as circumstancias. O codigo de Hespanha no art. 340.º manda que logo que qualquer Auctoridade souber que se acha concertado um duello, prenda o provocador e o provocado (se este tiver accetado o combate) e os conserve presos até darem a sua palavra de renunciarem ao projecto: aquelle que fallar á sua palavra é punido com a interdicção de funcções e exilio menor.

Artigo 382.º

Serão punidos com a mesma pena aquelles, que publicamente desacreditarem, ou injuriarem qualquer pessoa por não ter accetado um duello.

Artigo 383.º

Aquelle, que excitar outrem para se bater em duello; e bem assim aquelle que por qualquer injuria der lugar á provocação a duello, será punido com prisão de um mez a um anno, e multa correspondente.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Lei belga de 8 de Janeiro de 1841 art. 2.º e 3.º; Cod. de Hesp. art. 344.º, 345.º; da Austria art. 145.º; etc.

COMMENTARIO.

O Código, copiando litteralmente o art. 2.º da citada lei da Belgica, equipára o provocador a duello áquelles que desacreditarem ou injuriarem qualquer pessoa por não ter accedido um duello.

A disposição do art. 383.º é copiada tambem do art. 3.º da citada lei; deveriam porem os compiladores terem attendido a que esse art. 3.º não era digno de ser fielmente seguido, se tivessem lido as observações que lhe fez um escriptor distincto, Carlos West¹, cujas observações aqui reproduziremos. « Punir com um anno de prisão uma *injuria qualquer* (por conseguinte ainda a mais leve) é exagerar o fim e severidade da pena. Quem nos diz que muitas vezes o injuriado, levado de uma susceptibilidade excessiva ou de um culpavel espirito de especulação,

¹ Na *Révue étrang. et franc. de législat.* de 1841 pag. 296 e seq.

não quererá, a troco de uma provocação que lhe valerá um a tres mezes de prisão, fazer recahir sobre o adversario uma penalidade quasi dez vezes maior? » Semelhante disposição ressuscita um dos inconvenientes do duello, pois vem por alguma fórma deixar ao injuriado juiz em sua propria causa, e senhor de fazer impôr ao offensor uma pena mais ou menos forte, segundo lhe aprouver fazer seguir a offensa de uma ou outra consequencia. E de feito, se o offendido em vez de desafiar o offensor, vier pedir a juízo a reparação de uma injuria soffre elle uma pena diminuta ; mas se ao contrario o provocar a duello, incorre sim o provocante na prisão de um a tres mezes, mas faz com que o injuriante seja condemnado na de um mez a um anno !

Artigo 384.º

Aquelle, que em um duello tiver feito uso de suas armas contra seu adversario, sem que resulte homicidio, nem ferimento, será punido com prisão de dous mezes a um anno, e mulcta correspondente.

Artigo 385.º

Se em um duello um dos combatentes matar o outro, será punido com prisão de um a tres annos, e o maximo da mulcta, podendo elevar-se o tempo da prisão ao dobro, com os unicos effeitos da prisão correccional.

§ 1.º Se do duello resultou algum dos effeitos declarados no art. 361.º, e seus paragraphos, a pena será a prisão de seis mezes a dous annos, e mulcta correspondente.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Lei belga de 8 de Janeiro de 1841 art. 3.º, 4.º, 5.º; Cod. de Hesp. art. 341.º-343.º; da Austria art. 142.º-144.º; das Duas Sicilias art. 377.º e 382.º; do Wurttemberg art. 190.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 43; etc.

COMMENTARIO.

A lei belga leva um systema logico na disposição ou collocação das incriminações, seguindo uma progressão ascendente; considera o duello, quando ficou no estado de simples provocação; quando foi seguido de combate sem resultado algum; e quando do combate resultaram offensas corporaes mais ou menos graves ou a morte. O nosso Codigo nem ao menos guardou esta ordem logica, porque tractando primeiro do duello no estado de simples provocação, e seguido de combate sem resultados, em vez de continuar a seguir a progressão de menor para maior inverte a ordem e vai de maior para menor considerando primeiro o duello quando delle resulta morte, e em seguida quando delle resultam as offensas corporaes.

A penalidade da lei belga parece-nos mui rasoavel, e por isso no caso do art. 385.º deveriam os compiladores ter conservado o maximo da prisão do art. 5.º dessa lei, o qual é de cinco annos, e não

reduzil-o a tres ¹. Já não dizemos o mesmo a respeito do art. 384.º; reduzir la um anno do maximo da prisão, que segundo a lei belga art. 4.º é de dezoito mezes, parece-nos rasoavel, e vai de acordo com o art. 190.º do codigo de Wurtemberg, e com as idéas de Mittermaier ².

Algumas leis, entre ellas a austriaca no art. 144.º, querem que o provocador seja em todo o caso punido mais severamente de que o provocado. Tal idéa porem funda-se n'um principio falso: se a provocação é um facto criminoso (art. 381.º) que deve aggravar a pena do crime, tambem o provocado foi a causa da provocação pelo ataque que fez á honra do provocador, e este seu facto não é menos, antes mais criminoso (art. 383.º); por isso compensando-se estes dous factos, ou a aggravação hade ser para ambos, ou para nenhum.

Mais rasoavel nos parece o systema do codigo hespanhol o qual no art. 343.º manda aggravar as penas ao provocador nos seguintes casos; 1.º quando elle, desafiando o adversario, não lhe der os motivos do desafio, se elle os exigir; 2.º quando, apesar da satisfação ou explicação dada pelo adversario, insistir em bater-se. Igualmente o seguiriamos em quanto no mesmo art. manda aggravar as penas ao provocado, quando este, tendo injuriado o provocador se

¹ O codigo penal do cantão de Zurich auctorisa o Juiz no art. 151.º a propôr a prisão inferior a seis annos. — E se os combatentes tiverem ajustado que o duello seja de morte? a pena do homicidio deveria ser muito mais forte, como opina Mittermaier; e a razão é clara.

² *Révue française etc.* de 1836 pag. 412.

recusar a dar-lhe as explicações ou satisfação, que este exigia, e por falta das quaes recorreu ao duello.

Artigo 386.º

Serão punidos com prisão até seis mezes, e multa até um mez, os padrinhos, quando segundo as regras geraes não deverem ser punidos como auctores, ou cúmplices do crime.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Lei belga de 3 de Janeiro de 1841 art. 3.º; Cod. de Hesp. art. 346.º; da Austria art. 146.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5, Tit. 43 § 1. — A pena era degredo para Africa até mercê regia, e perdimento dos bens para a Corôa.

COMMENTARIO.

Alguém tem considerado os padrinhos ou testemunhas do duello em regra geral como cúmplices do crime. Essa idéa, sustentada por Mongalvy e adoptada pelo código de Hespanha, foi justamente abandonada pela lei belga, e pelo nosso Código que a seguiu; os padrinhos neste systema sómente devem ser punidos como cúmplices ou auctores, quando podem segundo as regras geraes ser considerados como taes.

Mas esta disposição na lei belga é optima, com quanto no nosso Código, apesar de copiada dessa lei pelas mesmas palavras, vem a dar no systema de Mongalvy. E qual é a razão disto? a lei belga, quando

disse que aos padrinhos, sendo cúmplices, são applicaveis as penas communs, teve a cautela de declarar no art. 7.º que *em delictos commettidos em duello só se reputam cúmplices aquelles que os tiverem provocado por dadivas, promessas, ameaças, abuso d'auctoridade ou de poder, machinações ou artificios culpaveis*. Mas o nosso Codigo, dizendo que, quando segundo as regras geraes os padrinhos deverem ser considerados cúmplices, como taes devem ser punidos, veio a estabelecer o principio de que *sempre* hão de ser punidos como cúmplices, pois segundo as *regras geraes* do art. 26.º (principalmente em os n.ºs 3 e 4) não podem deixar em caso algum de serem considerados como taes.

Approvamos a pena de prisão até seis mezes imposta aos padrinhos; estamos convencidos, com Mittermaier, de que é um erro julgar que uma pena severa contra elles fará com que ninguem se queira encarregar desse mister; os duellistas acharão sempre padrinhos embora menos energicos, menos intelligentes; ou o duello se hade verificar sem elles o que é ainda mais perigoso.

Artigo 387.º

As penas, geralmente estabelecidas pela lei, serão sempre applicadas quando o homicidio, ou ferimentos resultarem de duellos nos casos seguintes:

- 1.º Quando o duello tiver lugar sem assistencia de padrinhos.
- 2.º Quando houver fraude, ou deslealdade.
- 3.º Contra qualquer pessoa, que por in eresso

pecuniario, provocar, ou excitar, ou der causa voluntariamente ao duello.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 346.^o - 348.^o; etc.

COMMENTARIO.

A razão que justifica o numero 1.^o, é porque no caso de homicidio ou ferimento a lei julga que a não existencia de padrinhos deve fazer considerar o homicidio ou ferimentos como um crime ordinario; e com effeito, segundo as idéas de honra que tem presidido á instituição dos duellos, devem estes ter lugar com padrinhos ou testemunhas para que se não pense que a morte succedida foi resultado de um homicidio ou assassinato.

No caso do numero 2.^o a razão ainda é mais forte. Quem usa de aleivosia ou deslealdade para tirar a vida ou ferir em duello, não vai com intenção de se desaffrontar lealmente; é um assassino, é um matador.

Quanto ao numero 3.^o pouco temos tambem a dizer, pois se justifica attendendo á natureza do duello. Se a lei pune este fóra do direito commum é porque o principio da honra que o produziu serve de attenuar a pena: mas quando o duello não é motivado por esse principio, mas por interesse pecuniario desaparece a razão em que o Legislador se baseava, e o facto entra na regra geral do direito commum.

Artigo 388.º

A pena de prisão decretada em qualquer dos casos declarados nesta Secção, sómente produz os effeitos da prisão correccional ; mas se algum dos criminosos fôr empregado publico, poder-se-ha ajuntar a pena de demissão, segundo as circumstancias.

COMMENTARIO.

Approvamos a pena de demissão quando algum dos criminosos fôr empregado publico, pois sendo o duello um facto contra a justiça publica, o empregado como agente do poder publico devia ser o primeiro a não desacatar o principio de que não é permittido a cada um fazer justiça por suas mãos.

A primeira parte porem do art. parece-nos escusada. Sendo a prisão até tres annos correccional, e não havendo senão um caso em que exceda a tres annos, qual é o do art. 385.º, já nelle se disse que ella nesse caso só tinha os effeitos da prisão correccional. Não discutiremos aqui se a prisão no crime de duello deva, apesar de exceder a tres annos, ter sómente os effeitos da prisão correccional ; póde isso talvez justificar-se ; mas não nos inclinamos a essa opinião, e nisto temos a nosso favor a de Carlos West no citado artigo da Revista estrangeira e franceza de legislação : é materia em que ha razões *pró e contra*.

SECÇÃO 10.ª

DISPOSIÇÃO COMMUM A'S SECÇÕES DESTE CAPÍTULO.

Artigo 389.º

Se no caso de homicidio, ou de morte em consequencia de ferimentos, espancamentos, ou outras offensas corporaes, de que se tracta neste Capitulo, alguém sonegar, ou occultar o cadaver da pessoa morta, será punido com a prisão de tres mezes a tres annos ; salvo quando haja lugar pena maior, se tiver havido participação no crime.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 359.º ; etc.

COMMENTARIO.

O fim do Legislador é impedir que por este meio se subtraiha á justiça o conhecimento ou a prova de um crime. A incriminação é justa : quem occulta o cadaver tem intenção de fazer desaparecer os vestígios do crime, de encobrir o culpado, e de enganar a sociedade, vindo assim a tirar á justiça o meio de perseguir o criminoso, e a favorecer a impunidade.

Os elementos do crime são dous ; 1.º que haja occultação ou songação de cadaver por qualquer meio ; 2.º que a pessoa cujo cadaver foi songado tenha realmente sido morta, ou tenha morrido em resultado dos ferimentos ou offensas corporaes a que se refere o art. ; o primeiro elemento sem este se-

gundo não poderia constituir crime, mas só quando muito uma infração material ás leis que regulam as inhumações etc.

Chauveau pergunta se tendo os proprios auctores do homicidio ou das offensas occultado o cadaver da victima, poderão ser perseguidos criminalmente tanto em razão do homicidio, como da sonegação do cadaver: e responde que não, porque a sonegação não é senão a consequencia do seu crime, e não um facto novo que se possa separar deste ¹.

Haus, repetindo a idéa de Carnot, propôz nō seu trabalho sobre o projecto do codigo belga, que das disposições deste art. fossem exceptuados os pais e irmãos do individuo que tiver commettido o homicidio ou praticado as offensas corporaes de que morreu a victima ². Parece-nos reclamado pela humanidade este principio, que aliás já foi reconhecido pelo nosso Codigo n'outras partes, como por exemplo no art. 197.º § 3.

CAPITULO 4.º

DOS CRIMES CONTRA A HONESTIDADE.

A moralidade publica não póde deixar de ser defendida pelas leis, sendo a moral um dos fundamentos mais solidos da sociedade. Esta é a razão porque todos os codigos tem reprimido mais ou menos os

¹ Chauveau n.ºs 3033 e seg.

² Haus, *Observat.* tom. 3 pag. 33; Carnot ao art. 359.º n.º 8.

ataques aos bons costumes. Apesar disto grande é a variedade que as diversas legislações tem apresentado a semelhante respeito, punindo mais ou menos gravemente certos factos, segundo eram influenciadas pela natureza e espirito religioso dos povos, pelas suas tendencias mais ou menos asceticas, mais ou menos livres, mais ou menos intolerantes.

O Legislador nem deve ser guiado por uma intolerancia excessiva que confunda o crime com o peccado ; porque se o direito e a moral tem ambos o mesmo centro, a circumferencia do direito é mais restricta do que a da moral ; nem deve ser nimiamente tolerante ; deve seguir um meio termo rasoavel. Fal-o-hia o nosso Codigo ? E' o que vamos vêr percorrendo as Secções deste Capitulo.

SECÇÃO 1.^a

ULTRAJE PUBLICO AO PUDOR.

Artigo 390.^o

O ultraje publico ao pudor, commettido por acção, ou a publicidade resulte do lugar, ou de outras circumstancias de que o crime fôr acompanhado ; e posto que não haja offensa individual da honestidade de alguma pessoa, será punido com a prisão de tres dias a um anno, e multa correspondente.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 310.^o ; etc.

COMMENTARIO.

Tres são os elementos desta incriminação ; 1.º que haja ultraje ao pudor ; 2.º que seja commettido por acção ; 3.º que seja publico. Cada um delles passamos a examinar, por isso que exigem algumas, posto que breves, explicações.

1.º *Que haja ultraje ao pudor.* — O Legislador não se encarregou de definir em termos invariaveis e precisos o ultraje ao pudor ; e se o quizesse fazer havia encontrar difficuldades, pois é um delicto que pôde produzir-se por varios modos, e apresentar mil fórmas diversas. E' certo porem (e isto deve sempre servir de norma ao julgador) que o character distinctivo do ultraje ao pudor é causar um escandalo aos bons costumes, e chocar a honestidade daquelles que o presenciam. Differe do *attentado ao pudor* porque este é acompanhado de violencias e offende uma certa e determinada pessoa, em quanto o *ultraje* não é acompanhado de violencia, e não offende em especial uma certa e determinada pessoa ¹ ; é, como já notámos, um acto impudico que produz pelo seu cynismo a indignação daquelles que, ainda fortuitamente, o presenciarem ; e deste genero seria, por exemplo, o serem encontrados um homem e uma mulher *in actu veneris* no meio de uma rua ou praça.

2.º *Que seja commettido por acção.* — O codigo francez não é tão claro como o nosso pois não

¹ E' por isso que o Codigo diz : « e posto que não haja offensa individual da honestidade de alguma pessoa. »

enumera este segundo elemento. Todavia a jurisprudencia franceza tem admittido a sua necessidade, estabelecendo que o art. 330.^o não póde referir-se senão a *acções* ou *gestos* attentatorios ao pudor publico; e isto com razão porque o ultraje por *palavras* constitue um delicto d'outro genero punido, como a injuria, pelo art. 8.^o da L. de 17 de Maio de 1819.

3.^o *Que seja publico.* — Esta publicidade é a base essencial da existencia do ultraje, porque é a ella que faz com que a acção se torne offensiva da moral publica. Mas qual é o character desta publicidade? a lei enuncia-o de um modo geral e absoluto, não fazendo distincção entre os diversos modos de publicidade; e por isso o Tribunal de Cassação por accordão de 22 de Fevereiro de 1828 declarou que « a lei se referia a todos os generos de publicidade que o ultraje ao pudor era susceptivel de ter, *seja pelo lugar aonde é commettido, seja por outras circumstancias de que fôr acompanhado.* » O nossoCodigo introduziu no art. estas palavras do Tribunal de Cassação, como para tornar mais clara a doutrina da lei, mas apesar disso exige algumas explicações.

Diz o art. — *ou a publicidade resulte do lugar* — quer dizer que o ultraje é publico se fôr commettido n'um lugar publico: é a publicidade *de direito*. Mas que é lugar publico? Um lugar é publico, diz Chauveau, quando é accessivel aos cidadãos ou a uma classe delles, ou seja de um modo absoluto e continuamente, ou de um modo relativo, isto é, em épocas determinadas, e satisfeitas certas condições para a admissão. São publicas de um modo absoluto as ruas, as praças, os passeios, e as estradas. São pu-

blicas de um modo relativo as tabernas, botequins, theatros, igrejas, tribunaes etc., durante o tempo em que se conservam accessiveis ao publico. Quando o ultraje é commettido em qualquer destes lugares a publicidade resulta da natureza do lugar; é indifferente que elle tenha sido visto por muitas pessoas ou por uma só, que tenha sido praticado de dia ou de noite; basta que o facto se tenha verificado em um local aonde podia ser visto.

Accrescenta o Codigo — *ou a publicidade resulte. . . de outras circumstancias de que o crime fôr acompanhado.* — Quer dizer que posto o delicto não se verifique em lugar publico, reputa-se praticado publicamente se fôr commettido em lugar donde podesse ser visto pelo publico: é a publicidade *de facto*. Assim se um ultraje ao pudor se verificar n'uma casa particular, aonde houver uma reunião de pessoas, é publico porque a circumstancia que o acompanha o faz considerar como tal¹.

SECÇÃO 2.^a

ATTENTADO AO PUDOR, ESTUPRO VOLUNTARIO, VIOLAÇÃO.

Artigo 391.^o

Todo o attentado contra o pudor de alguma pessoa de um ou outro sexo, que fôr commettido com violencia, quer seja para satisfazer paixões lascivas, quer seja para outro qualquer motivo, será punido com o degredo temporario.

¹ Chauveáu n.^o 2760 e seq.; Morin v.^o *Attentat ux mænor* § 2; etc.

§ unico. Se a pessoa offendida fôr menor de doze annos, a pena será em todo o caso a mesma, posto que não se prove violencia.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Sobre ella, e sobre o nosso direito patrio anterior vide o commentario.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França (reformado em 1832) art. 332.^o; etc.

COMMENTARIO.

Dous são os elementos constitutivos do attentado ao pudor, o *attentado* e a *violencia*. O attentado é todo o acto externo exercido sobre uma pessoa com intenção de offender o seu pudor: o Codigo não exige que esse acto seja praticado com o fim de satisfazer uma paixão lasciva; para existir o crime basta que haja um acto que offenda o pudor qualquer que seja o fim com que fôr executado; e nisto differe do estupro e do rapto, que tem sempre um fim deshonesto. E' necessario pois ter em consideração a intenção criminosa, vendo se o indiciado teve intenção de offender o pudor, examinando bem os factos e distinguindo aquelles que são resultado da facilidade e liberdade dos costumes, e aquelles que realmente indicam um designio criminoso.

A violencia é o segundo elemento do delicto, e a condição *sine qua non* da criminalidade; e com effeito desde o momento em que o attentado é consentido por aquelle, a cujo pudor se attenta, perde logo

o caracter de crime de attentado, e só poderá revestir o de ultraje ao pudor se reunir os elementos especificados no art. 390.º. Todavia este principio tem uma excepção no caso do § un. , quando a pessoa offendida fôr menor de doze annos, pois então, ainda que não haja violencia, a pena é a mesma, porque o Legislador quiz punir o effeito da seducção ou violencia moral sobre um individuo que ainda não é capaz para apreciar a moralidade da sua acção. Nisto seguiu o Codigo o art. 331.º do codigo francez, e o art. 339.º do codigo das Duas Sicilias, com a differença de que quanto á idade seguiu este ultimo, estendendo aos doze annos a presumpção que a legislação franceza só faz chegar até aos onze ¹.

Artigo 392.º

Aquelle, que estuprar mulher virgem, ou viuva honesta, maior de doze annos, e menor de dezeseite annos, terá a pena de degredo temporario.

Artigo 393.º

Aquelle, que por meios fraudulentos de seducção, estuprar mulher virgem, ou viuva honesta, maior de dezeseite annos, e menor de vinte e cinco annos, terá a pena de prisão correccional de um até tres annos.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Sobre ella, e sobre o anterior direito patrio vide o commentario.

¹ Chauveau n.º 2300 e seg.; Morin v.º *Attentat à la pudeur*; etc.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cód. de França art. 332.^o; de Hesp. art. 366.^o; do Brasil art. 219.^o; etc.

COMMENTARIO.

Ha a differença entre estupro, violação, e rapto. — O *estupro* é o ajuntamento carnal do homem com mulher virgem ou viuva honesta conseguido *por meio de seducção*; e delle tracta o Codigo neste e no seguinte art. — A *violação* propriamente dita é o ajuntamento carnal com qualquer mulher conseguido *por meio de força ou violencia*, e della tracta o Codigo no art. 394.^o. — O *rapto* é o arrebatamento de qualquer pessoa de um lugar para outro com fim libidinoso; delle se occupa o Codigo no art. 395.^o e seg.; e divide-se em rapto violento e de seducção, como veremos nesse art.

Nestes dous art. temos a examinar o estupro, cujos elementos constitutivos o Codigo não apresenta; todavia elle consiste, como dissemos, na copula illicita do homem com mulher virgem ou viuva honesta *por meio de seducção*; dizemos *por meio de seducção*, porque quando a copula se verificar por meio de violencia o crime entra no genero da violação punida no art. 394.^o. A Ord. e a legislação anterior é verdade que fez distincção entre estupro violento e não violento, punindo este ultimo com penas mais graves, como se vê da Ord. Liv. 5 Tit. 18, e Tit. 23, e da L. de 6 de Outubro de 1784; porem o estupro que o nosso

direito qualificava de violento, está hoje comprehendido pelo Código no crime de violação.

E se o Código se não entendesse por esta forma, isto é, se não se estabelecesse que a seducção é a característica do estupro, seguir-se-hia que se podessemos conceber o estupro com violencia, era este, quando commettido em mulher virgem e honesta maior de doze e menos de dezeseite annos, punido mais levemente pelo art. 392.^o, do que a copula com meretriz commettida por violencia, facto que é punido mais gravemente pelo art. 394.^o.

Quanto á pena o Código faz uma distincção, sendo mulher maior de doze annos e menor de dezeseite, é punido o crime com degredo temporario (art. 392.^o); sendo maior de dezeseite e menor de vinte e cinco é punido com prisão correccional (art. 393.^o); suppõe a lei que entre os doze e os dezeseite annos póde a mulher resistir menos á seducção do que depois dessa idade, e por isso no primeiro caso impõe uma pena mais grave. O Legislador não impõe penas ao estupro em mulher menor de doze annos, nem ao commettido em mulher maior de vinte e cinco: ao primeiro porque não o considera como estupro, pois a copula com mulher menor de doze annos sempre se reputa violenta, quando não physica, ao menos moralmente, sendo-lhe imposta a pena de degredo perpetuo (art. 394.^o § un.¹); ao segundo por-

¹ Era esta já a opinião dos antigos doutores, como se vê de Muller nas notas a Stuvio, *Exercit. 49 thes. 40* not. (d); fundando-se para isso em que sendo o estupro voluntario quando é consentido pela estuprada,

que a mulher maior de vinte e cinco annos não se suppõe que ceda á seducção, e por isso a copula contra vontade della só pôde ser resultado de violencia, devendo ser punido o facto com a pena do art. 394.º, provada a violencia.

As penas do Codigo são modeladas pelas das Ord. ; e parece-nos porem que deveriam ser substituidas pela prisão com isolamento, porque o estupro mórmente em uma virgem, além de outras considerações obvias, causa um damno irreparavel, porque como diz Ovidio (*in Epist. ad Parid.*):

... *Nulla reparabilis arte
Læsa pudicitia est, deperit illa semel*¹.

Não podemos admittir a assimilação que o Legislador fez do estupro em mulher virgem, e em viuva honesta ; apesar de baseada na Ord. é falsa, pois é impossivel negar que o estupro em mulher virgem seja mais grave do que em viuva.

Os romanos faziam como as nossas leis anteriores a distincção entre estupro violento e não violento. O primeiro era punido com a deportação pela lei Julia. — L. 29 Dig. *ad leg. Jul. de adulter.*, L. 3 § 4 Dig. *de vi publ.*, § 8 Inst. *de publ. judic.* ; o segundo era punido com perdimento de metade dos bens, se o réo era de condição honesta, e com pena

sendo esta menor de doze annos não podia consentir em tal por ser incapaz de consentimento.

¹ O que o Sr. Lima Leitão traduziu elegantemente nestes dous versos :

*Morre uma vez a honestidade :
Artes não ha que reparal-a possam.*

corporal de relegação, sendo de condição humilde. — L. 1 § ult. Dig. de *extraord. crimin.*, e § 1 Inst. de *publ. judic.* ¹.

Artigo 394.º

Aquelle, que tiver copula illicita com uma mulher, posto que não seja menor, nem honesta, contra sua vontade, por meios de violencia, ou por meios fraudulentos tendentes a suspender o uso dos sentidos, ou a tirar o conhecimento do crime, será degradado por toda a vida pelo crime de violação.

§ unico. Se a pessoa violada fôr menor de doze annos, será sempre applicada a mesma pena, posto que não se prove que concorreu nenhuma das circumstancias declaradas neste art.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Sobre ella, e sobre o direito patrio anterior vide o commentario.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 332.º; de Hesp. art. 354.º; da Austria art. 110.º - 112.º; das Duas Sicilias art. 333.º - 335.º, 339.º - 343.º; do Brasil art. 222.º; da Baviera art. 187.º e seg.; etc.

COMMENTARIO.

Ao estupro segue-se a violação, cujos elementos são os seguintes; 1.º que haja copula illicita com

¹ Vide Rein, *Criminalrecht der Römer* pag. 860 e seg.; Feuerbach §§ 263, 264, 452, e 453; etc.

uma mulher, ainda que não seja menor nem honesta, contra sua vontade ; 2.º que se verifique por meio de violencia ou por meios fraudulentos tendentes a suspender o uso dos sentidos ou a tirar o conhecimento do crime.

1.º *Que haja copula illicita etc.* — A copula é uma circumstancia essencial do crime, porque della depende a sua consummação. Não tendo chegado a verificar-se a copula, haverá sómente ou uma tentativa de violação, reunindo o facto os caracteres exigidos no art. 6.º, ou um attentado ao pudor. E' necessario que a copula seja illicita, porque não o sendo não haveria crime de violação ; e neste caso estaria o marido que empregasse a força para com sua mulher para a obrigar á copula, e a razão é porque esta é licita entre marido e mulher. Poderia sim haver outro crime em razão da violencia, mas nunca o da violação.

Diz o Codigo fallando da mulher — *posto que não seja menor*, — e isto serve para marcar bem a differença entre o estupro e a violação ; differença que já atraz estabelecemos. O estupro só se verifica em mulher de menor idade, por isso que tem por base a seducção, e a lei suppôz que só uma pessoa de menor idade podia succumbir á seducção, por lhe faltar a descripção, attributo da maioridade. Mas já não succede assim com a violação, porque tendo esta por base a violencia, tanto cede a esta o menor como o maior ; e por tanto qualquer que seja a idade da victima sempre existe a violação uma vez que a copula seja obtida pela força.

Accrescenta mais o Codigo — *nem honesta.* —

Para isto se entender é mister advertir que Justiniano na L. un. Cod. *de raptu virgin.* se julgava réo deste crime aquelle que o praticava com donzella, excluindo formalmente as meretrizes. Esta doutrina porem era inadmissivel; a vida licenciosa da mulher não destroe a existencia do crime, porque não aniquilla a liberdade que ella tem de dispôr do seu corpo como quizer. Por isso a Ord. Liv. 5 Tit. 18 querendo remediar este absurdo da legislação romana, puniu igualmente o facto embora fosse commettido contra uma meretriz; e o Código seguiu o mesmo principio.

Este systema porem apresenta outro inconveniente que é o de punir igualmente factos que não tem, nem podem ter, a mesma gravidade; a mulher publica, apesar de violada, nada perdeu, a mulher honesta recebe com a violação uma nodoa que a acompanha toda a vida. E' por isso que Morin e Chauveau, seguindo a opinião dos antigos criminalistas, opinam mui bem, que a violação commettida em meretriz deve ser punida mais levemente.

2.^o *Que se verifique por meio de violencia etc.*
 — A violencia é a condição essencial do crime; não existindo ella, o facto será um ultraje ao pudor, mas nunca uma violação; o emprego da força é o que caracteriza o crime. A difficuldade que ha em provar a violencia em um acto quasi sempre secreto, em que a resistencia tem seus grãos e a vontade seus caprichos, levou os antigos criminalistas, diz Chauveau, a estabelceer certas presumpções das quaes deduziam a existencia da violencia; taes são as seguintes, 1.^a que a pessoa que se dizia violada tivesse

opposto uma resistencia constante e sempre igual, pois se a resistencia diminuísse alguns instantes isso bastava para fazer presumir o consentimento; 2.^a que existísse uma desigualdade evidente entre as suas forças e as do violador; 3.^a que ella tivesse gritado, e invocado soccorro; 4.^a e que emfim nella apparecessem vestigios que provassem a força brutal de que tinha sido victima¹. Hoje, que acabou o systema das provas legaes, já estas regras não tem a importancia que n'outro tempo se lhes ligava, mas nem por isso deixam de ser precauções uteis, subministradas pela experiencia, e que podem servir aos tribunacs para chegarem a descobrir a verdade.

O que é certo é que a violencia deve ser inteira e completa, e que a victima deve ter realmente cedido á força. Mas se a falta de resistencia proviesse de uma fraude deverá esta ser considerada como violencia? O Codigo decide-o affirmativamente no caso de se empregarem *meios fraudulentos tendentes a empender o uso dos sentidos, ou a tirar o conhecimento do crime*. Estas expressões do Codigo foram suscitadas pelas observações, aliás justas, de Chauveau (n.^{os} 2832, 2833). Com effeito se um individuo para gozar de uma mulher lhe subministra uma bebida que lhe produz um somno lethargico, e abusa della neste estado, emprega uma verdadeira violencia, porque a vontade e a força della se acham encadeadas; e que importa que a vontade se aniquille por meio de violencia physica ou pela força de meios tendentes

¹ Damhouder, *Prax. rer. crimin.*, Cap. 97 n.^o 9; Bœrius, *Decis.* 217; etc.

a suspender o uso dos sentidos? Do mesmo modo se o criminoso emprega para conseguir o seu fim meios fraudulentos tendentes a tirar o conhecimento, v. gr. se se introduzir na cama de uma mulher casada, que se acha adormecida, e cujo marido sahiu, e consummar a copula, não terá o delinquente por este meio aniquillado a resistencia que a victima empregaria se tivesse conhecimento do facto¹?

Sobre a disposição do § un. já dissemos no commentario aos art. 392.º, 393.º.

O direito romano comprehendia a violação no estupro violento; as suas disposições penaes já ficam indicadas no commentario aos dous art. anteriores. A nossa Ord. Liv. 5 Tit. 18 pr. puniu-a com a pena de morte, pena sem duvida exagerada, e sem proporção alguma com o crime.

A pena de degredo perpetuo imposta pelo Código póde justificar-se absolutamente fallando; mas pelos principios do mesmo Código é injustificavel, como passamos a mostrar. Qual será mais grave, a violação, ou o crime de um empregado que no exercicio de suas funcções certifica como verdadeiros factos falsos? por certo que é a violação, mas o Legislador pune-a com degredo, e ao empregado impõe no art. 218.º os trabalhos publicos por toda a vida!

Artigo 395.º

O rapto violento de qualquer pessoa com fim

¹ Todavia contra esta doutrina de Chauveau escreveu Benech na *Révue de législation* tom. 13 pag. 131 c seg.

deshonesto, será punido como attentado ao pudor com violencia, se não se consummou o estupro, ou violação, e será considerado como circumstancia aggravante do crime consummado.

§ 1.º O rapto de menor de doze annos com fim deshonesto, considera-se sempre como violento.

§ 2.º Se por crime de carcere privado, ou outro, se deverem impôr ao criminoso penas mais graves, serão estas applicadas.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Vide o commentario.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 355.º, 356.º; da Austria art. 80.º, 81.º; das Duas Sicilias art. 336.º, 337.º; do Brasil art. 326.º, 327.º; de Hesp. art. 358.º, 359.º; da Baviera art. 201.º - 203.º; etc.

LEGISLAÇÃO PÁTRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 18 § 3. — A pena era a de morte natural.

COMMENTARIO.

O direito romano confundiu o rapto com a violação, punindo-os com igual pena, fundado na supposição de que sempre dava em resultado a violação da pessoa raptada; o que se vê claramente na L. un. pr. Cod. de raptu virgin., reproduzida na L. 54 Cod. de episcop. et cleric., na qual Justiniano diz: *maxime cum virginitas vel castitas corrupta restituit*

non possit ¹. Esta assimilação porem era falsa ; póde dar-se o rapto sem a violação, e póde verificar-se a violação sem o rapto ; e por isso o Legislador incrimina o rapto de per si, seguindo nisto o systema das legislações modernas ; e é esta incriminação especial que passamos a examinar.

Rapto é o arrebatamento violento de qualquer pessoa de um lugar para outro contra sua vontade por meio de violencia e com fim libidinoso. Os seus elementos reduzem-se por tanto aos seguintes : 1.º que haja arrebatamento de qualquer pessoa de um lugar para outro ; 2.º que seja feito por violencia ; 3.º e com fim libidinoso.

1.º *Que haja arrebatamento de qualquer pessoa etc.* — Note-se que este arrebatamento deve operar-se do lugar em que essa pessoa está para outro diverso ; o que Julius Clarus exprimia nesta regra : « *hæc condicatio de loco in locum debet esse ad effectum abducendi* ¹. » Mas é necessario advertir que se um individuo quizer violar uma mulher e introduzindo-se em sua casa a levar por força de um quarto para outro a fim de melhor poder conseguir o seu fim, este facto, será violação mas não é rapto ; é o que Muller disse e muito bem nas notas a Struvio (*Exercit. 49, lhes. 41 not. 2*): « *Sed requiritur abductio de loco in quo hactenus vixit in locum aliquum ipsi incognitum. . . Non tamen qui mulierem ex uno conclavi in aliud deducit, ut commodius cum ea congregari queat.* »

¹ *Sentent. lib. 5 § raptus* ; Mascardus, *De probat.* tom. 4 Concl. 1260 n.º 20.

O Código diz — *de qualquer pessoa* — porque o rapto pôde verificar-se tanto a respeito de uma mulher como de um homem.

2.º *Que seja feito por violencia.* — Já do direito romano se collige que propriamente só existia rapto havendo a violencia como se vê da L. 5 § 2 Dig. *ad leg. Jul. adulter.*, e mais expressamente da Novella 35 aonde o imperador Leão declara que Justiniano na L. un. Cod. *de raptu virgin.* se referiu ao rapto verificado por meio de violencia.

O Código com razão considera a violencia como característica do rapto, abandonando a distincção que faziam os antigos entre rapto *por violencia* e rapto *por seducção*, apesar de a equipararem na pena. O rapto a que elles chamavam por seducção (o qual se verifica quando em vez de violencias se empregam caricias, enganos, e seducções amorosas) era impropriamente considerado como rapto, pois não passa de ser uma especie de estupro. A nossa Ord. Liv. 5 Tit. 18 § 3 confundiu estas duas especies de rapto impondo a ambas a pena de morte. Filangieri justamente declamou contra esta confusão, dizendo, que impôr ao rapto violento uma pena gravissima era muito justo, porque o delinquente ataca a sua victima, a familia della, a paz e tranquillidade domestica, e por conseguinte a publica; mas que impôr a mesma pena ao rapto por seducção era absurdo e barbaro, não só porque lhe falta a maior criminalidade resultante de violencia, mas porque é feito por vontade da raptada, e pôde ter muitas vezes por fim um casamento a que ás vezes os pais imprudentemente se oppõem.

3.º *E com fim libidinoso.* — E' este fim que distingue o rapto de outra qualquer violencia, e dos crimes previstos nos art. 342.º e seg.

A disposição do § 1 basea-se no mesmo principio que motivou a do § un. do art. 391.º; porque se o rapto de pessoa menor de doze não foi feito por violencia, mas por meio de seducção, a lei reputa essa seducção igual á violencia physica em attenção á innocencia da idade, incapaz de vontade para fins deshonestos, e ás garantias de que a sociedade a deve cercar. A doutrina do § 2 não carece de commentario porque é um principio que já por vezes se tem repetido.

Quanto á pena, o nosso Codigo fazendo a distincção entre o rapto e a violação ou estupro, pune-o como attentado ao pudor, isto é, com degredo temporario, uma vez que o estupro ou a violação senão tenha consummado, e como a pena de estupro ou violação aggravada se qualquer destes crimes se tiver consummado. Não estamos de acordo com a lei na punição do rapto, quando não ha estupro ou violação consummada. Que o rapto é um attentado ao pudor; não ha negal-o; mas não será mais aggravante do que o simples attentado punido no art. 391.º? ~~por~~ certo que sim e por isso nos parece que a ~~impôr-se~~ a pena desse art. devia ser com a declaração da aggravação.

Entre os romanos era o rapto punido com a pena capital: « *Qui vacantem mulierem rapuit. . . . ultimo supplicio punitur;* » diz Marciano na L. 5 § 2 Dig. *ad leg. Jul. de vi publ.*; e isto confirma Justiniano na já citada L. un. Cod. *de rapt. virgin.* :

« *Pœnas autem mortis et bonorum amissionis non tantum adversus raptos. . . constituimus* ¹.

Uma duvida se pôde apresentar a respeito do rapto. Que elle não se verifica quando o marido arrebatou sua mulher, são concordes todos os escriptores; mas se o esposo rapta a esposa, feitos os sponsaes, e sem ainda estar o matrimonio celebrado? O imperador Constantino na L. 1 Cod. Theodos. de rapt. virgin. decidiu não haver rapto neste caso, porque a esposa era equiparada á mulher casada, tanto que se tinha copula com outro individuo, podia este ser accusado como adúltero pelo esposo (L. 7 Cod. ad leg. Jul. de adulter.) e ella como adúltera (L. 13 § 3 Dig. ad ibid.). Justiniano porem parece decidir o contrario na L. un. Cod. de rapt. virg., pois diz: *quibus enumeramus etiam cum, qui saltim sponsam suam per vim rapere ausus est*; sentença esta que tambem apparece reproduzida por Basilio nos *Basilicos*, Liv. 60 Tit. 38.

Boehmer porem julga e com razão que tal não foi a mente de Justiniano, e que ou a particula *suam* foi interpolada, ou que foi omittida pelos copistas a particula *non* antes de *suam*: d'outra fórma dar-se-hia o absurdo de ter o imperador considerado tambem como adúltero o esposo que tivesse copula com a esposa, pois antes do periodo *quibus enumeramus*, acima citado, diz elle na mesma lei: *quia duplici tenentur crimine, tam adulterii scilicet quam rapi-*

¹ Vide Rein, *Criminalrecht der Römer* pag. 393 e seg.; Rosshirt, *Geschichte der Criminalrechts* tom. 3 pag. 96; Chotin, *Diss. de crim. raptus* (Gand 1825); etc.

næ; e neste absurdo não cahia por certo Justiniano ¹.

O direito canonico seguiu a doutrina do imperador Constantino. O Papa Gelasio o declara no c. 49. C. 27 q. 2, e c. 2 C. 36 q. 1, referindo-se até á legislação romana: *lex illa præteritorum principum ibi raptum dixit commissum esse, ubi puella, de cujus ante nuptiis nihil actum fuerit, videatur abducta*. O mesmo confirmou Gregorio 2.º no c. 5. C. 36 q. 2: *si quis virginem vel viduam, nisi desponsaverit, rapuerit etc.*, e Lucio 3.º no Cap. 6 X de raptor. E isto ou os esponsaes sejam *de presente* ou *de futuro*, uma vez que sejam validos, como ensina Pirhing a esse titulo das Decretaes (§ 2 n.º 7).

Artigo 396.º

Será considerado como circumstancia aggravante do estupro voluntario o rapto de qualquer mulher virgem, ou viuva honesta maior de dezeseite annos, e menor de vinte e cinco annos, da casa ou lugar, em que com a devida auctorisação ella estiver, que fôr commettido com seu consentimento: se o estupro porem se não consummar, será punido o rapto por seducção com a prisão correccional.

§ unico. Se no segundo caso declarado neste art., a mulher fôr maior de doze annos, e menor de dezeseite, applicar-se-ha a pena decretada no § unico do art. 343.º, mas aggravada.

¹ Buchner, *Jus ecclesiast.* Liv. 5 Tit. 17 § 39.

