

THEORIA
DO
DIREITO PENAL.

THEORIA DO DIREITO PENAL

APPLICADA

AO

CODIGO PENAL PORTUGUEZ

COMPARADO

COM O

CODIGO DO BRAZIL, LEIS PATRIAS, CODIGOS E LEIS CRIMINAES
DOS POVOS ANTIGOS E MODERNOS

OFFERECIDA

A

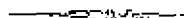
S. M. I. O SR. D. PEDRO II, IMPERADOR DO BRAZIL

POR

F. A. F. DA SILVA FERREÃO

PAZ DO REINO, MINISTRO E SECRETARIO D'ESTADO HONORARIO,
CONSELHEIRO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

VOLUME VIII.



LISBOA

IMPRENSA NACIONAL

1857

CODIGO PENAL.

LIVRO SEGUNDO

DOS CRIMES EM ESPECIAL.

TITULO V.

DOS CRIMES CONTRA A PROPRIÉDADE

CAPITULO I.

DO FURTO E DO ROUBO, E DA USURPAÇÃO DE COUSA IMMOVEL.

SECÇÃO 1.ª

FURTO.

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 20\$000 réis.

§ 1.º Se não exceder a esta quantia, a pena será a de prisão correccional.

§ 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 for a prisão correccional; e com o degredo por toda a vida se a pena for a de degredo temporario.

Art. 8.º, 34.º, 35.º e ref.

A propriedade é um direito sagrado; é um dogma cuja discussão quasi é uma heresia: as sciencias economicas partem

d'esta base, fundam-se n'este grande principio que preside á formação e distribuição das riquezas. É uma das verdades que por toda a parte se manifesta desde a origem das sociedades, fundada no consentimento universal dos povos, e que todos aceitam como uma necessidade da ordem civil e da natureza humana.

Fallamos da propriedade *individual* e não da *commun*, apregoada por alguns philosophos dos nossos dias. Desde a origem do mundo, entre os povos os mais selvagens, se encontram e deviam encontrar-se necessariamente vestígios do direito de propriedade *individual*. O selvagem caçador não poderia apropriar-se *exclusivamente* da caça que matou ou que apprehendeu? Não poderia apropriar-se das folhas com que se cobria? Não poderia apropriar-se dos ramos de arvores com que formasse a sua cabana?

A *communidade negativa* é facto incompatível com a organização, necessidades e aperfeiçoamento das sociedades modernas. A economia e o trabalho, como origem da riqueza, desfinhariam se o homem não podesse fazer seus e guardar os fructos da sua industria, e transmitti-los áquelles a quem deu o ser, ou para os quaes o conduz o seu coração, a sua vontade, as suas affeições.

A religião do Estado consagra o mesmo principio: é um dogma politico escripto na Carta, e consignado em todas as Constituições do mundo social.

Portalis exprimiua-se a este respeito perante o corpo legislativo nos termos seguintes:

«Le principe du droit de propriété est en nous; il n'est «point le résultat d'une convention humaine ou d'une loi positive. Il est dans la constitution même de notre être et dans nos «différentes relations avec les objets qui nous environnent.»

Assim fundado e reconhecido, tem sempre e por toda a parte resistido este principio, este direito tanto ás satyras, como ás discussões de certos philosophos. Ha de sobreviver, não o duvidámos (dizemos com Morin), ás theorias dos *communistas*, dos *foureristas*, dos *socialistas* e a todas as utopias novas ou renovadas¹.

¹ Não é nosso objecto, nem cabe nos limites d'esta obra tratar com extenção esta materia. Basta, em relação ao nosso fim, tomar o principio como

Isto posto, prende com o respeito devido a este grande principio a protecção da lei contra os attentados que tendam a quebranta-lo.

Entre esses attentados sobresae o = *furto* = e o = *roubo* =, *furtum et rapina*. O Cod. trata d'estes dois crimes distinctamente, mas na essencia são o mesmo crime; a definição é a mesma, e sómente differem pela concorrência de uma circunstancia criminosa em si mesma, que é a = *violencia* =.

Mas ha muitas outras circunstancias aggravantes que qualificam o crime, tanto do furto como do roubo, que podem ser equiparadas ou mesmo reputadas não inferiores a certas *violencias*, d'onde vem que a primeira divisão *juridica* é em *furto simples* e em *furto qualificado*, adoptada nos melhores Cod. da Europa e nos tratados dos criminalistas.

A definição que da o legislador no presente art., assim como de roubo no art. 432.º = *subtração de coisa alheia* = exprime duas condições necessarias para constituir o crime: 1.ª, que a coisa seja *subtrahida ou apprehendida*; 2.ª, que a coisa *subtrahida ou apprehendida* pertença a outrem. A terceira condição = que seja *fraudulenta* = é essencial e intrinseca de toda a criminalidade, e podia por isso aqui omitir-se, porque sem dolo não ha crime, e de facto se omite no cit. art. 432.º

Os termos da definição, como se acham no presente art., são tirados do art. 379.º do Cod. Fr.: = *Quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas* =.

É elemento pois intrinseco, para constituir a criminalidade do facto, a *intenção malefica* ou a existencia do = *dolo* =, segundo as disposições geraes, e consiste o *dolo*, não só na *intenção de apropriar* uma coisa = *inuito domino* =, com o *fim de lucrar, causando um damno*, mas tambem na *intenção de furtar* = *animo furandi* =, tomada restrictamente.

É consequente que não commette *furto, nem mesmo roubo*

dogma de direito natural, de direito civil, de direito politico e de moral publica e religiosa. Se não fosse dogma senão por algum d'estes fundamentos, era isso bastante a provocar a protecção das leis penaes.

Contudo podem consultar-se os excellentes artigos de Morin, *Repert. de Droit*. Cr. á palavra = *vol* =; o *Dicte. mod. de Econ. Polit.* á palavra = *propriété* =; e ahí os esclarecimentos bibliographicos para mais amplos desenvolvimentos.

aquelle que, em caso de extrema necessidade, para conservação da propria vida ou de sua familia esfaímada ou morrendo de fome, lança mão de alguma coisa alheia. Acha-se assim na Const. Cr. da Carolina, art. 166.^o, nas demonstrações dos moralistas e jurisconsultos, no Ens. de Cod. Cr. de Mello Freire, tit. 36.^o § 38.^o:

«O furto feito com necessidade verdadeira e não affectada sômente se castigará segundo o excesso que se commetter.»

Implicitamente nas regras do *constrangimento da força* irresistível e da *necessidade actual da defesa*, consignadas em os n.^{os} 2.^o e 3.^o do art. 14.^o «Se é permitido ou tolerado matar em defesa da vida, diz aquelle nosso mestre, e dos bens, como não será furtar para sua conservação? A lei e o juiz só deve averiguar a *qualidade e o grau da necessidade*, «a sua causa, e se procede da culpa do ladrão e da sua *ociosidade*; e por isso no dito §, attendendo a estas e outras circunstancias, se manda castigar o excesso.»

Nem mesmo roubo, dissemos nós, porque não é furto verdadeiro o facto material em si mesmo. Não existindo a *fraude especial*, elemento da criminalidade, *animus furandi*, sômente resta a punir o delinquente em razão das *violências*².

Passando á parte da incriminação, vê-se que o Cod. trata confusamente do furto *simplex* e do furto *qualificado*.

Adopta, em regra, para a determinação da pena, a quantidade real do *damno causado em dinheiro*, com abstracção das circunstancias da *pessoa offendida pelo crime*. Isto é visivelmente um erro, que conduz a grandes injustiças.

A quantidade do damno é sim um elemento para se proporcionar a pena ao mal do crime; mas uma libra para o po-

¹ Estes casos são rarissimos, mas são possíveis. Durante a nossa residencia em França em 1831, um pobre artista não achando trabalho teve de se recolher a casa sem um unico soldo. Tres innocentes creanças choravam por um bocadinho de pão. O pai attribuido á de casa como furioso e fero de si, entra na primeira loja de comestiveis que encontra aberta, lança mão de algumas pães e arrebatadamente se, corre a saciar a fome de seus filhos. O tribunal correccional não considerou em taes circunstancias que houvesse furto e absolueu o accusado. Vid. Schott. Diff. — de furto ex necessitate commisso —. Boehmer. ao cit. art. da Const. da Carolina, Grocio, Puffendorffio e outros.