COMMENTARIO.

O Codigo não pune o rapto de seducção dissemos nós, mas esta regra tem uma excepção e é no caso em que a raptada, sendo maior de doze e menor de vinte e cinco annos ¹, fôr roubada da casa ou lugar em que ella estiver com a devida auctorisação.

A esta especie de rapto chamavam os antigos *raptus in parentes*, porque se reputava commettido mais contra a familia da pessoa seduzida, do que contra esta.

A nossa Ord. Liv. 3 Tit. 18 § 3 tambem considerava como criminosos aquelles que sem violencia mas com affagos e promessas e para fim libidinoso, tiravam alguma mulher virgem, ou reputada tal, e *capaz de seducção*, de casa de seus pais, tutores, ou curadores, senhores, ou outras pessoas debaixo de cujo poder ou guarda ella estivesse, levando-a para lugar diverso.

Examinemos porem a penalidade que o Codigo impôz a este facto, penalidade que é diversa segundo a raptada fôr maior de doze e menor de dezeseite, ou maior de dezeseite e menor de vinte e cinco. — Sendo maior de dezeseite (que é a hypothese do art.) ou o estupro se consummou ou não; no segundo

¹ Antes dos doze annos o rapto é sempre considerado violento (art. 395.º § 1); e depois dos vinte e cinco suppõe a lci que a mulher já não é tão fragil que não resista á seducção; é por isso que só falla neste art. do rapto de seducção commettido em mulher maior de doze e menor de vinte e cinco annos.

caso é punido o crime com prisão correccional, e no primeiro é punido com a pena de estupro voluntario aggravada pelo facto do rapto, isto é, com a mesma prisão correccional (que é a do estupro voluntario ou por seducção, art. 393.º) mas aggravada¹. — Sendo porem a raptada maior de doze annos, e menor de dezesete, que pena deverá ser imposta ao criminoso? devemos fazer a mesma distincção? ou o estupro se consummou ou não; não se consummando (*que é o segundo caso*) diz o § un. que lhe será imposta a pena do art. 343.º § un. que é o maximo da prisão correccional; mas, se o estupro se consummou (isto é, no primeiro caso), qual deverá ser a pena? o Codigo não o declara no §, mas parece dever ser a do art. 392.º.

Artigo 397.º

Em todos os casos em que houver rapto é applicavel a disposição dos art. 332.º e 344.º § 2.º.

COMMENTARIO.

Vide o commentario dos art. citados pelo Codigo, o qual nesta parte seguiu a disposição do art. 360.º do de Hespanha.

¹ Nesta hypothese parece-nos devia ser um pouco mais forte, porque havendo estupro consummado ha um damno irreparavel, que não existiria, não se verificando o estupro.

Artigo 398.º

Nos crimes de que tracta esta Secção, a pena de prisão correccional será substituida pela de degredo temporario, e esta pela de degredo por toda a vida, e a de degredo por toda a vida será aggravada segundo as regras geraes, se o criminoso fôr :

1.º Ascendente ou irmão da pessoa offendida.

2.º Se fôr tutor, ou curador, ou mestre dessa pessoa, ou por qualquer titulo tiver auctoridade sobre ella, ou fôr encarregado da sua educação, ou direcção, ou guarda : ou se fôr empregado publico, de cujas funcções dependa negocio ou pretensão da mesma pessoa offendida.

3.º Se fôr criado ou domestico da mesma pessoa offendida, ou de sua familia ; ou em razão de profissão, que exija titulo, tiver influencia sobre a mesma pessoa offendida.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França (reformado em 1832) art. 333.º ; de Hesp. art. 356.º ; da Austria art. 113.º n.º 2, art. 115.º, 116.º, 246.º, 249.º, 250.º ; das Duas Sicilias art. 339.º n.º 3 ; do Brasil art. 221.º ; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 17 ; etc.

COMMENTARIO.º

1.ª Esta especie comprehendia na antiga legislação todas aquellas pessoas entre as quaes tem lu-

gar o incesto, nos termos da Ord. Liv. 3 Tit. 17 ; mas o Código, seguindo o de Hespanha comprehendeu os ascendentes ou irmãos da pessoa offendida. Que a religião condemne todos os actos que são considerados como incesto, e que os reprima com as armas religiosas, diz Pacheco, nada mais justo e natural ; mas a lei civil, continúa o mesmo auctor, não se deve occupar delles para não causar por meio da repressão penal maiores escandalos do que aquelles que intentasse corrigir.

2.^a A aggravação neste caso provém já da violação do dever que a essas pessoas impunham as suas funcções, já do abuso da confiança que nellas se depositava, v. gr. nas encarregadas da direcção ou educação da pessoa offendida.

3.^a O que dissemos a respeito do n.º 2 é applicavel a este.

O Código deveria tambem accrescentar como aggravante o ser o criminoso ecclesiastico.

Artigo 399.º

As penas declaradas nos art. antecedentes não podem ser impostas sem que haja queixa da pessoa offendida, ou de seus pais, ou tutores, salvo nos casos seguintes :

1.º Se a pessoa offendida fôr menor de doze annos.

2.º Se foi commettida alguma violencia qualificada pela lei como crime, cuja accusação não dependa da accusação da parte.

ou curadores, e na falta destes aos irmãos da estuprada a querella pela traição e alcivosia. A Nov. Reforma ao art. 866 § 1 reproduziu a mesma disposição.

A proposito da querella devemos aqui notar por esta occasião uma especialidade da nossa antiga legislação quanto ao modo porque a violada ou raptada devia fazer a sua queixa ¹. D. Affonso 4.^o determinou que se a mulher fosse forçada em povoação querellasse dando grandes vozes, e dizendo por tres ruas: *Vêdes que me fazem*; para a queixa ser valiosa; e se fosse forçada em deserto ou ermo, devia cumprir os cinco requisitos seguintes, sem os quaes a queixa de nada valia; 1.^o *na ora que o homem della travar, deve dar grandes vozes e brados, dizendo: Vêdes que me fez Foam, nomeando-o por seu nome*; 2.^o *deve ser toda carpida*; 3.^o *deve vir pelo caminho dando grandes vozes, queixando-se a todos que achar: Vêdes que me fez Foam*; 4.^o *deve vir á Villa sem tardamento nenhum*; 5.^o *deve ir á Justiça, e não entrar em outra casa, senão directamente ir-se á Justiça.* (Ord. Affons. Liv. 5 Tit. 6). Esta legislação foi a fonte da Ord. Philippina Liv. 5 Tit. 135 § 2.

cohibia assim a audacia, ou porque se suppunha que condescendendo voluntaria ao estupro renunciava o direito de accusar. — Lobão, *Farciculo* tom. 3 Dissert. 5 §§ 32, 33.

¹ A violação e o rapto eram denominados nos primitivos tempos da monarchia *Rauso*, e o criminoso *Rausador*, *Rousador*, e *Ronçom*. — Vide o Elucidario de Vitcibo, *h. v.^o*.

Artigo 400.º

Nos casos de estupro ou violação, o criminoso será obrigado a dotar a mulher offendida.

§ unico. Se porem casar com ella, cessará toda a pena.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Franca art. 357.º; de Hesp. art. 361.º; das Duas Sicílias art. 338.º; do Brasil art. 225.º, 228.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 18 §§ 1, 3, e Tit. 23; LL. de 19 de Junho de 1755, e 6 de Outubro de 1784; etc.
— Vide Lobão, *Fascículo, Dissert. 5.ª* tom. 3.

COMMENTARIO.

Por direito divino era o estuprador obrigado a dotar a estuprada e a casar com ella, como se vê do Exodo Cap. 22 v. 16 e 17, e do Deuteronomio Cap. 22 v. 28 e 29. A mesma obrigação foi conservada pelo direito canonico no Cap. 1 X *de adulter. et stupro*, mas deixando a alternativa de casar ou de dotar. Böhmér pretende sustentar que esse lugar do Exodo foi mal entendido, e que o estuprador só era obrigado a dotar no caso em que os pais ou irmãos da estuprada lh'a negassem ¹; mas que ainda mesmo

¹ Böhmér, *Jus ecclesiastic. Lib 5 Cap. 16 § 2 c seg.*

casando devia dotal-a, prova-se contra Bøehmer com o Cap. 34 v. 12 do Genesis, aonde fallando-se de Sicheu que havia estuprado Dina filha de Jacob, se põe na boca delle estas expressões dirigidas ao pãe e irmãos della : « *Maximam a me petite dotem et donum nuptiale, quemadmodum dixeritis, dabo, puellam hanc mihi uxorem concedite.* »

A pratica admittiu a alternativa do direito canonico sendo o estuprador obrigado a dotar a estuprada ou a casar com ella, como attesta Puttmann ¹.

A nossa lei penal seguiu a mesma alternativa. A obrigação do dote sancionada já na Ord. Liv. 5 Tit. 23, e na L. de 6 de Outubro de 1784 § 9, foi imposta tambem pelo Codice ao estuprador ou violador. Não nos diz porem cousa alguma sobre a congruidade do dote ; sendo menos explicito do que a legislação anterior ; pois a Ord. dizia que elle fosse arbitrado pelo Julgador *segundo a qualidade da estuprada, e a fazenda e condição de seu pai* ; e a L. de 6 de Outubro que fosse o estuprador condemnado ao dote que á estuprada correspondesse *segundo sua condição e qualidade*. Nesta materia deve lêr-se Lobão, *Fasciculo*, Diss. 5.^a § 79 e seg., na qual sustenta ser pratica do nosso reino o tomar-se em conta para o dote não a qualidade e riqueza do criminoso, mas a qualidade, fazenda, e condição da offendida.

E se o estuprador fôr insolvavel para satisfazer o dote? Lobão § 81 opina que a satisfação do dote deve ser commutada em pena corporal. Será esta

¹ *Elem. jur. crimin.* § 584.

opinião applicavel em vista das disposições do Código, e deverá ter lugar essa commutação na fórma do § 4 do art. 101.º? A considerar-se o dote como uma multa póde sustentar-se essa opinião.

No § un. declara o Legislador que casando o violador com a offendida cessa toda a pena, isto entende-se, querendo ella casar; não só porque casando desaparece o damno, mas tambem porque se a offendida o acceta por marido é porque lhe perdoa a offensa. A Ord. Liv. 5 Tit. 18 era barbara em quanto comminava a pena de morte ainda que o forçador casasse com a mulher forçada, e o casamento se fizesse por vontade della.

Cumprê observar que o estupro ou a violação precedida de rapto violento¹, era pela antiga disciplina da Igreja um impedimento dirimente do matrimonio entre o raptador e a raptada; é o que se vê do concilio de Pavia do anno 850, can. 10; *puellæ ipsis a quibus raptæ sunt, legitimæ demum uxores nullatenus esse possunt*. Nisto seguia a Igreja a legislação de Justiniano e de Carlos Magno; aquelle na L. un. Cod. de rapt. virg. dizia: *nec sit facultas raptæ virgini, vel viduæ, raptorem suum sibi maritum exposcere... nullo modo, nullo tempore datur licentia*; este nos seus *Capitulares* determinava igualmente que quem raptasse uma mulher, *nunquam illam uxorem*

¹ Sendo por seducção nunca é considerado como impedimento dirimente. Reiffenstuel, *ad Decret.* Lib. 4 Tit. 1 n.º 374; não obstante a opinião em contrario de Barbosa ao citado lugar do Concilio, a qual combate Ferraris, *Biblioth. canon.* v.º *impedin. matrimon.* art. 2 n.º 118.

habeat (VI, 60), *eas nullatenus habeant uxores* (VII, 395).

A disciplina da Igreja modificou-se posteriormente. Innocencio 3.^o no Cap. 7 *de raptorib.* decide que a raptada póde casar com o raptador, se a isso se determinar por sua livre vontade. O Concilio de Trento na Sessão 24 *de reformatione matrimonii* Cap. 6 veio seguir um termo medio entre o canon do Concilio de Pavia, e a decretal de Innocencio; não permite o casamento entre a raptada e o raptador, em quanto ella se achar em poder delle, *inter raptorem et raptam, quamdiu ipsa in potestate raptoris manserit, nullum posse consistere matrimonium*; mas só depois, *a raptore separata, et in loco tuto constituta* ¹.

SECÇÃO 3.^a

ADULTERIO.

Uma violação da honestidade, menos publica do que a prostituição, mas mais criminosa do que ella, é o adultério; se não presuppõe habitos tão depravados, apresenta a violação de maiores e mais sagrados deveres. Atacar a santidade da fé conjugal, abalar um dos esteios mais fortes da sociedade, destruir as affecções de familia, depravar e corromper os costumes, accender odios e vinganças, e dar occasião a crimes terriveis, são consequencias fataes e inevitaveis do adultério, e sufficientes por si só para elevar este facto á ordem dos crimes mais graves e funestos.

¹ Ferrari, loc. cit. n.^o 114 e seg.

E' esta a razão porque vemos as legislações antigas fazerem cahir sobre o adulterio o rigor, por certo excessivo, da penalidade. O legislador francez reconhecendo a gravidade do facto veio a cahir no excesso contrario; as razões que a isso o levaram, e que Monseignat nos descobriu, expondo os motivos do codigo são frageis; fez vêr que apesar da gravidade do crime havia na sociedade um phenomeno inexplicavel, pois ao passo que as leis se esforçavam para punir severamente o adulterio, a opinião publica não lhe dava essa importancia, e em lugar de se revoltar contra o delinquente, escarnecia ainda do marido, considerando-o como deshonorado, e como um objecto de irrisão e de escarneo¹. Se a sociedade se acha corrompida, o dever do Legislador é corrigil-a, e não condescender com a sua immoralidade como fez o codigo francez². Maior moralidade revela a nossa lei, pois sem cahir em rigorosos excessos, evitou uma tolerancia irrisoria, para seguir um meio termo conforme á moral, como mostraremos commentando o art. 401.^o.

Feitas estas breves considerações segue-se darmos a definição de adulterio, e examinar os seus ele-

¹ Locré, tom. 15 pag. 457.

² Se hoje não se reconhecesse que os principios da moral são eternos e univeisaes, desculpavel seria o Legislador que fizesse depender a moralidade das acções da opinião do seu povo. Já lá vão as épocas em que os romanos admittiam acima dos principios da moral, a moral da sua cidade. *Quod adjicetur contra bonos mores. . . generaliter accipiendum adversus bonos mores hujus civitatis.* Ulpiano na L. 15 §§ 5, 6-de injur.

mentos constitutivos. Adulterio é a violação da fé conjugal, consummada corporalmente. Tres são os elementos necesarios para constituir este crime : a união consummada dos sexos, o casamento de um dos agentes, e o dolo.

1.º *União consummada dos sexos.* — A consummação do commercio illicito é a condição essencial do delicto. Em quanto a immoralidade dos desejos se não manifesta por actos, em quanto o adulterio não existe senão no pensamento, a lei é impotente para o reprimir. Ainda mesmo quando esse pensamento se revelasse por actos licenciosos, por familiaridades intimas, não poderia constituir uma base para applicar a pena ; não só porque é difficil, senão impossivel, conhecer por elles a intenção de commetter o crime, mas tambem porque as suas consequencias não são as mesmas do crime consummado. Todavia deve sempre notar-se que o adulterio deve julgar-se consummado todas as vezes que se surprehender *puđenda in puđendis, solus cum sola, nudus cum nuda in eodem lecto*, segundo diz o Papa Alexandre 3.º no Cap. 12 *de præsumpt.* Maior era por certo a susceptibilidade dos Hebreos os quaes reputavam haver adulterio todas as vezes que uma mulher se tinha demorado só com um homem em lugar occulto por tanto tempo, quanto bastasse, segundo se exprimm os seus doutores, para se cöser um ovo e se comer ¹. Mas isto pertence mais á materia da prova, da qual nos havemos occupar no § 2 do art. 401.º.

2.º *O casamento dos agentes, pelo menos de um*

¹ Selden, *Uxor. hebr.* Lib. 3 Cap. 13.

delles. — O que torna criminoso o commercio illicito é o ter a pessoa casada esse commercio com outra differente daquella a que se acha ligada pelo vinculo conjugal. Quando ambos os criminosos são casados, isto é, se uma mulher casada tem ajuntamento com o marido da outra, o adulterio é *duplex*; quando uma mulher casada tem ajuntamento com homem solteiro ou viuvo, ou vice-versa, o adulterio é *simplex*. Esta distincção foi introduzida pelo direito canonico.

A legislação moderna tem rejeitado a doutrina do direito romano ¹, o qual, seguindo a antiga lei judaica ², considerava como adulterio o commercio illicito da esposada com outrem que não o esposo. Hoje é necessario o matrimonio, não sendo sufficiente os esponsaes para constituir o crime.

3.º *Que haja dolo.* — Em geral no caso de adulterio deve presumir-se sempre o dolo, ou vontade criminosa da mulher ³; no emtanto casos póde haver em que essa vontade não exista, v. gr. se houve violencia ou erro. Havendo violencia, não existe o crime porque o coração, para nos servirmos das expressões de Fournel, não foi cúmplice; mas é necessario se prove uma violencia, seja physica ou moral, tal que exclua a mais pequena idéa de cumplicidade,

¹ LL. 13 § 3 Dig. *ad leg. Jul. de adult.*, 7 Cod. *ibid.*

² Deuteron. Cap. 22 v. 23.

³ Esta presumpção nasce do facto material, e não do axioma juridico defendido por J. de Nevizanis (*Sylv nuptial. Lib. 1*): *Jura præsumunt omnes mulieres malas esse*; axioma que é falso.

pondo em risco a vida da mulher ou a de uma pessoa que lhe é cara ¹. Voltaire no dictionario philosopho refere um caso, em que o adulterio da mulher foi um verdadeiro heroismo de piedade conjugal. O erro é tambem uma causa que exclue o adulterio; assim se um homem se introduzisse no leito conjugal com taes actos que se fingisse o marido, a mulher não seria adúltera, e, como *Alcmena*, acharia justificação no seu erro. E' porem necessario que o erro não seja grosseiro, aliás equivale ao dolo.

Estabelecida assim a natureza e elementos do adulterio, vamos entrar no exame das disposições do Codigo, advertindo porem que este crime póde ser commettido pela mulher ou pelo marido, e que é punido differentemente nos dous casos. O Legislador occupa-se primeiro do adulterio da mulher por ser aquelle que é reputado mais grave.

Artigo 401.º

O adulterio da mulher será punido com o degredo temporario.

§ 1.º O co-réo adúltero sabedor que a mulher é casada, será punido com a mesma pena, ficando obrigado ás perdas e damnos, que devidamente se julgarem.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Vide o commentario, sobre ella e sobre a legislação patria anterior.

¹ *Quæ vim patitur*, dizia a L. 13 § 7 Dig. *ad leg. Jul. de adult.*, *non est in ea causa ut adulterii vel stupri damnetur.*

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 337.^o, 338.^o; de Hesp. art. 349.^o; do Brasil art. 349.^o; da Austria part. 2.^a art. das Duas Sicilias art. 326.^o, 327.^o; etc.

COMMENTARIO.

Entre os romanos a punição do adulterio era a principio deixada a arbitrio do marido, ouvidos os parentes mais proximos ¹; e não apparece lei alguma especial sobre este crime até ao tempo do imperador Augusto, subsistindo até esse tempo a jurisdicção do tribunal domestico, e sendo a pena mais vulgar a de desterro *ad ducentissimum lapidem*, segundo attestam Suetonio e Tacito ².

Augusto nessa lei, conhecida pelo nome de lei Julia *de adulteriis* puniu este crime com a relegação, e não com a pena capital como tem sustentado alguns interpretes. E que a pena do adulterio não era a capital se deduz facilmente das seguintes considerações. 1.^o Da L. 5 Dig. *de quæst.* se vê que o adulterio quando reunia o incesto era punido com a deportação; logo o adulterio simples havia ser punido mais brandamente, e a pena immediata á deportação era

¹ Aul. Gell. X, 13. — Sigon. *De jur. civ. roman.* 9.

² Sueto *in Tiberio*; Tacit. *Annal.* 2. — No emtanto alguns querem que tambem estivesse em uso a pena pecuniaria, e isso parece deduzir-se de Tito Livio, Lib. 10, o qual diz que as multas impostas n'um anno ás mulheres adúlteras foram sufficientes para se construir um templo consagrado a Venus.

a relegação. 2.º A L. 11 Dig. *ad leg.* impõe ao soldado adúltero a pena de deportação; ora se aos soldados eram sempre exasperadas as penas, nos que o não eram havia ser imposta a immediata que, como já vimos era a relegação. 3.º Se a lei Julia prohibia que casasse a mulher condemnada como adúltera, e a privava da facção testamentaria (L. 29 Dig. *ad leg. Jul. de adult.*), e se a adúltera não podia receber cousa alguma que o adúltero lhe tivesse deixado (L. 13 Dig. *de his quæ ut indign. auf.*), já se vê que todas estas disposições seriam inuteis se a pena fosse a de morte.

Prescindindo de outras considerações justificativas desta opinião, a qual, além de outros textos, tem em seu abono a auctoridade do Jcto Paulo¹, remetemos o leitor para o tractado *De criminibus* do celebre Antonio Matheos, professor em Utrecht, o qual, apesar de antigo, ainda hoje tem grande merecimento na parte historica do direito penal.

Constantino Magno foi o primeiro que puniu com pena capital tanto o adúltero, como a adúltera, na L. 30 § 1 Cod. *ad leg. Jul. de adulter.* Justiniano porem na Nov. 134 Cap. 10 modificou a pena a respeito da mulher adúltera, mandando que fosse açoitada e encerrada depois n'um mosteiro por dous annos; se dentro desse tempo o marido não a reclamasse, mandava se lhe cortassem os cabellos, e que ficasse reclusa por toda a vida.

¹ *Adullteri convictas mulieres dimidia parte dotis et tertia parte bonorum, ac relegatione in insulam placuit coerceri.* — Sent. Recept. II, 26 14.

Entre nós não era este crime cohibido por alguma lei penal, mas era deixado á vindicta particular, até ao reinado de D. Diniz, como se vê da sua L. de 9 de Setembro da era 1350, compilada na Ord. Affons. Liv. 5 Tit. 12. D. Affonso 4.º foi o primeiro que puniu o adultério voluntario nos nobres com o perdimento dos bens da Corôa, e nos peões com morte (Ord. Affons. Liv. 5 Tit. 7 § 2). A Ord. Philip. veio punil-o pela fórmula seguinte: se o marido accusava era punido tanto o adúltero como a adúltera com a pena capital (Ord. Liv. 5 Tit. 25 §§ 6, 7); se o marido não accusava, mas deixava o feito á justiça, a pena era a de degredo para Africa por dez annos (cit. Ord. § 4).

Mas o que é notavel, e não pôde deixar de ser observado, é que tendo nós dito que uma condição para a existencia do adultério era o casamento de ambos, ou pelo menos de um dos criminosos, claro era que nos referimos a um matrimonio legitimo celebrado á face da Igreja; mas é notavel, repetimos, que a Ord., publicada depois da recepção do Concilio de Terento, considerasse no Liv. 5 Tit. 26 verdadeiro matrimonio para este fim o matrimonio de facto, e não de direito, entre pessoas que vivessem com fama de casados, sem serem recebidos á face da Igreja.

O nosso Código impôz ao adultério a pena de degredo temporario, e nisto separou-se da maior parte das legislações, as quaes o punem com prisão, em geral mui diminuta. Achamos a penalidade adequada; a adúltera e o seu cúmplice são por meio do degredo separados de uma sociedade que mancharam com seu comportamento vil e infame. Não expomos

a historia da penalidade deste crime nos diversos povos, porque servindo-nos das expressões de Chauveau, seria tão inutil como fastidioso enumerar as penas, ora extravagantes, ora ignominiosas, mas sempre rigorosas, com que o adulterio era fulminado ¹.

Artigo 101.º (continuação.)

§ 2.º Sómente são admissiveis contra o co-réo adultero as provas do flagrante delicto, ou as provas resultantes de cartas, ou outros documentos escriptos por elle.

COMMENTARIO.

Esta disposição, copiada do art. 338.º do codi-go francez, é justificada pelo orador do corpo legis-lativo por occasião da discussão desse codigo pela fórma seguinte. « Era importante fixar a natureza das provas que deverão ser admittidas para estabelecer uma cumplicidade, que a malignidade se compraz muitas vezes em descobrir por indicios frivolos, con-jecturas ousadas, etc. Depois da prova do flagrante delicto, a menos equivooca de todas, os tribunaes não

¹ Sobre o adulterio vide entre os antigos além dos tractadistas, as monographias de J. G. Hoffmann, *Ad leg. Jul. de adulter.* (Tract. ad Viadr. 1840); Kleinschmid, *Observ. ad leg. Jul. de adult.* (Virceb. 1795); J. van Meurs, *De adulterio* (Ley de 1779) etc.; e entre os modernos, A. Bedel, *Nouveau traité de l'adultère* (Paris 1826); E. Hencke, *Fragmente über den Ehebruch* nos seus *Criminal Versuch.* (Berlin 1807); e outros referidos em as notas de Mittermaier a Feuerbach § 373 e seg.

poderão admittir senão as que resultarem de cartas ou outros documentos escriptos pelo co-réo ; é nellas que o seductor descobre a sua paixão e revela o seu segredo ¹. »

Esta doutrina, que pretende fazer reviver o systema das provas legaes é a mais absurda que imaginar-se pôde. A justificação do orador francez nada vale. Diz elle que se não devem admittir outras provas além das referidas do art., porque a malignidade pôde considerar como prova o que não passa de indícios frivolos, e conjecturas ousadas. Mas se isto assim é, prova de mais, porque o mesmo se devia exigir para a prova do adulterio da mulher ; pois se é um descredito do co-réo que a lei quer evitar, exigindo essas provas, porque as não hade exigir tambem para a existencia do crime da mulher ? qual terá mais damno esta ou o co-réo ? ainda que a pena seja a mesma, a deshonra para a mulher sempre é maior.

Além disto a razão allegada envolve uma falta de conceito e de consideração para com os tribunaes : pois se elles podem por outras provas avaliar a existencia do adulterio da mulher, só os havemos julgar sujeitos a *malignidade* para avaliar o do co-réo ?

Demais parece-nos que de semelhante doutrina ainda resulta outro absurdo. Se o adulterio é um crime complexo, se para a existencia delle são necessarias duas pessoas, é indispensavel para a existencia do primeiro elemento do crime (o commercio illicito) que se prove que a mulher teve esse commercio, e para provar isto é necessario que se manifeste

¹ Locié tom. 15 pag. 457.

a pessoa com quem o teve. Ora se isto se provar por outras provas que não as referidas no paragrapho, o resultado será saber-se quem é o co-réo, ser pronunciada a mulher, e não o adúltero; de modo que a existencia da cumplicidade para effeito de condemnar a mulher póde provar-se por outras provas, mas não para punir essa cumplicidade! Isto é o absurdo levado ao excesso.

Emfim mesmo quando fosse fundada a razão com que se motiva semelhante disposição, o Legislador restringiu demasiadamente as provas legais, exigindo documento escripto pelo co-réo; pois póde haver um documento só assignado, e não escripto, o qual constitua prova irrecusavel; tal é o assento de baptismo em que se declara ser uma criança filha da adúltera e do co-réo, sendo este assento assignado por este.

Artigo 401.º (continuação.)

§ 3.º Não poderá impôr-se pena por crime de adúlterio senão em virtude de querella e accusação do marido offendido.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 336.º; de Hesp. art. 360.º; do Brasil art. 352.º; das Duas Sicílias art. 326.º; da Austria part. 2.ª art. 248.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 35 § 3; Alv. de 26 de Setembro de 1769; etc.

COMMENTARIO.

Entre os romanos pela lei Julia *de adulteriis* o crime de adulterio era considerado como publico, podendo querellar da mulher o marido, a familia, e até os estranhos (L. 2 §§ 8 e 9 Dig. *h. t.*). Constantino Magno veio depois restringir este direito admittindo a accusar só o marido e a familia, *extraneos autem procul arceri ab accusatione censemus* (L. 30 Cod. *h. t.*). Mas a jurisprudencia foi depois restringindo ainda mais o direito de accusação, e concedendo-o só ao marido, sendo o direito de quasi todas as nações uniformes em admittir a maxima: *maritus genitalis thori solus vindex*.

A nossa Ord. Liv. 5 Tit. 25 § 3 seguiu esta mesma doutrina ¹, e foi confirmada pelo Alv. de 26 de Setembro de 1769, publicado em razão de se illudir muitas vezes a disposição da Ord., pois devendo os Juizes tirar devassas geraes, em que se inquiria tambem a respeito de concubinatos, muitas vezes ficavam nellas envolvidas mulheres casadas; o Alv. prohibiu taes devassas de concubinatos, e especialmente que nellas se fizessem menção de mulheres casadas.

A Nov. Reforma foi coherente com o systema da Ord. no art. 851.^o, qualificando o adulterio como

¹ Excepto sendo o adulterio commettido com judeo, mouro, ou com parentes e affins em gráo prohibido; mas isto foi derogado pelo Alv. de 1769. Outra excepção tinha lugar no caso de estar o marido ausente, como adiante notamos.

crime particular em que só o marido póde accusar ; e o mesmo fez o nosso *Codigo* neste paragrapho.

Mas não basta vêr a uniformidade da jurisprudencia dos differentes povos neste ponto, é mister conhecer a sua philosophia. Não faltam, antes sobram razões para o justificar, ou seja a respeito da querella contra a mulher ou contra o co-réo adúltero, porque o *Codigo* comprehende ambas. Em primeiro lugar não só o marido tem um interesse principal e dominante na conducta de sua mulher, mas interessa ainda em que ella não seja accusada sem o seu consentimento ; por isso mesmo que uma tal accusação reverte em certo modo sobre elle, pois é um escandalo que ataca a sua honra na opinião publica. Em segundo lugar admittir estranhos a querellar sem o consentimento do marido, seria expôr a tranquillidade do matrimonio dando lugar a funestas consequencias. Emfim sendo o adulterio o crime de duas pessoas, se fosse permittido accusar o co-réo adúltero tambem sem consentimento do marido dar-se-hiam os mesmos resultados já indicados ¹.

Cumpre ter em conta que a disposição do *Codigo* não altera o disposto no art. 866.º § 2 da Nov. Reforma o qual estabelece que quando houver accusação da parte offendida o Ministerio publico deve tambem accusar. Concilia-se deste modo a punição de um crime de resultados de tanta transcendencia,

¹ Chauveau n.º 2362 e seg. ; Pacheco tom. 3 pag. 119 ; etc. — Sobre os crimes em que se não admittit procedimento criminal sem accusação do marido veja-se o artigo de Zachariæ nos *Archiv des Criminalrechts* de 1845.

promovida pela sociedade por meio do seu representante, sem se ir transtornar a ordem e harmonia domestica ; em quanto o marido não accusa, a sociedade respeita-o, visto ser elle o principal offendido, mas logo que o faz, a sociedade acompanha-o e auxilia-o.

E se fallecer o marido que accusar sua mulher de adulterio ficará extineta a accusação, ou deverá proseguir nella o Ministerio publico? Se quizermos attender ao disposto na Ord. Liv. 3 Tit. 25 § 3 poderemos sustentar a affirmativa, que é tambem a opinião de Chauveau (n.º 2878), e do Sr. Neto na not. 4 ao art. 866.º § 2 da Nov. Reforma; todavia o art. 402.º no § un. póde offerecer alguma duvida.

A Ord. Liv. 5 Tit. 28 § 7 ainda admittia um caso em que se podia querellar contra a mulher como adúltera sem necessidade de accusação do marido; e era quando este se achava ausente em parte incerta, e a mulher vivia em publico adulterio.

E se a mulher se prostituiu com consentimento do marido, sendo por isso este criminoso de lenicínio, poderá querellar o Ministerio publico independentemente de querella do marido, a qual não lhe é admittida? O Codigo não o diz, mas por argumento da Ord. Liv. 3 Tit. 25 § 9 parece-nos justa a affirmativa.

Artigo 401.º (continuação.)

§ 4.º O marido não poderá querellar senão contra ambos os co-réos, se forem ambos vivos.

COMMENTARIO.

Esta disposição é idéntica á da segunda parte do art. 354.º do código de Hespanha, e á do art. 253.º do código do Brasil; e Pacheco a justifica dizendo que a lei se viu obrigada a estabelecer esta regra para impedir que paixões particulares impellissem o marido ora contra a mulher, ora contra o seu co-réo; se o delicto é destes dous, continua elle, é indispensavel que a accusação seja feita contra ambos.

Artigo 402.º

O marido não poderá querellar se perdoou a qualquer dos co-réos, ou se se reconciliou ~~com a~~ ~~mulher.~~

§ unico. Todo o procedimento cessará pela extincção da accusação do marido, e do mesmo modo o effeito da condemnação de ambos os co-réos cessará perdoadando o marido a qualquer delles, ou tornando a viver com a mulher.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 350.º, 351.º; da Austria part. 2.ª art. 248.º; de Franca art. 337.º; das Duas Sicilias art. 329.º, 330.º; etc.

COMMENTARIO.

A doutrina do art. já era reconhecida no direito romano pela L. 11 Cod. *ad leg. Jul. de adult.*, a qual dizia que se o marido depois do adulterio continuasse a viver com a mulher não podia accusal-a,

porque os suppunha reconciliados : *Crimen adulterii maritum, retenta in matrimonio uxore, inferre non posse, nemini dubium est.*

O Codigo quer que para o marido não poder querellar, tenha perdoado a qualquer dos co-réos, ou se tenha reconciliado com a mulher. A Ord. Liv. 5 Tit. 23 § 3 exigia assento de perdão, assignado pelo marido, escrivão e juiz ; a nova lei além do perdão, admite como igual força a reconciliação do marido com a mulher, uma vez que esta se prove por algum modo.

A reconciliação póde ser **expressa** ou **tacita** ; a apreciação dos factos que a manifestam fica á prudencia dos tribunaes. E' expressa quando fôr atestada por documentos ou cartas missivas ; é tacita, quando resulta não de documentos, mas de certos factos, v. gr. da cohabitação dos esposos ou das caricias que a mulher tiver recebido posteriormente á descoberta do seu crime. Mas se a reconciliação foi fundada em erro, v. gr. se o esposo souber só de um facto de adulterio, e depois de reconciliado vier ao seu conhecimento a noticia de outros ? a reconciliação não tolhe ao marido o uso da acção criminal por estes novos factos de adulterio, como opinam Bedel, e Chauveau ¹.

No § un. estabelece o Codigo duas theses ; 1.^a que extincta a accusação do marido cessa todo o procedimento criminal ; 2.^a que o effeito da condemnação de ambos os co-réos cessa, perdoando o marido a qualquer delles ou tornando a viver com a mulher.

¹ Bedel, loc. cit. n.º 19 ; Chauveau n.º 2893 e seg.

Quanto á primeira é necessario notarmos que como o art. 866.º § 2 da Nov. Reforma manda ao Ministerio publico que querelle e accuse, logo que a parte offendida querellar, podia entrar em duvida se extincta a accusação do marido pelos modos declarados neste art. do Codigo, ficava ou não extincta a acção do Ministerio publico. O Legislador tira essa duvida, declarando que cessa *todo* o procedimento criminal, tanto o promovido pelo marido, como o promovido pelo representante da sociedade. Isto mesmo tinha resolvido já a Nov. Reforma no citado § 2 dizendo — « *porem a querella ou accusação cessa, logo que as partes desistam ou perdoem.* » —

A segunda these deste paragrapho é uma consequencia do art. 122.º. Cumpre porem notar uma differença entre a antiga legislação e a actual. O Codigo em vez de dizer — *tornando a viver com a mulher* — melhor faria se dissesse como faz no art. — *reconciliando-se com a mulher* — pois pôde haver a reconciliação por outros meios além desse. O perdão que o marido dava á mulher não fazia cessar o procedimento contra o co-réo adúltero, mas só fazia com que, em lugar da pena ordinaria, lhe fosse imposta pena extraordinaria; e o mesmo se verificava ainda quando o perdão do marido se estendesse ao mesmo co-réo. Ord. Liv. 5 Tit. 25 § 3.

Esta Ord. porem era defeituosa, pois querendo sacrificar tudo á paz domestica e honra do marido, lançando um véo sobre o crime logo que este perdoasse ou fechasse os olhos a tal respeito, julgou todavia que o adúltero não devia ficar impune, mas ser punido por equidade com pena extraordinaria. Para

esta porem se poder impôr, era preciso haver um processo até final, e provar a existencia do adulterio: ora provado este, demonstrada ficava a deshonra e opprobrio do marido, e por tanto verificado aquillo que a Ord. por outro lado queria evitar¹.

Artigo 403.º

A sentença passada em caso julgado em causa de divorcio por adulterio, sendo absolutoria produz todos os effeitos na causa criminal.

§ unico. Se fôr condemnatoria não prejudica a causa criminal.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 352.º; das Duas Sicilias art. 327.º; etc.

COMMENTARIO.

O adulterio além da acção criminal para a pena, produz acção civil para obter o divorcio. Eis o fundamento que suppõe o presente art.

Sendo a sentença civil absolutoria ou condemnatoria deverá produzir effeito na causa criminal? A lei seguiu a resolução mais humana e favoravel, diz Pacheco; sendo absolutoria a sentença produz todos os effeitos na causa criminal, sendo condemnatoria não prejudica esta.

¹Sr. Dr. Basilio Alberto, *Lic. de dir. crimin.* pag. 852.

Artigo 404.º

O homem casado que tiver manceba teúda e manteúda na casa conjugal será condemnado na multa de tres mezes a tres annos.

§ 1.º Pelo crime declarado neste art. sómente póde querellar a mulher.

§ 2.º O marido convencido deste crime, ou do crime de excitação á corrupção de sua mulher na fórma do art. 403.º § 1.º não póde querellar pelo adulterio della.

§ 3.º O disposto no § 4.º do art. 401.º, e nos art. 402.º e 403.º tem applicação no caso deste art.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

L. 1 Cod. *ad leg. Jul. de adulter.*

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 339.º; etc.

COMMENTARIO.

Depois do adulterio da mulher segue-se o adulterio do marido. O direito romano não permittia á mulher o accusar o marido como adultero (L. un. Cod. *ad leg. Jul. de adulter.*; e o mesmo seguiu o antigo direito francez; justificando os Jctos esta doutrina com tres razões 1.ª que a incontinençia do marido se consumma as mais das vezes fóra da casa conjugal; 2.ª que não apresenta, como o adulterio da mulher o inconveniente de perturbar a ordem das familias, introduzindo filhos estranhos no meio dos

legítimos ; 3.^a que o contrario iria fornecer ás mulheres pretexto para um sem numero de escandalosas reclamações ¹. Desta desigualdade da lei romana se queixava Plauto (*in Mercat.*) pondo estas palavras na boca de Syra :

*Utinam lex esset eadem, quæ uxori est, viro.
Nam uxor contenta est, quæ bona est, uno viro,
Qui minus vir una uxore contentus flet?*

E' certo que o resultado do adulterio do marido não é igual ao da mulher ; o desta é mais grave em razão de suas consequencias ; mas isso não obsta a que o adulterio d'elle deva ser punido em certos casos. « Depois de ter dado uma garantia ao esposo (dizia o relator do codigo francez no corpo legislativo) era justo offerecer á esposa, senão uma reciprocidade inteira, reprovada pela natureza das cousas e pela differença dos resultados do adulterio nos dous sexos, ao menos um meio para subtrahir a seus olhos a presença e triumphos da sua rival. » Estas considerações fizeram nascer o art. 339.^o do codigo francez, fonte deste que estamos commentando.

A disposição do § 1 funda-se nos mesmos principios que presidiram á do § 3 do art. 401.^o.

No § 2 determina o Codice que se o marido tiver commettido este crime, ou o da excitação á corrupção de sua mulher nos termos do § 1 do art. 405.^o, não possa querellar pelo adulterio della.

No primeiro caso, previsto tambem pelo art.

¹ Jousse, *Justice crimin.* III, 240 ; Fournel, *Traité de l'adultère* pag. 13 e seg. ; etc.

336.º do código francez, o direito romano seguia a mesma doutrina ; o marido adúltero não podia accusar a mulher pelo crime de adulterio ; *periniquum enim videtur esse*, diz a L. 13 § 5 Dig. *de adulter.*, *ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat* : a L. 39 Dig. *Soluto matrimo.* consagra a mesma doutrina : *id ita accipi debet, ut ea lege, quam ambo contempserunt, neuter vindicetur* ; e dá esta razão : *paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur*. A verdadeira razão é a da citada L. 13 § 5 ; a idéa da compensação apresentada na L. 39 *Soluto matrimo.* é falsa, porque um delicto não pôde fazer desaparecer outro.

Mas o facto do marido auctorisar a mulher a entregar-se continuamente á prostituição ? por certo que não ; em quanto porem o marido tiver na casa conjugal concubina teúda e manteúda não pôde que-rellar da mulher ¹.

No segundo caso, isto é, convencido o marido de excitador á corrupção da mulher tambem o direito romano o não admittia a accusar a mulher como adúltera ; *cur enim improbet maritus mores, quos ipse aut ante corrupit, aut postea probavit* ? diz a L. 47 Dig. *Soluto matrimonio* ². A cumplicidade do marido não era entre os romanos sómente um meio de que a mulher podia lançar mão para destruir a sua accusação, era tambem um crime, punido pela lei Ju-

¹ A idéa de Bedel, pela qual se deviam compensar os factos do marido e da mulher, e admittir a accusar aquelle que menos os tivesse repetido, é extravagante e fundada no falso principio da compensação.

² L. 28 Cod. *ad leg. Jul. de adulter.*

lia, assim como o é pelo art. 405.º § 1 do nosso Código. O antigo direito francez admittia a mesma regra, mas nesse caso o Ministerio publico devia accusar tanto o marido como a mulher, segundo atesta Jousse ¹.

Ao § 3 é applicavel o que dissemos nos art. nelle citados.

SECÇÃO 4.ª

LENOCINIO.

Lenocinio (a que os francezes chamam *maquereillage*) é a publica prostituição da honestidade alheia feita com o fim de satisfazer os desejos deshonestos de outrem. « *Lenocinium facit*, diz Ulpiano (L. 4 § 2 Dig. *de his qui not. infam.*), *qui quæstuarium mancipia habuerit, sed et, qui in liberis hunc quæstum exercet, in eadem causa est. Sive autem principaliter hoc negotium gerat, sive alterius negotiationis accessione utatur, cet puta si caupo fuit, vel stabularius, et mancipia talia habuit ministrantia, et occasione ministerii quæstum facientia.* »

Este facto não podia deixar de ser incriminado. O mal que causam os corruptores da mocidade é immenso; abrem á honestidade a estrada da libertinagem; fazem perder ás mulheres um estabelecimento e uma posição que alcançariam sendo virtuosas, e causam a desgraça de suas familias. Por isso Terencio (*Adelph.* II, 1) faz dizer a Saunio, a quem apresenta em scena como corruptor da mocidade: *Leno*

¹ *Justice crimin.* III, 236; Muyart de Vouglans, *Lois crimin.* pag. 222.

*sum, fateor, pernicies communis adolescentium, peccatus, pestis*¹.

Os criminalistas dividem o lenocinio em simples e qualificado, e em gratuito e lucroso. O Código admitindo a primeira distincção, não se fez cargo da segunda talvez por considerar que sendo commettido por dinheiro ou outro qualquer interesse devia a pena ser aggravada segundo as regras geraes.

Artigo 405.º

Se para satisfazer os desejos deshonestos de outrem, o ascendente excitar, favorecer, ou facilitar a prostituição ou corrupção de qualquer pessoa sua descendente, será condemnado a prisão de um a tres annos, e multa correspondente, ficando suspenso dos direitos politicos por doze annos.

§ 1.º O marido que commetter o mesmo crime a respeito de sua mulher, será condemnado no maximo do desterro, e multa de tres mezes a tres annos do seu rendimento, ficando suspenso dos direitos politicos por doze annos.

§ 2.º O tutor ou qualquer outra pessoa encarregada da educação, ou direcção, ou guarda de qualquer menor de vinte e cinco annos, que commetter o mesmo crime a respeito desse menor, será punido com prisão de seis mezes a dous annos, e multa correspondente, e suspensão por doze annos do direito de ser tutor, ou membro de algum conselho de familia, e do de ensinar, ou dirigir, ou concorrer na direcção de qualquer estabelecimento de instrucção.

¹ Vide tambem Plauto, *Rud.* III, v. 2.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

LL. 1, 4 § 2 *de his qui not. infam.*, 29 § 2 *Dig. ad leg. Jul. de adulter.*, 6 *Cod. de spectacul.*, *Novel. 14 § 1*; etc.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 334.º; de *Hesp. art. 357.º*, da *Austria 1.ª part. art. 115.º, 116.º*; *2.ª part. art. 257.º - 260.º*; das *Duas Sicilias art. 332.º, 340.º, 344.º*; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 25 § 9, Tit. 32. — Da *Ord. Affons. Liv. 5 Tit. 16* se vê que D. Affonso 4.º punia os réos de lenocínio com perdimento de bens e açoutes, impondo a pena de morte só no caso de reincidencia. D. João 1.º foi quem estabeleceu penas mais graves as quaes foram lançadas na citada *Ord. Affons.*, donde passaram para as compilações posteriores.

COMMENTARIO.

A pena imposta no art. aos ascendentes que excitam, favorecem ou facilitam a prostituição de seus descendentes é irrisoria. Os pais que abusam do depósito precioso que a natureza e a lei lhes confiou, especulando com a innocencia que deviam ser os primeiros a proteger, e trocando muitas vezes por dinheiro a virtude de suas filhas, commettem um infanticidio moral; e sobre elles deve recahir o rigor da lei. O codigo francez impõe-lhes a pena de dous a cinco annos de prisão e multa correspondente; e

no direito romano, os imperadores Theodosio e Valentiano puniram-os na L. 6 Cod. *de spectaculis* com exilio, trabalhos nas minas, e confisco. E a nossa Ord. Liv. 5 Tit. 32 §§ 4 e 5 castigava os pais que alcovitavam as proprias filhas com açoutes, degredo perpetuo para o Brasil, e perdimento dos bens metade para a camara real, e metade para o accusador; aos que alcovitavam parentes ou affins impunha no § 2 a mesma pena de degredo perpetuo.

No § 1 incrimina o mesmo facto prevenido no art., quando commettido pelo marido a respeito de sua mulher; e com razão porque sendo a familia a base da sociedade, o marido, concorrendo para a corrupção da sua mulher, vai preverter uma instituição de que tanto depende a felicidade publica. Infelizmente a experiencia mostra ter havido homens tão corrompidos chegarem não só a ser indifferente á infidelidade de suas mulheres, mas até a excital-a e favorecel-a, muitas vezes por dinheiro; delles dizia Juvenal. *Satyra 6*:

Optima sed quare Cesennia, teste marito?

Bis quingenta dedit: tanti vocat ille pudicam.

A pena de multa que oCodigo impõe, conjunctamente com o desterro não nos parece dever ser applicada senão ao uso de lenocinio lucroso; e esta reflexão é tambem applicavel ao art., e ao § 2.

A Ord. Liv. 5 Tit. 25 § 9 punia os maridos, que punham suas mulheres a ganho, com açoutes, capellas de cornos, e degredo perpetuo para o Brasil.

Entre os romanos tambem este facto era incriminado pela lei Julia: *Qui questum ex adulterio*

uxoris suæ fecerit plectitur ; nec enim mediocriter delinquit, qui lenocinium in uxore exercuit ; diz a L. 29 § 3 Dig. *ad leg. Jul. de adult.* O que é notavel, adverte Bedel, é que o auctor dessa lei tão severa contra taes maridos fosse Augusto, esse mesmo, que nos diz Suetonio, se não escandalisava de vêr sua mulher Livja, favorecer os seus adulterios e até buscar rivaes¹.

Tambem nos parece diminuta a prisão no caso do § 2.

Artigo 106.º

Toda a pessoa que habitualmente excitar, favorecer, ou facilitar a devassidão, ou corrupção de qualquer menor de vinte e cinco annos, para satisfazer os desejos deshonestos de outrem, será punida com a prisão de três mezes a um anno, e multa correspondente, e suspensão dos direitos politicos por cinco annos.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

L. 4 Dig. *de his qui notant. infam.*

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 334.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR,

Ord. Liv. 5 Tit. 3º.

¹ *Ad viliandas virgines promptior quæ sibi undique etiam ab uxore conquerirentur.* Sueton. in *Aug.* c. 71.

COMMENTARIO.

Já vimos que commettiam o crime de lenocinio todos aquelles que concorriam ou desafiavam para torpesas alheias. No art. anterior occupamo-nos do lenocinio qualificado, e neste vamos examinar o lenocinio que o Codigo considera como simples.

Sendo o *habito segundo* o Codigo uma condição de-te delicto, é claro que a lei exige para a incriminação repetição de actos de corrupção da parte do agente; mas não é preciso que este tenha corrompido muitas victimas, basta que tenha concorrido para prostituir a mais de um individuo a mesma; por outra, como diz Morin, a pluralidade exigida é dos actos de corrupção, mas não a das pessoas corrompidas¹.

Os romanos no tempo da republica livre, só notavam com a infamia os réos deste crime, como já advertimos (L. 4 Dig. de his qui notant. infam.); sendo o imperador Tiberio o primeiro que os puniu com desterro, segundo attesta Suetonio na sua vida Cap. 35, 43, e 44.

A Ord. Liv. 5 Tit. 32 pune no § 1 com açoutes e degredo para fóra da villa e termo para sempre os que alcovitarem virgem ou viuva honesta; no § 2 com degredo para o Brasil por dez annos os que alcovitarem a casada; e com perdimento dos bens (§§ 2 e 3) os que alcovitarem a filha ou irmã daquelle com quem vivem ou de quem recebem bem-fa-

¹ Morin, v.º *Attentats aux mœurs* § 4.

zer, assim como os que alcovitarem christã para mouro ou outro homem de diferente seita. Em todos estes lugares a Ord. suppunha ser o lenocinio lucroso e consummado ; quando porem era gratuito, e tambem quando se não havia chegado a consummar, punia-o no § 7 com degredo por dez annos para o Brasil nos casos em que cabia pena de morte, e nos outros casos com degredo para Africa ou Castro-Marim (segundo a differença dos sexos) por quatro annos

CAPITULO 5.º

CRIMES CONTRA A HONRA, DIFFAMAÇÃO, CALUMNIA E INJURIA.

Os crimes contra a honra são designados pelo nome generico de *injurias*, expressão que foi distrahida do seu primitivo sentido em que era empregada entre os romanos para exprimir tudo o que se fazia contra direito : *quod non jure fit, injuria fieri dicitur* ¹.

As injurias dividem-se em duas grandes classes, *diffamação* e *injuria* propriamente dita. A *diffamação* a que tambem se chama *calumnia*, consiste, segundo o Codigo na imputação feita a alguem de um *certo e determinado* factio offensivo da sua honra e

¹ L. 1 Dig. *de injur. et famos. libell.* — Aquillo a que hoje damos o nome generico de *injurias*, e que se divide em *diffamação* e *injuria* propriamente dita era em direito romano designado pelo nome de *convicium* (cit. L. 1).

consideração, ou na reproducção da imputação¹. A *injuria* propriamente dita consiste na imputação de cousa offensiva da honra e consideração, *mas sem referencia a facto algum determinado*.

Os auctores, e algumas legislações ainda fazem outra divisão das injurias em *reaes*, *verbaes*, e *escriptas*; sendo *reaes* as vias de facto que se empregam contra alguém para o maltractar ou offender; *verbaes* as injurias que se verificam de viva voz (*verbis*), e que os romanos denominavam *convicia*, e *escriptas* as que se verificam por escripto impresso ou manuscrito, ou por outro qualquer meio de publicação, como lithographia, gravura, pintura etc., e a que os romanos chamavam *famosa libella*.

A maior parte dos factos que os auctores, e a antiga legislação consideravam como ~~injurias~~ *reaes*, estão hoje comprehendidos ou no titulo das *offensas corporaes*, ou no dos *attentados ao pudor etc.*: hoje os factos e acções commettidos contra qualquer sómente são punidos como *injurias*, quando forem praticados com animo ou intenção de injuriar (art. 413.^o) e uma vez que não se achem comprehendidos nos mencionados titulos, aonde são punidos com penas mais graves.

¹ A expressão *calumnia* era empregada para designar esta classe de injurias no art. 367.^o do codigo penal francez, mas as LL. de 1819, 1822, e 1848, que vieram alterar essa parte do codigo substituiram a essa denominação a de *diffamação*. O nosso Codigo não se contentou com adoptar esta ultima, quiz tambem na epigraphie accumular a palavra *calumnia*, talvez por vêr que era ainda usada no codigo hespanhol art. 365.^o e seg.

Uma duvida se tem apresentado e vem a ser se hoje nos crimes de diffamação e injuria commettidos pela imprensa se deve ainda reputar em vigor *quanto á pena*¹, a legislação especial anterior sobre os abusos da liberdade de imprensa. Consta-nos que se tem pretendido sustentar a affirmativa. Semelhante opinião parece-nos insustentavel: o Codigo nos art. 407.º, e 410.º pune a diffamação e a injuria tambem quando forem commettidas *por escripto publicado ou por qualquer meio de publicação*: será o jornal em que a injuria é feita um escripto publicado, e um meio de publicação? é; logo não se póde negar que as penas da anterior legislação sobre liberdade de imprensa são hoje inapplicaveis.

Talvez que a opinião contraria nascesse da intenção de fazer escapar os delinquentes á pena de prisão imposta no Codigo como regra geral neste genero de delictos, mas isso não é motivo que nos leve a não cumprir uma lei quando ella é terminante; se o accusado é julgado crimiuoso não é digno de dó, porque os abusos de imprensa devem ser severamente punidos.

A alguem temos tambem ouvido, para sustentar aquella falsa opinião, que a legislação sobre a liberdade de imprensa é especial, e que não tendo o Codigo feito menção especial della se devia reputar em vigor. Isto porem é um triste recurso: porque se se

¹ Dizemos, *quanto á pena*, pois quanto ao processo não tendo elle sido alterado pelo Codigo, ninguem duvida que se deva ainda seguir o estabelecido nessa legislação.

admitte (e não é possível deixar de fazel-o) que o Código nos citados art. comprehende as injurias praticadas por via da imprensa, como reputar ainda em vigor as antigas penas? Daqui dous absurdos; ou dizer que existem duas leis e duas penas para o mesmo delicto: ou que não se execute o Código, apesar d'elle ser claro, o que equivale a dizer que não é a lei posterior que deroga a anterior, mas vice-versa. De mais se se reconhece que o Código comprehende os crimes da imprensa, não se vê o Decreto de 10 de Dezembro de 1852 revogando *toda* a legislação contraria ao mesmo Código?

Artigo 407.º

Se alguém diffamar outrem publicamente, de viva voz ou por escripto publicado, ou por qualquer meio de publicação, imputando-lhe um facto offensivo da sua honra e consideração, ou reproduzindo a imputação, será condemnado a prisão por seis dias a seis meses e multa correspondente.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Inst. §§ 7, 10 *de injur.*; LL. 21, 45 Dig. *ibid.*; L. un. Cod. *de famos. libell.*; etc.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 365.º, 366.º; da Austria 1.ª part. art. 188.º, 189.º, 2.ª part. art. 234.º; das Duas Sicilias art. 186.º; do Brasil art. 229.º-232.º; L. franceza de 17 de Maio de 1819 art. 13.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Vide o

COMMENTARIO.

Começa o Código o Capitulo pela diffamação, feita publicamente, pois não havendo publicidade é regida pela disposição do art. 412.º. Por isso para explicarmos o art. estabeleceremos os elementos da diffamação ou da calúnia feita publicamente, os quaes reduziremos aos seguintes; 1.º que seja imputado a alguém um facto determinado offensivo da sua honra e consideração, ou que essa imputação seja reproduzida; 2.º que seja feita de viva voz ou por escripto publicado ou por qualquer meio de publicação; 3.º que seja feita publicamente; 4.º e com intenção de injuriar¹.

1.º *Que seja imputado a alguém um facto determinado etc.* — Imputar uma cousa a alguém é afirmar que elle a fez ou deixou de fazer, segundo a explicação dada em França na discussão das leis de 1811 pelo orgão da commissão da camara dos de-

¹ Estes caracteres da diffamação são os que apresenta a L. franceza de 17 de Maio de 1819 no art. 13.º; e a L. de 26 de Dezembro de 1832 sobre a liberdade de imprensa publicada no cantão de Vaud. O systema do código francez que só considerava calúnia a imputação de factos que, a serem verdadeiros, dariam lugar a um processo crime, ou exporiam o seu auctor ao desprezo e odio de seus concidadãos, foi victoriosamente refutado por Haus, e Mittermaier nos *Neue Archiv des Criminalr.* tom. 3 pag. 502 e seg.

putados. Mas para haver diffamação é necessario que o facto imputado seja offensivo da honra e consideração da pessoa a quem se faz a imputação, pois sem isso não poderia ser considerada como crime contra a honra. O Codigo diz *contra a honra e consideração*; estas expressões são copiadas do art. 13.º da L. franceza de 17 de Maio de 1819; por occasião da discussão dessa lei propôz um deputado que em vez de *consideração* se empregasse a palavra *reputação* mas Mr. Serres se oppôz a isso dizendo: « A *consideração* entende-se especialmente da estima que cada um pôde ter adquirido no estado que exerce, estima que é para elle uma propriedade preciosa, e que a diffamação poderia atacar sem offender a sua honra: porque um homem honrado pôde não ser diffamado na sua honra, mas pôde sel-o nas outras qualidades moraes que o fazem considerar na opinião publica como bom negociante, bom advogado, bom medico etc. » E' este o sentido em que deve ser tomada a palavra *consideração*, a qual não é o mesmo que *honra*, como acabamos de vêr.

E' necessario mais que a imputação consista em um facto *determinado*, aliás não constitue diffamação, mas só injuria propriamente dita. Assim dizer que um homem roubou outro, que um empregado publico roubou á fazenda uma certa quantia é diffamação; mas affirmar simplesmente que um homem é ladrão, ou falsario é uma injuria; porque no primeiro caso ha um facto preciso e determinado que se imputa, no segundo ha um facto que se não determina, nem precisa.

Ou que essa imputação seja reproduzida, con-

tinúa o Código. A reproducção da imputação póde verificar-se ou seja de viva voz ou por escripto ; mas é necessario que nella, assim como na imputação, haja a intenção criminosa de que abaixo nos occuparemos.

2.º *Que seja feita de viva voz ou por escripto etc.* — A diffamação póde ser verbal ou escripta. Verbal é a que se faz de viva voz, e a que em direito romano se dava o nome de *convicium* e *maledictum* ; havia porem differença entre estas duas expressões ; *convicium* era a injuria feita a alguém n'uma reunião (*in cœtu*) ou por muitos em altas vozes (*pluribus vocibus in unum collatis*. L. 15 § 4, 11 Dig. de injur.). Escripta é a que se verifica por meio de escripto publicado, ou seja manuscripto, impresso, gravado ou lithographado, ou por qualquer meio de publicação. Esta especie de injuria era denominada entre os romanos *libellus famosus* quando continha a imputação de um facto que trazia comsigo infâmia.

3.º *Que haja publicidade.* — Este elemento do delicto foi em França especialmente regulado pelo art. 1.º da L. de 17 de Maio de 1819. Se a diffamação é feita por escripto impresso, lithographado, gravado, ou pintado será publica logo que esse escripto tenha sido publicado ; assim se fôr feita n'um jornal a publicidade resulta da distribuição deste ou de sua communicacão a muitas pessoas ; se fôr feita n'um pasquim será publica logo que este seja fixado n'um lugar publico. Se a diffamação é verbal será publica sendo feita em lugar publico.

Mas que se deve entender por lugar publico ? é

applicavel o que sobre isso dissemos no commentario ao art. 390.º, com a differença que, segundo adverte Morin, no ultraje ao pudor ha publicidade logo que este acto seja praticado n'um lugar publico ainda que deserto nessa occasião, o que não succede na diffamação ; por outras palavras, o que a lei exige nesta não é só uma publicidade *possivel*, como succede quanto ao ultraje ao pudor, é uma publicidade *real e effectiva* que faça chegar ao publico a palavra ou o escripto cuja manifestação é reprehensivel.

4.º *Que haja intenção criminosa.* — E' este um principio consignado já por Ulpiano na L. 3 § 1 Dig. *de injur.* aonde diz que a injuria depende da intenção daquelle que a commette: *injuria ex affectu facientis consistat*; o que se acha igualmente na L. 41 Dig. *ad leg. Aquil.* e na L. 1 Cod. *de injur.* Deve pois examinar-se se a imputação foi feita a serio ou só por graça e brincadeira: *siquis per jocum, injuriarum non tenetur*. Quando porem a expressão for por si mesma diffamatoria, a intenção presume-se de direito, até que o seu auctor tenha provado a não existencia della, segundo a regra ensinada pelo Sr. Paschoal e pelos antigos criminalistas ¹, e deduzida por argumento das LL. 38 § 6 Dig. *de verb. obligat.*, e 3 Cod. *de injur.* ²

Quanto á pena, entre os romanos a injuria verbal (além da reparação civil a que dava lugar por

¹ Carpzov. *Prax. crim.* II, *quest.* 79 n.º 2; Damhouder, *Prax. rer. crim.* c. 137 n.º 14; Muller a Struvio, *Exercit.* 48, *thes.* 55 not. 3.

² Vide Morin v.º *Injures, diffamation, presse* etc.

meio da acção estimatoria) era punida criminalmente com pena arbitraria (§. 7, 10 *Inst. de injur.*, LL. 21, 45 *Dig. ibid.*). O libello famoso era punido com pena de morte (L. un. *Cod. de famos. libel.*).

Entre nós não havia até ao tempo do Sr. D. Affonso 4.^o acção contra as injurias; cada um as vindicava pelas armas. Depois, diz Pereira e Sousa, cahiu-se no extremo contrario, e o fóro viu-se inundado de immensas acções de injurias; o que levou aquelle Monarcha a determinar pela sua L. de 12 de Março de 1393, que não fosse admittida em juizo acção de injuria sem o auctor dar fiança a que, não provando o que allegasse, indemnizaria o réo demandado com outro tanto quanto lhe seria julgado ou provado fosse. As penas dos foraes eram quasi sempre pecuniarias. A *Ord. Liv. 1 Tit. 65 § 23* mandava punir a injuria verbal com pena arbitraria, além dessas dos foraes; vide mais a *Ord. Liv. 5 Tit. 36 § 1*, *Tit. 42*, *Tit. 49*, *Tit. 50*, e *Tit. 117 § 5*. A *Ord. Liv. 4 Tit. 63 § 1* e *Tit. 89 § 5* reputava maior e mais grave a injuria feita em lugar publico.

Quanto ás injurias escriptas, a primeira lei que entre nós apparece contra ellas é a do Sr. D. Diniz de 26 de Abril de 1435 contra os libellos famosos, a qual foi compilada na *Ord. Affons. Liv. 5 Tit. 117*, donde foi tirada a *Ord. Philip. Liv. 5 Tit. 84*, que pune a injuria escripta por meio de pasquins ou cartazes diffamatorios com pena arbitraria, maior que a da injuria verbal atroz ¹.

O nosso Codigo impôz á diffamação a pena de

¹ Pereira e Sousa, *Classes dos crimes* pag. 275, 278.

prisão de seis dias a seis mezes, e multa correspondente, uma vez que não involva imputação de um facto criminoso, ou de factos pelos quaes os empregados publicos são responsaveis no exercicio de suas funcções, pois nestes dous casos a pena (não se provando a veracidade da imputação) é de dous mezes a dous annos de prisão e multa correspondente segundo o art. 409.º.

A multa é uma pena que não devia figurar na lei para este crime; não só porque não tem analogia alguma com elle, mas tambem porque a reparação ou perdas e damnos de que o diffamado deve ser indemnizado, póde elle obtel-as pelo meio que lhe faculta a lei, e de que havemos fallar no commentario ao art. 416.º.

Pelo que respeita á pena de prisão de seis dias a seis mezes só para uns casos é justa, para outros póde ser mui diminuta. E' necessario fazer algumas distincções e consignal-as expressamente na lei. A injuria verbal deveria ser punida com uma pena mais leve do que a injuria escripta; tanto uma como outra deveriam ser punidas mais severamente quando involvessem a falsa imputação de um facto criminoso. O Codigo seguiu esta mesma idéa, mas esqueceu-se da primeira.

Estas considerações não são inuteis. Se as circumstancias referidas fazem variar a criminalidade, a pena, que deve ser proporcional ao delicto, tambem não póde deixar de variar. O Legislador deve sempre ter em vista na escolha e gradação das penas estas judiciosas observações de Haus. « Tres principios, diz elle, formam a base de uma boa legislação

nesta materia (*dos crimes contra a honra*): 1.º é mister que a lei procure conciliar o direito dos homens honestos á estima e consideração de seus semelhantes, com o exercicio do direito não menos sagrado de dizer a verdade sem odio ou maldade para interesse da sociedade ou dos individuos. 2.º Deve a lei conceder uma protecção efficaz, e não illusoria, á honra e á reputação das pessoas, para que os cidadãos se não vejam obrigados a lavar as injurias no sangue dos offensores; pois é responsavel por aquelles crimes que podia e devia prevenir. 3.º Emfim a lei, punindo severamente o temerario, que ousado escarnece da honra de seus concidadãos, deve impedir que a paixão e a irratibilidade destes os constitua em juizes para qualificarem como calumnia o que bem lhes parecer; e para este fim deve em termos claros e precisos definir o que se hade considerar como diffamação e como injuria.»

Artigo 408.º

Não é admissivel prova alguma sobre a verdade dos factos imputados, salvo nos dous casos seguintes:

1.º Quando os factos imputados aos empregados publicos, por elles responsaveis, forem relativos ás suas funcções.

2.º Quando fôr imputado a pessoa particular, ou a empregado publico fóra do exercicio de suas funcções, um facto criminoso; mas neste caso será unicamente admissivel a prova resultante da sentença em juizo criminal passada em julgado; e para este fim se sobre-estará, se houver lugar, na accusação

de diffamação até final decisão sobre o facto criminoso.

Artigo 109.º

Se em qualquer dos casos declarados no art. antecedente, o accusado provar a verdade dos factos imputados, nos termos ali prescriptos, será isento de pena. Se não provar a verdade das imputações, será punido, como calumniador, com a prisão de dous mezes a dous annos, e multa correspondente.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 370.º; L. franceza de 26 de Maio de 1819 art. 20.º; de Hesp. art. 368.º; do Brasil art. 234.º; da Baviera art. 284.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 50 § ult.

COMMENTARIO.

A regra do art. é que não se admittê prova sobre a verdade do facto imputado: por outra fórma, que a veracidade da imputação não exime o delinquente da pena. Mas esta regra (admittida já no art. 370.º do código de França posto que sem restricção alguma, e no art. 20.º da L. de 26 de Maio de 1819) tem duas excepções. A primeira facilmente se justifica, por isso mesmo que o Estado interessa em conhecer os factos que os empregados publicos commettem no exercicio das suas funcções, quando elles torem de natureza tal que os devam deshonnar ou fazer diminuir a sua consideração, para os poder

punir. A prova da verdade dos factos, accusados de diffamatorios, virá a ser para a sociedade, diz Grattier, a mais segura das garantias, e a responsabilidade que ella póde fazer cahir sobre o funcionario publico será quasi sempre sufficiente para o manter dentro da orbita dos seus deveres ¹. Esta excepção que o nosso Codigo copiou da L. franceza de 26 de Maio de 1819, existia na nossa antiga legislação, pois já a Ord. Liv. 5 Tit. 50 § ult. dizia: « *E diffamando alguma pessoa de algum nosso Official. . . que levou alguma peita, ou que acceitou promessa della, ou que fez malicia sómente algum erro em seu Officio, e (NB.) não o provar, mandamos que seja condemnado etc.* »

A segunda excepção querem alguns que já fosse reconhecida pelo direito romano, allegando para isso entre outros textos, o da L. 18 pr. Dig. de injur. aonde o Jcto Paulo diz: *Eum, qui nocentem infamavit, non esse bonum æquum, ob eam rem condemnari; peccata enim nocentium nota esse et oportere, et expedire.* Porem outros, entre elles Muller e Struvio, observaram que não era tanto assim; e que essa L. 18 só podia ter applicação quando a imputação do crime fosse feita com o unico fim de o descobrir, e não com intenção de injuriar o diffamado, ou de se vingar d'elle ou com fórma injuriosa ², e para isto se fundam nas L. 3 Cod. de injur., e na L. un. Cod. de famos. libel, ²,

¹ Grattier, *Lois de la presse* (París 1839) tom. 1 pag. 459.

² Struvius, *Exercit.* 48, *thes.* 55, e 67 not. d; Fa-

Note-se porem que no caso deste n.º 2 o Codico só admittre prova do facto criminoso fundada em sentença de juizo criminal passada em julgado; seguindo nisto os codigos de França, do Brasil, e da Belgica; pois não havendo sentença, o accusado, como diz Haus, podia ter denunciado á justiça esses factos que imputou, sem recorrer á diffamação, provando a sua veracidade por todos os meios de prova ao seu alcance.

E' esta a occasião de examinar as theorias e systemas que tem dividido os criminalistas e as diversas legislações sobre a questão de saber se provando o diffamante a verdade da imputação deve ou não ser isempto da pena.

Gomes, Julius Clarus, Farinacius, Gail, e outros, disseram que essa prova devia ser admittida no caso em que a sociedade tivesse interesse em conhecer os factos imputados ao queixoso, mas que não havendo esse interesse devia o offensor ser punido ainda mesmo provando a imputação¹. Esta doutrina por muito abstracta foi abandonada, pois dava lugar na pratica a grandes arbitrariedades.

Logo depois apparecem dous systemas exclusi-

rinacius, *Quest.* 105 n.º 242, 244; etc. — Mas não poderá ainda a tórma injuriosa da asserção ser considerada como consequencia da justa indignação que a infamia do facto faz sentir ao agente? E' esta, diz Mittermaier, uma questão mui delicada sobre a qual ainda ha muita indecisão.

¹ Mas neste caso provada a imputação era punida a diffamação com pena mais leve, systema que passou para os codigos allemães.

vos ; um defendido por D'Argentré, outro por A. Mathæus. Este seguiu que só havia delicto quando a imputação fosse falsa, mas que sendo verdadeira devia *em todo o caso* ser o accusado isempto da pena, invocando para isso a auctoridade do Jcto Paulo na já citada L. 18 Dig. *de injur.* ¹. D'Argentré pelo contrario sustentava que em caso algum a prova da veracidade da imputação eximia da pena, allegando que o offensor para descobrir esses factos podia recorrer aos tribunaes, accusar, denunciar etc. : *convitii objectionem*, dizia elle, *non valere ad finem convincendi cujusquam, cum pateant tribunalia, et justa accusatio, et denunciandi facultas, et probandi licentia : que ratio reperta est detegendorum criminum* ².

As doutrinas destes dous Jctos exerceram nesta materia uma grande influencia na legislação.

Na Allemanha ainda hoje triumpham os principios de A. Mathæus. Em França o systema de D'Argentré (que era o mesmo do Costume da Bretanha no art. 672.º ³) foi seguido geralmente e applicado nos tribunaes, como attesta Muyart de Vouglans (*Lois criminelles*, pag. 439) ; e essas mesmas idéas influiram no codigo de 1810, servindo-se os oradores do governo dos argumentos de D'Argentré para defender a sua doutrina. A L. de 26 de Maio de 1819 veio fazer neste systema uma modificação importante de-

¹ Vide tambem D'Aguesseau, *Lettre* 340.

² Argentré commentario ao costume da Bretanha art. 672.º n.º 5.

³ « *Qui prouve injure lui avoir été faite, l'injuriant n'est reçu, pour avoir la réparation de l'injure, à vérifier le fait par quel il a injurié.* »

terminando no art. 20.^o que o accusado só seria admittido a provar a verdade da imputação quando esta fosse dirigida contra os depositarios ou agentes da auctoridade publica, ou contra pessoas que obrassem com este character, em razão de factos relativos a suas funcções; e a L. de 25 de Março de 1822 declarou no art. 18.^o que a veracidade da imputação só poderia provar-se por prova escripta, banida a testemunhal. A nossa Ord. citada parece ter seguido este systema pois só admittie esta excepção da lei franceza¹; e o mesmo fez a nossa L. de 22 de Dezembro de 1834, pois dizendo no art. 6.^o que se qualquer publicar libello famoso contra empregado publico seja castigado, *não sendo verdadeiro*, acrescenta que sendo feito contra particular deve ser punido ainda que seja verdadeiro.

O codigo belga (art. 368.^o, 371.^o) seguiu o mesmo principio de D'Argentré com essa excepção do art. 20.^o da L. franceza de 26 de Maio de 1819, e com mais outra permittindo provar a veracidade da imputação, quando o facto imputado a qualquer particular constituir um crime, exigindo-se porem a prova resultante da sentença criminal passada em julgado. Foi este tambem o systema adoptado pelo nosso Codigo².

¹ O nosso Ferreira na *Pratica criminal* com quanto pareça admittir este systema assim restricto, todavia a pag. 28 n.^o 4 sustenta um principio que parece dar mais latitude a excepção, estendendo-a mesmo áquelles que não são empregados publicos, seguindo a doutrina vaga de Gail, Mantica, J. Clarus, e Pegas.

² Haus no art. 376.^o do projecto de codigo que apre-

Não concluiremos este commentario sem apresentar tambem a doutrina do direito inglez e americano. A legislação ingleza adoptou os dous systemas oppostos: quanto ás diffamações verbaes (*slander*) exime da pena em todo o caso o diffamador provando elle os factos imputados; quanto porem á diffamação escripta essa prova nunca exime da pena; e a razão é porque a diffamação escripta ou libello famoso é punida, não tanto como calumnia, do que como um ataque á paz publica (*breach of the peace*); e então seja verdadeira ou falsa a imputação, sempre existe esse ataque, que é o que a lei pune e não a falsidade da imputação¹.

Na America do Norte este systema do direito inglez passou por importantes modificações. Em regra os americanos admittem sempre como os inglezes a prova da injuria quando ella é verbal.

Mas quanto aos libellos famosos ou injurias escriptas as constituições e leis particulares da maior parte dos Estados seguem principios contrarios aos da legislação britanica. Nos Estados da Pensylvania, Delaware, Tennessee, Kentucky, Ohio, Indiana, e Illinois a constituição, segundo o art. 20.^o da L. franceza de 26 de Maio de 1819, admittê a prova da imputação escripta, quando ella é dirigida contra

sentou na Belgica queria tambem que se os factos imputados não fossem criminosos, e o accusado provasse a sua veracidade, e que os não publicara por vingança ou animo de injuriar, lhe fosse attenuada a pena segundo o systema que propõe no art. 332.^o do mesmo projecto.

¹ Destriveaux, *Essais sur le code pénal* pag. 150; Blackstone, *Comment.* Liv. 4 Cap. 12.

qualquer pessoa revestida de caracter publico por factos praticados no exercicio de suas funcções¹. As constituições do Mississippi e do Missouri, e o acto legislativo do New-Jersey de 1799 vão mais longe porque admittem em todo o caso a prova da imputação, ainda quando relativa a factos da vida privada de qualquer individuo².

Artigo 110.º

O crime de injuria, não se imputando facto algum determinado, se fôr commettido contra qualquer pessoa publicamente de viva voz, ou por escripto publicado, ou por qualquer meio de publicação, será punido com tres dias a tres mezes de prisão, e multa correspondente.

§ unico. Na accusação por injuria não se admittie prova sobre a verdade de facto algum a que a injuria se possa referir, salvo nos casos declarados nos dous numeros do art. 108.º.

¹ Advirta-se porem que pela Constituição da Pennsylvania, revista em 1821, é necessario para a isempção da pena que o accusado além da verdade da imputação, prove que obrou com intenção honesta e louvavel, e não por vingança ou com o fim de injuriar. Este systema que era ja o sancionado em 1805 em New-York pelo acto da legislatura de 6 d'Abril de 1805, foi tambem consagrado no Massachusetts por uma lei de Março de 1827, e na Luisiania pelo codigo de Livingston.

² Veja-se sobre esta parte da legislação americana Kent, *Commentaries on American law*, e o extracto desta obra feito por Mittermaier no *Kritisch Leitschrift* tom. 5 pag. 140 e seg.

e multa os factos offensivos da consideração devida a essa Auctoridade, saber quando merecerem pena maior por constituirem delicto punido com penas mais graves pela lei. O art. 5.º da L. franceza de 23 de Março de 1822 contém uma disposição semelhante.

E' necessario ter muita cautela com as expressões — *offensivo da consideração* — pois são muito elasticas; assim tirar o chapéo a uma Auctoridade póde ser um acto de respeito, mas nem por isso constituirá crime, se não se provar 1.º que na opinião publica lhe é devido esse acto, como de consideração; 2.º que o accusado o omittiu não só maliciosamente, mas tambem com o fim de injuriar.

Artigo 415.º

Os crimes declarados neste Capitulo, commettidos contra o pai ou mãe legitimos, ou naturaes, ou algum dos ascendentes legitimos, serão sempre punidos com o maximo da pena, sem prejuizo do disposto no art. 365.º.

§ unico. Se os mesmos crimes forem acompanhados de outras circumstancias aggravantes, observar-se-hão as regras geraes.

COMMENTARIO.

A aggravação estabelecida neste art. funda-se no direito natural; não carece de commentario uma cousa dictada pela razão, e approvada pelo sentimento.

A nossa Ord. estabeleceu o mesmo principio no Liv. 3.º Tit. 41, considerando como atroz e qualificada a injuria feita pelo filho a seu pai. E tanta im-

portancia ligava a este principio que no Liv. 4 Tit. 88 § 5 declarou que podia ser desherdado o filho que doestasse seu pai ou mãe com palavras graves e injuriosas, deixando ao arbitrio do Juiz a decisão da gravidade da injuria.

Mas poderá o pai durante a sua vida intentar acção para que o filho por esta causa seja julgado indigno da herança paterna? Gabriel Pereira, *Decis.* 103 pronuncia-se pela negativa, fundado na Auth. *ut cum, de appellat § causas*, e *§ sive igitur*, a qual só dispõe que o pai possa desherdar o filho em testamento, sendo o herdeiro instituido obrigado a provar a existencia da causa de desherdar; doutrina que elle diz ser a da nossa legislação, combinada a Ord. Liv. 4 Tit. 88 § 5 com a do Tit. 82 § 2¹.

Artigo 416.º

Não poderá ter lugar procedimento judicial pelos crimes de diffamação, e de injuria, senão a requerimento da parte, quando esta fôr um particular, ou empregado publico individualmente diffamado, ou injuriado, salvo nos casos declarados no Capitulo 2.º do Tit. 3.º deste livro.

§ unico. A regra deste art. não terá lugar, quando o crime fôr commettido na presença das au-

¹ No entanto a respeito do direito de desherdar que compete aos pais quando os filhos casam sem sua licença, e sem supplemento do magistrado competente, diz o Assento 4.º de 20 de Julho de 1780, que os pais podem logo em vida requerer que os filhos se julguem desherdados dos bens, que por sua morte teriam direito de pedir.

toridades publicas, ou dos ministros ecclesiasticos no exercicio do seu ministerio, ou nos edificios destinados ao serviço publico, ou ao culto religioso, ou nos paços reaes.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 331.º.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

. Reforma art. 854.º n.º 4; etc. .

COMMENTARIO.

Da injuria nascem duas acções, uma *criminal* para a imposição da pena, outra *civil* para a reparação do damno, segundo declara Justiniano no § 10 *Inst. de injur.* Estas acções podem ambas cumular-se, pedindo-se ao mesmo tempo a imposição da pena e a reparação. como o **permite expressamente** a Nov. Reforma nos art. 544.º, 1165.º, e 1166.º, determinando que se no libello accusatorio se pedirem perdas e damnos, o Juiz (*ainda mesmo que o crime se não julgue provado* ¹) perguntará ao jury, depois de ouvir o accusado ou seu advogado, se o facto existiu e se o réo é por elle responsavel a perdas e damnos; e que sendo affirmativas as respostas, a ambos os quesitos condemnará o accusado na reparação das perdas e damnos ¹.

¹ A Nov. Reforma seguiu nesta parte a doutrina de Farinacius (*Quest.* 100 n.º 116), o qual decidia que ainda mesmo sendo o réo absolvido podia o accusador

Podem também as duas acções intentar-se separadamente ; e ainda que se tenha usado de uma, póde ainda depois intentar-se a outra, como ensina Corrêa Telles na *doutrina das acções*. Nota porem Ferreira na *Pratica criminal* que se alguma destas acções, v gr. a civil, fôr intentada primeiro do que a criminal, não póde esta ser intentada antes de decidida aquella, e vice-versa ; doutrina esta fundada nas LL un: *quando civilis actio prejudicat crimin.*, e ult Cod. *de ordin. cognit* ¹.

O Codigo determina neste art. que a acção de injuria não póde ter lugar senão a requerimento da parte, nos casos em que esta fôr um *particular*, ou mesmo empregado publico *individualmente* injuriado ou diffamado ; salvo nos casos declarados no Cap. 2 Tit. 3 (art. 181.º - 188.º) deste livro, porque neste caso não é necessario requerimento do offendido para ter lugar o procedimento.

A Nov. Reforma no art. 854.º n.º 4 tambem considerou como crimes particulares as injurias reaes, escriptas, ou verbaes, não sendo qualificadas por alguma cousa, que lhes augmente a imputação em razão da pessoa, tempo, lugar, e modo. Nisto seguiu o direito romano do Codigo Justiniano, o qual na L. 7 *de injur.* declara que *injuriarum causa non publici judicii, sed privati continet quærellam* ; bem como a L. franceza de 26 de Maio de 1819 (art. 1.º - 5.º).

intentar a acção civil ; e abandonou a opinião contraria do nosso Caldas á L. un. Cod. *ex delict. defunctor.* n.º 32 tom. 6.

¹ C. Telles, *Acções* § 457 not. 2 ; Ferreira, *Pratica criminal* pag. 168 n.º 9 a 12.

Achamos justo o principio. A parte offendida póde desprezar o insulto, e julgar abaixo da sua dignidade o responder a uma injuria; póde antes querer tomar por juiz a opinião publica, e patentear por meio da imprensa a calumnia de que é victima; póde enfim ter interesse em que o negocio não tenha a publicidade que resulta das discussões nos tribunaes, e em evitar escandalos que muitas vezes dellas nascem. E então com que direito, diz Haus, hade o Legislador forçar em certo modo a pessoa insultada a descer a arena judiciaria para defender a sua honra contra ataques que despreza?