² Provas do Ensaio ao cit. tit. e §.

bre, é maior damno, do que 50\$000, 100\$000 ou 200\$000 réis para o rico.

Em segundo logar o outro elemento do mal do crime, consistente na *corrupção moral* do agente, que furta ao pobre nos 4\$500 réis o sustento de uma semana, talvez de um mez, é muito maior, que a do agente que furta ao rico similhante quantia, que não é mais do que uma migalha tirada aos seus cães de caça, e que é como um grão de areia tirado do mar. A protecção da lei é desigual, porque, contemplando a igualdade de valores, lhe submete pessoas, activa e passivamente, em circumstancias inteiramente diversas.

O pobre, por isso que o é, tem menos meios de segurar e guardar o fructo do seu trabalho, e a perda é muitas vezes irreparavel, tudo lhe faz falta, nada é superfluo; o rico, por isso que o é, tem mais meios de acautelar e defender a sua propriedade, e acha sempre a compensação das suas perdas, quando são modicas, na superabundancia das suas rendas, de que muitas vezes abusa, sem compaixão para com os desgraçados.

Com relação mesmo á quantidade do damno em réis, com abstracção de rico e pobre, a qualificação do crime por essa maior ou menor quantidade é uma consideração muito secundaria. O ladrão pôde não ter furtado mais, porque mais não encontrou que furtar ou mais não pôde. O seu estado de corrupção moral, *animus furandi*, pôde ser mais grave furtando 12\$000 réis, do que furtando 30\$000 réis.

Portanto, esta base como se acha adoptada no presente art., e no art. 420.^o § 1.^o, não deveria servir para determinar a penalidade, por um modo absoluto e abstracto. Os termos absolutos e abstractos sômente conviriam para se declarar que os juizes, estabelecida a pena correspondente ao furto *simplex*, a graduassem conforme a quantidade do damno causado, com relação aos teres e fortuna das pessoas offendidas. O damno é sempre *individual e relativo*.

Esta base falsa da criminalidade é copia da nossa Ord. do liv. 5.^o tit. 60.^o Mas o dinheiro é um valor *vacillante*; que não pôde, sem absurdo, servir de base *permanente*, para se graduar a applicação de uma pena, que não acompanha as variações do mesmo valor.

O Cod. Fr. com justa razão desprezou similhaute arbitrio. Era tambem a doutrina de Julião, antigo interprete do direito romano, á novella 69.ª, dizendo:—*Quamvis res, de qua agitur, minima videatur, tamen justitia ratio, non ex quantitate sed ex suis regulis debet aestimari; nam et quod aliis vilissimum videtur, hoc aliis pretiosissimum est*—.

Os magistrados romanos assim o julgavam. — *Adeo illi viri magis voluntatem peccandi intuebantur, quam modum; et quid, non quantum admissum foret, aestimabant*—¹.

No erro que condemnámos laboram os Cod. mod. da Alemanha, o da Sardenha, art. 654.º, e das Duas Sicílias, art. 409.º, o da Austria, art. 151.º, o da Baviera, art. 214.º e 215.º, o Hesp., art. 427.º (n.º 438.º), e o da Toscana, de Leopoldo, art. 74.º².

Mas foi banido do Cod. do Brazil, art. 257.º e seguintes, como foi do Cod. Fr., em vigor na Belgica, e n'outros Estados aonde rege; e ultimamente, com toda a sabedoria, do mod. Cod. da Prussia, § 215.º e seguintes.

Os Cod. contrarios em doutrina, para considerar o crime *objectivamente*, qualificado pelo valor da subtracção, assentam no principio de que a quantidade do prejuizo deve ser, além da *intenção malefica*, uma causa determinante da pena. Este principio é verdadeiro; nós o adoptámos, mas considerado tambem *subjectivamente*, com relação, tanto á pessoa do offensor como da pessoa offendida. — *En général un délit est d'autant plus grave... que le dommage qu'il en est suivi... a été plus grand*. — Cit. Cod. da Austria, art. 36.º

Pelo systema adoptado pelo Cod. quasi que não é crime o furto, senão quando *qualificado* pelo seu maior valor. Dizemos *quasi*, por isso que furto *simplex* só apparece incriminado no art. 430.º § 1.º, não sendo superior a 400 réis; porém é preciso, não que o offendido denuncie, ou se queixe em juizo, mas que accuse; isto é, que pela satisfação de ver corrigido o ladrão gaste muito mais que o damno que soffreu, o que equivale a uma abertura e cerramento immediato de porta contra a intervenção da justiça.

¹ V. Math. de Cr., liv. 47.º do Dig. tit. 1.º p.º 4.º

² Vestigios do antiquado direito de Alemanha, Const. da Carolina, art. 157.º a 160.º; vid. Meisteri, part. 2.ª lib. 1.º cap. 12.º § 217.º

O absurdo se torna ainda mais sensível, attenta a disposição do § 2.º que manda punir *sempre* a *tentativa* do furto, segundo as regras geraes. Esta declaração era necessaria, porque sem ella similhantes tentativas ficariam impunes, nos casos do § 1.º, e do art. 430.º e seu §, quando se não tratasse de furto de cousa certa, mas *in genere*, e as penas a impor ao crime consummado não estivessem no caso do art., segundo a regra estabelecida no art. 8.º

O § 3.º providencia para os casos de segunda reincidencia. Nada determinando especialmente quanto ás primeiras reincidencias, ficam subsistindo a respeito d'ellas o que, em geral, se estabeleceu no art. 83.º

Sobre a materia d'este § o pensamento do legislador não pôde ser combatido, por isso que a *maior perversidade*, ou tendencia do criminoso para a mesma especie de mal, manifesta-se pela repetição, e exige portanto um remedio *mais forte* que o que lhe foi imposto na anterior condemnação. Mas o erro está na applicação do mesmo principio, contemplando-se a pena comminada por lei, e não a que foi imposta na dita condemnação.

Esta consequencia do legislador vae muito além do principio, sempre que as penas temporarias os juizes não tenham imposto o *maximo* d'ellas. Antes de se passar a uma pena immediata ainda restava o percorrer-se até á maior duração da pena legal. Pôde porventura ser justificavel que um réu condemnado no minimo do degreço ou alguns annos mais, em logar do termo medio ou maximo, soffra logo pela reincidencia o degreço por toda a vida?

O salto, sem a menor sombra de figura, é mortal, e portanto digno de reforma a disposição do presente §.

Quanto á penalidade parece-nos excessiva a de degreço temporario imposta no art. em relação a crime de furto, ou a uma primeira condemnação, mormente quando a quantia superior a 20\$000 réis não tenha sido subtrahida a um homem pobre. A prisão correccional era mais que bastante, pelo menos para quando existam os estabelecimentos indispensaveis que segurem, mas não pervertam, os criminosos.

E é notavel que estejam tão perto os art. do Cod. em que

se considerou adequada a multa nos crimes contra a *honestidade* ou contra a *honra* dos cidadãos, e que se abandonasse a multa em crimes contra a sua *propriedade* movel avaliada pelo dinheiro que a representa. Assim é ferido na bolsa quem não feriu na bolsa; não é ferido na bolsa quem feriu na bolsa.

Mas não é só a repugnancia que assim se demonstra, a incoherencia tambem se manifesta, comparado o presente art. e seguintes d'este cap. com os do cap. 11.º, sobre monopolio, contrabandos e descaminhos, em que constantemente se applicou a multa. O mesmo acontece nos crimes de que tratam os art. comprehendidos no cap. 10.º Todos envolvem mais ou menos a essencia do furto, e em todos a multa é comminada.

Longe de nós concluir por isso que a multa deveria ser, nos crimes de que trata este cap., um elemento de penalidade principal ou accessoria.

Fazemos d'elle, em geral, uma applicação mui restricta, mas uma vez prodigalisado como auxiliar da pena principal, elle facilitaria aqui a redução da duração do degredo ou da prisão.

O Cod. do Brazil, banindo completamente no furto o systema das incriminações especiaes em razão de suas circumstancias, adoptou outro, que offerece menor numero de inconvenientes, reduzindo toda a legislação criminal sobre furto á que se encontra no art. 257.º — pena, a de prisão com trabalho de dois mezes a quatro annos —, e admitindo a pena accessoria de multa de vinte e cinco por cento da cousa subtrahida.

Legislação simples, clara, sufficiente e bem calculada. Em muitos pontos, como n'este, o Cod. do Brazil sobressae aos Cod. da Europa.