Mas quanto ás injurias feitas por meio da imprensa talvez se **podesse combater**; por quanto nos abusos de liberdade de imprensa não ha só **o ataque** á honra do individuo, ha um ataque **directo á sociedade**, aviltando-se uma instituição tão util como é a imprensa; e nesta parte **será sustentavel a idéa da legislação ingleza.**

A excepção do § un. é razoavel. Se a injuria é feita na presença das Auctoridades offende-as tambem; e o mesmo se verifica nos outros casos apontados no parographo.

Artigo 417.º

O crime de **diffamação**, ou de injuria, commetido contra uma **pessoa já fallecida**, será punido, se accusar o ascendente ou descendente, ou conjuge ou irmão, ou herdeiro desta pessoa.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 378.º.

COMMENTARIO.

Atacar a memoria de uma pessoa fallecida é juntar a fraqueza á perfidia ¹: por isso o direito romano concedia ao herdeiro uma acção de injuria para vindicar o insulto feito ao cadaver ou á memoria d'aquelle cujos bens havia herdado (L. 1 §§ 4 e 6, L. 27 de injur.; L. 8 Dig. de religios.).

O codigo de Hespanha permite em todo o caso ao herdeiro do defuncto o direito de accusação; mas quanto aos ascendentes, descendentes, conjuges, e irmãos só lh'o concede *quando a injuria ou diffamação feita ao defuncto recahir tambem sobre elles.*

O nosso Codigo não pôz esta restricção ao direito de accusar.

As leis penaes d'Allemanha seguem geralmente a regra do art. antecedente; e só os de Saxe e do Hanover admittem a excepção que a elle faz o presente art.

Artigo 418.º

Será isempto da pena aquelle que em juizo der, a requerimento do offendido explicação satisfatoria da diffamação, ou injuria de que fôr accusado.

COMMENTARIO.

Isto é razoavel. Logo que o injuriante mostre em juizo que não fôra sua tenção diffamar ou injuriar

¹ Dupin, *Observations* pag. 278 e seg.

o queixoso, cessa o mal, está reparada a offensa, e por isso deve tambem cessar a pena.

Artigo 419.º

Se os discursos proferidos em juizo, ou os escriptos ahi produzidos contiverem **diffamação ou injuria**, poderão os juizes, perante quem pender a causa, **sus-**pender até seis mezes, e no caso de reincidencia, por dobrado tempo, os **advogados ou procuradores**, que tiverem commettido a **diffamação, ou injuria**. Poderão tambem mandar riscar nos escriptos as expressões difamatorias, ou injuriasas.

§ unico. Se estas expressões forem relativas a factos estranhos á causa, ou se a diffamação ou injuria fôr de tal natureza, ou acompanhada de taes circumstancias, que aos juizes pareça dever impôr-se **pena mais grave**, ordenarão provisoriamente a **suspensão mencionada** neste art. e remetterão as partes ao **juizo competente**.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

L. 6 § 1 Cod. *de postulando*.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 377.º; L. franceza de 17 de Maio de 1819 art. 23.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 1 Tit. 75 § 10.

COMMENTARIO.

« Não devem esquecer, diz Pereira e Sousa, as injurias: que se espalham nas allegações do fôro, no que os Advogados não dão uma idéa favoravel dos seus talentos. A injuria é o recurso ordinario dos espiritos mediocres. O genio sómente se mostra na ordem e discussão dos argumentos; as graças da eloquencia, a bellesa da dicção, e a força dos discursos é que devem fazer o triumpho da causa, e não as injurias, que mostrando a malignidade do coração, não podem descobrir alguma energia do espirito. »

O nosso criminalista tinha toda a razão no que escreveu; e não fez mais do que reproduzir os conselhos dados aos Advogados na L. 6 § 1 Cod. de postulando ¹.

Se os Advogados ou procuradores se esquecem destes principios de cortesia, urbanidade, e respeito aos Tribunaes proferindo em juizo discursos, ou produzindo escriptos que conttenham diffamação, concede o Codigo aos Juizes perante quem pender a causa o direito de os suspender até seis mezes, ou até ao dobro no caso de reincidencia, e de mandar riscar nos escriptos as expressões injuriosas ou diffamatorias.

Quando porem as expressões forem relativas a factos estranhos á causa, ou quando a diffamação ou

¹ *Ita advocati præbeant patrocinia jurgantibus, ut non ultra, quam litium postulat utilitas, in licentiam conviciandi et maledicendi temeritatem prorumpant: agent, quod causa desiderat, temperent se ab injuria.* »

injuria fôr de natureza tal, ou acompanhada de circumstancias taes, que aos Juizes pareça dever impôr-se pena mais grave, diz o Codigo no § un., que nestes dous casos ordenarão a suspensão ordenada no art. e remetterão as partes ao Juizo competente ¹.

Esta doutrina parece ter alguma analogia com o systema da nossa anterior jurisprudencia. Diz Lobbão que ou escriptos injuriosos produzidos em Juizo conduzem a bem do articulante, ou são totalmente impertinentes nella : *si primum*, se elles depois se não provam, póde o injuriado accusar a injuria, mas só finda a causa ; *si secundum* póde logo accusal-a sem esperar o fim da causa.

Notámos já a L. 6 Cod. *de postulando* na qual os imperadores Valente e Valentiniano estabeleceram em poucas palavras a conveniencia do decoro que os Advogados deviam guardar nas discussões ; mas esqueceu-nos advertir que no tempo da republica livre Roma offerecia ao Advogado uma liberdade illimitada. E' força porem confessar que os excessos della foram, como nota Grellet-Dumazeau, uma causa incessante de odios e perturbações, e contribuíram tambem em grande parte para preparar essa dissolução que deu em resultado a quéda do governo popular ².

¹ Era melhor que o Codigo dissesse que o Juiz mandaria autoar o delinquente, remettendo o auto ao Ministerio publico.

² Grellet-Dumazeau, *Le barreau romain* (Paris 1851) pag. 208 e seg.

Artigo 420.º

O ultraje á moral publica commettido publicamente por palavras, será punido com a prisão de tres dias a dous mezes, e multa até um mez.

§ unico. Se fôr commettido este crime por escripto publicado, ou por outro qualquer meio de publicação, a pena será a de prisão de um mez a tres annos, e multa correspondente.

COMMENTARIO.

Com quanto seja justa a disposição do art. , acha-se deslocado neste Capitulo ; o seu lugar proprio devia ser em seguida ao art. 390.º¹.

TITULO V.

DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE.

Depois de ter concluido a serie dos crimes contra as pessoas, occupa-se o Codigo dos crimes contra a propriedade. Sendo esta a base essencial de toda a sociedade, e um dos seus mais poderosos elementos de ordem e civilisação, era necessario que a lei a protegesse contra os ataques que lhe podem ser dirigidos, pois do contrario exporia o socego e tranquillidade da mesma sociedade.

¹ Sobre as injurias por direito romano vide Zimmerman, *De injur. ex jure romano* (Berlin 1835); e em geral Chassan, *Delits et contravcent. de la parole* (Paris 1837), e os AA. citados por Mittermaier notas aos §§ 271 e seg. de Feuerbach.

CAPITULO 1.º

DO FURTO, E DO ROUBO, E DA USURPAÇÃO DE COUSA
IMMOVEL.

SECÇÃO 1.ª

FURTO.

O Jcto Paulo na L. 3 § 1 Dig. *de furtis* definiu o furto: *contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve*. Desta definição, adoptada por Justiniano nas Institutas, se vê que além de exigir como elementos essenciaes deste crime a subtracção de uma coisa, e a fraude, estendia o delicto ao simples abuso do uso e da posse, e considerava como fim necessario do delicto o pensamento de lucro.

Porem o mesmo Jcto Paulo nas suas *Sentenças* (II. 31, 1) tinha definido o furto mais restrictamente fazendo-o consistir sómente na subtracção fraudulenta da coisa alheia: *fur est, qui dolo malo rem alienam contrectat*; rejeitando neste lugar a idéa do furto de uso ou de posse que seguira na definição transcripta na L. 3 Dig. *de furtis*. Mas apesar desta definição das sentenças de Paulo ter sido abandonada por Justiniano, é certo que foi quasi geralmente adoptada pela jurisprudencia e legislação posterior, considerando-se furto a subtracção fraudulenta da coisa alheia; e foi este tambem o systema que o nosso Codice seguiu, abandonando o da L. 3 § 1 Dig. *de furtis*, e da Instituta; e por isso os elementos constitutivos do

furto são, segundo elle, os seguintes, 1.º que haja subtracção de uma cousa movel; 2.º que seja acompanhada de fraude; 3.º que a cousa seja alheia; cada um dos quaes passamos a examinar.

1.º *Que haja subtracção de uma cousa movel.*

— A subtracção (que os romanos exprimiam pela palavra *contrectatio* ¹) consiste em pegar em uma cousa e leval-a consigo; não basta pois para a existencia do crime que o agente tenha posto a mão sobre a cousa, e a tenha mudado de um lugar para outro; se ella não foi levada pelo accusado, poderá existir a intenção, mas o delicto não está consummado, não passa ainda de projecto. E' o que já declarava mui positivamente o direito romano na regra; *furtum sine contrectatione fieri non potest, nec animo furtum admittitur* ².

Nem a isto se oppõe a regra pela qual se pune a tentativa do furto, e por conseguinte sem haver ainda a consummação; porque o crime, diz Chauveau, reputa-se consummado por uma especie de presumpção da lei. E' certo porem que os criminalistas, como veremos commentando o § 2 do art. 421.º divergem muito quanto á determinação dos factos que constituem começo de execução de facto, para se estabelecer a existencia da tentativa segundo as regras do art. 6.º.

Dissemos que a subtracção devia ser de cousa

¹ Sobre a força desta expressão veja-se a excellente dissertação de Birnbaum nos *Archiv des Criminalrechts* de 1843 pag. 1-26, e 146-169.

² L. 3 § 18 de *adquir. vel omitt. posscs.*, L. 52 § 19 Dig. de *furtis*.

movel; a razão é obvia; se para existir subtracção de uma cousa é necessario que esta possa ser transportada de um lugar para outro, já se vê que a subtracção só se póde verificar a respeito de cousas moveis. Os immoveis podem ser objecto de uma occupação fraudulenta ou violenta, mas neste caso o crime é o de usurpação de cousa immovel, de que adiante nos havemos occupar, e não o de furto. Estas idéas apparecem claramente na legislação romana. « *Abolita est quorundam veterum sententia, existimantium etiam fundi locive furtum fieri* ¹, » diz o § 2 Inst. de usucap.; — « *verum est quod plerique probant, fundi furti agi non posse,* » diz a L. 25 pr. Dig. de furtis. O que a glossa a esta lei substanciou na seguinte regra: *furtum non committitur in rebus immobilibus.*

Na Belgica apresentou-se no tribunal de Liège a questão, se se podia ou não considerar como subtracção o facto de um individuo que tendo na sua loja, allumiada a gaz, um regulador ou contador destinado a marcar a quantidade de gaz que se consummisse, lhe alterou o machinismo com o fim de poder gastar mais sem pagar a differença; e decidiu-se affirmativamente por sentença, confirmada na Relação (*cour d'appel*) por accordão de 20 de Junho de 1845.

² Esta opinião dos antigos a que se referem as Institutas era a dos Sabinianos os quaes diziam que tambem se podia dar furto a respeito de immoveis, como attesta A. Gellio (II, 18); mas tal opinião já era geralmente reprovada no tempo de Gaio, como elle declara nas suas Institutas (II, 51).

2.^o *Que seja acompanhada de fraude.* — E' o mesmo principio do direito romano: *furtum sine affectu furandi non committitur* (§ 7 Inst. de oblig. quæ ex del. ¹). Esta condição não é outra cousa mais do que a condição da intenção criminosa; e se a lei a enuncia neste caso de um modo expresso, diz Rauter, é para prevenir erros e equivocos; pois ha casos em que uma pessoa pôde tirar uma cousa sem ser com o fim de furtar, v. gr. por inadvertencia, julgando que é sua, ou que o faz com consentimento de seu dono.

E' necessario pois que o agente tenha a intenção de privar da cousa o dono contra vontade deste. E' advirta-se que é indifferente o fim com que elle praticou o furto; basta só a intenção de privar da cousa o seu dono, pois nisto é que consiste o crime. Differente era o espirito da legislação romana pois exigia como elemento do delicto a intenção do agente lucrar com o furto, *animum lucri faciendi* (§ 1 Inst. de oblig. quæ ex del. ²); e a razão é porque não attendia tanto ao facto como á sua causa impulsiva, segundo se vê da L. 39 Dig. de furtis: *nec enim factum quæritur, sed causa faciendi.* » Dahi resultava não serem réos de furto aquelles que só por maldade e para causar damno, mas sem intuito de lucro, subtrahiam cousa alheia.

¹ Vide tambem L. 46 § 7 Dig. de furtis. — A mesma doutrina se encontra nas LL. 41 § 1 ad leg. Aquil., e 55 Dig. de furtis: « *Cum facto enim etiam animum furis furtus cogit.* »

² O codigo de Hespanha no art. 426.^o seguiu nesta parte o direito romano.

3.º *Quê a cousa seja alheia.* — A necessidade de ser alheia a cousa subtrahida para existir o delicto, reconhecida pelo Código no art. 421.º nas palavras, *que lhe não pertença*, era exigida também no direito romano; «*rei nostræ furtum facere non possumus*, » diz Paulo nas suas *Sentenças* (lib. II, tit. 31 § 21). Uma excepção porem a este principio se apresenta no art. 422.º, como teremos occasião de notar mais detidamente.

Conhecidos por esta fórma os elementos do furto, podemos mais facilmente entrar no exame dos art. da Secção.

Artigo 421.º

Aquelle que commetter o crime de furto, subtrahindo fraudulentamente uma cousa, que lhe não pertença, será degradado temporariamente, se o valor da cousa furtada exceder a vinte mil réis.

§ 1.º Se não exceder a esta quantia, a pena será a de prisão correccional.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Sobre ella, e sobre o anterior direito patrio vide o commentario.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 399.º, 401.º; de Hesp. art. 426.º, 427.º; do Brasil art. 257.º, 258.º; das Duas Sicílias art. 417.º, 453.º; da Baviera art. 215.º; etc.

COMMENTARIO.

Não ha classe de delictos, diz Filangieri, em que as leis dos diversos povos e das differentes épo-

cas tenham sido tão varias, como a dos attentados contra a propriedade. Todavia passando em silencio as disposições dos diversos povos sobre tal assumpto, pois não escrevemos a historia do direito penal, limitar-nos-hemos á dos romanos e dahi descoremos até nós.

Entre os romanos a lei decenviral fazia distincção entre furto *manifesta* e *não manifesta*. O ladrão manifesto se commettia o furto de noite, ou resistia com armas podia ser morto; se o praticava de dia e sem armas, sendo homem livre era açoutado, e *addictus* ao roubado, sendo escravo era açoutado e precipitado da rocha tarpeia; e sendo impubere era açoutado a arbitrio do magistrado. O furto não manifesto era punido com a pena pecuniaria do duplo.

A jurisprudencia pretoria veio modificar este rigor primitivo reduzindo a pena do furto manifesto ao quadruplo do valor furtado (LL. 3, 4, 5, e 8 Dig. de *furtis*), permittindo matar o ladrão só no caso em que resistisse com armas (L. 9 Dig. *ad leg. Cornel. de sicar.*): e Justiniano veio na Nov. 134 Cap. ult. estatuir que nunca se punisse com a morte ou mutilação o furto feito sem armas e sem violencias.

Não passaremos mais ávante sem tornar bem sensível a distincção que os romanos faziam entre furto manifesto e não manifesto. Era *manifesto* aquelle em que o ladrão era encontrado no acto de furtar, ou quando era descoberto e perseguido com clamores em qualquer outro lugar, mas tendo em seu poder o furto, e antes de chegar ao local aonde com elle se dirigia. Era *não manifesta* quando nenhuma destas circumstancias se dava. Esta distincção entre

furto manifesto e não manifesto foi seguido por Labeão, por Gaio (Inst. III, 183), e por Justiniano (§ 3 Inst. de obligat. quæ ex delict.). Porém os Jctos Sulpicio e Sabino faziam quatro especies de furto, e não duas como Labeão; *manifesto*, *não manifesto*, *concepto*, e *oblato*; opinião que foi tambem seguida pelo Jcto Paulo em suas *Sentenças* (II, 31 § 2). E' certo porem que a divisão de Labeão era mais rasoavel, porque, como diz Mr. Ortolan ¹, o que Paulo chama furto *concepto* e furto *oblato* não são especies do crime de furto, mas especies de acções inherentes ao furto segundo as circumstancias accidentaes, do mesmo modo que o furto *prohibido*, e o *não prohibido* ².

A nossa legislação punia o furto simples segundo a sua quantidade; não excedendo a marco de pralta, com açoutes ou pena afflictiva, e pecuniaria segundo a condição do ladrão, qualidade e quantidade do furto (Ord. Liv. 5 Tit. 60 § 2; Alv. de 25 de Dezembro de 1608 § 26; excedendo essa quantia, com pena capital (Ord. Liv. 5 Tit. 60 §§ 1 e 4 ³).

A imposição da pena de morte ao furto simples baseava-se n'uma falsa interpretação dada pelos commentadores á L. 28 Dig. de *pænis*, a qual se refere só a latrocinios e roubos de estrada; interpretação

¹ *Explication historiq. des Instituts*, Liv. 4 tit. 1 § 3.

² Do furto *conceptum* tractaremos no commentario ao art. 463.^o

³ Este marco era de oito onças, como declara a Ord. Liv. 1 Tit. 18 § 36, as quaes ao tempo da compilação da Ord. valiam 2.600 réis, como diz Pegás tom. 5 á Ord. Liv. I Tit. 65 § 31 n.^o 42. — Vide Leitão, *De jure lusit.* tract. 3, qu. 3 n.^o 78.

esta que converteu a nossa legislação criminal sobre furto, bem como a da maior parte das nações da Europa, em uma legislação verdadeiramente draconina. E que se seguiu dahi, diz Filangieri? vêr-se o magistrado obrigado de contínuo a oppôr a piedade ao oraculo tyrannico que devia dirigi-lo; e ser a verdade trahida nas decisões dos tribunaes, assim como os principios eternos da justiça eram violados na lei.

Estes inconvenientes deviam tornar-se bem sensiveis por occasião da reforma da penalidade no seculo XVIII; e realmente o foram, abandonando dahi em diante as leis a barbaridade que respiravam para se accommodarem ás exigencias da justiça; o Grão-duque Pedro Leopoldo José foi quem primeiro deu o exemplo, fazendo desaparecer do seu novo codigo criminal, publicado em 1786, as penalidades atrozes, levando comsigo as benções do povo quando quatro annos mais tarde foi chamado a occupar o throno imperial d'Allemanha.

O nosso Codigo estabelece para o furto uma pena sem duvida mais suave do que a das Ord., tomando para base della o valor da cousa roubada, seguindo o principio de que no furto de maior quantia ha maior damno do que no furto de pequenas quantidades.

Com quanto este systema seja geralmente o seguido pela legislação allemã, não nos parece razoavel, porque se funda n'uma base falsa. Em primeiro lugar não é exacto em these que quem furta mais de 20\$000 réis cause mais prejuizo do que quem furta, por exemplo 1\$000 réis. O prejuizo ou damno não se póde estabelecer em these, mas só em cada hypo-

these especial. Dez tostões, furtados a um homem pouco abastado, fazem-lhe mais falta do que um conto de réis furtado a um millionario ; e todavia, segundo o systema da lei, o primeiro furto é punido só com prisão correccional, e o segundo com degredo temporario ; vindo assim o Legislador a contradizer na hypothese o principio de que se serviu em these para graduar a pena. Em segundo lugar o que se pune neste crime é o ataque ao direito de propriedade, e este direito tão sagrado é no pequeno, como no grande-proprietario.

Por isso julgamos que a pena devia ser de uma só qualidade para todos os casos (v. gr. prisão) com um maximo e minimo, dando-se ao Juiz um arbitrio para subir ou descer entre esses dous termos, segundo o maior ou menor damno que o ladrão tivesse causado ao roubado. Este systema, que é o de Filangieri, parece-nos o mais rasoavel ; Platão já havia reconhecido este principio no seu livro das leis (*diálogo 9*), e o desenvolveu respondendo a uma objecção de Clinias : *de furto autem sive magnum quid, seu parvum quis furatus sit, una lex, pœnaque similis omnibus sit.*

Artigo 121.º (continuação.)

§ 2.º A tentativa de furto será sempre punida applicando-se as regras geraes.

§ 3.º A segunda reincidencia será punida com o degredo temporario, se a pena correspondente fôr a prisão correccional ; e com o degredo por toda a vida, se a pena fôr a de degredo temporario.

COMMENTARIO.

A declaração do § 1 era necessaria : pois tendo-se dito no art. 8.º que nos crimes punidos com penas correccionaes não era punivel a tentativa, salvos nos casos exceptuados, podia entrar em duvida se era ou não punivel a tentativa do furto inferior a vinte mil réis. O Codigo decide-o affirmativamente, como indica a palavra *sempre*, isto é em todos os casos de furto.

O nosso Codigo mandando punir a tentativa do furto segundo a regra geral do art. 89.º, abandonou o systema do art. 401.º do codigo francez, e do art. 17.º da L. 25 do *frimaire* do anno VIII, os quaes assemelham a tentativa ao crime consummado.

Divergem porem os criminalistas sobre quaes sejam os factos que devem ser considerados como constituindo começo de execução para formarem a tentativa do furto : e com effeito, adverte com razão Nypels, é difficil o estabelecer-se uma regra geral a semelhante respeito. Mas o que sempre se deve ter em conta é que o facto envolva começo de execução de subtracção fraudulenta de cousa alheia.

O § 2 estabelece uma aggravacão especial para a segunda reincidencia, isto é, para o terceiro furto commettido pelo mesmo individuo. A Ord. Liv. 5 Tit. 60 § 3 era mais severa e barbara, porque punia o terceiro furto com pena de morte, excedendo todos os tres a somma de quatrocentos réis ; isto ainda que os dous primeiros já tivessem sido punidos. Foi para se conhecer se o ladrão era reincidente, e

se lhe poder applicar esta pena, que a Lei da Reformação da Justiça no § 19, e as LL. de 6 de Dezembro de 1612, e 30 de Março de 1642 § 8 estabeleceram a pratica de serem os ladrões marcados com ferro quente, segundo opina o Repertorio á Ord. v.º *Crime de furto de quatrocentos reis*

Artigo 422.º

As penas de furto serão impostas ao que fraudulentamente subtrahir uma coisa, que lhe pertença, estando ella em penhor, ou deposito em poder de algum, ou que a destruir, ou desencaminhar estando penhorada, ou depositada em seu poder por mandado da justiça.

COMMENTARIO.

Dissemos, commentando a epigraphe da Secção, que a legislação moderna tinha seguido a regra de que para haver furto era necessario que a coisa subtrahida fosse *alheia*, e que abandonára o systema do direito romano, o qual tambem admittia o furto de coisa propria, quando o dono a subtrahia tendo alienado o uso ou posse della.

Apesar disto o nosso Codigo admittiu por excepção esse systema da legislação romana nos dous casos enumerados no presente art. O 1.º dá-se quando o individuo subtrahе fraudulentamente uma coisa que lhe pertence, estando ella em penhor ou deposito em poder d'alguem. Era o mesmo que decidia o direito romano (Inst. §§ 10 e 14 *de oblig. ex delicto*): *aliquando etiam suæ rei furtum quis committit, veluti, si debitor rem quam creditori pigno-*

ris causa dedit, subtraxerit ¹. O 2.º verifica-se quando qualquer destroe ou desenhcaminha uma cousa que lhe pertence, estando penhorada ou depositada em seu proprio poder por mandado de justiça. E' o que dispôz o art. 90.º da L. franceza de 28 d'Abril de 1832, que fórma hoje o § 2 do art. 400.º do código penal de França, para decidir por uma vez a questão que a este respeito se tinha agitado nos tribunaes, os quaes decidiam não poder este facto ser considerado como furto, visto que o art. 400.º do código considerava como elemento do crime o ser *alheia* a cousa subtrahida.

Artigo 423.º

As penas do furto serão impostas ao que, tendo achado algum objecto pertencente a outrem, deixar fraudulentamente de o entregar a seu dono, ou de praticar as diligencias que a lei prescreve, quando se ignora o dono da cousa achada.

COMMENTARIO.

Neste art. figura o Legislador duas hypotheses. Na 1.ª achou um individuo um objecto pertencente

¹ O antigo direito francez seguia tambem o direito romano, como se vê de Jousse, *Justice crimin.* IV, 196; sendo falsa como notam Chauveau e Hélie a asserção do Tribunal de Cassação, quando declarou n'um accordo de 29 de Outubro de 1812 que pela antiga jurisprudencia não era reputado réo de furto o dono de uma cousa, que a subtrahia estando ella em penhor em poder d'alguem. — Vide sobre a materia Merlin, *Répert.* v.º *Vol* sect. 1 n.º 4; e *Quest. de droit* § 4; etc.

a outrem e deixou de lh'o entregar, sabendo que elle era o seu dono ; na 2.^a achou um objecto, cujo dono ignorava, mas não praticou as diligencias que a lei prescreve quando se ignora o dono da cousa achada.

Quanto á primeira, não ha duvida que neste caso ha um verdadeiro furto. O direito romano era expresso neste ponto : *qui alienum quid jacens, lucrâ faciendi causa sustulit, furti obstringitur*, diz Ulpiano na L. 43 § 4 Dig. de furtis. Assim se alguem achar n'uma rua uma bolsa com dinheiro, e sendo-lhe reclamada por seu dono, negar o achado, commette o crime de furto : pelo mesmo principio decidiu a relação de Leão de França que um individuo que em hasta publica tinha arrematado um armario velho, e lhe encontrára dentro em um segredo uma porção de dinheiro, era réo de furto visto ter negado o facto, quando o vendedor veio reclamar esse dinheiro ¹.

Quanto á segunda hypothese tambem era expresso o direito romano : *nihil ad furtum minuendum facit*, diz a citada L. , *quod cujus sit ignoret*. Este principio porem deve ser applicado com cautela, pois se as cousas apprehendidas pelo accusado tiverem sido abandonadas por seu dono, não ha furto ; *Qui pro derelicta rem jacentem occupavit, furtum non committit*, diz Paulo nas Sentenças (II, tit. 31 § 27) ; e com elle concorda Ulpiano no § 5 da citada Lei : *Quod si dominus id dereliquit, furtum non fit ejus, etiam si ego furandi animum habuero* ².

¹ Chauveau n.º 3157. — Vide tambem a Nov. 51 do imperador Leão.

² Ib. n.ºs 3161, 3174, 3175 ; Puttmann § 445. —

Artigo 424.º

Aquelle que furtar algum processo, ou parte d'elle, ou documento, ou qualquer escripto, será punido com as penas do furto, segundo o valor da cousa furtada, ou do prejuizo causado, salva a applicação das penas do roubo se este se verificar.

§ 1.º A mesma disposição se applica ao que subtrahir um titulo, ou documento, ou peça do processo, que tiver produzido em juizo em qualquer causa.

§ 2.º Se o processo fôr criminal, e nelle se trãctar de crime a que a lei imponha alguma das penas maiores, será punido o furto com o degredo temporario; e se a pena não fôr alguma das penas maiores, será punido o furto com a prisão correccional.

§ 3.º Se o furto fôr de papeis, ou quaesquer objectos depositados em depositos publicos, ou estabelecimentos encarregados pela lei de guardar estes objectos, será aggravada a pena segundo as regras geraes.

§ 4.º As disposições deste art. e seus paragraphos serão applicaveis ao que desencaminhar, ou destruir os referidos papeis, ou objectos.

COMMENTARIO.

A disposição do art. parece quasi escusada, em vista do art. 421.º. Mas por isso mesmo que a pena

Quanto ás diligencias que a lei prescreve, e a que o Código se refere, vide as Ord. Liv. 3 Tit. 94, e Liv. 5 Tit. 62.

varia segundo o valor da cousa furtada, é que se tornava preciso que o Código viesse declarar que a pena seria imposta segundo o valor da cousa furtada ou do prejuizo causado; pois que n'um processo, o valor delle, ou dos documentos nelle contidos apreciava-se pela utilidade que delles resulta á parte, e por conseguinte pelo prejuizo que resulta da sua perda. E esta é a razão porque as expressões *valor da cousa furtada* ou *do prejuizo causado* devem tomar-se como equivalendo a mesma idéa; e nesse mesmo sentido já foram empregadas no art. 311.º.

A disposição do § 1 é sujeita á mesma interpretação. Tanto o art. como este paragrapho se referem ao furto de processo civil; mas sendo criminal a regra para a imposição da pena é outra; e é a que nos dá o § 2. Se no processo se tracta do crime a que a lei impõe penas maiores, o furto é punido com degredo temporario; se porem nelle se tracta de crime que não é punido com penas maiores, sujeito sómente a prisão correccional.

Quanto ao § 3 é notavel que, sendo este crime commettido por empregado publico, não haja tal aggravação, como se vê do art. 311.º, quando ao furto se junta o abuso de confiança. A Ord. Liv. 4 Tit. 85 § 4 punia de morte o furto de escriptura de algum cartorio de Igreja ou Mosteiro.

O disposto no § 4 é claro.

Artigo 425.º

Serão punidos com o degredo temporario, ainda que o furto seja de menos de vinte mil réis:

1.º Os criados que furtarem alguma cousa pertencente a seus amos.

2.º Os criados que furtarem alguma cousa pertencente a qualquer pessoa, e á casa de seus amos, ou na casa em que os acompanharem ao tempo do furto.

3.º Qualquer servidor assalariado, ou qualquer individuo trabalhando habitualmente na habitação, ou officina, ou estabelecimento em que commetter o furto.

4.º Os estalajadeiros, ou quaesquer pessoas, que recolhem, e agasalham outros por dinheiro, ou seus propostos, os barqueiros, os recoveiros, ou quaesquer conductores, ou seus prepostos, que furtarem todo ou parte do que por este titulo lhes era confiado.

§ unico. No caso de furto de objectos confiados para transporte, se estes se alteram com substancias prejudiciaes á saude, será tambem imposta a prisão no lugar do degredo, pelo tempo que parecer aos juizes.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Sobre ella, e sobre o direito patrio anterior diremos no commentario a cada um dos numeros do art.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 386.º; etc.

COMMENTARIO.

O Codigo considera o furto como mais aggravante sendo commettido pelas pessoas indicadas no art., por isso que as circumstancias especiaes em que ellas se acham revelam uma preversidade maior,

uma audacia mais criminosa, accrescentando ao roubo o abuso de confiança. A lei apesar de reconhecer a aggravação que nestes casos reveste o furto, é contradictoria; porque tendo no art. 421.º admittido a base do valor do furto para regular a pena, pois impõe a de degredo temporario ao furto superior a vinte mil réis, e a de prisão correccional ao que não exceder essa quantia, vem a negar neste art. essa distincção punindo o crime *em todo o caso* com degredo temporario, e além disso vem a aggravar sómente a pena do furto inferior a vinte mil réis; de modo que se um criado furtar ao amo cinco moedas é punido com a mesma pena do art. 421.º; mas se lhe furtar só uma já se lhe não impõe a pena desse art. (que é a prisão correccional), mas agrava-se com o degredo. Isto é animar a commetter o furto maior, uma vez que a pena é sempre a mesma. E' o resultado de se ter estabelecido um principio, e de se fugir depois ás suas consequencias logicas.

Quanto aos n.ºs 1 e 2. — A razão da aggravação nestes casos é porque o furto é acompanhado do abuso de confiança. Esta especie de furto é o chamado furto domestico¹. O direito romano, não punia esta especie de furto, diz Chauveau, fundado na L. 17 Dig. de furtis: « *Servi et filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur.* » A razão disto, segundo o mesmo criminalista, provinha da organização da sociedade domestica entre os ro-

¹ *Domestica furta vocantur, quæ servi dominis, vel liberti patronis, vel mercenarii, apud quos degunt, subripiunt.* — L. 16 § 1 Dig. de pæn.

mãos; cada familia formava uma verdadeira associação de pessoas e de cousas debaixo da auctoridade e direcção do *paterfamilias*; esta confusão da propriedade, esta communhão de interesses modificavam evidentemente a acção do agente, pela regra da L. 51 Dig. *pro socio*: « *Credendum esse, eum, qui partis dominus est, pice potius suo re uti, quam furti consilium inire.* »

Porem Nypels combate semelhante opinião; em primeiro lugar porque é falso dizer em termos geraes que a lei romana não punia os roubos domesticos, pois da L. 11 § 1 Dig. *de pœn.* se vê que sómente se não admittia acção criminal quando o furto era de pequena importancia: *furta domestica, si viliora sunt, publice vindicanda non sunt*; e em segundo lugar porque a verdadeira razão pela qual a lei neste caso não dáva acção era porque o lesado tinha outros meios de repressão e indemnisação á sua disposição, segundo declara Ulpiano na L. 17 pr. Dig. *de furtis*.

Entre nós a Ord. Liv. 5 Tit. 37 pr. § 1 punia o furto feito pelo amo ao criado com pena arbitraria maior que a ordinaria do crime.

Quanto ao n.º 3. — Funda-se a aggravação na mesma razão, por isso que o furto é acompanhado de abuso de confiança; e sendo aquelle que tem por sua conta esses individuos forçado a depositar nelles essa confiança, é preciso que a lei lhe dê uma garantia mais forte.

As expressões *trabalhando habitualmente*, não indicam que esse trabalho seja de dia e de noite, e quotidiano; póde mesmo haver algum intervallo entre os dias de trabalho, como diz Chauveau attestan-

do a jurisprudencia dos tribunaes francezes. Não indicam tão pouco essas expressões que o furto deva ter sido commettido em algum dos dias em que o réo trabalhasse; porque, quando mesmo o não seja, dá-se sempre o abuso de confiança.

Os principios de direito romano que apresentámos em relação aos n.ºs 1 e 2 são applicaveis a este: *si mercenarius ei qui conduxit, furtum fecerit, furti actio non nascitur* diz a L. 89 Dig. de furtis¹.

Quanto ao n.º 4. — O furto commettido pelos individuos indicados neste numero torna-se tambem mais aggravante em razão do abuso de confiança.

Pelo que respeita aos estalajadeiros e pessoas que em sua casa recebem e agasalham outros por dinheiro, a L. 1 Dig. *nautæ cauponæ stab.* os considera como depositarios necessarios dos effeitos que recolhem nas estalagens ou hospedarias, e responsa-

¹ Note-se que as expressões *servidor assalariado*, mettidas neste art., acham-se aqui deslocadas; o que resulta de se não ter entendido o codigo francez. Diz este no art. 336.º (fonte do 425.º do nosso): — « 3.º *si le voleur est un domestique ou un homme de service à gages, même lorsqu'il ne servait pas . . . ou si c'est un ouvrier, compagnon, ou apprenti, dans la maison, l'atelier ou magasin de son maître; ou un individu travaillant habituellement dans l'habitation où il aura volé.* » As palavras *domestique* e *homme de service à gages* são synonymas neste art. do codigo francez, nem a lei as separa, diz Chauveau (n.º 3215); mas os redactores do Codigo separaram-nas, fallando dos *domestiques* (que erradamente traduziram por *criados*) no n.º 1, e dos *serviteurs à gages* (que traduziram por *servidor assalariado*) em o n.º 3.

veis por todo o roubo ou prejuizo nesses effeitos, ainda mesmo quando causado por seus propostos ou domesticos, ou por estranhos que entram e sahem; doutrina esta que passou para o art. 1952.º do codigo civil francez. Isto porem é quanto á responsabilidade civil ¹; pois a penal não se estende além de seu proprio facto, o qual, em razão da confiança nelles depositada, se torna mais aggravante do que o furto ordinario.

Pelo que toca aos recoveiros, ou quaesquer conductores que se incumbem de conduzir quaesquer objectos, e seus propostos, são responsaveis civilmente por toda a perda e damno que as fazendas soffrerem desde que as tiverem recebido até entrega, excepto provindo de força maior, caso fortuito, ou vicio das proprias fazendas (Cod. com. art. 178.º, 182.º). Note-se porem que para os effeitos penaes é necessario se prove que o accusado exercia realmente a profissão de recoveiro; porque a aggravação da pena é fundada no abuso de confiança, e esta tem por base essa profissão; e isto que dizemos dos recoveiros é applicavel a todás as mais que o art. comprehende ².

¹ Esta responsabilidade é tão grande, dizem os doutores, que os estalajadeiros respondem até pela culpa levissima. — Sobre ella, além da nossa Ord. Liv. 5 Tit. 64, vide o Sr. Dr. Coelho da Rocha, *Instit. de dir. civ.* § 788, e Corrêa Telles, *Acções* §§ 317, 318.

² A disposição do art. é applicavel tambem aos furtos commettidos a bordo de qualquer embarcação pelos capitães, sobrecargas, etc. como sempre entenderam em França os tribunaes a respeito do art. 386.º do codigo

§ *un.* — Este paragrapho tem por base o art. 387.º do código francez; e um exemplo mostrará qual é o seu alcance. Deu-se a um almocreve dous almudes de vinho n'um barril para elle entregar em certo lugar; furtou elle um almude, e para encher o barril, e não se perceber a falta, deitou-lhe agua misturando-lhe para lhe dar a còr uma substancia prejudicial á saude. Ao furto do vinho, e ao abuso da confiança accresce o attentado á saude; e por isso a lei, além da aggravação resultante do abuso da confiança, ainda agrava mais a pena com a prisão no lugar do degredo em attenção á alteração por meio de substancias prejudiciaes á saude. Eis a mente do Código neste art. ¹.

Artigo 426.º

O furto será punido nos termos dos art. seguintes, quando fôr qualificado segundo as regras nelles estabelecidas, pelo concurso de alguma, ou de algumas das seguintes circumstancias :

1.º Trazendo o criminoso, ou alguns dos criminosos, no momento do crime, armas apparentes, ou occultas.

2.º Sendo commettido de noite.

3.º Por duas ou mais pessoas.

4.º Em casa habitada, ou destinada á habitação ou em edificio destinado ao culto religioso.

francez, e o declarou a L. franceza de 10 d'Abril de 1825 no art. 15.º.

¹ Chauveau n.º 3260 e seg.

5.º Na estrada ou caminho publico, sendo de objectos que nelle forem transportados.

6.º Com usurpação de titulo, ou uniforme; ou insignia de algum empregado publico civil ou militar, ou allegando ordem falsa de qualquer auctoridade publica.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Aponta-la-hemos, assim como o respectivo direito pátrio anterior e a legislação estrangeira, no commentario a cada um dos numeros do art., para mais sensivel se tornar.

COMMENTARIO.

Neste art. apresenta o Codigo mais algumas circumstancias que qualificam o furto; e nos seguintes dá-nos as regras para a aggravação da pena respectiva.

1.º *Trazendo o criminoso etc.* — A mesma idéa apparece no art. 381.º do codigo francez. O que sejam armas, e quaes os objectos que devem ser qualificados como taes, já fica dito no commentario ao art. 178.º e seus §§ para onde remettemos o leitor. Cumpre notar a força da expressão *trazendo*, empregada pelo Legislador. Quer dizer; para qualificar o furto basta que o criminoso no momento de o commetter leve comsigo armas, não sendo necessario que faça uso dellas; e a razão disto é porque se as tiver empregado, então esse uso é uma circumstancia aggravante distincta do porte d'armas, e, como adverte Chauveau, produz sobre a moralidade da acção um effeito diverso.

Mas porque considera a lei o simples porte d'ar-

mas como circumstancia aggravante, independentemente do seu uso? O Legislador julgou que esse facto era só por si bastante para modificar a natureza do delicto, ou porque revela no agente a intenção de empregar a força quando necessaria, ou porque facilita a execução do furto pelo temor que pôde inspirar ao offendido¹.

2.º *Sendo commettido de noite.* — O tempo em que os crimes são commettidos pôde ser uma causa já para aggravar, já para attenuar a pena respectiva, pois a sua perpetração não produz o mesmo perigo a todas as horas do dia. O direito romano já admitia este mesmo principio quando dizia na L. 6 pr. Dig. ad leg. Jul. pecul. *Sacrilegii pœnam debebit proconsul pro qualitate personæ, proque rei conditione, et temporis . . . vel severius, vel clementius statuere.*

E' principalmente em relação ao furto que o momento da execução pôde modificar o delicto aumentando a sua gravidade. Com effeito a noite torna mais facil a execução do crime, e priva a victima de uma grande parte dos meios que lhe podem servir de garantia. Impede tambem que se possam encontrar tão facilmente como de dia as provas do facto, e faz presumir no agente uma audacia maior, uma premeditação mais certa. Emfim a execução do furto durante a noite faz receiar que o ladrão empregue meios mais criminosos, e mesmo violencias e mortes, para consummar o crime.

Mas quando a lei diz *furto commettido de noite*

¹ Chauveau n.º 3398 e seg

te, que quiz entender pela palavra noite¹ ? não pareça isto em nós uma inutilidade, porque quatro são os systemas que em França existem sobre a intelligencia que se deve dar á palavra noite, o do Tribunal de Cassação, o de Carnot, o da *cour royale* de Nîmes, e o de Chauveau, como passamos a vêr.