As leis inglezas ainda conservam hoje o mesmo vicio que condemnámos. O furto superior a 12 pences é considerado grande e punido com a pena de morte. Somma aquella que já servia de regra ou de base ha dez seculos, do tempo do rei Athelstan. Já Henrique Spelman no seculo 17.º, tempo em que o dinheiro valia mais que o dobro do valor actual, censurava que a vida do homem baixasse de preço, quando o de todas

as cousas tinha augmentado de valor nominal, e estas se tinham tornado mais caras.

E que se segue d'esta base cahotica? A impunidade; e com ella a não repressão do crime. A impunidade, porque o *piadoso perjurio* dos jurados, como lhe chama Blackstone, neutralisa a severidade da lei, e porque as pessoas offendidas não que- rerão passar por *sycophantias*, como entre os athenienses passavam os denunciadores dos que arrombavam muros para ir aos figos¹.

De todas as leis criminaes n'esta parte a que tem mais defeitos, adoptada a mesma base, é infelizmente o nosso Cod.

Acresce a omissão de se não declarar, no caso de accusação de muitos furtos no mesmo processo, se o valor d'elles, quando distinctamente considerado, for menor de 20\$000 réis, mas sommados derem todos ou alguns d'elles um valor superior, ha de ser considerada esta somma como a reguladora da imposição da pena legal? Ou se taes furtos feitos a diversos ou á mesma pessoa, e distinctos ou não distinctos, em lugar, tempo e valor, se contemplam como um só furto quanto ao seu valor total para o dito fim?²

Os Cod. da Alemanha concordantes todos resolvem esta questão affirmativamente. Os da Sardenha, art. 654.º, e das Duas Sicilias, art. 409.º, tambem são expressos no mesmo sentido. O Cod. da Baviera a contém virtualmente, art. 215.º, nas palavras — *Si le voleur a déjourné en argent, ou valeurs appréciables en argent, la somme* —.

Sobre a nimia severidade das penas corporaes impostas n'este art. devemos acrescentar, como tributo de homenagem a Mello Freire, que, comquanto distinguisse para a pena o valor do furto, a proporcionava melhor no tit. 36.º § 2.º e seguintes.

O nosso Cod. de 1837 baniu, como o Cod. do Brazil e o Cod. Fr., a graduação da pena no furto simples, segundo o

¹ Vid. Blackstone, liv. 4.º cap. 17.º pag. 58 do tom. 6.º; Laya, Droit Angl. Cod. Pen., cap. 15.º

² A Ord., comquanto nascida na barbaridade dos tempos, previa esta difficuldade, determinando, no liv. 5.º tit. 60.º § 3.º, que furtos feitos por um, em diferentes tempos, por tres vezes, valendo cada furto por si um cruzado, soffresse a pena ultima, postoque pelo primeiro e segundo já fosse punido.

seu valor; mas, acertando por este lado, caiu no excesso de, no art. 377.º, declarar punível o delicto com o mínimo dos trabalhos publicos temporarios, isto é; por tres annos! Tres annos d'esta pena, assim para o furto de 100 réis como para o furto de 100:000\$000 réis, e tolhido o poder discricionario do juiz para não poder graduar a pena!

A natureza e duração d'esta pena, guardada a distancia das epochas, é mais barbara que a da Ord. *== morra por isso ==*.

ARTIGO 422.º

As penas de furto serão impostas ao que fraudulenta-mente subtrahir uma coisa que lhe pertença, estando ella em penhor ou deposito em poder de alguém, ou que a destruir ou desencaminhar estando penhorada ou depositada em seu poder por mandado da justiça.

Alguns dos factos de que trata este art. e o seguinte são similhantes aquelles a que se refere a Ord. do liv. 5.º tit. 60.º § 8.º e o art. seguinte, que não começando em furto, se convertem ou acabam n'elle.

Nos casos porém de penhor ou deposito, em poder de terceiro, de uma coisa que nos pertence, ou que foi depositada na nossa mão, póde o facto ser de igual ou de superior gravidade, mas não é furto. Póde dar-se subtracção fraudulenta em prejuizo de terceiro, mas não é *ste' cousa alheia*, e portanto falta um dos elementos essenciaes constitutivos do crime de furto.

Assim tem sido julgado em França e na Belgica¹. Assim era entendido em nosso direito, conforme á expressa determinação do § 5.º do tit. 76.º da Ord. liv. 4.º, para que o depositario infiel, se accusado fosse, soffresse a pena, não de furto, mas de *bulção e intigador*.

Todavia esta disposição tem modelô na lei romana²; e no Cod. do Brazil, art. 250.º *== Tirar sem auctorisação legal coisa propria, quando se achar em poder de terceiro por convenção ou determinação judicial ==*, mas n'este mesmo art. se acrescenta uma clausula importante, e vem a ser *== e o terceiro com a tirada sentir prejuizo ou estiver a soffre-lo ==*.

¹ Cass, 29 de Outubro de 1821; Bruxellas, 17 de Novembro de 1818. Vid. Merlin, Quest. de Dr., 5.º vol. § 4.º; Sulpici, ao art. 379.º n.º 22.º

² Instit., § 10.º e 14.º de obligat. ex delicto, como bem advertiu o Sr. Levi no seu Comment.

Effectivamente a cousa empenhada ou depositada é *propria*, mas a cousa que ella garante é *alheia*; subtrahir uma será o mesmo que subtrahir a outra, mas quando restrictamente de outro modo se não salve ou esteja salvo o fim do penhor ou deposito. Só n'este caso o facto se poderia assimilar a furto. Se o devedor, tendo pago ou extinto a sua divida, se apoderar por auctoridade propria do penhor ou deposito, ou dispensa, para esse fim, recorrer á auctoridade competente, commette uma usurpação de poder, mas não um furto.

Faz valer o seu bom direito por um modo irregular e extra-legal, mas não pôde, sem manifesta injustiça, ser caracterisado como réu de *subtracção fraudulenta*. Toma posse *de facto* do que nunca deixou de lhe pertencer de direito; quebra *de facto* os vinculos do penhor ou do deposito que já se acham relaxados de direito.

A declaração pois ou restricção do Cod. do Brazil parece-nos essencial.

Em rigor é sempre certo que a assimilação a furto, nos casos do art., são das regras geraes sobre o crime, por isso que é essencial que a cousa seja alheia: *Rei nostræ furtum facere non possumus*¹. Mas estas regras já tinham, por direito romano, uma excepção analogá: *Aliquando suæ rei furtum quis committit*, veluti si debitor rem, quam creditori pignoris causa dedit, subtraxerit².

A omissão do Cod. Pen. Fr. de 1810 a similhante respeito e a pratica constante de julgar em França antes e depois do mesmo Cod. provocou uma providencia especial na Lei de 22 de Abril de 1832, art. 90.º, que passou a ser inserta no art. 400.º, 1.ª e 2.ª alinea do Cod. do mesmo anno.

Na segunda hypothese do nosso art., o facto é mandado punir com as penas do art. 406.º como *abuso de confiança*. Na primeira hypothese, com as penas do art. 401.º como furto não especificado.

Assim se manifesta: 1.º, que os legisladores francezes não confundiram estes factos com o de *furto*, crime muito mais

grave; 2.º, que entre as duas hypotheses de menor gravidade distinguiram a primeira da segunda, sendo esta muito menos grave. Esta apreciação, conforme com a jurisprudencia e com os julgados, é justa, porque nunca poderá ser conforme á justiça punir com as mesmas penas a subtracção do alheio e a subtracção do que é proprio; a violação do deposito feito em poder alheio e o feito em poder proprio.

A legislação franceza parece-nos digna de ser attendida a par da modificação do Cod. do Brazil, nos casos em que, pela distracção da cousa, pereça a execução do direito de terceiro no todo ou em parte da divida ou responsabilidade a que ella servia de garantia.

É verdade que o art. não pune a subtracção em si mesma, poisque exige que seja *fraudulento*, e *fraude* se pôde e deve entender que não se dá, quando d'ella não resulta prejuizo de terceiro; mas esta interpretação offerece o inconveniente de deixar então impune, tanto a violação do deposito como o abuso de confiança, em menoscabo da convenção ou do preceito judicial, e não salva a desigualdade de serem comprehendidas na assimilação duas hypotheses mui distinctas em gravidade.

Não é menos digna de ser considerada a disposição do Cod. da Baviera, art. 211.º:

«Le détournement illicite fait par le propriétaire de sa propre chose, alors qu'elle est entre les mains... du créancier gagiste ou de toute autre personne jouissant du droit de rétention... ne seront pas considérés comme vols; mais, suivant la diversité des cas, comme des actes de vindicte privée» (art. 420.º), de fraude (art. 256.º), etc. etc.

Art. 420.º:

«Celui qui, sans invoquer le secours de l'autorité judiciaire, se mettra de lui-même en possession de droits fondés ou prétendus à l'égard d'autrui... se rendra coupable du délit de vindicte privée, et sera puni d'une amende de 10 à 100 florins ou d'un emprisonnement de trois jours à un mois.»

Estes art. confirmam plenamente quanto havemos expellido, e são uma reprobção solémne da doutrina do nosso art., tanto na assimilação como na penalidade.

¹ Chauveau e Helie, Théor. du Cod. Pén., tom. 5.º pag. 48.

² Inst. de oblig. quæ ex del. nasc., §§ 10.º e 14.º; cit. Chauveau e Helie.

O Cod. Hesp., art. 445.º (n. 455.º), tratou da primeira hypothese do art. e baniu inteiramente a idéa ou assimilhação de furto, mesmo nos casos em que da subtracção resultasse prejuizo de terceiro, impondo a multa do triplo, não em relação á cousa subtrahida, mas ao prejuizo causado:

« *El dueño de una cosa mueble que la soustragere de quien « la tenga legitimamente en su poder con prejuicio del mismo ó de un tercero... será castigado con una multa del « tanto al triplo del prejuicio que hubiere irrogado.* »

Reprova portanto igualmente este Cod. a assimilhação a furto.

ARTIGO 423.*

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.

É ponto de doutrina corrente que a occupação é um dos modos originarios de adquirir, e este principio não é desconhecido nas leis do reino e desde os principios da monarchia. Não é menos certo que por direito natural a occupação pôde ter lugar, não só nas cousas *nullius*, por sua mesma natureza, mas também n'aquellas que o são, por *derelicção*. Outro porém é, n'este segundo caso, o nosso direito positivo.

Quando a cousa tem todos os caracteres de haver sido apropriada, tivesse ou não senhor certo e conhecido, se presume *perdida* e não *derelicta*, e como tal não estabelece o consentimento de seu dono, essencial para a transmissão do dominio, quer na pessoa do achador, quer em proveito da nação. É simplesmente um extravio, uma desgraça, de que se não pôde, sem violação do direito de propriedade, dos principios da moral, e da mais rigorosa justiça, tirar proveito algum. O achador portanto é um mero detentor, um simples depositario de cousa alheia, com obrigação de *restituir*.

Se o abandono parece manifesto, entende-se a favor do Estado, que entra com a sua intenção e direito fundado em todos os bens vagos.

A obrigação de restituir da parte do achador presta sancção penal o presente art. A Ord. do liv. 2.º tit. 32.º in pr., fazendo applicação do mesmo principio, e para evitar a subtracção dos salvados dos navios, comminava a pena pecuniaria do *trisdobro* das cousas ou valores subtrahidos. É evidente que nem mesmo a favor do Estado n'esta hypothese, ha de-

relieção. O senhor ou capitão que alija para evitar o naufrágio costuma comparar-se áquelle que, opprimido com o peso, larga parte d'elle na estrada, *com animo de o vir buscar*¹. Nas circumstancias ainda as mais desesperadas, em que as probabilidades de salvamento são quasi nulas; a esperança de uma restituição não se perde completamente, o que obsta a presumir-se á *derelicção* a favor do achador²; ou da fazenda publica, conforme a Ord. do liv. 2.º tit. 26.º § 17.º

Todavia a fazenda publica, n'este segundo caso, não adquire senão *sub conditione* o dominio; pois logo que em tempo legal appareça o senhor da coisa ou seus herdeiros a reclama-la, tem obrigação de a restituir ou o seu valor.

Esta doutrina é expressamente consignada na cit. Ord.

¹ L. 3.º D. ad Leg. Rod. de Furt.

² Quod si dominus disponat, ap. inceptor rem, tanquam pro derelicto habebat. sub habebit? Minus: non enim quic excederunt, dominis ignorantibus, ea pro derelictis habentur. § tit. Inst. de rer. divisi., adeoque non prodest inventori pro derelicto titulus, ut nec usucapere, eam rem possit, quem admodum de rebus levandis navis causa factis, et usufructum fortunis res. pondit Javalena in l. interdum § 1.º D. de litiq. vel mitti. posses. «Quod ex naufragio expulsum est (aquas) uscap. non potest, quoniam non est in derelicto, sed in deperdito». Nathe. de Crim. lib. 47.º D. de furt. n.º 10.º

Effectivamente não deves confundir-se *actôes* abandonadas com as perdidas. O art., confundindo umas com outras, porque ambas são *achadas*, pôde dar lugar a mui violenta applicação da lei. A restituição das *perdidas* é um dever de probidade e de moralidade que a lei tem de proteger. Mas como pôde entrar em dvida, em certos casos, as *perdidas* ou *abandonadas*. É preciso averiguar esta circumstancia. Feitas as necessarias diligencias, ainda assim se não conclue o abandono, quando por seu valor ou qualidade não é semelhante.

A achada, por exemplo, de um cavallo cheio de doenças ou de más manhas, pôde fazer presumir o abandono, e pela mesma forma a de uma pequena quantidade de dinheiro, ou moeda portatil de pouco valor, pôde fazer presumir que ninguém se dará ao incômodo da reclamação. As diligencias podera ficar mais caras ao achador do que o valor do seu achado. Em taes casos, nem o legislador deve dar-lhes consideração, nem o fisco, e sómente seria possível impor a pena de multa áquelle que não fizer, dentro de poucos dias, entrega de taes coisas em um estabelecimento qualquer de caridade, em beneficio, achado e multa, do mesmo estabelecimento.

Mas quando as coisas achadas, por seu valor e qualidade, náo se podem considerar abandonadas, mas *só perdidas*. O Estado é o dono, na falta do primeiro dono ou de seus herdeiros, e deve assumir a si a responsabilidade da restituição ao que se mostrar com direito legítimo.

¹ Heir. a Grecia. liv. 2.º cap. 4.º § 6.º A *derelicção* consiste na abdicção que o senhor faz da sua coisa, com animo de a não querer mais

tit. 32.º pr., nas palavras = e em qualquer tempo, que os senhores vierem, lhes será pago... o que... tiver recebido =; e a respeito de heranças *facentes* em muitas leis que inatil é citar aqui¹.

Posto isto, quanto á primeira hypothese do art., sendo o facto incriminado, não o da retenção da coisa achada, mas o da omissão da entrega a seu dono, não pôde transformar-se de licito em fraudulento, senão quando por outro facto positivo, e não por indução, o achador manifeste a intenção de se apoderar do alheio.

A primeira detenção não teve começo em furto, segundo a phrase da Ord., liv. 3.º tit. 60.º § 8.º, mas converteu-se n'elle por outra nova detenção com todos os caracteres furtivos; e desde esse momento, de furto, a assimilação das penas respectivas se justifica plenamente: = Qui alienum quid jacent, lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur =².

Mas quando é que legalmente acaba o facto licito e começa o illicito? Quando é que esta metamorphose se verifica? Com que factos se ha de constituir o corpo de delicto, para a repressão do crime?

Quando é que o achador se constitue em mora de não entrega da coisa a seu dono? O art. não o declara. A nossa Ord. do liv. 3.º tit. 62.º era mais providente, como adiante veremos.

Se o dono é conhecido, e reclama do proprio achador a entrega, judicial ou extrajudicialmente, e este a recusa ou nega o achado, a subtração é evidente. Mas se a reclamação é feita publicamente por annuncios nos periodicos, ou por outro modo não pessoal, ao achador, por ser ignorado, isso não basta para se presumir a sua sciencia ou fraude, sem que a lei expressamente estabeleça a forma essencial de publicação, feita a qual e não seguida da entrega, e em certo praso a mora converta um depositario em réu de furto, salva porém sempre a prova da defeza em contrario, repulsiva de todas as presumpções, inadmissiveis como base indestructivel em materia de criminalidade.