1.º systema. O Tribunal de Cassação, apoiando-se na significação vulgar e natural das palavras, na L. 15 germinal do anno VI, e no ar. 781.º do código de processo civil, pensa que por *noite* designou o Legislador todo o intervallo comprehendido entre o nascer e o pôr do sol; e por este motivo casou uma sentença, que não considerára como furto nocturno um furto commetido, é verdade, depois do pôr do sol, mas n'um local aonde reinava todo o movimento e actividade do dia². Duverger, que no seu *Manuel des juges d'instr.* § 37 segue esta mesma opinião do Tribunal de Cassação, acrescenta que se a existencia da noite não fosse determinada pela natureza, mas por alguma circumstancia accidental, não haveria systema certo; o crepusculo, a aurora, a lua, a illuminação das ruas, serviriam de pretexto a decisões contradictorias e arbitrias. Esta doutrina do Tribunal de Cassação era já a de Bartholo á L. *aut facta* § *tempus Dig. de pen.*³.

¹ Sobre o furto nocturno veja-se a Dissertação de G. A. Canneman, *De furto nocturno* (Groning 1825).

² Por accordão de 12 de Fevereiro de 1813.

³ A mesma opinião parece ser a de Merlin, *Répért.* v.º *Vol. sect. 2* § 3, dist. 4; e outra não é a de Bourguignon, como nota Nypels, apesar de Chauveau dizer que esse auctor formára um systema distincto.

2.º systema. — Carnot diz que não tendo o Legislador determinado o que deve ser considerado como *noite*, a consequencia natural a deduzir, é que a noite não começa realmente, em cada localidade, senão á hora em que os habitantes do lugar estão no costume de se recolherem a suas casas para descansar das fadigas do dia ¹.

3.º systema. — A *cour royale* de Nîmes faz começar a noite depois do crepusculo da tarde, e terminal-a antes do crepusculo da manhã. « Não se pôde sustentar, diz ella ², que o roubo feito logo depois do pôr e antes do nascer do sol foi necessariamente commettido de noite; porque entre esses dous termos ha ainda o crepusculo da tarde entre o pôr do sol e a noite, e o da manhã entre a noite e o nascer do sol. »

4.º systema. — Chauveau e Faustin Hélie repellem todos estes systemas, e fundado nos motivos que levaram o Legislador a considerar a noite como circumstancia aggravante do furto, diz que o furto será commettido de noite quando se verificar durante as horas de obscuridade, no meio das sombras; sendo esta uma circumstancia de facto que deve ser apreciada pelo jury ³.

Qual destes systemas adoptaremos entre nós?

¹ Carnot, ao art. 381.º n.º 2 do codigo francez. — Igual opinião segue o hollandez G. de Wall na dissertação inserida nos *Biijdrag. tot regtsgcleerdheid* de Den Tex, tom. 2 pag. 617 e seg, tom. 3 pag. 142 e seg.

² Acordão de 7 de Março de 1829; com o qual se conformam os auctores dos *codes français annotés*, na nota 6 ao art. 381.º do codigo penal.

³ Chauveau n.º 3275 e seg.

Seguindo o espirito da nossa legislação anterior diremos que a noite começa ao tocar das Ave Marias e acaba quando é manhã clara. E' isto o que a Ord. entendia pela palavra noite; como se vê do Liv. 1 Tit. 75 § 9 — *em cada noite, quando tangerem á Ave Maria* — do Div. 5 Tit. 80 §§ 1 e 14 — *depois que as Ave Marias forem dadas até que seja manhã.* — Veja-se a este respeito o nosso Pegas á Ord. Liv. 1 Tit. 65 § 31, glossa 35 n.º 60.

3.º *Por duas ou mais pessoas.* — Importa bem precisar estas palavras copiadas do art. 386.º do código francez, para não confundirmos a cooperação de muitas pessoas e a cumplicidade. Nessas expressões designa o Código a cooperação e não a cumplicidade; comprehendendo só aquellas pessoas que na execução do furto tomaram parte effectiva e real. A razão da aggravação é justa; a reunião de pessoas para commetter o crime indica não só uma premeditação, mas conjuração; além disso, diz Chauveau, multiplica os meios de acção; e faz nascer a presumpção de que os auctores do furto estão dispostos a empregar a violencia; e facilita enfim a execução do delicto¹.

4.º *Em casa habitada etc.* — A respeito da casa habitada ou destinada á habitação, não faz esta circumstancia só *por si* aggravar o furto, como veremos, mas contém um principio de aggravação, que se desenvolve modificando o character do delicto, *quando se reúne a certos factos externos*, e imprimindo então a semelhantes factos um character mais grave. Em

¹ Chauveau n.º 3349 e seg.

poucas palavras, considerada abstractamente não é uma circumstancia aggravante, mas considerada em concreto pôde servir de elemento para constituir uma aggravação especial do furto (art. 381.º n.º 4, e 386.º do codigo francez).

Pelo que respeita aos edificios destinados ao culto religioso, diz Chauveau que do mesmo modo que as casas habitadas não constituem *só por si* uma circumstancia de aggravação especial do furto¹; e o nosso Codigo como veremos no art. seguinte seguiu a mesma opinião. Quando a Igreja considera como sacrilegio o furto feito em lugar sagrado, não julgamos decente, nem justo que a legislação de uma nação catholica estabeleça que esse furto não tem a importancia que a mesma Igreja lhe dá; mas o Codigo para salvar este inconveniente parece fazer a distincção entre furto de objecto sagrado, e furto de objecto não sagrado, seguindo a legislação romana (LL. 4 pr., e 5 Dig. *ad leg. Jul. pecul.*), considerando ao menos aquelle no art. 441.º como merecedor de uma aggravação especial. A nossa Ord. Liv. 5 Tit. 60 §§ 1 e 4 reputava essa circumstancia tão aggravante que punia com a morte o furto feito em Igreja ou Mosteiro, ainda que não chegasse a marco de prata.

5.º *Na estrada ou caminho publico.* — A se-

¹ Esta assimilação do furto em edificio religioso e em casa de habitação estabelecida em França pelo art. 7.º da L. de 25 de Abril de 1825, foi renovada na reforma do codigo francez em 1832, e sancionado no § 1 do art. 386.º então reformado. — Chauveau n.º 3332 e seg.

gurança dos caminhos e estradas publicas tem sido sempre para os legisladores objecto de grande cuidado. A L. 28 § 10 Dig. *de pœn.* punia os ladrões de estrada, *grassatores viarum*, com a pena das minas ou relegação; e a razão desta penalidade se encontra na L. Dig. *de his qui effuderint*: «*publice enim utile est sine metu et periculo per itinera commeari*»¹. A lei franceza de 25 de Junho de 1824 no art. 7.º, e a de 28 d'Abril de 1832 reformando o art. 383.º puniram tambem mais severamente o furto feito em estrada ou caminho publico. As expressões — *senda de objectos que nelle forem transportados* — são motivadas pelas reflexões de Chauveau (n.º 3346); mas as idéas deste criminalista foram muito mal entendidas. Diz elle que o art. 383.º do codigo francez não considera o furto, para o effeito da aggravação, como praticado em caminho publico senão quando fôr feito a *uma pessoa que vai pela estrada com a cousa que lhe furtam*. Assim o furto commettido na estrada por um recoveiro em objectos cujo transporte lhe foi incumbido, não é considerado para os effeitos da aggravação, diz Chauveau, como furto feito em estrada; mas sel-o-ha o furto de dinheiro feito a um homem que vai andando pelo caminho. O Codigo não entendeu bem esta idéa, dizendo — *sendo de objectos que nelle forem transportados* — porque comprehende exactamente aquillo que o codigo francez quiz excluir, qual é, por exemplo, o caso do recoveiro, já mencionado.

Mas o que é caminho ou estrada publicas? Para

¹ Vide tambem L. 28 § 15 Dig. *de pœnis*.

se dizer publico qualquer caminho é necessario, conforme alguns doutores, que se dêem as seguintes circumstancias; 1.^a que o sólo seja publico; 2.^a que por elle se caminhe publicamente; 3.^a que se dirija a cidade, rio, mar, ou outra estrada ou rua publica. Porem, diz Lobão, que para o caminho se presumir publico basta que conste de uso publico, mórmente se esse uso fôr immemorial, ou que tenha principio em caminho publico, e vá terminar em outro tal ou em algum lugar publico ¹.

Entre nós a L. de 20 de Outubro de 1763 § 7 equiparava ao furto de estrada o feito nas ruas das cidades; porem em França a Declaração de 5 de Fevereiro de 1731, e o art. 12.^o da L. de 20 de Dezembro de 1813 excluem terminantemente semelhante assimilação com o fundamento de que ha nas ruas a facilidade de soccorros, que não existe nas estradas, e cuja falta, por comprometter a segurança dos cidadãos, motiva a aggravação.

6.^o *Com usurpação de titulo.* — O art. 381.^o do codigo francez, donde o nosso copiou isto, considera estas circumstancias como aggravantes, porque são um meio para o ladrão se introduzir mais facilmente n'uma casa donde pretender furtar alguma coisa, e porque facilitam muito a execução do delicto ².

¹ Lobão, *Notas a Mello* tom. 3 pag. 43; Portugal, *De donationib.* Lib. 3 Cap. 3; Ferreira, *De nov. oper.* L. 3 Disc. 7; etc.

² Chauveau n.^o 3416 e seg.

Artigo 427.º

Será punido com o maximo do degredo temporario :

1.º O furto commettido com a circumstancia declarada no ultimo numero do art. antecedente.

2.º O furto commettido com porte de armas apparentes ou occultas.

Artigo 428.º

Será punido com o maximo do degredo temporario aggravado com prisão no lugar do degredo pelo tempo que parecer aos juizes :

1.º O furto commettido de noite em casa habitada, ou destinada á habitação, ou em edificio destinado ao culto religioso, ou em estrada ou caminho publico sendo de objectos que nelle forem transportados, se fôr acompanhado de qualquer das outras circumstancias enumeradas no art. 426.º.

2.º O furto commettido de dia por duas ou mais pessoas, com o concurso de duas, ou mais das circumstancias enumeradas no mesmo art. 426.º.

Artigo 429.º

A applicação das regras geraes terá sempre lugar quando em qualquer dos casos declarados nos art. antecedentes, concorrerem alguma, ou algumas circumstancias aggravantes.

COMMENTARIO.

As circumstancias mencionadas no art. antecedente fazem aggravar a pena ; mas essa aggravação

Umaz produzem uma aggravação especial mais forte, estabelecida nos art. 427.º e 428.º, outras só a aggravação geral, segundo a regra dos art. 77.º e seg., como declara o art. 429.º. Começemos por examinar os dous art. aonde se estabelece a aggravação especial mais forte.

A aggravação especial é de duas especies ; uma é sempre punida com o maximo do degredo temporario (art. 427.º), outra com essa mesma pena, aggravada ainda mais com a prisão ao lugar do degredo (art. 428.º). Resta porem a vêr quaes das circumstancias enumeradas no art. 424.º produzem a aggravação do art. 427.º, e quaes a do art. 428.º.

Produzem a aggravação do art. 427.º o furto commettido com porte de armas apparentes ou occultas, e o commettido com usurpação de titulo ou uniforme etc., por outra, o furto praticado com a 1.ª e 6.ª circumstancia declarada no art. 426.º.

Pelo que respeita á aggravação do art. 428.º é necessario notar que o Legislador não julgou em nenhuma das circumstancias do art. 426.º força sufficiente para *só por si e isoladas umas das outras*, motivarem essa aggravação ; exige que concorram pelo menos tres.

Assim declara no n.º 1 do art. 428.º que o furto commettido de noite será punido com o maximo do degredo aggravado com prisão se fôr feito em casa habitada ou destinada á habitação, ou em edificio destinado ao culto ou em estrada ou caminho, sendo ainda necessario que seja acompanhado de mais alguma das circumstancias indicadas no citado art. 426.º. Não basta por tanto que o furto seja feito de

noute, é preciso mais que seja em casa habitada ou em algum dos lugares que o Código menciona, e emfim que ainda se lhes reuna mais alguma das circumstancias do art. 426.º, v. gr. o porte d'armas.

Do mesmo modo no n.º 2 declara o Código que o ser o furto commettido por duas ou mais pessoas não pôde motivar a applicação do maximo do degredo, aggravado com prisão, sem ser acompanhada essa circumstancia pelo menos por duas das referidas no art. 426.º.

De fórma que o systema da aggravação do art. 428.º só tem lugar 1.º quando se derem como *principaes* qualquer das circumstancias ou de ser o furto nocturno, ou commettido por duas ou mais pessoas; 2.º quando qualquer dessas circumstancias *principaes* fôr acompanhada, pelo menos, de mais duas *accessorias*. Ha porem uma differença quanto a estas; e vem a ser que podem ser accessorias do furto commettido por duas ou mais pessoas quaesquer das enumeradas no art. 426.º; porem em quanto ao furto nocturno, das duas accessorias uma dellas hade ser necessariamente uma das referidas no n.º 1 do art. 428.º, mas a outra pôde ser qualquer das apontadas no art. 426.º.

Pelo que respeita ao art. 429.º é applicavel em dous casos: 1.º quando as duas circumstancias *principaes* do art. 428.º não forem acompanhadas de mais duas accessorias nos termos que temos dito; 2.º quando qualquer das referidas no art. 426.º (excepto as dos n.ºs 1 e 6, porque *só por si* produzem a aggravação do art. 427.º) acompanhar o furto isoladamente.

Este systema do Código é um systema sem causa

que o justifique. Quiz imitar a lei franceza, mas fel-o mal, e produziu uma doutrina que hade dar difficuldades em resultado, apesar da clareza a que procurámos reduzi-la.

Artigo 430.º

Em todos os casos declarados nesta Secção, se o valor da cousa furtada, ou do prejuizo causado não exceder a mil e duzentos réis, terá sómente lugar a prisão correccional, salvo quando houver lugar a pena mais grave por tentativa de furto fôr acompanhado de circumstancia, que por si só constitua um crime.

§ 1.º Não excedendo o furto a quantia de quatrocentos réis, nem sendo habitual, nem havendo circumstancia alguma aggravante, terá lugar a pena, accusando o offendido.

COMMENTARIO.

A disposição do art. attendendo ao caso de ser diminuto o furto, não excedendo a mil e duzentos determina que sejam quaes forem as circumstancias que o acompanhem a pena não excederá nunca á prisão correccional estabelecida no § 1 do art. 421.º. Isto era necessario por causa das aggravações estabelecidas nos art. 425.º, 427.º, e 428.º, as quaes seriam desproporcionadas para um furto do valor referido. Esta regra porem tem as duas excepções apontadas pelo Codigo.

Quanto ao § 1. — O Alv. de 25 de Dezembro de 1608 § 26, e 12 de Setembro de 1750 mandavam sómente punir arbitrariamente os ladrões *formi-*

queiros, isto é, os que furtam cousas de insignificante valor, e que juntas não excedem a quatrocentos réis. O Código seria mais razoavel se tivesse estabelecido uma pena mais leve para este caso, do que dizer que só terá lugar a pena accusando o offendido.

A Nov. Reforma art. 854.º § 9 considera tambem como crime particular (contra o qual por isso não se podia proceder sem queixa do offendido) o furto simples que não excedesse a 100 réis; esta taxa era por certo mui diminuta; e proveio dos compiladores da Ref. terem seguido a Ord. Liv. 5 Tit. 117 pr. sem attenderem a que a taxa dessa Ord. havia sido triplicada pelo Alv. de 16 de Setembro de 1814.

Artigo 430.º (continuação.)

§ 2.º O que entrar em terreno alheio para colher fructos, e comel-os no mesmo lugar, será punido, a requerimento do offendido, com a reprehensão, não havendo circumstancia aggravante.

COMMENTARIO.

Esta disposição é tirada do art. 471.º n.º 7 do código francez. A lei suppõe que o damno que do facto póde resultar é minimo, e por isso que minima devia ser a pena. Ha porem algumas differenças entre o nosso Código e o francez: 1.ª este diz « *cueilli ou mangé;* » o nosso diz « *colher fructos e comel-os;* » donde se vê que a attenuação só tem lugar entre nós quando o ladrão colher os fructos e os comer, em quanto em França tem lugar ou os colha, ou os coma no mesmo lugar. — 2.ª O código francez atte-

nua o facto mesmo depois de consummado, e o nosso Codigo parece só attenuar a tentativa desse facto, pois diz: « *o que entrar em terreno alheio para colher fructos etc.*; » de modo que parece ser a sua doutrina applicavel á tentativa, e não ao facto consummado. Dizemos *parece*, porque nos custa a crer que o Legislador quizesse punir com a pena ordinaria do furto o facto consummado.

Artigo 130.º (*continuação.*)

§ 3.º O que do mesmo modo entrar em terreno alheio para rebuscar, ou respigar, não estando ainda recolhidos os fructos, será preso até seis dias, a requerimento do offendido.

§ 4.º Nos casos dos dous paragraphos antecedentes a pena será a de prisão correccional, se fôr segunda reincidencia, ou se forem habituaes os crimes ahi declarados.

COMMENTARIO.

Esta disposição, copiada do art. 471.º n.º 10 do codigo de França, pune o facto de rebuscar ou respigar nos campos alheios não estando ainda colhidos os fructos; mas considera-o de tão pequena monta que só lhe impõe a prisão até seis dias, e isso mesmo havendo accusação do offendido. A lei franceza porem ainda é mais humana, pois não eleva a prisão a mais de tres dias.

Note-se que tanto o codigo francez, como o nosso, só punem o facto, sendo praticado *quando ainda não estiverem recolhidos os fructos*; e a razão é por-

que o rebuscar e respigar nos campos e terras depois da colheita dos fructos é permittido pelos usos, e em França tolerado expressamente pelo art. 21.º do tit. 2 da L. de 28 de Setembro, e 6 de Outubro de 1791 ; lei que não fez mais do que seguir a ordenança de S. Luiz, e os antigos costumes de Melun, E'tampes, e Dourdan, sancionados pelo edicto de Henrique 2.º de 2 de Novembro de 1554, e pelas decisões do parlamento de Paris, de 7 de Junho de 1779, e 16 de Fevereiro de 1784.

Este direito de respigar e rebuscar depois de colhidos os fructos, tira a sua origem de uma disposição tão misericordiosa, como poetica, da lei mosaica, e que faz pressentir já a caridade do Evangelho. A espiga que cahe das mãos do ceifeiro, o cacho que esqueceu ao vindimador, a azeitona que ficou na oliveira depois de varejada, o Senhor ordena aos Israelitas, em commemoração da servidão do Egypto, que as abandonem á viuva, ao orphão, e ao estrangeiro, como um patrimonio dos infelizes, que deve attrahir as bençãos do ceo sobre os trabalhos do proprietario ¹.

A expressão *rebuscar* empregada pelo Codigo,

¹ « *Cum messueritis segetes terræ tuæ, non tondebis usque ad solum superficiem terræ nec remanentes spicas colliges.* » — Levit. XIX, v. 9. — « *Quando messueris segetem in agro tuo, et oblitus, manipulum reliqueris, non reverteris ut tollas illum, sed advenam et pupillum, et viduam auferre patieris ut benedicat tibi Dominus Deus tuus in omni opere manuum tuarum.* » — Deuter. XXV, v. 19. — « *Neque in vinea tua racemos et grana decidentia congregabis, sed pauperibus, pupillis, ac viduæ carpenda, dimitte.* » — Levit. *ibid.*

corresponde á franceza *grapiller*, e significa colher as uvas ou cachos que ficaram da vindima. A palavra *respigar*, a que corresponde a franceza *glaner*, significa colher as espigas que ficaram da séga ¹.

Artigo 431.º

A acção criminal por furto não tem lugar pelas subtracções commettidas :

1.º Por qualquer dos conjuges em prejuizo do outro, ou de cousas pertencentes á successão do conjuge predefuncto, em quanto não passarem a poder de terceiro.

2.º Pelo descendente em prejuizo do ascendente, ou por este em prejuizo daquelle, ou por *affim* no mesmo grau.

3.º Pelos irmãos. ou cunhados em *objectos da* successão antes das partilhas, ou vivendo juntos.

§ unico. Todos os outros individuos, que encobrirem, ou applicarem em seu proveito os *objectos* subtrahidos, de que tracta este art.º serão punidos como incursos no crime de furto.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Sobre ella e sobre a legislação patria diremos em cada um dos numeros do art. para maior clareza.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 468.º; de França art. 380.º;

¹ Fournel, *Traité du voisinage* (Paris 1827) tom. 2 pag. 143 e seg.; Chassan, *Symbolique*, introd. pag. 110; etc.

do Brasil art. 262.^o; das Duas Sicilias art. 454.^o-457.^o e 460.^o; etc.

COMMENTARIO.

Neste art. apresenta o Legislador tres casos de subtracção, nos quaes se não dá a acção de furto; cada um dos quaes passamos a examinar separadamente.

1.^o e 2.^o *Por qualquer dos conjuges etc. — Pelo descendente etc.* — Estas duas disposições fundam-se no art. 380.^o do codigo francez que contém doutrina semelhante. Os motivos desse codigo a explicam por esta fórma: « As relações entre estas pessoas, dizia Faure, são tão íntimas, que não convém, por causa de interesses pecuniarios, encarregar o Ministerio publico de perscrutar segredos da familia, que talvez nunca devessem vir a publico; é até summamente perigoso que se deixe proseguir uma accusação sobre negocios em que é mui difficil marcar a linha que separa a falta de delicadeza do verdadeiro delicto; emfim se o Ministerio publico provocasse a applicação da pena, não só lançaria a consternação entre todos os membros da familia, mas poderia ainda ser uma origem eterna de divisão e de odios¹. »

O direito romano continha disposições semelhantes. Pelo que respeita ás subtracções dos conjuges temos a L. 1 Dig. *de act. rer. amot.*, e a L. 22 § 4 Cod. *de furtis*: aquella diz; *rerum amotarum judicium singulare introductum est, adversus eam quæ uxor furti; quia non placuit cum ea furti agere pos-*

¹ Loqué, tom. 15 pag. 538.

se ; *quibusdam existimantibus, ne quidem furtum eam facere ;* » e esta « *maritus propter matrimonii pudorem, non furti, sed rerum amotarum actionem habet.* » Quanto ás subtracções feitas pelos ascendentes aos ascendentes e vice-versa, temos no mesmo sentido o § 12 Inst. de oblig. quæ ex del. , e as LL. 16 e 17 Dig. de furtis, dizendo a primeira dellas ; « *ne cum filio familias pater furti agere possit, non juris constitutio sed natura rei impedimento est.* »

Em vista das razões apresentadas por Faure, e das disposições da lei romana, terá o Legislador considerado estas subtracções como verdadeiros furtos, cuja pena supprimiu, sem destruir a natureza criminal do facto, ou não as considerará como verdadeiro delicto ? Chauveau segue que não, allegando para isso, que esta excepção feita pela lei se funda no principio de que entre os esposos, e entre os descendentes ou ascendentes os limites da propriedade não são *de facto* muito bem estabelecidos. Existe, diz elle, uma especie de direito á propriedade uns dos outros, que exerce uma influencia evidente na criminalidade : a subtracção não é de coisa *alheia*, mas de um objecto que pertence ao ser colectivo *familia*, de que essa pessoa faz parte como membro. O illustre criminalista, allega mais que tanto reconheceu isto o Legislador, que não lhe chamou *furto* mas simplesmente *subtracção*, e que não considerou como *cumplices* de furto os estranhos, que applicam em seu proveito os objectos subtrahidos, (o que faria se existissem delicto), mas sim como *auctores*.

As razões do illustre criminalista são futeis ; essa especie de direito á propriedade uns dos outros

é uma subtiliza contraria a todos os principios do direito civil ; e as outras duas razões refutam-se por si mesmo : e por isso nos parece que no caso em questão ha verdadeiro delicto, que o Legislador por algum motivo não julgou prudente punir.

Mas qual seria o pensamento que o guiou para estabelecer estas excepções ? se attendermos ás palavras do n.º 1 — *em quanto não passarem a poder de terceiro* — dellas podemos deduzir que a causa justificativa da excepção é o condominio indiviso que existe entre os conjuges, e que desaparece logo que a successão do conjuge predefuncto passa a poder de terceiro, isto é, logo que se separa a parte de cada um dos conjuges no monte.

Porem o que daqui resulta é que se este foi o motivo que impelliu o Legislador, a excepção do n.º 2 é injustificavel porque não ha esse condominio entre descendentes e ascendentes, e muito menos entre affins. Nem se diga que nesse caso recorre a lei a outro principio, qual o da reverencia, e amor paterno (como fez o Sr. Paschoal) para firmar a excepção, porque isso provaria de mais ; o mesmo principio isemptaria da pena *todos* os crimes entre ascendentes e descendentes.

3.º *Pelos irmãos etc.* — Aqui torna a vigorar o principio da propriedade indivisa ; como se deduz das palavras « *antes das partilhas ou vivendo juntos.* » Esta excepção tem sido repellida em França pelo Tribunal de Cassação por não ser comprehendida no art. 380.º.

§ un. — Este paragrapho é copiado da segunda parte do art. 380.º do codigo francez que diz : « A

l'égard de tout autres individus qui auraient recélé ou appliqué à leur profit tout ou partie des objets volés, ils seront punis comme coupables de vol. » Não tendo o Legislador, adverte Chauveau (n.º 3194 e seg.), considerado como crime as subtrações entre esposos, e entre ascendentes e descendentes, não podia reputar cúmplices os individuos que favorecessem ou cooperassem á execução desses factos, pois não ha cúmplices sem existir um delicto principal. Por isso não puniu, em geral, os cúmplices da subtração; e restringe a incriminação áquelles que occultaram ou applicaram em seu proprio proveito os objectos subtraídos; e mesmo assim não é como cúmplices, mas como auctores de furto que os pune.

Daqui se segue accrescenta o mesmo criminalista que os actos de assistencia e cooperação (que não sejam os referidos no paragrapho) escapam a toda a repressão penal, como reconheceu o Tribunal de Cassação em acordão de 15 d'Abril de 1825, e em outros posteriores.

Advirta-se tambem que se o furto fôr feito por um descendente do roubado, sendo tambem co-auctor um estranho, e tendo este cúmplices tambem estranhos, a immuniidade do paragrapho nem aproveita ao co-auctor estranho, nem ao seu cúmplice, como ensina Morin ¹, e a razão é porque elles não se acham comprehendidos na excepção da lei ².

¹ Morin, v.º *Vol.* § 1 n.º 18.

² Sobre toda a materia desta Secção vide Feuerbach §§ 313 e seg.; Sterling, *Diss. de furtis* (Leydc 1809); Simoni, *Del furto e sue penc*, nova ed. com commenta-

SECÇÃO 2.ª

ROUBO.

Roubo é a subtracção de cousa alheia praticada por meio de violencia ou ameaça para com as pessoas, ou por meio de violencia para com as cousas verificada com arrombamento, escalamento ou chaves falsas. O que distingue pois o roubo do furto é a violencia de que aquelle é acompanhado. A este delicto davam os romanos o nome de *rapina* que Puttman § 480 define *violenta rei alienæ mobilis ablatio, lucri faciendi causa dolo malo facta*; e delle tractam o Digesto e as Institutas no titulo *de vi bonor. raptor.* Os allemães lhe chamam *Raub* ¹.

E' notavel porem que entre os antigos germanos o roubo com violencia (*Raub*) era considerado menos leve do que o furto (*Diebstahl*); aquelle constituia uma simples violação do direito (*Rechtsbruch*), e só dava lugar á restituição do duplo ou a um pequeno *Wehrgeld*; este era considerado como uma quebra da paz publica (*Friedensbruch*), e obrigava á restituição do anoveado, e a um *Wehrgeld* consideravel.

rios de Carrozzi (Milão 1823 2 vol.); e a dissertação de Wæchter no *Rechts-Lexikon* de Weiske.

¹ Os philologos antigos e modernos derivam esta palavra de um radical germanico *Robh* ou *Rof*, que designava originariamente um vestido, e depois passou a significar o mesmo que *spolium*, e emfim roubo com violencia. Vide Ducange *Glossar.* v.º *Raub*, Ever. Otto, *De tutela viarum*, os quaes seguem essa etymologia adoptada tambem por Grimm e Wilda.

Porem se attendermos a que o elemento essencial do furto entre elles era a clandestinidade e a dissimulação, e á repugnancia profunda e particular que aos primitivos povos da Germania inspiravam essas fraudes, veremos que iam de acordo com as idéas e sentimentos communs dessa gente. Era para elles menos criminoso e odioso um ataque violento e ousado ás claras, do que um furto astucioso commettido clandestinamente. E com effeito para o germano o emprego da força implicava sempre um certo gráo de franqueza e de coragem, em quanto a astucia e a fraude era indicio de fraqueza e baixeza. Um roubo com violencia, mas com publicidade, era quasi um acto de guerra, que não era temido por esses homens affeitos a repellir a força pela força; mas uma subtracção subrepticia era assimilada a um acto de traição que elles detestavam.

Nota á Secção 1.^a

Advirta-se que a Ord. Liv. 3 Tit. 52 concede ao roubado o direito de jurar *in litem* o valor do furto. — Veja-se a Diss. 11 de Lobão no Supplem. ás segundas linhas.

Artigo 132.^o

E' qualificado roubo a subtracção da cousa alheia, que se commette.

1.^o Com violencia para com as pessoas, ou com ameaça.

2.^o Com arrombamento, escalamento, ou chaves falsas.

COMMENTARIO.

Neste art. nada mais faz o Codigo do que apresentar-nos os caracteres do roubo, que já mencionámos, e nisto vai de acordo com a legislação romana, com a estrangeira, e com o direito patrio anterior, como iremos mostrando nos seguintes art.

Artigo 133.º

Quando o roubo fôr commettido ou tentado, concorrendo o crime de homicidio, será applicada a pena de morte aos criminosos.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 415.º n.º 1; das Duas Sicilias art. 408.º, 418.º; do Brasil art. 271.º; do Wurtemberg art. 311 e seg.; do Hanover art. 321.º e seg.; etc.

COMMENTARIO.

A disposição deste art. é uma consequencia necessaria da doutrina estabelecida no art. 351.º. O homicidio concorre com outro crime, e serve para facilitar, executar, ou obter a facilidade do roubo. Vide a L. 28 §§ 10 e 13 Dig. *de pæn.*

Artigo 134.º

A pena de trabalhos publicos no ultramar por toda a vida será applicada nos casos seguintes :

1.º Quando o roubo fôr commettido ou tentado concorrendo o crime de carcere privado, ou o de

violação, ou alguma das offensas corporaes declaradas no art. 361.º.

2.º Quando o roubo fôr commettido ou tentado em lugar ermo por duas ou mais pessoas, trazendo armas, ou apparentes ou occultas, qualquer dos criminosos, se da violencia resultou ferimento, ou contusão, ou vestigio de qualquer soffrimento corporal.

3.º Se o roubo fôr commettido por duas ou mais pessoas em deposito publico, ou qualquer edificio publico, ou destinado ao culto religioso, ou em casa habitada ou destinada á habitação ou suas dependencias, com arrombamento exterior ou escalamento, ou chaves falsas.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 415.º n.º 2 e 3, art. 421.º; de França (reformado em 1832) art. 332.º, 335.º; etc.

COMMENTARIO

O Codigo seguiu o systema de maior para menor; e por isso depois de apontar no art. antecedente o roubo a que é imposta a pena de morte, declarã neste os casos em que são applicaveis os trabalhos publicos por toda a vida; e são os seguintes.

1.º — Neste numero deveria, além da violação, comprehender-se tambem qualquer attentado ao pudor.

2.º — As offensas corporaes a que se refere este art. são as do art. 360.º, e posto sejam menos graves do que as do art. 361.º incluidas em o n.º anterior, o roubo acompanhado dellas é punido tambem com os trabalhos publicos temporarios, em attenção

ás outras circumstancias aggravantes de que é acompanhado.

3.º — Qualquer destas circumstancias aggravantes, sendo acompanhada de arrombamento exterior, escalamento ou chaves falsas, julgou o Legislador que devia produzir no roubo a applicação da pena do art. , em attenção ao alarma que taes factos lançam na sociedade.

Artigo 135.º

A pena de trabalhos publicos temporarios no ultramar, será applicada :

1.º Quando o roubo fôr commettido por uma só pessoa com armas em lugar ermo, ou em algum dos outros lugares designados no art. antecedente com arrombamento exterior, ou escalamento, ou chaves falsas.

2.º Quando o roubo fôr commettido por duas ou mais pessoas fóra dos casos declarados no art. antecedente.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 415.º n.º 3, art. 121.º ; etc.

COMMENTARIO.

Agora vamos vêr os casos em que o roubo é punido com trabalhos publicos temporarios.

1.º — Nesta hypothese ha só um criminoso, e não dous, como no art. anterior, e por isso a execução do crime não se torna tão facil : razão talvez porque o Legislador impôz uma pena menor.

2.º — A razão disto é porque entendeo que só as circumstancias marcadas no art. antecedente podiam fazer elevar a pena de temporaria a perpetua.

Artigo 436.º

No caso do n.º 2 do art. antecedente, o co-réo que tiver convocado, ou seduzido os outros, ou dado as instrucções para o roubo, ou dirigido a sua execução, incorrerá na pena de trabalhos publicos no ultramar por toda a vida.

COMMENTARIO.

Esta disposição é semelhante á do n.º 4 do art. 415.º do codigo de Hespanha, que manda impôr ao chefe da quadrilha a pena de cadeia perpetua; reputando para este fim haver quadrilha quando concorrerem ao roubo mais de tres criminosos.

Artigo 437.º

Fóra dos casos declarados nos art. antecedentes desta Secção, o roubo será punido com a prisão maior temporaria com trabalho.

COMMENTARIO.

Esta devia ser a regra geral para a punição do roubo; não sendo os art. 434.º, 435.º, e 436.º senão verdadeiras aggravações, e excepções á regra. Parece-nos rasoavel a pena do art., aonde o Código seguiu o 417.º de Hespanha.

Artigo 438.º

O roubo com arrombamento, ou escalamento, ou chaves falsas, commettido por uma só pessoa em outro lugar, que não seja algum dos enumerados no n.º 3 do art. 434.º, sem violencia contra as pessoas, ou ameaça; e sem porte de armas, será punido como furto aggravado, applicando-se as regras geraes.

COMMENTARIO.

Neste caso considera-se o roubo sem violencia para com as pessoas, mas acompanhado de violencia para com as cousas por meio de arrombamento, escalamento ou chaves falsas, e commettido só por uma pessoa etc. A pena é a do furto aggravado, applicando-se as regras geraes dos art. 77.º e seg.

Os romanos puniam de diverso modo os criminosos, segundo o arrombamento era feito de noite ou de dia, como declara a L. 2 Dig. *de effractorib.* No primeiro caso, diz ella, *in metallum dari solent*; no segundo *in opus perpetuum vel temporarium dandi sunt.*

Entre nós a Ord. Liv. 5 Tit. 60 § 1 punia com pena de morte o furto feito com abertura de porta que estava fechada, ou entrando por janella, ou telhado, ou por qualquer outra maneira, sendo do valor de meio marco de prata para cima.

Artigo 439.º

Se o credor furtar ou roubar alguma cousa pertencente ao seu devedor, para se pagar da divida,

esta circumstancia não justificará o facto criminoso, mas será considerada como circumstancia attenuante.

COMMENTARIO.

A materia deste art. , como se vê da sua simples leitura, é *commum* tanto ao furto como ao roubo, e por isso ou deveria entrar n'uma Secção com o titulo de *disposições communs*, ou devia ter sido inserido tambem na Secção antecedente.

O direito romano não considerava estes factos como sufficientes para constituirem furto ou roubo : « *Qui imprudens juris, eo animo rapuerit, quasi domino liceat per vim rem suam auferre a possessoribus, absolvi debet ; cui scilicet conveniens est, nec furti teneri eum, qui eodem hoc animo rapuit, diz o § 1 Inst. de vi bon. rapt. ; e na L. 2 § 18 Dig. ibid. se declara igualmente que ; hac actione (bonorum raptorum) is tenetur qui dolum malum adhibuit. Si quis igitur suam rem rapuit, vi quidem bonorum raptorum non tenebitur, sed aliter mulctabitur.* De modo que o credor não era punido como ladrão, e só respondia pelas violencias que tivesse empregado.

O nosso Codigo, abandonando o systema do direito romano, seguiu a doutrina de Chauveau ; o qual pensa que a existencia da divida da parte do roubado não exclue, nem póde excluir, a criminalidade da acção do credor, mas só attenua-a ¹.

¹ Chauveau n.º 3169.

Artigo 440.º

Aquelle, que por violencia, ou ameaça extorquir a alguém a assignatura, ou a entrega de qualquer escripto, ou titulo, que contenha, ou produza obrigação, ou disposição ou desobrigação, será punido com as penas declaradas para o crime de roubo, segundo as circumstancias do facto:

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 420.º; de França art. 400.º; da Baviera art. 241.º e seg.; L. austriaca de 19 de Junho de 1835; etc.

COMMENTARIO.

Este delicto designam os allemães debaixo do titulo de *extorsão*; não o considerando como verdadeiro roubo. A *extorsão*, diz o commentario official do codigo da Baviera, tem pontos de contacto com o roubo, por isso que supõe como elle o exercicio de vias de facto ou ameaças contra as pessoas; differe porem desse crime porque não tem por fim, como elle, a subtracção da cousa alheia, mas sim o adquirir um direito ou extinguir uma obrigação. Todavia Pacheco ao art. 420.º do codigo de Hespanha, sustenta que o facto incriminado é um verdadeiro roubo (como o consideram esse codigo, o francez, e o nosso); «e na verdade, coagir alguém por força a assignar ou entregar qualquer dos escriptos que declara o art. equivale perfeitamente, diz elle, a arrancar-lhe das mãos a quantidade que se designa no escripto.»

Ou se considere porem como verdadeiro roubo ou como extorsão, é certo que o facto é punido e gravemente por todas as legislações.

Mas será necessario para a existencia do crime que o accusado tenha ou não realisado a vantagem que pela extorsão contava obter? o commentario official do codigo da Baviera diz que não, sendo sufficiente a simples extorsão de escripto, embora depois se lhe frustre o fim que levava em vista: e isto parece ir de acordo tambem com o nosso Codigo ¹.

O codigo da Baviera no art. 243.º, seguindo o espirito da constituição Carolina art. 145.º, pune uma outra especie de extorsão, a que dá o nome de *Landzwanq*, que consiste em praticar extorsões sobre villas, ou povoações inteiras, ou seja por meio de escriptos contendo ameaças de incendio, por outros quaesquer meios de terror, e violencia ².

Artigo 441.º

Se as cousas furtadas ou roubadas em edificio destinado ao culto, ou em acto religioso, forem objectos sagrados, será o criminoso condemnado ou nos trabalhos publicos por toda a vida no ultramar, ou no maximo da mesma pena temporaria, segundo as circumstancias.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

LL. 5, 6, e 9 Dig. *ad leg. Jul. pecul.*; 16 § 4 Dig. *de pœnis*; etc.

¹ Chauveau n.º 3407 e seg.

² Feuerbach § 433.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 425.^o; das Duas Sicílias art. 97.^o - 99.^o; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 60 § 4.

COMMENTARIO.

O Código julga aggravante a circumstancia de ser o furto ou o roubo feito em Igreja ou lugar sagrado; mas seguindo a distincção dos antigos escriptores entre furto de cousa profana em lugar sagrado, e furto de cousa sagrada em lugar sagrado ou acto religioso, tracta deste no presente art., considerando-o com razão como mais grave do que o de cousa profana commettido em lugar sagrado.

Este crime é o que os romanos chamavam sacrilegio; *Sacrilegi sunt*, diz Paulo na L. 9 Dig. *ad leg. Jul. pecul.*, *qui publica sacra compilaverunt*. O furto de cousa profana em lugar sagrado não passava de um simples furto; e só a qualidade sagrada do objecto subtrahido o fazia elevar a sacrilegio. E' o que nos declara o Jeto Marciano na L. 5 Dig. *ibid.*, quando diz que *Severus et Antoninus rescripserunt, res privatorum si in ædem sacram depositæ subreptæ fuerint, furti actionem non sacrilegi esse*¹.

Como um dos elementos do crime é a qualidade sagrada dos objectos subtrahidos, convém deter-

¹ Vide Bynkershoek, *Obscrv.* I, 8.

numar claramente quaes as cousas que em direito se consideram como sagradas.

« *Res sacræ*, diz Gravina ¹, *sunt ea, quæ rite per Pontificem sive Episcopum, aut Episcopalis Potestatis compotem Deo consecrantur; quales sunt; 1.º Ecclesia, vel locus in ea consecratus; 2.º reliquiæ sanctorum; 3.º Repositaria illorum; 4.º Vasa sacra, et quæ ad ædificandum adhibentur; item et indumenta Sacerdotum in Sacrificio et Altaris ornamenta; 5.º Imagines Dei, B. Virginis, et Sanctorum, et signa quibus illi præsentantur.* »

Os modos porque as cousas sagradas podem deixar de o ser, e perder essa qualidade, vem referidos em Lobão, *Notas a Mello* (tom. 3 pag. 12 e seg.) para onde remettemos o leitor.

Artigo 442.º

Verifica-se o arrombamento exterior todas as vezes que pôde haver introduccão em qualquer lugar pelo rompimento de parede, ou tecto, ou fractura de porta ou janella, ou damnificação, ou remoção por força de qualquer objecto, ou construcção, que serve a fechar, ou impedir a passagem.

§ 1.º E' arrombamento interior aquelle, que depois da introduccão em qualquer casa ou edificio se faz em porta, ou parede interior, ou construcção interior destinada á guarda ou segurança de quaesquer objectos.