¹ Vid. Repert. de Fernandes Thomaz á palavra = herança =.

² L. 43.º § 4.º D. de furtis.

O art., na sua segunda parte, providencia para os casos em que o dono da coisa é ignorado pelo achador, e, prevenindo a sua defeza, fundada na allegação da ignorancia, equi-para ao facto da não entrega o da omissão em praticar as diligencias que a lei prescreve. Mas este facto não é demonstrativo da intenção de subtrahir, póde proceder de desleixo ou de outras causas.

É uma presumpção de crime fundada em omissão, da qual se não conclue a fraude necessariamente. A obrigação de restituir a coisa a seu dono, logoque elle se manifeste, permanece, pratique ou não essas diligencias, e a omissão d'ellas não demonstra *a priori*, e antes do mesmo facto da recusa da entrega, que essa recusa havia de ter logar. Aindaque durante a omissão o achador tenha concebido o projecto do crime, o que não póde verificar-se, porque — *de internis solus Deus* —, d'ahi se não seguiria que essa intenção havia de ser constante até á consummação do crime.

Podia a lei presumir furto na omissão de que se trata, quando acompanhada de factos de usurpação de dominio, como de venda, uso ou consumo, e ainda assim ficava fallivel e infundada, quando o achado for uma coisa fungivel, de difficil guarda, etc.; poisque nada então demonstra que não fosse da intenção do achador restituir por indemnisação de valor.

Podia ser considerada como *acto preparatorio*, ou, quando muito, como *tentativa* de furto. Mas assimilha-la, quando nua e simples, ao facto consummado, repugna com a natureza e significação natural ou possível da omissão incriminada.

Por outro lado, que valor, que fim tem a penalidade imposta a similhante omissão? Proteger a propriedade prevenindo o furto da coisa achada. Pois a lei *preventiva* do furto ha de ter a mesma sanção que a lei *coercitiva* do mesmo furto? Se não é demonstrada a *intenção malefica*, a lei que presume similhante *diligencia* não é mais que uma lei de *polícia*, e a sua infracção mais que uma *contravenção*, segundo a regra prescripta no art. 3.º

Se o achador tem a obrigação de entregar o achado, e de para esse fim praticar as diligencias necessarias, por um dever de moralidade, de consciencia e de respeito á lei, o dono

da coisa não tem menos a obrigação de ser solícito *no seu proprio interesse*, dando-se a conhecer e praticando tambem pela sua parte as diligencias necessarias? — *Vigilantibus, non dormientibus, succurrit jus.* —

E quaes são as diligencias que a lei prescreve? É remissivo o art. a uma outra lei. E contudo o modo e qualidade d'essas diligencias, fazendo aqui parte essencial do elemento da criminalidade, não deviam ser preteridas¹. Deviam ser prescriptas expressamente, em harmonia com os usos e costumes actuaes sobre os modos ordinarios de denunciação e publicação.

Quando as cousas achadas forem bestas ou gado, as diligencias a praticar estavam determinadas na Ord., liv. 3.º tit. 94.º, e quanto a outras cousas ou moveis, a Portaria do ministerio dos negocios da justiça de 20 de Maio de 1845 para supprir uma legislação caduca, declarou « que o achador deve « denunciar a coisa achada por pregões, escriptos e annua- « cios nos jornaes. » Mas portarias não são leis, e o art. remette-se ás diligencias prescriptas pela lei, e consequentemente são as da Ord. do liv. 5.º tit. 62.º § 3.º, e se reduzem a mandar apregoar a coisa achada por espaço de trinta dias nos *lo-gares publicos e costumados*.

¹ Tambem o Cod. Civ. Fr. art. 717.º dispõe que os direitos sobre as cousas perdidas se regulam *por leis especiaes*, e contudo essas leis não existem. Chauvenet e Helie, tytando esta legislação de *inertia e confusio*, recorrem ao direito romano, para supprir a lacuna do legislador. Theor. do Cod. Pen., tom. 5.º pag. 51.

² Esta Portaria consigna o principio de que as cousas achadas *por erro* não pertencem á fazenda publica, reprovando como errônea a opinião constante do officio do governador civil do Faro, em data de 6 de Março do mesmo anno, que assim o não intendem, e declara: 1.º, que essas cousas são do quem as acha, quer nunca fossem de altrém, quer fossem abandonadas deliberadamente pelo proprietario, com animo de nunca mais as ter por suas; 2.º, que todavia é indispensavel verificar, neste segundo caso, esta condição: 3.º, que os modos de isto se conseguir são, ou, quando nos gados de *ovento* ou do *vento*, as formalidades da cit. Ord., liv. 3.º tit. 94.º, ou, quanto aos moveis e dinheiro, as que acosejha: 4.º, que feitas essas diligencias podem as cousas achadas ser retidas pelo achador, ficando a *toda o tempo obrigado á sua restituição*; 5.º, que o achador não esteja de processo algum, em vista do Decr. de 13 de Agosto de 1832.

Não podemos avaliar a resposta do conselheiro procurador geral da corôa a que a mesma Portaria se refere: mas apesar d'isso não podemos deixar sem a menor hesitação de a considerar como contradictoria em suas conclui-

A Portaria é contradictória em suas conclusões, porque, se as *coisas do evento são de quem as acha*, verificado o abandono, e se o modo d'este se verificar é o das solemnidades que menciona, a conclusão é que, praticadas essas solemnidades, cessa a obrigação de restituir, porque ninguém é obrigado a restituir as cousas de que legitimamente adquiriu o dominio; e não a conclusão de que subsiste essa obrigação *a todo o tempo!*

No mesmo erro de doutrina assenta o presente art., porque, pela disposição da segunda parte da incriminação, vem, *a contrario sensu* ou implicitamente, a auctorisar em prejuizo dos direitos da nação a retenção dos achados do evento, uma vez que se pratiquem as solemnidades *legaes* a que se refere; e pela disposição da primeira parte da mesma incriminação, vem do mesmo modo a obrigar o detentor a entrega dos achados a seu dono, em termos absolutos e sem restricção alguma; e portanto *a todo o tempo*, como diz a Port., e como estabelecia geralmente a Ord. do liv. 5.º tit. 62.º § 4.º

Houve tempo em que se tolerou o direito de qualquer fazer seus os objectos achados a que se não encontrava senhor certo.

Era como uma mércê da corôa, e por isso se exigia dos achadores o *quinto*, como consta de uma Lei de 28 de Julho de 1704¹. A Ord. do liv. 2.º tit. 32.º § 1.º só concedia aos

sões, e opposta a direito expresso, com falsa applicação do Decr. de 13 de Agosto de 1832, em prejuizo dos direitos do Estado e da nação.

A Ord. do liv. 3.º tit. 94.º estabelece pelo contrario que as *bestas ou gados do vento* não são *res nullius*, e que pelo facto do abandono pertencem ao achador, mas ao rei ou donatarios da corôa, hoje á nação; quanto a outras cousas *vagas* ou a que não é achado senhor certo, é expressa a Ord. do liv. 2.º tit. 26.º § 17.º, declarando-as do Estado; assim como a Ord. do liv. 5.º tit. 62.º § 4.º, mandando-as entregar a todo o tempo.

O Decr. de 13 de Agosto de 1832, art. 1.º, revogou, é verdade, aquella Ord.; tit. 26.º, *quanto ao systema dos direitos reaes*—n'ella consignado, mas o mesmo Decr., no art. 2.º, mandou respeitar os direitos da nação que podesse adquirir tanto por execução fiscal, como *por successão*, para ficarem fazendo parte do *thesouro publico disponível*.

Como, se não apparece dono nem herdeiro até ao decimo grau, a fazenda é chamada a succeder, a lei não pôde consentir que um particular tenha melhor direito á posse interina das cousas *vagas*. É doutrina do Aliv. de 28 de Janeiro de 1788, de 26 de Agosto de 1801, do Cod. Admin., art. 225.º § 1.º, e de muitas outras leis e providencias.

¹ Da Senhora D. Catharina, governando em nome de seu irmão o Senhor B. Pedro II. Phebo, decís. 195.º

achadores o mesmo direito nos objectos de navios naufragados, quando de infieis, de inimigos ou de corsarios; mas esta mesma excepção foi revogada pela Lei de 20 de Dezembro de 1713, fazendo entrar essas cousas na regra geral dos bens vagos pertencentes á mesma corôa. E todavia o Cod., não incriminando o facto da retenção e não entrega, quando forem infructíferas as diligencias do achador, vem indirectamente a subrogar ao direito do Estado nos bens vagos a posse simplesmente natural dos achadores.

Antes de concluirmos estas observações levantaremos primeiro a questão, se deve ser considerado réu de furto aquelle que não entrega e retém a coisa sob pretexto de que pretende ou exige as *alviçaras* ou *premio* que julga merecer pela restituição do achado a seu dono? Como o art. exige que a omissão da entrega seja *fraudulenta*, e no facto só se dá *mora* e não *recusa* nem *animo de furtar*, o achador, comquanto sem direito e sem razão na sua exigencia¹, não pôde ser considerado criminoso *de furto*.

O nenhum direito a similhante *premio* ou *achadego* acha-se estabelecido na Ord. do liv. 5.º tit. 62.º § 4.º

Em segundo logar notaremos quanto mais judiciosa e justa era a disposição da mesma Ord., § 3.º

Não eram punidas como furto as omissões ou factos assimilhados aqui, senão quando caracterisados por outro facto positivo=*o uso da coisa*=. Isto entende-se perfeitamente, porque ao facto de *omissão* acresce outro facto de *commissão* da natureza d'aquelles que só pratica quem tem ou se arroga o *dominio* das cousas².

¹ «Improbis est, qui gratis probus esse non vult.» Mathei, de crim., log. cit.

² O Cod. Pen. da China, divis. 3.ª, leis fiscaes, secç. 151.ª, contém sobre a materia disposições que, por muito singulares e extravagantes, merecem ser mencionadas:

1.º Não se impõe ao achador a obrigação da entrega a seu dono, nem se lhe permite a retenção alem de cinco dias depois da achada;

2.º Impõe-se-lhe a obrigação de as entregar ao magistrado do respectivo districto;

3.º Incumbe-se a esse magistrado examinar se as cousas são do Estado ou de particulares;

4.º Sendo do Estado, tem logar *in integrum*; sendo de particulares, só

Em terceiro lugar considerámos digna de ser transcripta sobre a materia: 1.º, a disposição do Cod. do Brazil, art. 160.º:

«Mais se julgará furto a achada da cousa alheia perdida, quando se não manifestar ao juiz de paz do districto ou official do quarterão dentro de quinze dias depois que for achada. Penas—de prisão com trabalho por um mez a dois annos, e multa de 5 a 20 por cento da cousa achada.»

Já demonstrámos que esta assimilhação não assenta em verdade moral, mas em uma *presumpção* equivocada e fallivel do legislador; todavia o legislador do Cod. do Brazil reconheceu o perigo da assimilhação, e por isso a fez incompleta, não applicando, como se fez no presente art., as penas do furto, mas só metade quanto à prisão. Esta é, conforme ao art. 257.º, de dois mezes a quatro annos no *furto verdadeiro*.

2.º A disposição do mod. Cod. da Baviera, art. 212.º:

«L'inventeur d'une chose perdue, qui pour se l'approprier illicitement ne la rend pas sur la réclamation du propriétaire ou de celui qui a perdu cette chose, ou qui, dans les huit jours de sa découverte, ne déclare pas le fait à l'autorité, ou ne le rend pas public, se rend coupable de vol.»

No Oldembourg, onde rege um Cod. quasi cópiado do da

ve then entrega metade, pertencendo a outra metade ao achador, em recompensa de as haver achado;

5.º São dados trinta dias ao reclamante, para provar a sua propriedade; se a não prova, são entregues na sua totalidade ao achador;

6.º Se o achador não entrega as cousas achadas ao respectivo magistrado, é punido com as penas de furto, graduadas segundo o valor, aggravadas se pertencem ao Estado, menos dois graus se pertencem a um particular;

7.º As cousas achadas são então retidas pelo magistrado, para serem entregues, metade a seu dono, e a outra metade reverter em beneficio do governo, ou a totalidade, se o dono se não pôde descobrir.

Assim na China devem os proprietarios ser *mais sollicitos* do que entre nós em guardar as suas cousas. Sabem elles que, se as perderem, é perda certa, pelo menos de metade, se tiverem a fortuna de provar perante o magistrado que, se não puder appor-se d'ellas pelo direito do fisco, ha de adjudicar metade ao achador. Também deve acontecer que os *achadores criminosos* sejam em menor quantidade do que entre nós, porque mais vale a recompensa e a impunidade certas do que uma totalidade e um cruel castigo possiveis. E se o objecto for indivisivel ou com um valor de estimação? A lei não diz como se ha de cumprir a sua disposição. O proprietario, se tiver affeição ao que perdeu, terá de o remir, as mais das vezes comprando-o áuctoridade ou ao achador!

Baviera, se reconheceu que havia exaggeração na assimilhação; e todavia a modificação feita por Decr. de 11 de Outubro de 1821 foi só *nominal*, declarando que o culpado devia sim soffrer as mesmas penas, mas não ser qualificado como ladrão.

Estes Cod., mais explicitos que o nosso art., não determinam a entrega restrictamente ao dono da cousa. Esta restricção obrigaria o achador a inteirar-se, não só do facto material da perda com relação a determinado individuo, mas de que este tinha direito exclusivo na mesma cousa. Além d'isso exigem que appareça reclamação da parte de quem perdeu, o que não exige o presente art.

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 for criminal, e n'elle se tratar de crime a que a lei imponha alguma das penas maiores, será punido o furto com o degredo temporario; e se a pena não for alguma das penas maiores, será punido o furto com a prisão correccional.

§ 3.º Se o furto for 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 d'este art. e seus §§ serão applicaveis ao que desencaminhar ou destruir os referidos papeis ou objectos.

As disposições contidas n'este art. e seus §§ são uteis, porque infelizmente os exemplos são frequentes; e não tínhamos senão o arbitrio na interpretação das leis criminaes sobre furto, abuso de confiança e outros factos criminosos, para reprimir similhantes attentados.

Mas se a assimilhação pecca *por excesso* nos dois art. precedentes, n'este art. pecca *por diminuição*.

Em primeiro lugar, do art. se deduz que, tendo as penas de ser applicadas, segundo o valor da cousa furtada ou do

prejuizo causado, e não tendo o processo ou parte d'elle, documento ou escripto, valor algum em si mesmos, se não como meios de prova em relação ao valor que tem de ser julgado, não pôde o criminoso ser processado, sem que por sentença passada em julgado se demonstre que o processo, parte d'elle, documento ou escripto, influindo essencialmente na decisão da causa, produziu a perda total ou parcial de algum direito, susceptivel de um valor determinado em réis.

Nos casos em que o prejuizo causado se reduz á demora e despesas da reforma do processo ou documentos extraviados, o valor é o correspondente ás mesmas despesas, damnos e interesses correlativos.

Logo, se não resultou nem podia resultar prejuizo á causa nem ao andamento de um processo, nem á conservação ou julgamento de um direito, o criminoso não pôde ser considerado réu de furto, nem ser punido com as penas d'elle.

Mas assim foram preteridos no facto de que se trata elementos de criminalidade principal; a saber: 1.º, a infracção da inviolabilidade do deposito publico, para guarda de justiça ou de administração, se o furto foi commettido em archivo, cartorio ou audiencia, ou o commettimento *de abuso de confiança*, se os papeis haviam sido confiados, por qualquer motivo ou titulo, ao criminoso; 2.º, a intenção malefica de causar um prejuizo pela subtracção, *intention de nuire*, posto que o damno se não siga.

Aqui era essencialissimo abstrahir da idéa de furto, definido pela qualidade do valor do furto, porque o mal do crime de corrupção do agente, tanto em infringir leis de ordem publica, como de prejudicar a terceiro, manifestado pelo facto material consummado da subtracção do papel, existe independentemente do valor ou importancia d'esse mesmo papel.

Assim se entendeu no Cod. Fr., art. 254.º e 255.º:

« Quiconque se sera rendu coupable des soustractions, en-
« lèvements... de pièces ou de procédures criminelles, ou d'au-
« tres papiers, registes, actes et effets... sera puni de la réclu-
« sion. »

O valor do papel subtrahido, maior, menor ou nenhum, assim como a ausencia da intenção malefica, em relação a di-

reitos de terceiro, em proveito proprio ou alheio, só deveriam ser consideradas circumstancias aggravantes ou attenuantes da imputação, como elemento accessorio e nunca essencial e exclusivo da criminalidade. Isto nos leva a dizer que sem razão aqui foi collocada esta incriminação, como crime=contra a propriedade=, pois com melhor fundamento e mais exactidão se encontra no referido Cod., liv. 3.º tit. 1.º=Des crimes et délits contre la chose publique=.