¹*Instit. canon.* L. 2 tit. 18; Ferraris, *Biblioth.* v.º *Furtum* n.º 75 e seg., e *Sacrilegium*; etc.

COMMENTARIO.

Tendo o Legislador feito consistir o roubo na subtracção da coisa alheia, por meio de violencia ou ameaças, ou por meio de arrombamento, escalamento, ou chaves falsas; e tendo já anteriormente qualificado o que devemos entender por violencias e ameaças, passa a declarar-nos neste art. e no § 1.º o que se deve considerar como arrombamento, e nos §§ 3 e 4, o que são o escalamento e as chaves falsas.

O nossoCodigo seguiu nesta parte, como quasi sempre, o codigo francez nos art. 393.º a 396.º Ha porem uma differença: este define primeiro o arrombamento em geral, e dividindo-o em exterior e interior, passa depois a definir cada uma das duas especies; o nosso sem dar a definição do genero, apresenta logo as duas especies, e tracta de as definir a seu modo. O arrombamento em geral consiste no rompimento, fractura, damnificação, ou remoção de qualquer construcção ou objecto que serve para fechar ou impedir a passagem.

A differença entre o arrombamento exterior e interior consiste em que o primeiro tem por fim facilitar a entrada do criminoso em qualquer lugar; o segundo verifica-se depois do delinquente estar já dentro, e tem por fim facilitar-lhe a execução immediata. Assim o ladrão que para entrar na casa que pretende roubar, tem de arrombar a porta da rua, e depois tira uma porção de dinheiro que acha em cima de uma meza, commette roubo com arrombamento exterior. Mas se para tirar o dinheiro se vê obrigado

a arrombar tambem uma burra de ferro, ao arrombamento exterior accresce o interior. De fórma que o roubo póde ser acompanhado só de arrombamento exterior, ou só do interior, ou de ambos ao mesmo tempo. Do arrombamento fallou tambem a nossa Ord. Liv. 5.ª Tit. 60 § 1.¹.

Artigo 442.º (continuação.)

§ 2.º A subtracção de movel fechado, que serve á segurança dos effeitos que contém, e commettida dentro da casa ou edificio, considera-se feita com a circumstancia de arrombamento, ainda que o movel seja aberto ou arrombado em outro lugar.

COMMENTARIO.

O motivo desta disposição, copiada do § 2 do art. 396.º do codigo francez, é facil de descobrir. O Legislador não quiz que a condição do ladrão fosse diferente, só pelo facto de ter vindo arrombar o movel fóra da casa donde o tiver subtrahido; e com esta razão, a criminalidade da acção é a mesma, ou o arrombamento seja feito dentro ou fóra desse local, porque a fechadura do objecto não foi um meio de defesa capaz de conter o ladrão, e é esta audacia, e não o local aonde o objecto é aberto, que aos olhos da lei faz aggravar o caracter da acção.².

¹ Chauveau n.º 3353 e seg.; Merlin, *Répert.* v.º *Vol. . Repert. á Ord.* v.º *Furto feito com abertura de porta*, not. (a).

² Chauveau n.º 3369; Morin, v.º *Vol.* § 6.

Artigo 442.º (continuação).

§ 3.º E' escalamento toda a entrada em qualquer lugar fechado, executada por cima da porta, ou parede, ou qualquer construcção que serve a defender a entrada, ou passagem; e bem assim por qualquer abertura subterranea, não destinada a servir de entrada.

COMMENTARIO.

Este parographo quiz seguir o art. 397.º do código francez, mas alterou em certo modo o espirito delle. O nosso Código depois de dizer que é escalamento toda a entrada em qualquer lugar fechado executada por cima de porta etc, acrescenta, e bem assim por qualquer abertura subterranea não destinada a servir de entrada. O art. 397.º da lei franceza diz na segunda parte: « *L'entrée par une ouverture souterraine autre que celle qui a été établie pour servir d'entrée, est une circonstance de même gravité que l'escalade.* » Note-se que o nosso Código vem a dizer que a entrada em lugar fechado executada por meio d'abertura subterranea é escalamento; mas isso é o que não disse o legislador francez porque seria uma proposição erronea, opposta á significação natural da palavra escalamento; o que elle quiz foi significar, como nota Carnot, que o entrar por uma abertura subterranea, para executar o roubo, é uma circumstancia da mesma gravidade que o escalamento propriamente dito, e assimilado a elle pela lei.

Parece-nos que tanto o legislador francez, como o nosso, não andaram mui bem em considerar

escalamento para o fim da aggravação a entrada por abertura subterranea. Só considerariamos como circumstancia aggravante a abertura subterranea quando executada pelo criminoso, pois se este não fez senão aproveitar-se de uma que já achou, embora não destinada a servir de entrada, não é justo que a falta de providencia do proprietario aggrave o facto do réo ¹.

Artigo 442.º (continuação.)

§ 4.º São consideradas chaves falsas todas as chaves imitadas, contrafeitas, alteradas, ou perdidas, as gazuas, ou outros artificios empregados para quaesquer fechaduras.

COMMENTARIO.

Tendo a lei considerado tambem como elemento do roubo o emprego de chaves falsas para verificar a subtracção, tracta neste parographo de as definir, seguindo o mesmo systema do codigo francez; com a differença porem que não desceu, como este no art. 398.º, a exemplificações, e procurou estabelecer um principio geral.

Convém notar a expressão « perdidas, » a qual não se acha no codigo francez, mas cuja introdução no presente art. foi motivada por uma decisão do Tribunal de Cassação em acordãos de 16 de Dezembro de 1825, e 19 de Maio de 1836. Tinha um individuo perdido a chave da porta de sua casa; um ladrão,

¹ E' esta tambem a opinião de Carnot, ao art. 397.º n.º 3. — Vide Chauveaq n.º 3376 e seg.

que o queria roubar, achou-a, e por meio della abriu a porta, introduziu-se-lhe em casa, e roubou-o. Questionou-se se este roubo se devia julgar praticado com chave falsa; e decidiu o Tribunal que sim. Porem semelhante doutrina, com razão combatida por Chauveau ¹, traz consigo muitos absurdos; e entre elles o igualar factos entre os quaes ha uma differença enorme. Será por ventura igual a criminalidade daquelle que abre a porta da casa de um individuo com a chave que este póde ter perdido momentos antes, e aquelle que a abre por meio de uma chave contrafeita? Este revela por certo maior criminalidade porque premeditou necessariamente o delicto, preparando-o muito d'antemão, em quanto aquelle póde mui bem ser impellido mais fortemente ao crime pela achada da chave.

Artigo 443.º

Aquelle a que fôr achada gazua, ou outros artificios para abrir quaesquer fechaduras, ou que delles tiver feito uso em prejuizo de alguem, será punido com a prisão de tres mezes a tres annos, salvo quando houver lugar a pena mais grave.

Artigo 444.º

Aquelle que fizer gazuas, ou os referidos artificios, ou falsificar, ou alterar chaves, será condemnado na mesma pena.

§ unico. Se fôr ferreiro de profissão, soffrerá o maximo da prisão correccional, e a mulcta de tres mezes.

¹ N.º 3394.

COMMENTARIO.

Os factos punidos nestes dous art. são actos preparatorios do roubo, os quaes o Legislador julgou necessario incriminar por entender que envolvem sempre intenção criminosa ¹.

Pelo que respeita ao disposto no art. 444.^o, que é copiado do 399.^o do codigo francez, cumpre ter em vista que o simples facto de ter imitado ou alterado chaves não basta para constituir o delicto; porque essa imitação ou alteração pôde ter sido incumbida ou mandada fazer pelo proprio dono da fechadura. E' necessaria a intenção criminosa, sendo preciso que as chaves tenham sido fabricadas com conhecimento da sua falsidade e do uso a que são destinadas ². A Ord. Liv. 5 Tit. 60 § 9 punia com açoutes e degredo para as galés por um anno os que eram achados com gazuas, sendo peães, e com degredo para o Brasil por cinco annos, sendo nobres; e no § 10 impunha as mesmas penas aos que de noite eram achados com outros artificios para abrir portas.

¹ Farinacius, *Quæst.* 176 n.^o 84; Chauveau n.^o 3395 e seg.

² Mas se aquelle que fez as chaves ou gazuas, ou quaesquer artificios além de conhecer *em geral* o uso a que eram destinadas, sabia *em especial* o roubo em que deviam ser empregadas, deve nesse caso ser punido, não com as penas do art. , mas com as da cumplicidade no roubo, porque preparou com conhecimento de causa os instrumentos que serviram para o commetter. — Carnot ao art. 398.^o n.^o 4.

O § un. manda aggravar a pena quando o criminoso fôr ferreiro de profissão. A razão é porque ao delicto accresce o abuso de profissão. A Ord. citada parece não ter seguido esta aggravação, pois no § 9' impunha-lhe a pena de açoutes, e degredo por um anno para as galés, que era a mesma com que punia *qualquer* que era encontrado com *gazua*.

SECÇÃO 3.^a

USURPAÇÃO DE COUSA IMMOVEL, E ARRANCAMENTO DE MARCOS.

Artigo 445.^o

Se alguém por meio de violencia ou ameaça para com as pessoas, occupar coisa immovel, arrogando-se o dominio, ou a posse, ou o uso della, sem que lhe pertençam, será punido com a prisão correcional.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA,

Cod. de Hesp. art. 429.^o, 430.^o; da Austria art. 72.^o - 74.^o; das Duas Sicilias art. 426.^o - 429.^o; etc.

COMMENTARIO.

Usurpação de uma coisa immovel é a occupação de um immovel alheio feita por meio de violencias ou ameaças por alguém que se arroga o dominio, posse, ou uso della; eis a definição do nosso Codigo, a qual se conforma com a que nos dá o das

Duas Sicilias no art. 426.º com a differença que abaixo notamos.

Isto que a nossa lei chama *usurpação* é o *espolio* do direito civil. De ordinario este facto só dava lugar a um meio civil, restituindo-se o espoliado, sem se impôr pena criminal ao espoliador¹. Não obstante, o nosso Código julgou, seguindo o exemplo das outras legislações, que elle devia ser punido; e nisto achamos-lhe razão, porque além de ser um attentado contra a propriedade, é um elemento de perturbação da ordem e tranquillidade publica.

Os Codigos fazem distincção entre usurpação feita com violencia e sem violencia, impondo no primeiro caso pena mais forte. O nosso Legislador porem só considerou como crime a usurpação sendo feita com violencia, apartando-se dos codigos de Hespanha e das Duas Sicilias, mas seguindo nisto o direito do digesto e o das decretaes que consideravam a violencia como elemento do espolio; e com effeito a violencia foi o fundamento das decisões dos Papas nos Cap. 5.º e 6.º *De restit. spoliat.*, 2 *De ordin. cognit.*, e 36 § 2 *de testib.*

Artigo 446.º

Qualquer pessoa, que sem auctoridade da justiça, ou sem consentimento das partes a que pertencer,

¹ Vide no direito romano a L. 7 Cod. *unde vi* que parece seguir as mesmas idéas quando diz: *« si vero alienarum rerum possessionem invasit, non solum eam possidentibus reddat, verum etiam æstimationem earundem rerum restituere compellatur. »*

arranear marco posto em alguma propriedade por demarcação, ou de qualquer modo o supprimir ou alterar, será condemnado a prisão de um mez a um anno, e mulcta correspondente.

§ unico. Consideram-se marcos, quaesquer construcções ou signaes destinados a estabelecer os limites entre diferentes propriedades; e bem assim as arvores plantadas para o mesmo fim, ou como laes reconhecidas.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Vide o titulo do Digesto *de termino moto*.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 389.^o, 456.^o; da Baviera art. 386.^o; da Austria art. 173.^o; da Prussia art. 1403.^o; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 67 pr.

COMMENTARIO.

Os auctores que admittem o estado de communhão primeira são logicos quando affirmam que nos primeiros tempos historicos não havia marcos ou signaes que dividissem as propriedades; e talvez em seu apoio possam recorrer ao que disseram Virgilio e Tibullo ¹.

¹ *« Nec signare quidem, aut partiri limite campum
Fus erat. »* — Virgil. *Georg.* 1, v. 126.

. *« non fixus in agris
Qui regeret certis finibus arva, lapis. »*

Tibull. Lib. 1 *Eleg.* 3, v. 43.

Sem entrarmos porem no exame desta opinião, cançando-nos em combater esse estado imaginario de indivisão de propriedade, já de ha muito abandonado como uma vã hypothese, é certo que a existencia do direito de propriedade tornava necessaria a existencia de limites que servissem a distinguir e a differenciar as diversas propriedades pertencentes a diferentes donos; embora Rousseau marcasse a época da degradação da especie humana no momento em que alguém se lembrou de *clore son champ*. Esta idéa é tão natural, que não escapou aos Jetos romanos; pois Hermogeniano nos diz na L. 5 Dig. *de jure et jure*: « *Ex jure gentium dominia distincta, agris termini positi.* »

Este uso dos marcos ou limites para designar a propriedade de cada um, apparece mais ou menos em quasi todos os antigos povos; e tal era o respeito que queriam se ligasse ao direito de propriedade, que consideravam esses marcos como sagrados e inviolaveis, chegando até alguns a deificar debaixo da invocação do Deos Terminal a idéa, que elles symbolisavam; ao que alludia Ovidio quando no Liv. 2 v. 641 dos *Fastos* dizia:

*Termine, sive lapis, sive es defossus in agro
Stipes ab antiquis tu quoque numen habes.*

Os gregos adoravam a Jupiter Terminal e lhe elevavam templos nos confins das provincias. Este culto passou delles para os sabinos, e destes para os romanos, sendo Numa Pompilio quem veio dar mais força á instituição. Mandou medir todos os terrenos, e cravar limites nas extremas delles, consagrando es-

ses limites ao Deos Termino ; e em honra deste Deos ordenou sacrificios e festas publicas, chamadas por isso terminaes, as quaes se celebravam no ultimo dia de Fevereiro ¹. E não contente com a protecção dada á propriedade pelo elemento religioso, quiz ainda garantir-a com penas ; determinando que quem arrancasse ou transportasse os marcos ficasse, como sacrilego, votado ao Deos Termino, e podesse ser impunemente morto por qualquer do povo, segundo attestam Dionisio de Halicarnasso (II. 74) e Festus (v.º *terminus* ²). Posteriormente depois da lei agraria de Julio Cesar de que falla a L. 3 *Dig. de termino moto*, havia contra os delinquentes acção civil para serem condemnados em cincoenta aureos por cada marco arrancado (cit. L. 3 pr.), e acção criminal para a imposição da pena extraordinaria, a qual era para os de condição humilde a de açoutes ou trabalhos nas minas, e para os de condição elevada a relegação (L. 1, 2, e 3 § ult. *Dig. ibid.*) ; tanto uma como outra acção podia ser intentada por qualquer do povo.

A nossa Ord. Liv. 5 Tit. 67 pr. puniu os que por dolo arrancassem, destruissem, lavrassem, ou por qualquer modo transportassem os marcos com pena de açoutes e degredo para Africa por dous annos, sendo peães, e só com degredo, sendo escudei-

¹ A ellas allude Horatio (*Od.* II. v. 59) ;

. . . *agna festis cæsa terminalibus.*

² Vide sobre esta instituição Giraud, *Recherches sur le droit de propriété chez les romains* (Paris 1838) tom. I pag. 80 e seg. ; Rein, *Criminalrecht der Römer* pag. 822 e seg. ; Plattner, *Quæst. de jure crimin.* pag. 431 ; etc.

ros ou dahi para cima. O nosso Codigo seguiu o francez impondo-lhes a pena de prisão de um mez a um anno.

§ un. Neste parographo diz o Codigo quaes as cousas que são consideradas como marcos para os effeitos legaes. Para melhor se entender a sua doutrina devemos advertir que os limites das propriedades são de duas especies, permanentes e naturaes, ou amoviveis e industriosos: os permanentes são os *rios*, as *collinas*, os *rockedos*, e os *edificios*; os amoviveis são *pedras*, ou outros signaes susceptiveis de deslocação. Já se vê que o Legislador não se referia, nem podia referir aos primeiros porque não são susceptiveis dessa deslocação ou arrancamento; e falla só dos moveis.

Diz elle; « *quaesquer construcções*; » porque o uso faz com que os limites não sejam em muitas partes consignados por meio de marcos de pedras, mas sim por meio de sebesvivas, vallados (a que os romanos davam o nome de *botones*) etc.; e tão respeitavel é o marco, como qualquer dessas construcções, uma vez que se conheça qual o seu fim.

O mesmo é applicavel ás expressões; « *ou signaes*; » porque muitas vezes são verdadeiros signaes empregados para esse fim, v. gr. uma pedra sem feição de marco etc.

Quanto ás *arvores* já os romanos as empregavam para o mesmo fim; e Justiniano lhes chama por isso *arbores finales*.

CAPITULO 2.º

DAS QUEBRAS, BULRAS, E OUTRAS DEFRAUDAÇÕES.

SECÇÃO 1.ª

QUEBRA.

Negociante quebrado, diz o art. 1121.º do Código commercial, é aquelle que por vicio da fortuna, ou seu, ou parte da fortuna e parte seu se acha inhabil para satisfazer a seus pagamentos, e abandona o commercio. A quebra é casual, culposa, ou fraudulenta (Cod. comm. art. 1145.º). Da primeira não temos aqui a occupar-nos, mas só das outras duas, porque o Código não pune senão as quebras culposas e fraudulentas, indo nisto de acordo com o Código de commercio o qual no art. 1151.º diz: *Os fallidos culposos e os fraudulentos serão punidos conforme a direito pelos respectivos juizos criminaes.*

Artigo 447.º

Aquelles que, nos casos previstos pelo Código commercial, forem julgados ter commettido o crime de quebra fraudulenta, serão punidos com o degredo por toda a vida.

Se a quebra fôr julgada culposa, a pena será a de prisão correccional.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 402.º-404.º; de Hesp. art. 433.º, 434.º; da Austria art. 178.º; das Duas Sicilias

art. 320.º, 321.º; do Brasil art. 263.º; da Baviera art. 273.º e seg.; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 66; Alv. de 13 de Novembro de 1756 § 13; 29 de Julho de 1809; 8 de Agosto de 1811; Provis. de 19 de Fevereiro de 1805.

COMMENTARIO.

Neste art. ~~puno.~~ ~~o~~ ~~Legislador~~ a quebra fraudulenta, e a culposa. ~~Os~~ ~~elementos~~ da primeira são os seguintes; 1.º a qualidade de commerciante do accusado; 2.º a declaração da quebra fraudulenta feita pelo respectivo Tribunal commercial; 3.º a fraude.

1.º *A qualidade de commerciante.* — A razão disto é simples. Se o corpo de delicto neste crime é a sentença do Tribunal de commercio que declara fallido o accusado, como expressamente determina o art. 1151.º do Cod. comm., e se para qualquer ser constituido e declarado pelo Tribunal de commercio em estado de quebra é absolutamente necessario ser commerciante, como exige o art. 1122.º do citado Codigo, já se vê que um dos elementos do crime é ser commerciante o accusado. Além disto, se o não fosse, o seu facto era punido não por este art., mas pelo art. 449.º. Não é porem indispensavel hoje que seja commerciante *matriculado*, basta que faça da mercancia profissão habitual, como declarou a L. de 2 de Julho de 1849.

2.º *Declaração da quebra etc.* — Isto porque segundo o que já dissemos, a sentença do Tribunal

de commercio declarando a quebra é a base e corpo de delicto do processo crime¹. Os casos em que a quebra deve ser declarada fraudulenta são expressos no art. 1149.º do Cod. comm.

3.º *Fraude.* — A necessidade da fraude é indicada pela qualificação dada ao facto incriminado, *quebra fraudulenta*. A fraude neste caso consiste em o fallido ter praticado qualquer dos factos expressados no citado art. 1145.º do Cod. comm. **com intenção de espoliar os seus credores.**

Os elementos da quebra *culposa* são os seguintes: 1.º a **qualidade do commerciante do accusado**; 2.º a **declaração da quebra culposa feita pelo Tribunal do commercio respectivo**; 3.º a **culpa do accusado**. Sobre os **dois primeiros** já dissemos o necessario tractando da quebra fraudulenta; e por isso, (advertindo quanto ao segundo, que os casos de quebra culposa são os consignados nos art. 1147.º e 1148.º do Cod. comm.) occupar-nos-hemos agora do terceiro, que é a culpa. Quanto a este é necessario ter em vista que não basta provar a existencia dos factos materiaes indicados nesses art., é preciso além disso que a par de cada facto material appareça o moral, a culpa do accusado, isto é, que elle é culpado de temeridade, má gestão, ou imprudencia.

¹ Já se vê que entre nós não póde ter lugar a opinião de Chauveau (n.º 3432), quando diz que para se verificar o procedimento criminal não é necessario que preceda declaração do Tribunal de commercio sobre a existencia da fallencia. O art. 1151.º do nosso Codigo commercial é expresso fazendo depender o processo criminal dessa sentença declaratoria.

Quanto á pena. — A quebra fraudulenta é punida com degredo perpetuo, a culposa com prisão correccional. Pelo que respeita á primeira as legislações antigas eram muito severas. Em França as Ordenanças de Carlos 9.^o (1560) art. 143.^o, e de Henrique 3.^o (1579) art. 205.^o, renovadas em Maio de 1609 pelo edicto de Henrique 4.^o, e pela Ordenança do commercio de 1673 impunham á bancarrota fraudulenta a pena capital¹. A nossa Ord. Liv. 5 Tit. 66 pr. § 1 seguiu o direito francez, punindo os bancarroteiros com as penas dos ladrões publicos, isto é, com a morte; e quando por falta de prova ou *por outro algum respeito juridico*, se não podesse executar a pena ordinaria, determinava no § 1 ~~que fossem~~ ~~condenados~~ em degredo para as galés, e outras partes, segundo o engano. Aos fallidos culposos impunha a Ord. no § 7 sómente a pena de degredo, segundo a qualidade da culpa e quantidade da divida com que se levantassem. A mais legislação citada ajuntou á pena dos bancarroteiros fraudulentos a confiscação de bens, metade para captivos e metade para o accusador.

As penas do Codigo não são excessivas. A bancarrota fraudulenta participa do roubo, e apresenta immensas affinidades com o crime de falsidade; ataca a confiança e o credito, perturba o commercio, e tem offerrecido muitas vezes o espectáculo corruptor de uma riqueza mal adquirida insultando as miserias

¹ Sobre as disposições das antigas legislações a este respeito vide Rénouard, *Traité des faillites* (Paris 1844) 2 vol.

de que ella foi causa. Já se vê pois que sendo o degredo temporario imposto ao furto simples superior a vinte mil réis, não é muito que a bancarrota fraudulenta se castigue com o degredo perpetuo ¹.

Artigo 447.º (continuação.) ¹

§ unico. A mesma pena será applicada aos cumplices.

COMMENTARIO.

O mesmo determina o art. 403.º do codigo de França. Deve porem notar-se que neste crime só ha cumplices na quebra fraudulenta, como se vê expressamente do Cod. comm., que só destes falla, e como tambem declara o citado art. do codigo francez. Outra observação, que não deve esquecer, é que a cumplicidade regula-se não pelas regras geraes do art. 26.º, mas pelo art. 1150.º do Cod. comm. ².

A Ord. Liv. 5 Tit. 66 § 6 mandava punir os que dessem conselho, ajuda, e favor á quebra, ou ajudassem a encobrir ou cobrar as pessoas e fazenda dos fallidos, como participantes no levantamento de

¹ E' tal a importancia que na Europa se ligá'a este crime que alguns povos tem feito tractados para nuctorisar a mutua extradicação dos bancarroteiros. Taes são os que a França fez com a Confederação helvetica em 18 de Julho de 1818, com a Belgica em 22 de Novembro de 1834, com a Sardenha em 23 de Maio de 1838, com o Ducado de Luca em 10 de Novembro de 1843, etc.

² Chauveau n.º 3459 e seg.; Rénouard, tom. 2 pag. 451; etc.

fazenda alheia, conforme a culpa que contra elles se provasse.

Artigo 418.º

Os correctores, que forem julgados ter commettido o crime de quebra, ou insolvencia fraudulenta, serão punidos com o degredo por toda a vida, aggravado; e com algum tempo de prisão, se assim parecer aos juizes.

COMMENTARIO.

A quebra ou insolvencia dos correctores é mais aggravante do que a quebra de um simples commerciante; nesta idéa seguiu o nosso Codigo com muita razão o de França, que tambem no art. 404.º aggravava a pena aos correctores bancarroteiros; e com effeito esta aggravação não podia deixar de existir; porque prohibindo-lhes expressamente o art. 127.º do Cod. comm. o entrarem em operações de commercio ou de banco por sua propria conta, a sua quebra, mesmo abstrahindo das circumstancias que a reveliram, vem a ser acompanhada de uma violação dos deveres do seu cargo.

Deve notar-se que tendo o Codigo no art. anterior feita distincção entre quebra fraudulenta e culposa, neste sómente falla da fraudulenta; e com razão, por isso que as quebras dos correctores sempre se presumem fraudulentas, como declara o art. 1154.º do Cod. comm.

¹ Chauveau n.º 3460.

Artigo 449.º

Todo o devedor não commerciante, que se constituir em insolvencia, occultando, ou alheando maliciosamente os seus bens, será punido com prisão de tres mezes a tres annos.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 436.º, 437.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 66 § 10.

COMMENTARIO.

Aqui tractamos do mesmo facto punido pelo art. 447.º, quando praticado por individuo não commerciante; mas note-se que quando o Codigo usa da expressão *commerciantes* não se refere só aos negociantes matriculados, mas tambem áquelles que são considerados taes pela L. de 2 de Julho de 1849.

O Legislador evitou judiciosamente empregar a palavra *quebra*, usando do termo insolvencia, para ir de acordo com o art. 1122.º do Cod. comm.; o qual diz que o devedor não commerciante póde achar-se em estado de insolvencia, mas não de quebra.

A Ord. Liv. 5 Tit. 66 § 10 punia aquelles que, não sendo negociantes, se levantavam com dinheiro, divida, ou qualquer fazenda alheia, ou se punham aonde a parte não podia delles haver direito, pela seguinte fórma; sendo a divida maior de

cem cruzados com morte natural, sendo inferior a essa quantia, mas superior a cincoenta cruzados, com degredo para o Brasil por oito annos; e não chegando a cincoenta cruzados com degredo a arbitrio dos Julgadores.

SECÇÃO 2.ª

BULRAS.

A nossa Ord. Liv. 5 Tit. 65 debaixo do titulo de *bulrão* e *illicador* comprehendeu, diz o Sr. Paschoal o que as leis romanas entenderam por *Stellionatus*. Alguns auctores fazem differir o estellionato da falsidade, em que nesta são necessarios os quatro seguintes elementos, alteração de verdade, dolo, prejuizo de terceiro, e objecto do crime expresso na lei, em quanto dizem que o estellionato se verifica se existirem só os tres primeiros elementos, mas não o quarto, isto é, não se achando designado na lei o objecto do crime.

O que porem é certo, é que o *estellionato* constituia um crime generico no qual o direito romano comprehendeu todas as especies de fraude e enganos, que podem commetter-se nos contractos, e a que o mesmo direito não tinha dado nome particular; « *omnem fraudem atque imposturam, quæ proprium nomen non habet, inque delictum nominatum haud transit.* » — L. 3 § 1 Dig. *stellionat*. Fazia derivar essa palavra de *stellio*, que significava o mesmo camaleão, porque assim como esta especie de lagarto é notavel pela sua subtiliza e variedade de côres que apresenta a cada momento, tambem os que commettem este cri-

me empregam todos os ardis para occultarem suas fraudes ¹.

A nossa Ord. emprega como equivalentes as expressões *bulcão* e *illicador*; e esta ultima é derivada do verbo latino *illicio* que significa enganar com promessas, attrahir com enganos etc.

Artigo 450.º

Será punido com prisão correccional por mais de seis mezes, e podendo ser aggravada com a multa, e suspensão dos direitos politicos por dous annos, segundo as circumstancias :

1.º O que fingindo-se senhor de uma cousa, a alheiar, arrendar, gravar, ou empenhar.

2.º O que vender uma cousa duas vezes a diferentes pessoas.

3.º O que especialmente hypothecar uma cousa a duas pessoas não sendo desobrigada do primeiro credor, ou não sendo bastante para satisfazer a ambas.

4.º O que de qualquer modo alheiar como livre uma cousa especialmente obrigada a outrem, encobrando maliciosamente a obrigação.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Apontal-a-hemos, assim como a patria anterior, nos respectivos numeros do art. para se tornar mais sensivel a comparação.

¹ Vide *Ménage, Amœnit. jur. c. 39*. Algumas vezes tambem os romanos em vez de *stellionatus* diziam *stellatura*; palavra a respeito da qual se deve lêr *Salmasius, Ad Spartian. Pesc. Nigr. Cap. 3*.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 444.^o ; do Brasil art. 264.^o ; etc.

COMMENTARIO.

1.^o *O que fingindo-se etc.* — E' o que se achava prevenido na L. 2 Cod. *stellionat.*, e na L. 16 § 1 Dig. *de pignor. act.* a respeito daquella que vai penhorar a cousa alheia. Entre nós esta materia estava comprehendida na Ord. Liv. 5 Tit. 65 § 1.

2.^o *O que vender etc.* — Tambem é este um caso de bulra a que parece referir-se a L. 3 § 1 Dig. *stellionat.*; e dizemos parece porque tem sido mui questionado entre os interpretes se esta lei falla da venda ou só do penhor; no entanto seguimos a opinião daquelles que dizem referir-se á venda e ao penhor¹. A nossa Ord. Liv. 5 tambem a comprehende no Tit. 65 pr. v.^o *E para que.*

3.^o *O que especialmente hypothecar etc.* — Tambem este caso se achava prevenido na L. 3 Dig., na L. 1 e ult. Cod. *stellionat.*, e na citada Ord. Liv. 5 Tit. 65 § 1. Note-se a palavra *especialmente*, que

¹ A difficuldade principal que nessa lei de Ulpiano se nota é a contradicção que parece existir entre ella e a L. 21 Dig. *ad leg. Cornel. de falsis*, aonde o Jcto Paulo diz que quem vende a mesma cousa a duas pessoas é falsario; ora, dizem alguns interpretes, se esse crime é o de falsidade, como é que Ulpiano o qualifica como estellionato? Vejam-se as opiniões de Accursio, Bartholo, e Cujas a este respeito no tractado *de criminibus* de A. Matheus Liv. 47 Tit. 13 Cap. 1 n.^o 4.

foi usada de proposito para indicar que quando alguém fizer a dous hypotheca *geral* de seus bens não é bulcão; e nesta parte seguiu o Legislador a opinião de Angelus á L. 1 Cod. *stellionat.*, apesar de ser combatida por A. Matheus.

1.º *O que de qualquer modo etc.* — Vejam-se as citadas L. 3 § 1 Dig., L. ult. Cod., e L. 16 § 1 Dig. *de pignorat. act.* As expressões « *encobrin-do maliciosamente a obrigação* » correspondem as « *per calliditatem* » de que neste mesmo caso usam os interpretes do direito romano.

Quanto á pena, por direito romano sendo plebeo o réo, não devia exceder a trabalhos nas minas; sendo nobre, era a relegação temporaria ou deposição do cargo. L. 3 Dig. § 2 *stellionat.* Entre nós a Ord. do Reino punia o crime pela fórma seguinte. Se a bultra era de valia de mais de mil réis a pena era a de morte, e o perdimento da terça parte para a Corôa, e de outra terça parte para o queixoso; se a valia era menos do que essa quantia, mas mais de dez mil réis, a pena era de degredo perpetuo para o Brasil; e sendo dahi para baixo o valor, era punida com degredo para Africa por quatro annos.

O nosso Codigo, abandonando as distincções da Ord., impôz-lhe a pena de prisão correccional nunca inferior a seis mezes, podendo ser aggravada com o mulcta e suspensão dos direitos politicos por dous annos.

Artigo 151.º

Será punido com a prisão correccional de um até tres annos, e mulcta correspondente, podendo tam-

hem ser suspenso dos direitos politicos até ao maximo, aquelle que defraudar a outrem, fazendo que se lhe entregue dinheiro, ou moveis, ou quaesquer fundos, ou titulos, por algum dos seguintes meios :

1.º Usando de falso nome, ou de falsa qualidade.

2.º Empregando alguma falsificação de escripto.

3.º Empregando artificio fraudulento para persuadir a existencia de alguma falsa empreza, ou de bens, ou de crédito, ou de poder suppostos, ou para produzir a esperanza de qualquer accidente.

§ unico. A pena mais grave da falsidade, se houver lugar, será applicada.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 439.º; de França art. 405.º; das Duas Sicilias art. 430.º n.º 5; da Austria art. 178.º, n.º 2, art. 180.º n.º 4, e art. 181.º; etc.

COMMENTARIO.

Este delicto é o que os francezes chamam *escroquerie*. Correspondendo na antiga legislação desse povo ao crime dos *saccularii* ou *directarii* do direito romano, tomou depois a natureza mais fixa que lhe deu a legislação de 1791 e 1810, vindo então a comprehender as fraudes e manobras, que são empregadas para alcançar a confiança de alguns, e abusar della depois para subtrahir alguma cousa. E este é hoje tambem o espirito do nosso Codigo.

Os elementos do delicto são os seguintes, 1.º que alguém obtenha dinheiro, ou moveis, ou quaesquer fundos, ou titulos de alguém; 2.º que os obtenha

nha por algum dos tres meios indicados ; cada um dos quaes passamos a examinar, visto que o primeiro elemento do crime não exige mais explicações.

Quanto á falsificação de escripto, não apparece indicada no codigo francez, nem devia apparecer em o nosso ; porque sendo o crime deste art. punido com prisão de um a tres annos, a falsificação de escripto constitue só por si um crime, que é punido ou com trabalhos publicos ou com prisão maior temporaria com trabalho (art. 225.º e seg.), e por conseguinte sempre com pena maior do que a deste art. De modo que é irrisorio o declarar que se puna com prisão *correccional* de um a tres annos a fraude realisada por meio de falsificação de escripto, devendo a falsificação só por si ser punida com *trabalhos publicos* ou *prisão maior temporaria com trabalho*. Nem salva o Codigo a disposição do § un., a qual em relação ao n.º 2 nada quer, nem pôde dizer ; pois neste caso hade sempre ter lugar a pena da falsidade, porque os elementos da falsificação são os que vem designados nos art. 225.º e seg., e existindo elles hade ser applicada *sempre* a pena maior ; a não ser que a falsificação, quando é um meio de commetter uma fraude, isto é, de praticar outro delicto, deva ser punida mais levemente.

Quanto ao n.º 3 diremos aqui o mesmo que o celebre professor de Gand, o Sr. Haus, diz a respeito do art. 105.º do codigo francez. Persuadir a existencia de alguma falsa empresa, ou de bens etc. é empregar um artificio fraudulento para defraudar a outro : logo dizer : « *Empregando artificio fraudulento para persuadir a existencia de alguma empresa*

etc. » é o mesmo que dizer : « *Empregando artificio fraudulento para commetter artificio fraudulento?* » Bastavam só as palavras *empregando qualquer artificio fraudulento* ¹.

Artigo 152.º

Aquelle que com pretexto de credito, ou influencia sua, ou alheia para com alguma auctoridade publica receber de outrem alguma cousa, ou acceitar promessa pelo despacho de qualquer negocio, ou pertença; e bem assim o que receber de outrem alguma cousa, ou acceitar promessa, com o pretexto de remuneração, ou presente a algum empregado publico será punido com o maximo da prisão correccional, e a mulcta que aos juizes parecer : sem prejuizo da acção, que compete ao empregado publico, pela injuria.

COMMENTARIO.

Aos réos deste crime, prevenido tambem na Ord. Liv. 5 Tit. 83 pr., chamavam os romanos *venditores fumi*.

Alexandre Severo considerava tão grave este delicto que lhe impôz a pena capital : delle refere Lampridio, que havendo no seu tempo um certo Vetronio Thurino que affectava ter com elle valimento, e recebia dadas dos pertendentes que enganava, o fez o imperador atar a um tronco, mandando que por baixo se accendesse fogo de palhas e páos molhados, de

¹ Chauveau n.º 3426 e seg.; Haus, tom. 3 pag. 101 e seg.

maneira que, sem lhe tocar a chamma, fosse suffocado com o fumo, com um pregão que dizia « *fumo punitur, qui vendidit fumum* ¹. »

Não se póde negar que este delicto é muito grave, por isso que tende a nada menos do que a desacreditar a Auctoridade e os empregados publicos; porem a penalidade imaginada por Alexandre Severo era revoltante, e por isso foi abandonada, sendo a pena deixada a arbitrio dos Juizes na maior parte dos foros criminaes da Europa ²; sendo Menochio de opinião que a pena devia ser muito menor quando houvesse só promessa, e não effectivo recebimento de dinheiro ou dadas ³.

SECÇÃO 3.^a

ABUSOS DE CONFIANÇA, SIMULAÇÕES, E OUTRAS ESPECIES DE FRAUDE.

Artigo 453.^o

Aquelle, que desencaminhar, ou dissipar em prejuizo do proprietario, ou possuidor, ou detentor, dinheiro, ou cousa movel, ou titulos, ou quaesquer escriptos, que lhe tenham sido entregues por deposito,

¹ Lampridio, *in Alexand.*; Cujas, *Observ.* L. 8 C. 7. — Entre os *venditores fumi* foi famoso no reinado de Heliogabalo um certo Zotico, de quem falla tambem Lampridio na vida desse imperador.

² Brunemann á L. 10 *Cod. de accusat.*; Duaren, *Disput. annivers.* L. 1 c. 25.

³ Menoch., *De arbitr. judic.* L. 2 Cas. 344; Pereira e Sousa, *Classes dos crimes* pag. 160 e seg.

locação, mandato, commissão, administração, commodato, ou que haja recebido para um trabalho, ou por qualquer outro titulo que produza obrigação de restituir, ou apresentar a mesma cousa recebida, será punido com as penas do furto.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 441.º n.º 1; de França (reformado em 1832) art. 408.º; do Brasil art. 265.º; da Austria art. 163.º, 164.º; das Duas Sicilias art. 430.º, 431.º, 433.º, 434.º; etc.

COMMENTARIO.

As fraudes prevenidas neste art. (copia fiel do 408.º do codigo francez reformado em 1832) e que são qualificadas como *abusos de confiança* pelo nosso Codigo, não tinham esta qualificação no direito romano, nem na antiga legislação patria. Umas eram consideradas apenas como factos de dolo civil, sem pena criminal; outras eram comprehendidas no furto, apesar de não apresentarem os elementos especiaes constitutivos deste delicto. Assim o commissario que empregava em uso proprio o dinheiro que se lhe havia confiado para entregar a um terceiro, além de responder pela acção de mandato, era sugeito ás penas do furto: *Si tibi centum dedero, ut ea Titio dares. tuque non dederis, sed consumpseris, et mandati et furti teneri te Proculus ait* (LL. 22 § 7 *mandat*, 54 § 1 *Dig. de furt.*; 7 *Cod. de furt.*). Semelhantemente eram punidos como ladrões o credor que desencaminhava a cousa que lhe tinha sido dada em pe-

nhor, o depositario que se servia do objecto depositado, e o commodatario que dissipava a cousa emprestada (§ 6 Inst. de oblig. quæ ex del.). A nossa Ord. Liv. 5 Tit. 60 § 8 tambem considerava como réos de furto os commodatarios, depositarios¹, mandatarios, e artifices, que abusam das cousas que lhes entregam, e as vendem, ou convertem em seus usos, uma vez que concorresse a qualidade da venda ou da fuga, ou outra inductiva do animo furtivo.

E' certo porem que estas fraudes distam muito do furto, já pela natureza dos factos que as constituem, já pelos perigos menos directos com que ameaçam a propriedade, já pela criminalidade menos intensa. *Pela natureza dos factos*, porque o que caracteriza o furto é a subtracção da cousa por meio de fraude das mãos do seu possuidor contra vontade deste, ou sem este o saber, em quanto o abuso de confiança suppõe ao contrario, que a cousa se acha legitimamente nas mãos do agente, o qual a conserva em seu poder por vontade do proprietario, sem ter para esse fim empregado fraude. *Pelos perigos menos directos*, porque o dono da cousa póde preservar-se facilmente do abuso de confiança, e a si deve attribuir a má escolha da pessoa a quem confiou a sua cousa. *Pela criminalidade menos intensa*, porque não se póde imputar ao que abusa da confiança, nem a premeditação do delicto, porque não o preparou, nem a audacia da execução, porque não fez mais do que apropriar-se dos effectos que lhe fo-

¹ Vide tambem a respeito do depositario a Ord. Liv. 4 Tit. 76 § 5.

ram confiados, cedendo á occasião que para isso lhe deu a imprudencia do dono da cousa. O nosso Código, apesar de reconhecer isto (pois não qualificou estes factos como verdadeiro furto), manda todavia punil-os com as penas deste crime.

Da simples redacção do art. se vê que os elementos do delicto são os seguintes: 1.º *que o accusado tenha fraudulentamente desencaminhado ou dissipado os objectos confiados*; 2.º *que este facto seja commettido em prejuizo do seu proprietario, possuidor, ou detentor*; 3.º *que os objectos confiados sejam dinheiros, ou cousa movel, ou titulos, ou quaesquer escriptos*; 4.º *que lhe tenham sido entregues por deposito, locação, mandato, commissão, administração, commodato, ou que os haja recebido para um trabalho, ou para uso e emprego determinado, ou por qualquer titulo que produza obrigação de restituir ou apresentar a mesma cousa recebida*¹.