Em segundo lugar, se o crime é commettido com aleivosia ou abuso de confiança, mostra um grau de perversidade maior, e a pena deve ser mais grave, segundo os principios não só da theoria do direito penal, mas os consignados nas disposições geraes.

Efectivamente assim foi apreciado no Cod. Fr., cit. art. 355.º Depois de haver qualificado o crime, com abstracção da idéa de furto, e de o declarar punivel *com a reclusão*, acrescentou:

« Si le crime est l'ouvrage du dépositaire lui-même, il sera « puni des travaux forcés à temps. »

O nosso direito anterior ao Cod., não especializando a incriminação de que trata o presente art., comprehendia na geral e commun de furto as subtrações da mesma natureza¹; mas se esse furto fosse qualificado pelo sacrilegio, abstrahia do seu prejuizo ou valor. Era expressa a Ord. do liv. 5.º tit. 60.º § 4.º, impondo a pena de morte ao que furtasse alguma escriptura de algum cartorio de Igreja ou mosteiro, *ainda que o valor do furto não chegasse a marco de prata*².

Em terceiro lugar, ou está ou não está em vigor a Ord. do liv. 1.º tit. 84.º § 23.º, que não obriga os escrivães a guardar os feitos civis senão até trinta annos. Se está, cumpria que o art. incriminasse o facto, com relação sómente aos processos pendentes; quando civis, ou até trinta annos depois de

¹ Farinac., tit. de furtis, quest. 168.ª n.º 19.º

² Esta pena porém não podia ser dada á execução sem se fazer saber a el-rei, o que pela legislação novissima foi ampliado a todos os casos de condemnação á morte. Tamaña comminação não preveniu furtos similhantes. Os cartorios dos mosteiros e igrejas foram os que muito soffreram, com o decurso dos tempos, e não temos noticia de condemnações por similhante causa.

findos. Se não está, ou não deve estar, cumpria declarar-se *expressamente* a mesma Ord., para que se destruisse a repugnante possibilidade de se considerar criminoso um terceiro, emquanto o proprio escripto depositario dos processos fica livre de qualquer responsabilidade.

O art. resolve na parte final a applicação das maiores penas correspondentes ao roubo, se este se verificar. Esta declaração ou é superflua ou diminuta. Superflua, porque está nas disposições geraes; diminuta, porque a ser util ou necessaria cumpria que fosse mais ampla, resalvando os casos em que a subtração fosse qualificada por alguma circumstancia especialmente considerada na lei, para determinação de penas mais graves que as do furto.

A disposição do § 1.º tem por fim remover uma grande objecção contra a assimilação do facto, porque o documento produzido em juizo, comquanto preso ao processo, é sempre uma propriedade de quem o produziu. Se por um lado contravir o proprio facto da junção do documento pôde ser em prejuizo de terceiro, porque o documento seja *contra-producente* em todo ou em parte; por outro lado subsiste a consideração *exclusiva de furto*, de não ser subtrahida *uma coisa alheia*.

O facto deve ser punido porque é offensivo do juizo e dos direitos adquiridos pela parte, se alguns tem; mas está muito longe de dever confundir-se *com o furto*. Alem d'isso, o §, fallando em termos absolutos, comprehende a subtração feita em qualquer processo não só pendente, mas julgado e até findo. A parte, que tem precisão do documento que produziu, deve requerer ao juizo ou auctoridade competente a sua entrega, deixando ou não d'elle copia conforme as circumstancias do mesmo processo; mas a preterição d'este dever, aliás punivel, não é nem deve confundir-se, para bem da moral publica e social, com a vileza do furto.

« À la vérité, il en avait engagé la possession; mais la loi « ne punit plus les vols de possession ou d'usage; elle ne punit, que le vol de la chose même pour se l'approprier; elle « ne déclare coupable de vol que celui qui soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas. » D'onde ven

o aphorismo juridico = *Rei nostra furtum facere non possumus* =¹.

No § 2.º afasta-se o legislador inteiramente das regras que estabeleceu para determinar a pena do crime. Sem desistir da qualificação *nominal*, abandonou a qualificação *real* para lhe substituir, sem *distincção* de valor nem de prejuizo causado, um outro elemento que considerou preponderante *sempre* para aggravção da pena. Este elemento é a circumstancia de ser a subtracção feita *em processo criminal*. Aqui foi explicito, manifestando claramente nas palavras = *e n'elle se tratar de crime* = que se refere a processos crimes pendentes, em que ainda não houve sentença condemnatoria com transitio em julgado.

O § gradua a pena conforme a qualidade da correspondente *in genere*, ao crime a que respeita o processo. Assim as *penas maiores* equivalem á quantia excedente a 20\$000 réis; e as *penas menores* ás quantias inferiores a 20\$000 réis, e mesmo não excedentes a 1\$200 réis ou 400 réis, de que tratou o art. 430.º e seu § 1.º

Mas que relação tinha esse documento ou peça no processo? A falta produz nullidade insuprivel? Prejudica as provas da accusação ou as da defeza? Seria intenção do delinquente provocar a absolvição ou a condemnação do delinquente? Seria um acto indifferente? Seria praticado por um pae, conjuge, filho, irmão ou amigo do réu, para o salvar de uma pena affrontosa? Seria na convicção da innocencia do mesmo réu? Póde dar-se como certo nos interesses, quer da accusação, quer da defeza, o prejuizo social de uma absolvição ou condemnação que póde firmar-se em outros elementos de convicção independentes do documento subtrahido? Ha de impor-se a pena comminada, ainda quando a falta do documento seja supprivel ou o ministerio publico ou o réu a tenham feito remediar por outro documento da mesma força? Se o réu for absolvido n'esse processo da pena de degredo, e sem que influisse n'isso a falta do papel, ha de aquelle que o subtrahiui soffrer a mes-

ma pena correspondente a delicto que nem commetten, e que nem se provou contra o accusado?

Tudo isto nos parece repugnante. O crime é outro, e n'elle se confundirem factos diversos em criminalidade e que resultam dos *inconvenientes* que acabamos de ponderar.

Não somente nos fizizes moderar as penas impostas n'este §, conforme as diversas circumstancias, tanto em relação á *imputabilidade do delinquente*, como ao *danno possível ou real*, proveniente de *similhanças* subtracções.

No § 3.º se manda aggravar, segundo as regras geraes, a pena quando a subtracção se commette de *papeis ou quaesquer objectos arrecadados em depositos publicos ou estabelecimentos encarregados pela lei de guardar esses objectos*.

Em primeiro lugar, quanto á redacção, nós proporíamos se dissesse = *estabelecimentos destinados ou autorisados pela lei* =. A expressão *encarregados* suppõe obrigação pessoal aos empregados, fiscaes ou directores dos estabelecimentos.

Seria conveniente comprehender com toda a clareza, assim os archivios e depositos publicos, as bibliothecas, museus, etc., como os bancos de deposito legalmente existentes.

Em segundo lugar, como se não trata n'este § senão da aggravção da pena com relação aos factos contemplados no art. e §§ antecedentes, são applicaveis pela maior parte as observações produzidas. A circumstancia accessoria ou concomitante segue as proporções da circumstancia principal ineriminada. Se ha desigualdade ou injustiça na base ou na penalidade estabelecida, o mesmo defeito apparece necessariamente na sua *aggravção*.

Por ultimo é digna de notar-se¹ a especie de contradicção que existe entre este § e o art. 311.º, onde precisamente o mesmo facto, quando commettido por empregado publico, é punido com as penas de furto, mas sem esta aggravção. A circumstancia de ser commettido o crime *em deposito publico* não é ali como aqui considerada, e sómente a de ser o delinquente um empregado publico, a quem por isso se impõe a inhabilidade perpetua e absoluta. Mas não é pequena esta aggravção,

¹ Paul. Sent., liv. 3.º tit. 31.º n.º 21.º; Chauveau e Helic, Theor. do Cod. Pen., cap. 59.º

¹ Como bem notou o sr. Levi no seu commentario.

que assim pôde bem dispensar a de que trata este §, e por esta forma se conciliam ambas as disposições.