Artigo 454.º

Aquelle, que abusar da impericia, ou necessidades, ou paixões de um menor de vinte e cinco annos, fazendo-lhe subscrever em seu prejuizo alguma obrigação, ou desobrigação, ou transmissão de direitos por emprestimo de dinheiro, ou de effeitos moveis, ainda que debaixo de outra fórma se encubra o emprestimo, será punido com prisão de tres mezes a tres annos, e a multa correspondente.

¹ Chauveau n.º 3538 e seg.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 347.^o; de França art. 406.^o; da Austria art. 180.^o - 183.^o; das Duas Sicilias art. 433.^o - 434.^o; etc.

COMMENTARIO.

Se as fraudes commettidas com pessoas de maior idade são puniveis, muito mais o devem ser as praticadas com menores. A inexperiencia e fraqueza destes obriga o Legislador a tomar medidas em seu favor, e contra os que podem prejudical-os. Na ordem civil, resumem-se essas medidas na restituição *in integrum*¹; na criminal, na disposição deste art. Ha porem entre os dous casos uma grande differença. O remedio civil é mais lato do que o criminal, pois a restituição tem sempre lugar todas as vezes que o menor recebe algum prejuiso, ainda que realmente não haja fraude, nem abuso da sua impericia ou necessidades.

Os elementos do delicto são 1.^o que se abuse da impericia, necessidades, ou paixões de um menor de vinte e cinco annos; 2.^o que o abuso consista em fazel-o subscrever alguma obrigação, desobrigação, ou transmissão de direitos por emprestimo de dinheiro ou de effeitos moveis, ainda que debaixo de outra fórmula (v. gr. de uma venda de immoveis²) se encubra o emprestimo; 3.^o que essa subscrição seja feita em prejuiso do menor.

¹ Sr. Dr. Coelho da Rocha, *Dir. civ.* § 386 e seg.

² Chauveau n.^o 3520.

Quanto ao 1.º devemos advertir que este art. não é applicavel aos negocios commerciaes aos menores de vinte e cinco annos emancipados que exercem o commercio nos termos do art. 15.º do Cod. comm., porque a lei reputando-os maiores seria contradictoria consigo mesmo; e o Codice até devia ter feito esta excepção.

Quanto ao 3.º note-se com Chauveau, que basta a possibilidade do prejuizo, e que a nullidade do escripto subscripto pelo menor não faz desapparecer o delicto; alhás, como o menor é incapaz de contractar por si, se a nullidade legal da convenção fosse um obstaculo á existencia do delicto, nunca este existiria ¹.

Artigo 455.º

Aquelles, que fizerem algum contracto simulado em prejuizo de uma terceira pessoa, ou do Estado, serão punidos, com prisão de um a tres annos, e multa de cincoenta mil réis a trezentos mil réis, dividida pelos co-réos.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 445.º n.º 2; do Brasil art. 265.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 4 Tit. 71 pr.

¹ Chauveau n.ºs 3519 e 3521.

COMMENTARIO.

Simulação, diz Pereira e Sousa, é o fingimento feito com fraude em algum contracto ou em algum acto judicial; ou melhor, como diz a propria Ord. Liv. 4. Tit. 71 pr., *contractos simulados são aquelles em que os contrahentes declaram ou confessam simuladamente alguma cousa, que na verdade entre elles nos taes contractos, não foi contractada nem convinda.*

A citada Ord., seguindo a legislação romana na L. 55 Dig. *de contrah. empt.*, declara nullos semelhantes contractos; e condemnava além disso os delinquentes, sendo peães, em degredo para o Brasil por cinco annos e perdimento da cousa ou do seu valor, uma terça parte para a camara real, outra para as pessoas prejudicadas; e sendo cavalleiros e dahi para cima, em degredo para Africa por seis annos, e perdimento da cousa ou do seu valor com a mesma applicação.

Ha porem uma differença entre o nosso Codigo e a Ord. Esta punia tambem a simulação, posto que mais levemente ¹, mesmo quando della não resultava prejuizo a alguém; em quanto o nosso Codigo com razão abandonou esse systema.

O co-réo que se denuncia antes da accusação

¹ Rendimento da cousa ou do seu valor, metade para a camara real, metade para o accusador. — Citada Ord. Liv. 4 Tit. 71 pr.

não incorre em pena alguma, segundo o disposto nessa Ord. § 1.^o.

Artigo 456.^o

Será punido com um mez a um anno de prisão, e multa correspondente :

1.^o O que enganar o comprador sobre a natureza da cousa vendida.

2.^o O que enganar o comprador, vendendo-lhe mercadoria falsificada, ou generos alterados com alguma substancia, posto que não nociva á saude, para augmentar o peso, ou volume:

3.^o O que usando de pesos falsos, ou medidas falsas enganar o comprador.

§ 1.^o Se fôr ourives de ouro, ou de prata, que commetta a falsificação, metendo nas obras que fizer para vender alguma liga, por que a lei, bondade e valia do ouro ou prata seja alterada ; ou engastando ou pondo pedra falsa, ou contrafeita ; ou que engane o comprador sobre o peso, ou toque do ouro, ou prata ou sobre a quantidade de alguma pedra, ~~ou pena~~ será a prisão de tres mezes a tres annos, e multa correspondente.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. 438.^o, 440.^o n.^o 2 ; de França art. 423.^o ; da Austria part. 2.^a art. 153.^o ; etc.

COMMENTARIO

Neste art. nos indica o Codigo mais algumas especies de fraudes empregadas pelo vendedor quanto

¹ Pereira e Sousa, *Classes dos crimes* pag. 346 e seg.

á natureza, qualidade, e quantidade das cousas vendidas, punindo-as com prisão de um mez a um anno e multa correspondente.

1.º *O que enganar o comprador sobre a natureza etc.* — Neste caso estará o mercador que enganar um individuo vendendo-lhe pano de linho mais inferior por pano de Irlanda.

2.º *O que enganar o comprador, vendendo-lhe etc.* — A nossa legislação anterior continha varias providencias a este respeito.

A Ord. Liv. 3 Tit. 37 pr. punia com a pena de morte os que falsificassem alguma mercadoria, sendo a falsidade do valor de um marco de prata e dahi para cima; e com degredo perpetuo para o Brasil sendo inferior.

A mesma Ord. Liv. 3 no Tit. 59 pr. fulminava tambem a pena de morte contra aquelles que molhassem pão ou lhe lançassem terra para furtar o accrescimento, excedendo o damno a dez mil; e dahi para baixo com degredo perpetuo para o Brasil.

O Alv. de 17 de Agosto de 1605, e o Edital do Senado de 8 de Outubro 1808 impunham açoutes e perdimento do vinho áquelles que misturassem vinho velho com o novo. E o Alv. de 30 d'Abril de 1757 § 9 com açoutes e galés aos que deitassem agua nas pipas de vinho do Douro conduzidas em barcos ou carros¹.

Advirta-se que a pena do art. só pôde ter lugar quando a substancia empregada para alterar o genero

¹ Vide Pereira e Sousa, *Classes dos crimes* pag. 199 e seg.

não fôr nociva á saúde, pois sendo-o o facto torna-se mais grave e hade ser punido com a pena do art. 251.º. Por isso as expressões « *posto que não nocivas,* » empregadas pelo Codigo nada querem dizer ou são contradictorias ao systema do mesmo Codigo. E em verdade se com ellas se quiz significar que a pena era sempre a mesma ainda que as substancias fossem nocivas á saúde, então estaria o Codigo em contradicção com o que dispôz no art. 251.º; e se não significam isto, então são inuteis.

3.º *O que usando de pesos falsos etc.* — Para a existencia desta incriminação (que igualmente apparece no art. 423.º do codigo de França e no art. 440.º n.º 2 do de Hespanha) são necessarios tres elementos: 1.º *intenção fraudulenta no vendedor,* isto é, que elle conhecesse a falsidade ou inexactidão dos pesos ou medidas, procurando por esse modo enganar o comprador; 2.º *que a fraude recaia na quantidade da coisa vendida,* porque sem isto não haveria prejuizo para o comprador; 3.º *que o engano se execute usando o vendedor para esse fim de medidas falsas;* o que sejam medidas falsas vel-o-hemos no § 3 deste art. e seu commentario.

Os que usavam de medidas falsas, sendo o damno de marco de prata e dahi para cima eram punidos com a pena de morte; sendo menor, com degredo perpetuo para o Brasil. Ord. Liv. 5 Tit. 58¹. Igualmente se acham providencias na Ord. Liv. 1 Tit. 68 §§ 10 e 16 contra os que vendiam pão por menos do peso legitimo.

¹ Vide tambem a Ord. Liv. 1 Tit. 18 § 23.

§ 1. — Esta disposição acha-se no código francez art. 432.º, no hespanhol art. 440.º n.º 1, e no das Duas Sicilias art. 433.º, 434.º. Entre nós não faltam tambem na legislação anterior disposição a este respeito. Os que vendiam peças de ouro de menes de vinte e um quilates eram punidos pelo Alv. de 25 de Fevereiro de 1669 em todo o caso com o perdimento das peças; e mais pela primeira vez, com degredo para fóra de villa e termo por dous annos, e mulcta de trezentos cruzados applicados para as despezas do Conselho da Fazenda; pela segunda, com degredo para Africa por quatro annos e mulcta de quinhentos cruzados; e pela terceira, com açoutes, degredo por cinco annos para a ilha de S. Thomé, e mulcta de dous mil cruzados¹.

Artigo 436.º (continuação.)

§ 2.º A simples detenção de falsos pesos, ou de falsas medidas, nos armazens, fabricas, casas de commercio, ou em qualquer lugar em que as mercadorias estão expostas á venda, será punida com a mulcta de mil a cinco mil réis.

COMMENTARIO.

Este facto incriminado pela legislação franceza no art. 479.º §§ 5 e 6 do código penal, já o era pela nossa Ord. Liv. 1 Tit. 18 §§ 40 e 64 aonde se pune

¹ Vide tambem a L. de 17 de Janeiro de 1735, e Alv. de 4 de Maio de 1746 sobre os que fabricavam ouro em pó misturando-lhe outro metal differente.

a simples detenção. A criminalidade é menor neste caso do que quando se faz effectivo uso dos pesos e medidas falsas e se engana o comprador; e essa é a razão porque o nosso Código impõe a esta contravenção uma pena mais leve¹.

Artigo 156.º (continuação.)

§ 3.º Consideram-se como falsos os pesos e medidas que a lei não auctorisa.

§ 4.º Os objectos do crime, se pertencerem ainda ao vendedor, serão perdidos a favor do Estado; e bem assim serão perdidos e inutilizados os pesos, e medidas falsas.

COMMENTARIO.

No § 3 declara o Código o que se deve entender por falsos pesos e medidas; e diz que devem ser considerados como taes todos aquelles que a lei não auctorisa. Para melhor se firmar a doutrina a este respeito cumpre ter em vista o seguinte, que o peso ou medida para ser verdadeiro aos olhos da lei deve reunir duas condições — ser reconhecido e auctorisado por lei, e reunir os requisitos nella exigidos²,

¹ Veja-se o *Deuteronomio* Cap. 25 v. 13-16; e o *Leuitico* Cap. 19 v. 35 e 36.

² A uniformidade de todos os pesos e medidas, sobre que hoje tanto se falla, já havia preocupado os nossos antigos legisladores. Este pensamento, que talvez já possamos fazer remontar a D. João 2.º, revela-se na *Ord. Manoel*. Liv. 1 Tit. 15 § 24, e 30. D. Sebastião por

e ser afferido ¹. Assim por exemplo um arratel é peso auctorizado por lei, tendo dezeseis onças, mas deve ser afferido, porque na nossa legislação é a afferição que lhe dá a auctoridade legal,

Em vista destes principios a falsidade pôde ser filha da falta de auctorisação legal, da falta de afferição, ou da falta de reunir os requisitos legais. — Exemplo da 1.^a especie: quem depois de estar em execução o systema metrico-decimal usar do peso de arratel, emprega um peso falso por falta de auctorisação legal. — Exemplo da 2.^a especie: quem usa hoje de uma medida de quartilho sem ser afferida

L. de 26 de Janeiro 1575, procurou fazer reviver esta Ord. de D. Manoel, contra a qual se obstinára a provincia do Minho, e mais alguns concelhos do reino. E com quanto seja duvidoso se a lei de D. Sebastião foi ou não observada (o que dá a entender Cabedo na *Decis.* 160), é certo que apesar de suscitada na Ord. Philip. Liv. 1 Tit. 18 §§ 28 e 38, e Tit. 62 § 47, contra ella tem resistido constantemente a pratica. — Vide nas *Memor. econom. da Acad.* no tom. 5 a de Sebastião Mendo Trigozo, e Lobão, *Suppl. ás acções summ.* Dissert. 13.

¹ A necessidade da afferição, que já apparece no direito romano nas LL. 2 de *frumento alexand.*, e 9 *Cod. de defensorib. civitat.*, acha-se estabelecida na Ord. Liv. 1 Tit. 18 § 28, 30, e 64, Tit. 61 § 3, e Tit. 68 §§ 16 e 17. — A afferição de pesos e medidas compete á Camara municipal. Ord. Liv. 1 Tit. 18 § 36 e seg.; Alv. de 10 de Novembro de 1772 § 6; Port. de 12 de Setembro de 1842. A fiscalisação pertence hoje ao Administrador do Concelho pelo art. 249.^o n.^o 4 do Codigo Administrativo.

posto que realmente leve um quartilho, usa tambem de medida falsa. — Exemplo da 3.^a especie: quem usa de uma medida afferida, v. gr. de um peso de arratel, e depois lhe augmenta um pedaço para augmentar o peso e defraudar o comprador. As falsidades das duas primeiras especies são muito mais leves e não passam verdadeiramente de simples contra-venções.

Uma duvida se póde suscitar, e vem a ser se, por exemplo, o dono de um açougue sem falsificar o peso, falsificar a balança, collocando, v. gr. junto ao fiel da mesma uma bola de chumbo para a fazer pensar mais a parte da balança aonde se deita a carne, deve ou não ser considerado como comprehendido no § 3 deste art. Esta questão apresentou-se na Comarca de Villa-Franca no momento em que estamos escrevendo; e consultados sobre ella por um collega, pronunciamos-nos pela affirmativa, vendo depois que a nossa opinião ia de acordo com a do Tribunal de Cassação de França. « As balanças, declara esse Tribunal, são instrumentos necessarios e indispensaveis para se usar dos pesos; estes quando mesmo fossem legaes e exactos *em si*, tornar-se-iam falsos sendo empregados com balanças falsas; ha uma correlação tão indivisivel entre os pesos e as balanças, que falsos pesos, e balanças falsas devem necessariamente ser considerados como uma só e a mesma cousa¹. »

§ 4. — Esta confiscação especial dos pesos e medidas era estabelecida tambem no art. 481.^o do codigo francez. Quanto á inutilisação dos pesos convém

¹ Acordão de 29 de Abril de 1831; etc.

advertir que entre nós de tempo antiquissimo se costumam quebrar ; sendo este uso já existente entre os romanos como se deduz da L. 13 § 8 Dig. *locat.* , e da L. 9 Cod. *de defensorib. civitat.*

Artigo 457.º

Aquelle que commetter o crime de contrafeição, reproduzindo em todo ou em parte, fraudulentamente e com violação das leis e regulamentos relativos á propriedade dos auctores, alguma obra escripta, ou de musica, de desenho, de pintura, de esculptura, ou qualquer outra producção, será punido com a multa de triata mil réis a trezentos mil réis, e perda dos exemplares da obra contrafeita, e de todos os objectos que serviram para a execução da contrafeição.

§ 1.º A mesma multa com a perda dos exemplares da obra será applicada ao que introduzir em territorio portuguez uma obra produzida em Portugal, que tiver sido contrafeita em paiz estrangeiro.

§ 2.º O que vender ou expozer á venda a obra assim contrafeita, será condemnado em multa de dez mil réis a cem mil réis, e na perda dos exemplares da obra contrafeita.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 446.º; de França art. 425.º; L. hollandeza de 15 de Janeiro de 1817; L. prussiana de 11 de Junho de 1837; L. de Saxe de 22 de Fevereiro de 1844; L. austriaca de 19 de Outubro de 1846; etc.

COMMENTARIO.

Não nos occuparemos neste lugar da natureza da propriedade litteraria e industrial. São estranhas a este commentario essas controversias que tem occupado escriptores de tanto nome, e que realmente são, como diz o Sr. Seabra, um *phenomeno incomprehensivel neste seculo que blasona de illustrado e que se peja de reconhecer outra herança, que não seja a da razão*¹. Essa propriedade é reconhecida em Portugal, como nas nações civilisadas, pela Constituição do paiz e pela legislação civil². Agora temos em relação á lei penal a examinar a garantia que o Legislador lhe dá por meio da repressão penal.

Três são os elementos do crime de contrafeição; 1.^o reproducção inteira ou parcial de uma obra litteraria, scientifica ou artista; 2.^o fraude dos aucto-

¹ Sobre esta celebre questão vejam-se Ahrens, e Bèlime, *Philosophie du droit*; Rénouard, *Traté des droits des auteurs* (Paris 1839); Sr. Seabra, *A propriedade* tom. 1 pag. 161 e seg.; e o Sr. A. Herculano no seu interessante opusculo sobre o mesmo objecto.

² Sobre a legislação das differentes nações da Europa a este respeito, além de Rénouard, vide Alfred Villefort, *De la propriété litteraire et artistique au point de vue international* (Paris 1851). — Sobre as idéas dos antigos a respeito de propriedade litteraria, é digno de lêr-se F. A. Pic, *Dissert. sur la propriété littéraire et la librairie chez les anciens* (Paris 1827); e com relação especial aos romanos L. J. Neustettel, *Der Bucher-Nachdruck, nach römischen Rechte betrachtet* (Heidelberg 1824).

res ; 3.º violação das leis e regulamentos relativos á propriedade dos auctores.

1.º *Reprodução inteira ou parcial etc.* — O que a lei incrimida não é a reprodução do pensamento, é a reprodução da obra, pela qual o auctor deu ao pensamento a fórma material. Esta fórma é que faz objecto da protecção legal, porque só ella pôde ser objecto de propriedade.

Mas em que casos se verifica a reprodução? A reprodução consiste no facto de fabricar, copiando-a, uma nova edição de uma obra litteraria, scientifica ou artistica feita por outra pessoa. Não se infira porem daqui que é preciso haver entre a obra original e a contrafeita uma perfeita identidade. Algumas differenças que entre ellas podem existir nem por isso obstem a que haja contrafacção. O ser o livro contrafeito publicado em formato differente do original ; o ter-se dissimulado o nome do auctor ; o ser o quadro ou a estatua de uma dimensão differente, não destroe a existencia da contrafacção. Basta que a reprodução seja uma copia mais ou menos exacta do original, que o represente com suas fórmas principaes, e que tenha por fim prejudicar o auctor. A não se admittir este principio toda a contrafeição escaparia á repressão penal¹.

Cumpre notar que entre a reprodução, e a imitação e o plágio ha uma differença essencial. — A simples imitação não é uma reprodução exacta ; e consiste ou em empregar os mesmos processos tractando de um outro objecto, ou em tractar os mes-

¹ Chauveau n.ºs 3727 - 3730.

mos objectos por processos differentes. A imitação não é criminosa ; é o estudo e a vida das bellas-artes, e até a litteratura tende continuamente a reproduzir as fórmãs das obras que são proclamadas como modelos : sem ella não se poderia estudar a arte nem aperfeçoal-a. — O plagiato tem mais affinidade com a contrafeição ; consiste em qualquer publicar com o seu nome, obras ou porções de obras compostas por outrem, querendo passar como auctor dellas, ou em copiar servilmente de uma ou outra obra differentes passagens que attribue a si proprio. A primeira especie de plagiato é uma verdadeira contrafacção, tal foi a celebre traducção de Procopio que Leonardo Aretino Bruni attribuiu a si e que por fim se reconheceu não ser sua ; o segundo não é criminoso, mas recebe o seu castigo da critica ; é bem sabido que Bathillo se tornou em Roma objecto da derisão por se ter dado como auctor do famoso distico de Virgilio « *nocte pluit tota* ; » delle se vingou o poeta compondo os versos : « *sic vos non vobis* ¹. »

A reproducção póde ser inteira ou parcial. A *inteira* consiste na reproducção identica e total de um escripto, na copia pura e simples de uma obra qualquer. Pouco importa que o contrafeitor tenha ou não acompanhado de notas o escripto que reproduz, porque essas notas não alteram a identidade do texto.

A *parcial* só é punivel se fôr uma copia sem citações, porque existindo estas não ha a fraude ² ; o

¹ Chauveau n.^{os} 3732, 3733 ; Morin v.^o *Contrefaçon*, e *Plagiat*.

² Id. n.^{os} 3734 - 3737.

que se deduz tambem do § un. do art. 1.º da L. de 8 de Julho de 1851 que diz: « Ficam exceptuadas desta disposição as citações extrahidas de qualquer livro para outro, ou para periodicos litterarios ou politicos; e os artigos destes de uns para outros, citando-se porem o livro ou periodico donde se extrahir a citação. »

2.º *Fraude etc.* — Este requisito do *animus nocendi* exigido terminantemente pelo Código, é uma condição indispensavel para a existencia de qualquer crime. Renouard porem no seu tractado dos direitos dos auctores (tom. 2 pag. 13) sustenta o contrario dizendo, que neste caso para a existencia do delicto não é necessario verificar se houve ou não intenção de prejudicar, e que esta só deve ser apreciada para a gradação da pena; aliás, diz elle, os direitos dos auctores seriam muitas vezes lesados. Esta opinião é insustentavel por ser repugnante a todos os principios de direito penal; nem a exigencia da intenção criminosa póde lesar taes direitos. Se a intenção criminosa não existe, nem por isso, se houver prejuizo, deixa o auctor de ser delle indemnizado pela acção civil ¹.

3.º *Violação etc.* — E' necessario mais além da fraude que a reprodução seja feita com violação das leis e regulamentos relativos á propriedade dos auctores: Assim se o auctor não tiver registado a sua obra nas estações competentes, nos termos e pela fórma estabelecida nos art. 23.º e seg. da L. de 8 de Julho de 1851 não ha crime de contrafeição. Do mesmo modo se o praso, pelo qual é concedido o direi-

¹ Chauveau n.º 3765 e seg.; Rauter § 561f; etc.

to, já tiver expirado nos termos da citada lei. E em fim se a obra fôr obscena, ou libello diffamatorio, ou composição espúria e de manifesta tendencia immovel (art. 9.º da cit. L.).

§ 1. — E' a mesma disposição do art. 426.º do código francez e do art. 31.º da nossa L. de 8 de Julho de 1851 : devendo advertir-se que a doutrina do § é applicavel igualmente ás obras produzidas no estrangeiro e contrafeitas tambem no estrangeiro, sendo os seus auctores subditos de alguma nação que por lei ou por tractados especiaes assegure a mesma garantia ás obras impressas em Portugal ; este principio acha-se consignado no art. 32.º da L. de 8 de Julho, e não deveria ter esquecido aos redactores do Código ¹.

§ 2. — E' semelhante ao art. 33.º da L. de 8 de Julho e ao citado art. 426.º do código francez : este código porem não incriminou a *exposição á venda*, mas só a venda ; Carnot defendeu esse systema sustentando que a exposição não é mais de que uma tentativa, a qual nestes delictos não é punivel, por causa da natureza da pena ; todavia Chauveau seguiu a opinião contraria, considerando tambem como criminosa a exposição ². Escusado é advertir que a intenção criminosa é um elemento essencial deste delicto ; pois o vendedor póde mui facilmente ignorar que a obra seja contrafeita, e seria barbaro neste caso o condemnal-o.

¹ Chauveau n.º 3776 e seg.

² Id. n.º 3770 e seg. ; Carnot, ao art. 426.º n.º 4 do código francez.

O nosso Código impondo a este facto uma pena menor, seguiu o art. 427.º do código francez, e a maior parte das leis sobre a materia; todavia a L. belga de 25 de Janeiro de 1817 pune o vendedor com a mesma pena do contrafactor.

Artigo 458.º

Todo o empresario, ou director de espectáculo, ou associação de artistas, que fizer representar no seu theatro alguma obra dramatica, ou executar composição musical com violação das leis e regulamentos relativos á propriedade dos auctores, será punido com a multa de dez mil réis a cem mil réis, e com a perda do producto da receita.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 428.º; Estatuto de Guilherme IV de 10 de Junho de 1833; etc.

COMMENTARIO.

Tanto o auctor dramatico, como o musico, reu-nem dous direitos sobre as suas obras, o da publicação e o da representação ou execução em theatro. No art. 457.º protege a lei o direito de publicação punindo a contrafeição; e neste protege especialmente o direito de representação ou de execução.

A primeira cousa que não deve esquecer é que a lei só pune os directores e empresarios de theatros e na falta destes as associações d'artistas, porque só elles são inhibidos de representar obras dramaticas, e fazer executar composições musicaes sem o consen-

limento de seu auctor, visto como pelo producto das recitas que dão, não lesar os direitos dos auctores. Por isso toda e qualquer pessoa póde representar obras dramaticas ou executar composições musicas de outrem, uma vez que não seja em theatros publicos ou locaes, aonde o publico seja admittido por dinheiro. Esta observação, feita por Chauveau e Rénouard, vai de acordo com o espirito da nossa legislação; pois dizendo a L. de 8 de Julho de 1851 art. 10.º que *as obras dramaticas dos auctores vivos não podem ser representadas em nenhum theatro publico, em que seja paga a entrada, sem o consentimento etc.*, dá bem a entender que o fim do Legislador é só punir esta representação quando houver lesão nos interesses do auctor.

Mesmo ás pessoas referidas no art. é só prohibida a representação de drama ou execução de peça musical quando fôr feita com violação das leis e regulamentos relativos á propriedade dos auctores: assim para haver delicto é necessario que a representação se verifique sem que haja *consentimento delles por escripto etc.* (citada L. art. 10.º e seg.); e ainda que a obra seja impressa, não altera esse facto a existencia da criminalidade quanto á representação nos termos expostos (citada L. art. 17.º).

A pena é a mesma do codigo francez, o qual impõe ao delicto a mulçta de 50 a 500 fr. e a perda do producto da récita; e a mesma idéa seguiu a referida L. de 8 de Julho de 1851 no art. 29.º, com a differença que a mulçta era de cincoenta a trezentos mil réis, e applicada para o Conservatorio Real.

Como o Codigo decreta a perda do producto da

receita, podem suscitar-se algumas duvidas ; 1.^a comprehendêrã o Codigo nestas palavras o producto de todas as récitas que tiverem sido dadas com a peça dramatica ou musical ? 2.^a esse producto será o producto bruto, ou já liquido das despezas do empresario ou director ? 3.^a como se hade calcular esse producto ?

Quanto á 1.^a parece-nos que não deve haver duvida em seguir a affirmativa, e a citada L. no art. 29.^o o declara expressamente nas palavras *récita* ou *récitas*. Quanto á 2.^a julgamos que o Legislador falla do producto bruto, o que tambem expressamente se decide nesse art. 29.^o ; embora o empresario perca a despeza da récita, tudo isso é pena do seu ataque aos direitos alheios. Quanto á 3.^a, fundados no mesmo art. 29.^o, parece-nos que se deve calcular o producto bruto de uma récita inteira do theatro ou lugar publico, aonde o delicto tiver sido commettido, e como se esse lugar ou theatro estivesse cheio.

Em Allemanha só se considera violação dos direitos do auctor dramatico a representação de sua obra sem seu consentimento em quanto não está impressa ; logo que o está, póde ser representada por qualquer pessoa¹. Em Inglaterra antes do Estatuto de Guilhermê IV de 10 de Junho de 1833 vigorava o mesmo principio ; e um vestigio bem claro delle se acha n'uma carta de Walter Scott dirigida em Janeiro de 1810 a Miss Joanna Baillie auctora do drama intitulado *a legenda*: « Todos desejam ler *a legenda*, dizia o auctor de Waverley ; se consentirdes em que

¹ Villefott, *loc. cit.* pag. 52.

della se faça uma pequena edição para satisfazer a curiosidade publica, eu me incumbo de revêr as provas. Mas julgo que não o deveis fazer, pois *em quanto não estiver impressa* nenhum theatro a pôde representar sem vossa licença. »

Artigo 459.º

Toda a defraudação dos direitos dos proprietarios dos novos inventos, com violação das leis e regulamentos que lhes respeitam, será punida com a mulcta de trinta mil réis a trezentos mil réis, e perda dos objectos que serviram para a execução do crime.

COMMENTARIO.

Com quanto os novos inventos e descobertas não estejam no mesmo caso que a propriedade litteraria ou artistica, a sociedade deve sempre ter em consideração os trabalhos da intelligencia, e por isso recebendo ella beneficios dos novos inventos, e descobertas, ou introdução das mesmas, e interessando no seu desenvolvimento, deve proteger os inventores e introductores concedendo-lhe um privilegio, embora mais diminuto que o da propriedade litteraria ou artistica, e reprimindo a sua violação.

Todas as nações civilizadas tem reconhecido esta necessidade. « A Inglaterra formulou a sua lei de *patentes* em 1623 ; os Estados-Unidos em 1790 ; a França e a Belgica em 1791 e 1792 ; a Prussia e a Rússia em 1812 ; a Baviera e o Wurtemberg em 1817 ; a Austria e as Provincias Lombardo-Venezianas em 1820. Resulta desta resenha que a proprie-

dade do pensamento tem sido reconhecida mais depressa naquelles paizes, em que a industria e a civilização tem feito mais progressos ¹. »

O direito de propriedade de novas descobertas ou inventos, ou da sua introdução é garantido pela *patente de invenção* ou de *introdução* ², concedida pelo governo nos termos do Dec. de 31 de Dezembro de 1852. Este titulo é a base essencial para qualquer poder intentar a acção criminal, objecto deste art.

O Codigo pune a defraudação dos direitos do proprietario do novo invento, uma vez que ella viole as leis e regulamentos que lhes respeitam. Por isso se a patente se achar annullada por qualquer das causas enumeradas nos art. 30.º a 33.º do citado Dec., não tem lugar a acção porque deixa de existir o titulo que lhe garantia o direito.

Para os effeitos do presente art. cumpre ter muito em conta a doutrina do art. 36.º desse Dec., que diz : « A *descripção do invento, aperfeiçoamento ou*

¹ Vide o art. de Mr. Perpigna no *Diction. du commerce et de l'industrie* de Blanqui, v.º *Brévets d'invention*.

² O que seja invenção, descoberta, e introdução dil-o o Dec. de 31 de Dezembro de 1852. « *E' considerada descoberta qualquer reproducção de um processo industrial, antigamente conhecido, mas que é geralmente ignorado.* » Art. 37.º. — « *E' considerada invenção a confecção de um novo producto, e confecção de um producto conhecido, por meios differentes dos que até essa invenção se empregaram para o obter.* » Art. 38.º (vide tambem art. 39.º). — « *E' considerada introdução a pratica de qualquer invento, descoberta ou applicação, que não esteja em exercicio no paiz na data do deposito da descripção que lhe diz respeito.* » Art. 40.º.

introducção constitue o titulo da patente, e o fundamento do Decreto que tem a garantir. E em virtude desta descripção (NB.) que serão julgados os pleitos que a seu respeito se possam suscitar.»

A nossa legislação anterior sobre novos inventos acha-se no Alv. de 28 de Abril de 1809, e no Dec. de 16 de Janeiro de 1837. Merecendo ler-se o que sobre a materia escreveu, já ha annos. o nosso José Accursio das Neves nas suas *Variedades sobre objectos relativos ás artes etc.* (Lisboa-1814) tom. 1 pag. 12 e seg.

A pena no caso deste art. é mais forte do que no do art. antecedente, o que parece estar em contradicção com o termos dito que o direito da propriedade litteraria deve ter uma garantia maior do que o dos novos inventos. Mas por isso mesmo que o privilegio daquella é mais duradouro do que o destes, é que o Legislador talvez impôz neste art. uma multa mais forte ¹.

Artigo 460.º

Nos casos declarados nos art. antecedentes serão adjudicados a titulo de indemnisação ao proprietario prejudicado pelo crime, os objectos e receitas perdidas; e se alguma cousa faltar para a sua inteira indemnisação, o poderá haver pelos meios ordinarios.

COMMENTARIO:

A mesma doutrina apparece no art. 423.º doCodigo de França, e no de Hespanha art. 446.º

¹ Veja-se sobre a materia deste art. Rénouard, *Traité les brevets d'invention* (Paris 1844); etc.

CAPITULO 3.º

DOS QUE ABREM CARTAS ALHEIAS OU PAPEIS ;
E DA REVELAÇÃO DE SEGREDOS

Artigo 461.º

Aquele, que maliciosamente abrir alguma carta, ou papel fechado de outra pessoa para tomar conhecimento dos seus segredos, e os revelar, será punido com a prisão de dous mezes a um anno.

Se os não revelar, a prisão será de quinze dias a seis mezes, sem prejuizo das penas do furto se houverem lugar.

§ 1.º A disposição deste art. não é applicavel aos maridos, pais e tutores, em quanto ás cartas ou papeis de suas mulheres, filhos ou menores, que se acharem debaixo da sua auctoridade.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 412.º; do Brasil art. 215.º-218.º; das Duas Sicilias art. 251.º; do Wurtemberg art. 309.º e seg.; de Brunswick art. 237.º; do Hannover art. 218.º; etc.

COMMENTARIO.

Não tractamos aqui de empregados que abusando de suas funcções, descobrem ou divulgam segredos de particulares; delles nos occupámos já no art. 295.º; mas sim de pessoas privadas que lançam mão

de papeis fechados ou cartas alheias para tomar conhecimento dos segredos nella contidos. Este delicto póde apresentar duas faces : ou o delinquente se limita a abrir a carta ou papel fechado para conhecer os segredos nelle contidos, ou vai mais adiante e revela ou divulga esses segredos. No primeiro caso a pena é menor, pois o prejuizo é muito inferior áquelle que na segunda hypothese do art. póde da divulgação do segredo resultar ao dono dos papeis ¹.

A expressão « *maliciosamente* » indica, que é necessario para a existencia do delicto que haja a intenção criminosa, isto é, que o delinquente se tenha apoderado dos papeis ou cartas com o fim de conhecer ou revelar os segredos dellas. Mas isto póde dar lugar a uma questão, diz Pacheco commentando o art. 412.º do codigo de Hespanha ; qual é a presumpção *juris* neste caso ? por outra, deve o accusador provar que o réo obrou com intenção criminosa, ou pelo contrario será a presumpção de intenção criminosa toda contra o accusado, devendo este provar a não existencia della ? o criminalista hespanhol pronuncia-se por esta ultima solução ².

A Ord. Liv. 3 Tit. 8 fazia distincção entre cartas dos grandes e cartas dos simples particulares ; quem abria as primeiras era punido, sendo escudeiro e dahi para cima, com degredo para Africa até mercê Regia ; e sendo de menor condição com açoutes (cit.

¹ Pereira e Sousa, *Classes dos crimes* pag. 53, seguindo a J. Clarus § *falsum* n.º 33, e outros antigos criminalistas, consideravam este crime como de falsidade.

² Pacheco tom. 3 pag. 280.

Ord. § 4): quem abria as segundas era punido com pena arbitraria (cit. Ord. § 5).

A excepção do § 1 era indispensavel, e por isso a vemos no citado art. do codigo de Hespanha, donde foi copiada para aqui. Sendo legitima a intervenção dessas pessoas na conducta e bens das outras a que se refere o parographo, não podiam ellas ser comprehendidas na disposição do art.

Artigo 461.º (continuação.)

§ 2.º Se o criminoso fôr criado, feitor, ou qualquer outra pessoa habitualmente empregada no serviço da pessoa offendida, será a prisão pelo dobro do tempo mencionado neste art.

§ 3.º Se as cartas ou papeis abertos forem pertencentes ao serviço publico, e emanados de alguma auctoridade publica, ou a ella dirigidos, ou instrumentos ou autos judiciaes, a prisão será de tres mezes a tres annos.

COMMENTARIO.

A aggravação do § 2, tirada do art. 413.º do **codigo hespanhol**, é justa. Ao delicto já prevenido accresce o abuso de confiança; e a lei deve ser a primeira a reprimir os abusos tendentes a relaxar os laços que estreitam as relações domesticas, cuja conservação tanto interessa á sociedade.

A aggravação do § 3 ainda é mais forte; e tambem se justifica facilmente pelo grave damno que ao serviço publico, á administração da justiça, e á sociedade pôde resultar desse facto. A Ord. Liv.º 3 Tit.

8 pr. § 3 punia com a morte o que abria cartas do serviço do rei, se *respeitassem á sua guarda, ou da Familia Real, ou ao estado*, e elle descobrisse o segredo dellas; não o descobrindo, punia-o no § 1 com degredo perpetuo para Africa e confisco, accrescendo a pena de açoutes quando o réo era plebeo: sendo as cartas *de outra natureza*, a pena para o nobre era de degredo para Africa por quatro annos, e se riscado dos livros da moradia, e para o plebeo era a de açoutes e degredo para Africa por dous annos (cit. § 4). As mesmas penas e pela mesma fórma, eram impostas no § 2 ao que abria cartas assignadas pelos ministros e officiaes d'ElRei, selladas com o sello real.

Artigo 163.º

Todo o empregado ou operario em fabrica, ou estabelecimento industrial, ou encarregado da sua administração ou direcção, que com prejuizo do proprietario descobrir os segredos da sua industria, será punido com a prisão de tres mezes a tres annos, e multa correspondente.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 414.º; de França art. 414.º;

COMMENTÁRIO.

A revelação de um processo secreto de qualquer industria ou de qualquer segredo industrial, quasi se pôde considerar como um furto; porque esse segredo constitue muitas vezes a fortuna do dono da fa-

brica ou do estabelecimento, e pelo abuso dos seus empregados, passa a ser de dominio de outras pessoas que com essa descoberta podem tirar lucros, privando delles o offendido. Por isso nos parece que a pena não é excessiva:

Esta materia, como adverte Pacheco, offerece algumas difficuldades. — 1.^a As pessoas comprehendidas ~~no art.~~ serão obrigadas a guardar o segredo, mesmo depois de despedidas? e se neste caso o descobrirem estarão sujeitas á pena? O art. parece não se referir senão aos que forem *actualmente* empregadas; no entanto parece que deveria estender a repressão mesmo aos que depois de despedidos divulgassem o segredo, embora, como quer Pacheco, fizesse distincção para graduar a pena, entre o operario que se despede por sua livre vontade, e o que é despedido pelo dono da fabrica com ou sem culpa sua. — 2.^a A responsabilidade desses individuos terá lugar só quando o dono da fabrica tiver obtido privilegio de invenção, como querem os commentadores do *codigo hespanhol* Vizmanos e Alvares, ou existirá em todo o caso, ainda quando elle não tenha esse privilegio? Parece-nos que a restricção dos dous Jctos do reino yisinho senão póde admittir. Aqui não vem para nada o privilegio do novo invento, o qual só devia ser trazido para a questão se tractassemos agora das relações entre o inventor e aquelle que, conhecido o segredo, usa da invenção. O que se tracta é de punir um abuso de confiança, o qual existe em todo o caso, haja ou não haja privilegio obtido ¹.

¹ Em Allemanha os codigos do Wurtemberg e de

CAPITULO 4.º

DOS RECEPTADORES, ENCOBRIDORES, E DOS QUE SE APROVEITAM DOS EFEITOS DO CRIME.

Artigo 463.º

Será punido com a pena do furto simples :

1.º O que, sendo sabedor de que qualquer cousa foi subtrahida, desencaminhada, ou obtida por meio de um crime, a occultar, ou comprar, ou commetter a outrem que a compre.

2.º O que com o mesmo conhecimento se aproveitar, ou auxiliar o criminoso para que se aproveite da mesma cousa, ou de qualquer dos productos do crime:

Artigo 464.º

Será punido com a prisão de um mez até três annos o que occultar; ou inutilisar os objectos, que constituem o corpo de delicto, ou os instrumentos de crime para o fim de impedir, ou embaraçar o procedimento da justiça.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 62.º; etc.

Brunswick comprehendem tambem nesta incriminação, além dos empregados ou prepostos de fabricas e estabelecimentos industriaes, os de casas de commercio. Aggravam tambem a pena quando da revelação do segredo resultou prejuizo ao dono do estabelecimento; aggravação esta que tambem é abraçada pelo codigo do Hannover art. 218.º.

COMMENTARIO.

Nós já dissemos que um facto posterior ao delicto não podia ser considerado como elemento de cumplicidade; e por isso o nosso Código abandonou o systema do art. 62.º do código de França, vindo neste e no seguinte art. reduzir a uma inqriminação especial os factos nelles mencionados.

1.º *O que sendo etc.* — Igual disposição se acha na Ord. Liv. 5 Tit. 60 § 5, a qual o Código quiz seguir até na imposição da pena, equiparando o facto ao furto simples. Entre os romanos os réos deste delicto eram considerados e punidos como receptadores. LL. 1 de *receptat.*, 1 de *his qui latr.*, 14 de *furtis*, 9 Cod. *ad leg. Jul. de vi*, e 3 § 12 Dig. *de Scto Silan.*

2.º *O que com o mesmo etc.* — Neste caso também ha não pequena criminalidade, por isso que o primeiro dever do cidadão é impedir e descobrir o crime, e não favorecel-o.

Cumpre porem neste lugar fazer a mesma distincção que estabelecemos no commentario ao art. 198.º. Se estes actos a que se refere o art. foram promettidos ou concertados antes da execução do crime constituem verdadeira cumplicidade, devendo ser punidos como cúmplices os que os praticaram¹; porque então ha uma *participação* real no crime, pois a promessa formada entre os criminosos e os seus

¹ E' neste caso que se verifica a exactidão do proverbio allemão: *Der Hehler ist so gut, als der Stehler.*

factores, facilita a execução do delicto, e assegura aos delinquentes os meios de recolherem as vantagens que do crime querem obter.

Concluindo o commentario a este art., devemos notar quanto ao n.º 1, a respeito dos que em sua casa occultam cousas furtadas, uma especialidade da antiga legislação romana. A lei das doze Taboas dava ao roubado o direito de ir fazer uma busca solemne a casa daquelle aonde desconfiava que o furto se achava escondido. Essa busca, a que se dava o nome de *furtum lance licioque conceptum*, era feita pela seguinte fórma: ia o roubado todo nu (*nudus*), apenas por decencia cingido com um panno ou toalha (*linceo cinctus*), e levando nas mãos um prato (*lancem habens*): se o objecto furtado era encontrado, o receptador era punido com as penas do furto manifesto¹. Na época de Gaio esta fórma já não existia, por ter sido abolida pela lei *Æbutia*; a busca era feita muito simplesmente, em presença de algumas testemunhas, sendo o receptador punido com a pena do furto sómente *conceptum*, a qual era do triplo, e vigorava ainda no tempo de Justiniano como elle declara no § 4 Inst. de oblig. quæ ex del.².

¹ A descoberta *instituta* de Gaio (III, 123) veio lançar uma nova luz sobre esta solemnidade, da qual tinhamos noções pouco exactas: dellas se vê que alguns interpretes diziam sobre dever o roubado levar uma mascara no rosto era falso, porque era um prato (*lanx*) que nas mãos devia trazer.

² Cumpre observar com Ortolan que já no tempo das doze Taboas havia, além da acção do furto *lance*

A razão da incriminação do art. 464.º é justa, e acha-se consignada no art. - nas palavras *para o fim de impedir etc.*

Artigo 465.º

Pronunciar-se-ha ~~sempre~~ a demissão do empregado publico, quando este, fóra do exercicio de suas funcções, commetter o crime de receptação de coisa furtada, ou roubada, ou o de falsidade, ou o do furto, de roubo, de bulra, de abuso de confiança, e que a pena decretada na lei seja a prisão correccional, ~~no~~ casos, em que o ministerio publico accusa, independentemente de accusação da parte.

COMMENTARIO.

O art. até á palavra *roubada* não offerece dúvida. Mas dahi até ao fim contém materia estranha deste lugar. Se o empregado publico, commettendo fóra do exercicio de suas funcções os crimes de falsidade, furto etc. deve sempre ser punido tambem com a demissão, esta declaração deveria ser feita n'um art. em cada um dos respectivos Capitulos aonde o Codigo tractou desses crimes. A declaração que faz o Codigo de que a demissão nestes mesmos casos terá lugar se a pena decretada na lei fôr a prisão correccional é de uma redacção viciosa, pois parece dar a entender que se a pena fôr maior não tem lugar a demissão.

licioque conceptum, a do furto simplesmente *conceptum*; era esta que ainda subsistia no tempo de Justiniano.

CAPITULO 5.º

DO INCENDIO E DAMNOS.

SECÇÃO 1.ª

FOGO POSTO.

O incendio pôde ser resultado de força maior, de negligência, e de maldade: mas o crime de incendio ou de fogo posto comprehende sómente o incendio voluntario ou incendiato. Este crime é tão grave, que em certos casos é comparado ao homicidio premeditado; sendo talvez levados por isso que os compiladores do Digesto o collocaram no mesmo titulo de direito que o homicidio. E em verdade o incendio é, como o envenenamento, um dos actos que caracterisam a fraqueza mais atroz; e que mais terriveis se tornam, já pela facilidade da execução e dos meios, já pela rapidez do progresso de seus funestos resultados e pela extensão destes, já pela impossibilidade emfim em que a sociedade se acha de poder prevenir a realisação de semelhante attentado.

Mas daqui não se segue que este delicto apresente em todos os casos a mesma gravidade, e que a lei deva com uma só pena terrivel castigar todos os incendiarios, como fez o codigo francez de 1810. Esta infracção segue a sorte de todas as outras, offerece mais e menos perversidade; o Legislador deve procurar que a pena se harmonise com esses diversos grãos de criminalidade, e dahi vem que os codigos

modernos apresentam sobre esta materia distincções, exigidas pelo principio da *justice*, e que as leis antigas rejeitavam, confundindo toda a criminalidade deste facto, preoccupadas por certo dos desastrosos effeitos que delle podem seguir-se ao estado social.

Não ha crime, diz Mittermaier, mais difficil a definir, pois nenhum ha que seja tão multiplo, e que possa emanar de tão differentes causas. O perigo causado á vida das pessoas póde encontrar-se, mas nem sempre, neste crime; do mesmo modo o perigo que ao publico póde resultar do facto não é um caracter sempre necessario. Emfim, conclue elle, a qualificação de crime contra a propriedade é muito exclusiva e estreita para este crime ¹.

Artigo 466.º

Será punido com os trabalhos publicos no ultramar por toda a vida, aquelle que voluntariamente pozer fogo, e por este meio destruir em todo ou em parte :

1.º Fortificação, arsenal, armazem, archivo, fabrica, embarcação, pertencentes ao Estado, ou edificio, ou qualquer lugar contendo, ou destinado a conter cousas pertencentes ao Estado.

2.º Edificio, ou qualquer lugar habitado.

3.º Edificio destinado legalmente á reunião de cidadãos.

4.º Edificio destinado á habitação dentro do povoado, posto que não actualmente habitado.

¹ Mittermaier, notas a Feuerback § 360 nót. 3.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Vide o commentario.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França (reformado em 1832) art. 434.^o; de Hesp. art. 456.^o n.^{os} 1 e 2; 457.^o n.^{os} 1 e 2; das Duas Sicilias art. 437.^o - 440.^o; de Saxe art. 323.^o e seg.; do Hanover art. 318.^o; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 86; etc.

COMMENTARIO.

O Codigo quiz seguir o systema de ir de maior para menor começando a tractar do incendio mais grave até chegar ao menos grave; mas nem isso pôde conseguir porque o caso em que o incendio é punido com pena de morte foi collocar-o no art. 469.^o. No entanto vamos a examinar quaes os casos em que o crime é punido com trabalhos publicos por toda a vida; advertindo porem que o incendio comprehende duas cathogorias de factos que se distinguem por sua gravidade relativa. A primeira comprehende os factos de incendio que constituem ao mesmo tempo um attentado contra as pessoas e contra as propriedades; sendo o seu character essencial o pôr em risco a vida de uma ou mais pessoas; e é este o crime de incendio propriamente dito. A segunda comprehende os factos que constituem só um attentado contra as

propriedades; e é o incendio no sentido lato. Esta distincção clara da maior parte dos códigos allemães nem sempre foi observada pelo nosso Codigo, como veremos.

1.º *Fortificação etc.* — A gravidade da pena justifica-se neste caso pelo damno que deste facto resulta á causa publica. — Para os casos de incendio no Arsenal do exercito estabelece providencias especiaes o Dec. de 1 de Julho de 1834 art. 57.º.

2.º *Edificio ou qualquer etc.* — Quando o incendio ataca uma casa habitada, ataca a vida do homem, porque a põe no maior perigo.

3.º *Edificio destinado etc.* — Foi isto copiado do segundo paragrapho introduzido no art. 434.º do codigo de França por occasião da reforma desse codigo em 1832. No caso deste n.º estão as Igrejas, o palacio das côrtes, os tribunaes, os theatros, escolas publicas etc. Quando na camara dos deputados de França se propôz a assimilação do incendio deste edificio ao das casas habitadas, quiz um membro da camara que se accrescentassem as palavras, *durante o tempo dessa reunião*; porque, dizia elle, quando o incendio não põe em risco a vida do homem, o crime não é tão grave; combatida na camara dos deputados, e depois na dos pares, esta idéa não prevaleceu.

4.º *Edificio destinado etc.* — E' a mesma idéa do art. 437.º do codigo de Hespanha. A facilidade que ha em communicar o fogo a outros edificios e o risco que dahi resulta ao povoado, motivam a applicação da pena. O incendio dentro de povoado era entre os romanos punido com a exposição ás feras, sendo o

accusado de condição humilde, ou com a morte simples sendo de condição honesta. L. 12 § 1 Dig. de incend.

Artigo 467.º

A pena será a de trabalhos publicos temporarios no Ultramar, se o objecto do crime fôr :

1.º Embarcação, armazem, edificio dentro ou fóra do povoado, ainda que não habitados, nem destinados á habitação.

2.º Seara, floresta, matta, ou arvored.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. das Duas Sicilias art. 440.º; da Sardenha art. 702.º; da Baviera art. 250.º; etc.

COMMENTARIO.

Agora passamos a vêr os casos em que a pena é a de trabalhos publicos temporarios.

1.º *Embarcação, armazem etc.* — Este numero está muito mal redigido. Devia sel-o da seguinte forma : « *embarcação, armazem, e edificio fóra de povoado, ou dentro delle uma vez que não seja habitado nem destinado á habitação.* » As expressões « *ainda que,* » são a causa do defeito da redacção por isso que parecem indicar que mesmo sendo habitado ou destinado á habitação o edificio em povoado é punido com a pena deste art. , o que estaria em contradicção com o n.º 4 do art. anterior.

O incendio fóra do povoado era entre os romanos punido tambem com pena menos grave ; pois *ten-*

do o Jcto Callistrato dito na L. 28 § 12 Dig. *de pæn.* que eram punidos de morte os incendiarios quando commettessem o crime *intra oppidum*, accrescenta logo : « *qui vero casam aut villam (incenderint) aliquo lenius.* »

2.º *Seara etc.* — Pelo direito romano era neste caso punido o incendio com pena de acoutes e de morte por meio do fogo ; penalidade que remontava já á lei das doze Taboas, segundo attesta Gaio na L. 9 Dig. *de incend.*

A nossa Ord. Liv. 5 Tit. 86 § 10 impunha sempre a pena de morte ao crime de incendio, como já dissemos.

Artigo 468.º

As penas determinadas nos dous art. antecedentes, serão applicadas ao que tiver communicado o incendio a algum dos objectos que nelles se enumeram pondo voluntariamente o fogo a quaesquer objectos collocados de modo, que a communicação houvesse de ser effeito natural do incendio destes objectos, sem accidente imprevisto.

COMMENTARIO.

Aqui apparece o crime de incendio commettido não immediata mas mediatamente, seguindo o Codigo neste art. quasi verbalmente o § 7 accrescentando ao art. 434.º do codigo francez pela reforma de 1832. Tres são as condições para a existencia do delicto ; 1.ª que o fogo tenha sido posto voluntariamente a quaesquer objectos ; 2.ª que esses objectos tenham

sido collocados de modo que podessem naturalmente, e sem *accidente* imprevisto, communicar o incendio a alguma das cousas referidas nos dous art. anteriores ; 3.º que o incendio se tenha effectivamente communicado.

Quanto ao 1.º convém precisarmos o sentido da palavra *voluntariamente*. Em vista della basta que o agente tenha intenção de incendiar os objectos a que pôz o fogo, ou é necessario ainda que, pondo esse fogo, tenha a intenção de que elle se vá commu- nicar a outras cousas? « A lei não exige explicitamente, diz Chauveau, o concurso da vontade do agente senão quanto ao primeiro incendio ; no segundo limita-se a presumil-a, fazendo-a derivar de factos ; na possibilidade natural da communicação do incendio viu uma forte presumpção da intenção criminosa. » E' certo porem que toda a presumpção em direito penal cede á verdade, e por isso provando-se que o accusado não pôde prevêr a communicação, ou que tomou precauções para prevenir os effectos della, a base *hypothetica* da incriminação desaparece ¹.

2.º *Que esses objectos etc.* — E' desta circumstancia material que o Legislador faz depender toda a moralidade da acção. E' a collocação dos objectos incendiados que revela ou pelo menos faz presumir a intenção criminosa de incendiar as cousas junto ás quaes elles foram collocados. A vontade nasce da possibilidade da communicação ; a qual é uma consequencia tão directa, que a lei a confunde com a mesma acção.

¹ Chauveau n.ºs 3847 - 3849.

E' necessario verificar com muito cuidado a posição dos objectos incendiados, sua relação proxima ou remota com os outros objectos a que o incendio se communicou, bem como as causas reaes ou prova-veis da communicação, porque esta, segundo a lei, hade ser effeito natural do incendio, e não de algum accidente imprevisto. « Assim se a communicação foi resultado de um vento que subitamente se levantou, a presumpção da lei enfraquece, diz Chauveau, porque o agente não podia prevêr este accidente, e por conseguinte muito menos a communicação. »

3.º *Que o incendio etc.* — Este é o facto material do crime, e a ultima condição da incriminação ; pois é esta communicação effectiva, e não o incendio dos primeiros objectos (o qual póde muitas vezes não ser criminoso) que a lei pune neste art. ¹.

Cumpre notar finalmente que Chauveau sustenta poder este crime n'alguns casos constituir dous delictos differentes ; o incendio dos objectos por meio dos quaes se communicou o fogo, e o incendio dos objectos a quem elle se communicou ; mas que em todo o caso a pena mais forte é que deve applicar-se. A idéa do criminalista francez é falsa. Quando uma circumstancia que em regra é aggravante, constitue em certos casos um elemento de certo crime, nem este nem a pena se aggravam como já por vezes temos dito. Ora se a accumulção de crimes é uma circumstancia aggravante, no caso em questão não poderá ser considerada como tal em relação á imposição da

¹ Chauveau n.º 3850 e seg.

pena, porque essa accumulacão pôde ser um elemento constitutivo do delicto em certos casos.

Artigo 469.º

Será punido com a pena de morte aquelle, que commetter o crime de incendio em qualquer dos casos enumerados nos art. antecedentes, occasionando a morte de alguma pessoa, que no momento em que o fogo foi posto, se achava no lugar incendiado.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Franca art. 434.º (reformado em 1832) § 8; da Baviera art. 248.º n.º 1; etc.

COMMENTARIO.

E' uma aggravacão especial do crime de incendio; para ella se verificar são necessarios os seguintes requisitos: 1.º que haja crime de incendio voluntario; 2.º que delle tenha resultado a morte de alguma pessoa; 3.º que essa pessoa se achasse no lugar incendiado no momento em que o fogo foi posto.

1.º — Quanto ao primeiro elemento cumpre ad-
verir que é precisa a intencão criminosa, como já
dissemos, mas não a intencão de dar a morte; basta
a de incendiar, porque então o crime seria um ver-
dadeiro assassinato, e o incendio só um meio de o
executar ¹.

¹ Daqui se segue que se alguém quizer de propo-
sito matar alguma pessoa por meio de incendio a accu-
sacão hade ser por homicidio precedido ou acompanha-
do de incendio nos termos do art. 351.º n.º 4.

Mas se a lei não exige, como sustenta Chauveau, o *animus occidendi*, segue-se que é um absurdo applicar a pena de morte a um homicidio que pôde ser imprevisito e accidental. Demais, neste caso vem haver contradicção entre este e o § un. do art. 368.^o o qual diz que, sendo o homicidio consequencia de um facto illicito (v. gr. incendio) será punido com a pena desse facto quando ella exceder a do art. 368.^o que é prisão até dous annos; logo a pena no caso presente devia ser a do incendio, applicada segundo as regras dos art. antecedentes.

2.^o — Quanto ao segundo elemento; é este resultado que motiva a applicação da pena de morte. Não basta pois que o incendio tenha occasionado ferimentos, é necessaria a morte.

3.^o — Quanto ao terceiro, exige a lei que a pessoa morta estivesse no lugar incendiado no momento em que o fogo foi posto, porque se chegou a esse lugar já depois de ateado o incendio, o accidente de que fôr victima não pôde ser imputado ao agente, pois este não responde senão pelas consequencias immediatas da sua acção. Assim se alguem, vindo acudir ao fogo ateado, morreu nelle, não está no caso que figura o art. ¹.

Artigo 470.^o

As penas do delicto frustrado serão applicadas quando o fogo posto não chegou a ateiar-se, e a produzir damno, salvo quando o criminoso tentou mais de uma vez o incendio, ou que este fosse objecto de

¹ Chauveau n.^{os} 3855 - 3863.

concerto entre muitos criminosos, porque em taes casos será punido com as penas dos art. 466.º e 467.º.

COMMENTARIO.

Na hypothese do art. ha realmente delicto frustrado, porque o incendiario fez da sua parte o que estava ao seu alcance; advertindo porem que quando o Codice diz « *não chegou a ateiar-se,* » entende-se por alguma causa independente da vontade do agente. O art. tem uma excepção; no caso della o Legislador equipára o delicto frustrado ao delicto consummado, em attenção á audacia e á perversidade dos criminosos.

Artigo 471.º

O proprietario, que pozer fogo á sua propria cousa, será punido nos casos, e com as distincções seguintes :

1.º Se o objecto incendiado fôr edificio ou lugar habitado, a pena será a determinada no art. 466.º.

2.º Em qualquer dos outros casos declarados nos art. 466.º e 467.º se o proprietario pelo incendio da sua propria cousa, causar voluntariamente prejuizo em qualquer propriedade de outra pessoa, será punido com as penas do art. 467.º.

§ 1.º Quando o prejuizo, ou o proposito de causar o prejuizo, consistir em fazer nascer um caso de responsabilidade para terceiro, ou em defraudar os direitos de alguém, a pena será a prisão de um a tres annos, e multa correspondente.

§ 2.º Fica salva em todos os casos, além dos

enumerados nesta Secção, a responsabilidade do proprietario, que põe fogo á sua propria cousa, pelos danos, e pela violação dos regulamentos de policia.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. da Baviera art. 252.º; etc.

COMMENTARIO.

O proprietario ou dono de uma cousa, incendiando-a, não pôde ser criminoso, quando com o seu facto não causa damno ou prejuizo a terceiro, porque não faz mais do que exercer o direito de propriedade que se estende até á destruição da propria cousa. A sua responsabilidade só começa quando do seu facto pôde resultar prejuizo ou perigo a terceiro; e é isto que se verifica na hypothese do art.

No caso do n.º 1 a pena é a do art. 466.º, porque segundo o systema do Codigo, ha o perigo que motiva a aggravação. No do n.º 2 a pena é menor pelas mesmas razões que justificam a attenuação do art. 477.º. Esta distincção tambem apparece no art. 434.º do codigo de França.

§. 1.º. Nesta hypothese a pena é muito menor, porque igualmente o é o damno causado e o perigo; pois, como diz Dalloz, é mais criminoso quem deita fogo a um predio com o fim de expôr uma povoação inteira a um flagello tão terrivel, do que quem deita fogo a uma casa com o fim de prejudicar a companhia aonde a tem segura¹. São exemplos de incen-

¹ *Répert. v.º Incendie sect. 1 n.º 5.* — Vide no mes-

dios praticados para fazer nascer responsabilidade de terceiros, o facto do dono de uma casa ou navio que lhe deita fogo para haver o valor em que o navio ou a casa estava segura na apolice.

§ 2. Quanto a esta violação dos regulamentos de policia diremos no commentario ao art. 485.º.

Artigo 472.º

Se o valor de alguns dos objectos existentes fóra de povoado enumerados no art. 467.º, não exceder a vinte mil réis, e o fogo tiver sido voluntariamente posto, mas sem perigo, nem proposito de propagação, a pena será a de prisão de um mez a um anno, e multa correspondente.

Artigo 473.º

O incendio de objectos não comprehendidos nesta Secção, será punido applicando-se as disposições relativas ás destruições e danos com circumstancia aggravante, segundo as regras geraes.

COMMENTARIO.

A attenuação da pena no art. 472.º é motivada por não existir esse perigo, nem o proposito da propagação.

A disposição do art. 473.º é clara.

no sentido Quenault, *Assurances terrestres* n.ºs 268 - 275; e Grun e Joliat, *Traité des assurances terrestres*, n.º 173.

Artigo 474.º

As regras estabelecidas nos art. antecedentes, serão applicadas ás destruições e danos causados por meio de submersão, ou varação de embarcação, ou explosão de mina, ou de machina de vapôr, ou agente de igual poder.

COMMENTARIO.

Iguaes disposições se acham nos codigos de Hespanha art. 460.º; da Sardenha art. 709.º, 710.º e seg.; das Duas Sicilias art. 441.º, 442.º e seg. Como nos casos enumerados no presente art. se mandam observar as regras dos art. antecedentes, os quaes já examinámos, nada mais accrescentamos agora ¹.

SECÇÃO 2.ª

DAMNO.

Damno, a que os romanos chamavam *damnum injuria datum* (L. 3 Dig. de *damn. infect.*), é qualquer diminuição do patrimonio alheio feito sem direito com dolo ou culpa, ainda *levissima*. Differe do furto e do roubo; daquelle porque pôde haver damno

¹ Sobre o crime de incendio vide, além dos auctores citados, Conr. Wilh. Strecker, *Diss. de incendiis* (Erf. 1733); C. W. Harz, *De crimine incendiü* (Leipz. 1810); Wæchter, *De crimine incendiü* (Leipz. 1833); e Feuerbach, *Handbuch* §§ 360 e seg.; etc.

sem subtracção, e deste porque sendo a violencia da essencia do roubo, não se exige isso no damno, sendo sufficiente a existencia do prejuizo e do dolo ou da culpa.

Os romanos faziam distincção entre damno causado por homem livre, que era o *damnum injuria datum*, por escravo, a que chamavam *noxa*, ou por quadrupede, dando-lhe então o nome de *pauperies*. Para o primeiro havia a acção da *Lei Aquilia*, para o segundo a acção *noxal*, e para o terceiro a acção *quadrupedaria de pauperie*. Mas estas distincções, como já no seu tempo advertia o Sr. Paschoal, não são admittidas entre nós.

Artigo 475.º

Aquelle, que por qualquer meio derribar, ou destruir, voluntariamente em todo, ou em parte, edificio, ou qualquer construcção concluida, ou sómente começada, pertencente a outrem, ou ao Estado, será punido com a prisão de um a tres annos, e multa correspondente.

§ unico. Se o valor do damno não exceder a vinte mil réis, a prisão será de um mez a um anno, e multa correspondente.

COMMENTARIO.

Esta disposição é imitada do art. 437.º do código francez ; parece-nos porem que o Legislador devia imital-o em tudo, prevenindo o caso de se ter com a destruição occasionado a morte ou ferimentos de alguma pessoa, e nisto não fazia mais do que es-

tabelecer o mesmo que a respeito do incendio determinou no art. 469.º.

Por direito romano tinha neste caso lugar a acção da lei Aquilia : *Si quis. . . ædificium diruit lege Aquilia tenetur*, diz Ulpiano na L. 27 § 31 Dig. *ad leg. Aquil.* — Veja-se tambem a L. 50 Dig. *ibid.*

Artigo 476.º

São comprehendidos nas disposições do art. antecedente e seu paragrapho.

1.º O que arrombar porta, janella, tecto ou parede de qualquer casa ou edificio.

2.º O que destruir em todo, ou em parte, parede, fosso, valla, ou qualquer cercado.

COMMENTARIO.

Neste art. pune o Codigo duas outras especies de danos.

1.^a — Já vimos que o arrombamento era uma circumstancia que fazia aggravar o roubo : agora vemos que só por si constitue uma incriminação especial de damno. Na citada L. 27 § 31 Dig. *ad leg. Aquil.* se diz tambem : *Si quis ædificii mei fores confregerit vel refregerit. . . lege Aquilia tenetur*. A nossa Ord. Liv. 5 Tit. 45 § 4 punia o arrombamento com degredo perpetuo para o Brasil, mas só quando era feito com o fim de ferir, roubar, ou insultar. Hoje se o arrombamento fôr feito com esse fim hade ser punido como tentativa de roubo ou roubo frustrado, segundo as regras geraes.

2.º — Advirta-se a contradicção que este numero

apresenta, quanto á penalidade, com o art. 446.º. Pois se o arrancamento ou destruição de marcos e *quaesquer construcções*, que servem para limitar as propriedades, é um delicto punido com prisão cujo maximo é de um anno, como se pune o damno da destruição de parede, valla ou cercado com prisão até tres annos, quando no caso do art. 446.º á destruição accresce o facto de se poder por esse meio confundir os limites das propriedades?

Artigo 477.º

Aquelle, que destruir, ou de qualquer modo damnificar estatua ou outro objecto destinado á utilidade, ou á decoração publica, e collocado pela auctoridade publica, ou com sua auctorisação, será punido com a prisão de dous mezes a dous annos, e multa correspondente.

COMMENTARIO.

Esta incriminação, que tambem apparece nos codigos de França art. 257.º e de Hespanha art. 474.º, parece-nos razoavel; e poucos paizes haverá em que seja mais necessaria do que em o **nosso**, aonde parece haver odio a monumentos e a arvores.

Artigo 478.º

Será punido com as mesmas penas do art. antecedente, e salvas as penas de resistencia, se houverem lugar :

1.º O que por meios de violencia se oppozer á execução de trabalhos auctorizados pelo governo.

2.º O que causar damno com o fim de impe-

dir o livre exercicio da auctoridade publica, ou por vingança contra os que tiverem contribuido para a execução das leis.

COMMENTARIO.

A disposição do n.º 1 é copiada do art. 438.º do código francez. Pela expressão *meios de violencia* devem entender-se todos os actos materiaes que tendem a interromper os trabalhos, ou sejam praticados no mesmo local da execução desses trabalhos, ou em outro qualquer, embora tenham ou não conseguido o fim da interrupção. As palavras *auctorisados pelo Governo* foram introduzidas no art., diz Chauveau, por que o Legislador pensou que só quando uma presumpção de utilidade geral se liga aos trabalhos ordenados, é que a lei penal devia intervir para os proteger; e devendo por essas palavras entender-se todos os trabalhos feitos por conta do Estado, ou elle os mande executar por meio de seus agentes, ou tenha confiado a sua execução a empreiteiros¹.

Artigo 479.º

Aquelle, que cortar, ou destruir qualquer arvore fructifera, ou não fructifera, ou enxerto pertencente a outrem, ou a mutilar, ou damnificar de modo que a faça perecer, será condemnado na prisão de tres a trinta dias, e multa até um mez.

§ 1.º Se fôr mais de que uma arvore ou enxertos destruidos, com tanto que não exceda ao ma-

¹ Chauveau n.º 3886 e seg.

ximo da prisão correccional e multa correspondente.

§ 2.º Se a arvore, ou as arvores eram plantadas em lugar publico, em estrada, caminho publico ou concelho, as penas serão em dobro sem nunca excederem ao maximo da prisão correccional, e multa.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Tit. Dig. *arbor. furt. cæsar.* ; Paul, *Sentent.* V. 20.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 445.º e seg. ; e cod. florestal francez art. 192.º e seg. ; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 75.

COMMENTARIO.

A utilidade dos arvoredos é de primeira e reconhecida necessidade, e em todos os tempos tem sempre merecido a attenção dos Legisladores pelas medidas adoptadas, já para a sua plantação e conservação, já para a repressão dos ataques que contra elles possam ser dirigidos ¹.

Entre nós a Ord. Liv. 5 Tit. 75 fazia ~~diferença~~ para os effeitos ~~penas, entre arvores fructiferas e in-~~

¹ No projecto de codigo florestal, que a Commissão encarregada de o confeccionar, já fez subir á Real Presença pelo Ministerio respectivo, se desenvolve no relatorio esta materia.

fructíferas. Punia o córte das primeiras com açoutes e degredo para Africa por quatro annos, sendo o damno de valia de quatro mil réis até trinta cruzados, e com degredo perpetuo para o Brasil, excedendo o damno esta quantia : a respeito das arvores infructíferas punia unicamente o córte de soveiros, carvalhos, ensinhas, e machieiros, nos seguintes lugares ; *desde onde entra o rio Elga no termo da villa do Romanhall até á villa de Abrantes, e dahi até á foz do rio de Lisboa etc.*

O nosso Codigo abandonou, e com razão, essa distincção entre arvores fructíferas e não fructíferas ; não só porque as arvores infructíferas tambem prestam utilidade ao paiz, devendo por isso ser reprimida a sua damnificação, mas até porque ha arvores infructíferas, cuja destruição causa mais prejuizo do que o damno causado a qualquer outra fructifera.

No projecto de codigo florestal adoptou a Commissão uma distincção mais rasoavel. Classificou as arvores em arvores de primeira e segunda classe, punindo a damnificação daquellas com pena mais grave ; e graduou a penalidade em ambas as especies segundo a grossura da arvore cortada, seguindo a idéa do codigo florestal francez nos art. 192.º e seg.

As aggravações, admittidas pelo Codigo nos §§ 1 e 2, e deduzidas dos art. 447.º e 448.º do codigo penal francez, são rasoaveis, assim como a pena de prisão, a qual (se a applicarem) será o unico meio capaz de evitar essa destruição que no nosso paiz vai devastando as florestas e arvoredos.

Adverta-se, que quando as arvores se cortarem, não com animo exclusivo de damnificar, mas com o

tim de as furtar, então o crime hade ser punido com as penas de furto ¹.

Artigo 480.^o

Aquelle, que destruir em todò ou em parte, seara, vinha, horta, plantação, viveiro, ou sementeira pertencente a outrem, será condemnado nas penas do art. 475.^o.

COMMENTARIO.

E' quasi copiado do art. 444.^o do codigo francez, o qual não fez mais do que reproduzir o art. 29.^o do Tit. 2.^o da L. de policia rural de 28 de Setembro de 1791. — A materia é clara ².

Artigo 481.^o

A destruição, ou damnificação de effeitos ou propriedades moveis, ou de quaesquer animaes pertencentes a outra pessoa, ou ao Estado, que se commetter voluntariamente :

1.^o Em assuada.

2.^o Empregando substancias venenosas ~~ou cor-~~rosivas.

3.^o Com violencia para com as pessoas; será punida com o degredo temporario.

¹ Vide Lobão, *Fascic.* tom. 1 Diss. 8; Chauveau n.^o 3919 e seg.

² Chauveau n.^o 3913 e seg.; Rauter § 579; etc.

COMMENTARIO.

O damno é punido nestes tres casos com uma pena mais forte em attenção a essas circumstancias que o aggravam. Em relação porem á terceira é escusado advertir que se a violencia fôr daquellas que são punidas com pena mais grave do que o degredo temporario, hade-lhe ser imposta essa, e não este ; são principios já estabelecidos, e que escusamos de repetir.

Artigo 482.^o

Aquelle, que voluntariamente matar ou ferir alguma besta cavallar, ou de tiro, ou de carga, ou alguma cabeça de gado vaccum, ou de rebanho, fato, ou vara pertencente a outra pessoa, ou qualquer animal domestico das especies referidas, pertencentes a outra pessoa, será condemnado em prisão de um mez a um anno, e multa correspondente.

§ unico. Se este crime fôr commettido em terreno, de que seja proprietario, rendeiro ou colono, o dono do animal, a pena será aggravada ; e impondo-se o maximo no caso, em que concorra escalamento ou outra circumstancia aggravante.

Artigo 483.^o

Aquelle, que matar ou ferir sem necessidade qualquer animal domestico alheio, em terreno de que seja proprietario, ou rendeiro, ou colono o dono do animal, será condemnado na pena de prisão de seis

dias a dous mezes, e mulcta até um mez ; ou na de desterro até seis mezes, e na mesma mulcta.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 453.º e seg.; etc.

COMMENTARIO.

O art. 482.º e seu § punem o damno causado por aquelle que voluntariamente matar algum animal dos nelles mencionados : aggravando a pena no caso de ser commettido o crime em terreno de que fôr proprietario colono ou rendeiro o dono do animal.

A Ord. Liv. 5 Tit. 78 pr. punia com açoutes e degredo para Africa por quatro annos os que matavam bestas, boi ou vacca alheia por malicia na villa ou em casa, se o damno não excedesse a trinta cruzados ; e excedendo, impunha-lhes a pena de degredo perpetuo para o Brasil, e em todo o caso o pagamento da estimação em dobro.

O Codigo só pune o damno causado a animal *alheio*; mas nós quizeriamos que elle fosse mais longo. que considerasse este facto não como um simples *damno*, mas tambem como um attentado contra a moral publica. **Com effeito se deve ser reprimido o damno que a seu dono póde causar a morte de um** animal, a humanidade não deve revoltar-se menos contra aquelles que maltractam sem necessidade os seus proprios animaes. Bentham já fazia votos para que os brutos chegassem a obter a devida protecção das leis das nações, cuja civilisação vai adoçando os costumes dos homens em todas as suas relações. 'Este

pensamento que nos tempos modernos tem levado muitos homens a associarem-se para a protecção dos animaes, principalmente em Inglaterra e Allemanha ¹, foi sancionado legalmente, poucos annos ha, pelo illustado governo da Prussia, o qual veio abrir exemplo ás outras nações com uma lei de protecção para os brutos.

A doutrina do art. 483.^o parece estar em contradicção com o § un. do art. anterior, por isso que ao mesmo facto vem impôr uma pena mais inferior. O equívoco todo vem de que no art. 482.^o e seu §, copiados do art. 453.^o do código de França não devia o Legislador fallar de animaes *domesticos*, mas só no art. 483.^o, que é copiado do 454.^o do código francez ².

Artigo 484.^o

Fóra dos casos especificados neste Capitulo, todos os damnos causados voluntariamente em propriedade alheia movel, immovel ou semovente, concorrendo alguma circumstancia aggravante, serão punidos com prisão correccional, graduando-se a sua duração segundo o valor do prejuizo causado.

§ 1.^o Se este valor não exceder a vinte mil réis, a prisão não se estenderá a mais de um anno; ou se imporá a pena de desterro; sem prejuizo de

¹ Igual sentimento animava antigamente os Baneanes no reino Gusarate, e outras seitas da Índia, de que fallam João de Barros, tom. 7 Decad. 4 Liv. 5 c. 1, e Diogo de Couto, tom. 13 Dec. 5 Liv. 6 c. 1.

² Chauveau n.^o 3952 e seg.

vabilidade do réo : « *Si vero casu, id est negligentia, aut noxiam sarcire jubetur, aut si minus idoneus sit, lenius castigatur :* » a L. 3 § 1 Dig. *de officio præfect. vigil.* dava ao prefeito nocturno o poder de punir o réo com açoutes, ou com a pena de reprehensão, quando a julgasse bastante : « *Et quia plerumque incendia culpa sunt inhabitantium : aut fustibus castigat eos, qui negligentius ignem habuerunt, aut severa interlocutione comminatus, fustium castigationem remittit.* »

TITULO VI.

DA PROVOCAÇÃO PUBLICA AO CRIME.

Artigo 486.º

Aquelle que, por discursos, ou palavras proferidas publicamente, e em voz alta, ou por escripto de qualquer modo publicado, ou por qualquer meio de publicação, provocar a um crime determinado, sem que se siga effeito da provocação, será punido com a prisão correccional, e multa de tres mezes a tres annos, salvo se ao crime a que provocou fôr pela lei imposta uma pena menos grave, a qual será neste caso imposta ao provocador.

§ unico. Se da provocação se seguiu effeito, será o provocador considerado como cúmplice; e ser-lhe-ha sómente imposta a pena da cúmplicidade.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

LL. francezas de 17 de Maio de 1819 art. 1.º; e de 9 de Setembro de 1835 art. 1.º.

COMMENTARIO.

Em França a L. de 17 de Maio, sem fazer differença entre ter-se ou não seguido effeito da provocação, mandava punir o provocador como cúmplice do crime a cuja execução provocava. A L. de 9 de Setembro veio estabelecer essa differença, e determinou, que não se seguindo effeito da provocação, seria o provocador punido com detenção e multa, e que no caso contrario seria punido como cúmplice do crime executado. O nosso Codigo seguiu o systema desta ultima lei.

TITULO VII.

DAS CONTRAVENÇÕES DE POLICIA.

Artigo 487.º

Terão inteira observancia, no que não fôr especialmente alterado por este Codigo, as leis e regulamentos administrativos e de policia, actualmente em vigor, que decretam as penas das contravenções de suas disposições.

COMMENTARIO.

E' um art. transitorio. Já dissemos que o Codigo tendo admittido a distincção entre crimes e contravenções. não devia fazer a confusão que fez; antes pelo contrario devia n'uma primeira parte tractar dos crimes, e n'uma segunda em êspecial de todas

as contravenções ; é este o systema hoje adoptado nas novas leis criminaes.

Artigo 488.º

As coimas continuarão a ser julgadas em todos os casos, em que se acham determinadas pelas posturas e regulamentos municipaes actualmente em vigor, e feitos na conformidade das leis.

COMMENTARIO.

As causas sobre coimas e transgressões de posturas e regulamontes municipaes, cujo conhecimento compelia antigamente aos Almotacés, são julgadas pelo Juiz eleito, nos termos dos art. 145.º n.º 3, e 241.º da Nov. Ref., e art. 381.º § un. do Cod. admin.

O que sejam coimas, e a significação mais ou menos lata desta palavra na nossa legislação, dil-o Lobão, *Notas a Mello*, tom. 1 pag. 244 e seg., tom. 2 pag. 57.

Artigo 489.º

Depois da publicação deste Codigo não poderá decretar-se nos regulamentos administrativos e de policia geral, ou municipal, ou rural, ou nas posturas das camaras, sem lei especial que o auctorise, pena mais grave que as seguintes :

- 1.ª Prisão até um mez.
- 2.ª Multa até vinte mil réis.

§ unico. A perda dos objectos e instrumentos, apprehendidos em contravenção, só póde ser pronunciada quando a lei especialmente o decretar.

COMMENTARIO.

Sobre a extensão da auctoridade das nossas Camaras vide Borges Carneiro, tom. 3 Liv. 1 Tit. 37 §§ 314 e seg., e Peg. á Ord. Liv. 1 Tit. 66.

Sobre a restricção que nesta parte fez tambem a legislação franceza dos regulamentos de policia municipal vide Chauveau n.º 4186 e seg.

A disposição do § un. é semelhante á dos art. 490.º do codigo de Hespanha, e 470.º do codigo de França.

FIM DO IV E ULTIMO TOMO.

INDICE DO TOMO IV.

TITULO IV.

	Pag.
DOS CRIMES CONTRA AS PESSOAS (<i>continuação</i>)	3
CAP. III. <i>Dos crimes contra a segurança das pessoas</i>	ib.
Secção 1. ^a <i>Homicidio voluntario simple e aggravado, e envenenamento</i> . . .	ib.
Secção 2. ^a <i>Homicidio voluntario aggravado pela-qualidade das pessoas</i>	39
Secção 3. ^a <i>Aborto.</i>	57
Secção 4. ^a <i>Ferimentos, contusões, e outras offensas corporaes voluntarias</i> . .	69
Secção 5. ^a <i>Homicidio, ferimentos, e outras offensas corporaes involuntarias.</i>	97
Secção 6. ^a <i>Causas de attenuação nos crimes de homicidio voluntario, ferimentos, e outras offensas corporaes</i> . . .	102
Secção 7. ^a <i>Homicidio, ferimentos, e outros actos de força que não são qualificados crimes</i>	120
Secção 8. ^a <i>Ameaças, e introducção em casa alheia.</i>	123
Secção 9. ^a <i>Duello.</i>	128
Secção 10. ^a <i>Disposição commum ás Secções deste Capitulo</i>	144

CAP. IV.	<i>Dos crimes contra a honestidade.</i>	145
Secção 1. ^a	<i>Ultraje publico ao pudor</i>	146
Secção 2. ^a	<i>Attentado ao pudor, estupro voluntario, violação.</i>	149
Secção 3. ^a	<i>Adulterio.</i>	175
Secção 4. ^a	<i>Lenocinio</i>	196
CAP. V.	<i>Crimes contra a honra, diffamação, calumnia, e injuria</i>	202

TITULO V.

	DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE.	234
CAP. I.	<i>Do furto, e do roubo, e da usurpação de coisa immovel</i>	235
Secção 1. ^a	<i>Furto</i>	ib.
Secção 2. ^a	<i>Roubo</i>	276
Secção 3. ^a	<i>Usurpação de coisa immovel, e arrancamento de marcos</i>	294
CAP. II.	<i>Das quebras, bulras, e outras defraudações.</i>	300
Secção 1. ^a	<i>Quebra</i>	ib.
Secção 2. ^a	<i>Bulras.</i>	307
Secção 3. ^a	<i>Abusos de confiança, simulações, e outras especies de fraude.</i>	314
CAP. III.	<i>Dos que abrem cartas alheias ou papeis, e da revelação de segredos.</i>	340
CAP. IV.	<i>Dos receptadores, encobridores, e dos que se aproveitam dos effeitos do crime</i>	345
CAP. V.	<i>Do incendio, e damnos.</i>	349

Secção 1. ^a	<i>Fogo posto. . . ,</i>	349
Secção 2. ^a	<i>Damno.</i>	362
Secção 3. ^a	<i>Incendio, e damnos causados com violação dos regulamentos . . .</i>	373

TITULO VI.

DA PROVOCACÃO PUBLICA AO CRIME. . .	371
-------------------------------------	-----

TITULO VII.

DAS CONTRAVENÇÕES DE POLICIA. . .	375
-----------------------------------	-----

ERRATA.

A pag. 61, linha 17 deste volume aonde se lê —
abusivos — leia-se — *abortivos*. —