Quanto á determinação do § 4.º, é certo que o mesmo é, *em relação ao damno ou prejuizo* resultante do facto, a subtracção que o descaminho ou destruição. Mas: 1.º, se esse damno não resultou ou não podia já resultar, desaparece em grande parte o fundamento da incriminação; 2.º, no caso contrario, quando ambos os factos concorram na pessoa do mesmo delinquent, é este muito mais criminoso, porque pelo segundo facto tornou *irreparavel o damno*, fechou a porta ao seu proprio arrependimento, e demonstrou maior firmeza e deliberação de intenção malefica, constituindo-se na impossibilidade de restituir o documento ou objecto subtrahido; e então a punição deveria ser mais grave que a imposta ao que simplesmente subtrahiu.

Serão punidos com o degredo temporario, aindaque o furto seja de menos de 20\$000 réis:

1.º Os creados que furtarem alguma cousa pertencente a seus amos;

2.º Os creados 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 propostos, que furtarem todo ou parte do que por este titulo lhes era confiado.

§ un. No caso de furto de objectos confiados para transporte, se estes se alterarem com substancias prejudiciaes á saude, será tambem imposta a prisão no logar do degredo, pelo tempo que parecer aos juizes.

Art. 35.º e ref.

O Cod. tem tratado nos art. precedentes das subtracções *qualificadas* em rasão do *seu valor*, maior ou menor de 20\$000 réis. Se tivesse, como notámos, fixado inalteravelmente esta quantia, ficaria salva a distincção entre furto *grande* e *pequeno*, e este considerado como *simples*, conforme ao systema seguido nos Cod. das Duas Sicílias, da Sardenha e da Baviera. No systema do nosso Cod. não ha nunca furto *simples*; são sempre *qualificados* em si mesmos, e *qualificados* com relação mesmo aos de menor importancia.

Agora passa a tratar dos furtos qualificados exclusivamente

em razão da pessoa do agente. Salva a restrição resultante do art. 430.º, se o furto não exceder a 1\$200 réis, tanto deve soffrer o delinquente quanto a qualidade da pena, pelo *grande* como pelo *pequeno* furto. Sempre ha de ter logar o *degreto*, e sómente fica aos juizes o *inmendo arbitrio* de attenderem á exiguidade do *danno*, para graduar a duração da pena entre quinze e tres *meses*.

Esta abstracção do valor não nos parece nem coherente, nem justa, nem conveniente.

Na duração da pena correccional, quanto aos furtos não excedentes a 20\$000 réis, encontraria o legislador, sem destruir nem substituir a penalidade que julgou corresponder-lhes, margem mais que bastante para, sem exceder o maximo nem tolher inteiramente o poder discrecionario dos juizes, fixar um minimo mais elevado, em attenção ao concurso da nova circumstancia aggravante, como praticou em muitos outros logares do Cod.

Se o Cod. é, como nem póde deixar de ser, uma instrucção ao povo, este art. ensina ás pessoas de que trata, que, ou furtem pouco ou furtem muito, a pena será a mesma—*degreto*—. Assim o remedio da pena, sem prevenir os *pequenos* furtos, provoca os *grandes*.

Ou as circumstancias aggravantes são incriminadas em si mesmas, e constituem o concurso de crimes, ou não o são, e ficaram previstas como accessorias do facto principal. Se constituem crime mais grave, esse é o principal objecto da accusação e da pena, salva a causa de aggravação em razão do furto.

Não podemos deixar de louvar n'esta parte o Cod. do Brazil. A sua simplicidade e amplitude salva de uma infinidade de inconvenientes.

Quanto á determinação do § un. do presente art., importa o mesmo que estabelecer-se, que nos casos de concorrerem dois crimes distinctos, um previsto no presente art., e outro previsto no art. 251.º, um contra a *propriedade* do *cidadão*, e outro contra a *saude publica*, no mesmo objecto do crime, cessa a disposição da regra estabelecida nas disposições geraes, 20.ª do art. 19.º, e todas as que lhe são correlativas.

Não podemos justificar semelhante desvio das regras geraes. Ou o *degreto* é uma pena das mais graves em si mesma, e no seu maximo e minimo contém quanto é bastante a punir e corrigir o culpado, segundo as circumstancias, e a prisão é inutil; ou é excesso de vindicta contra o criminoso, e repugna não só com os principios da moral e da justiça, mas tambem com os mais vitaes interesses da sociedade.

ARTIGO 426.º

O furto será punido, nos termos dos artigos seguintes, quando for qualificado segundo as regras n'elles estabelecidas, pelo concurso de alguma ou de algumas das seguintes circumstancias:

1.ª Trazendo o criminoso ou alguns dos criminosos no momento do crime armas apparentes ou occultas;

2.ª Sendo commettido de noite;

3.ª Por duas ou mais pessoas;

4.ª Em casa habitada ou destinada á habitação, ou em edificio destinado ao culto religioso;

5.ª Na estrada ou caminho publico, sendo de objectos que n'elle forem transportados;

6.ª Com usurpação de titulo ou uniforme ou insignia de algum empregado publico, civil ou militar, ou allegando ordem falsa de qualquer Auctoridade publica.

Este art. continua a mencionar outras circumstancias que qualificam o furto, e nos art. seguintes gradua as penas respectivas.

A primeira circumstancia, porte de armas, já se acha mencionada como aggravante no art. 177.º § un. e art. 178.º

Concordam na qualificação o Cod. Fr., art. 381.º, o das Duas Sicilias, art. 408.º n.º 2.º, o da Sardenha, art. 643.º n.º 3.º, e o da Baviera, art. 221.º Os Cod. da Italia consideram esta circumstancia em rasão da intenção da *violencia* manifestada pelo porte das armas; o Cod. da Baviera, em rasão do character *perigoso*, revelado pela mesma circumstancia.

O Cod. do Brazil, no § 8.º art. 16.º, designa esta circumstancia como aggravante em qualquer crime.

A segunda circumstancia=*sendo commettido de noite*=

é tirada do cit. art. 381.º do Cod. Fr.=*Si le vol a été commis pendant la nuit*=.

Concordam os ditos Cod. das Duas Sicilias, art. 411.º, e da Sardenha, art. 656.º E, segundo estes Cod., a qualificação=*em rasão do tempo*=.

O Cod. do Brazil, coherente no seu systema de observancia das regras geraes, omitta similhante circumstancia de qualificação especial do crime.

O Cod. da Austria procede do mesmo modo; mas, não tendo comprehendido especialmente esta circumstancia entre as aggravantes, declarou no art. 160.º:

«Le vol commis de nuit est puni plus rigoureusement par une durée plus longue de la peine, ou par son aggravation, qu'il aurait été si, avec les mêmes circonstances, il eût été commis de jour.»

Mais prudente ainda é o Cod. Hesp., quando se considera o additamento, inserto no cit. n.º 15.º, por virtude do Decr. de 7 de Junho de 1850, art. 5.º:

«Esta circumstancia la tomaran en consideracion los tribunales segun la naturaleza e accidentes del delicto.»

O nosso Cod. podia trilhar o mesmo caminho, deixando intactas as regras geraes que vão de accordo com estes tres ultimos Cod., e visto que a circumstancia de que se trata é comprehendida entre as aggravantes communs, no art. 19.º § 14.º

A terceira circumstancia=*por duas ou mais pessoas*=é ainda extractada e traduzida do cit. art. 386.º do Cod. Fr.=*Par deux ou par plusieurs personnes*=.

Deve comtudo notar-se que, segundo este Cod., nem esta nem a antecedente qualificam o crime *isoladamente*, mas concorrendo ambas ou alguma d'ellas com outra das que mencionna.

O Cod. do Brazil guarda silencio a respeito d'ella. O maior numero de pessoas augmenta a sua superioridade de forças destructivas da probabilidade da defeza do offendido pelo crime, e portanto esta circumstancia está comprehendida entre as regras geraes no § 6.º do art. 16.º do mesmo Cod.

Por isso o Cod. da Sardenha, art. 408.º n.º 2.º, com toda a sabedoria collocou a mesma circumstancia entre as subtrac-

ções commettidas *com violencia*. O Cod. Hesp. tratou d'ella para qualificar o roubo em despojado e por *quadrilha*, art. 415.^o (n. 425.^o) e seguinte:

«Hay quadrilla, quando concurren à un robo mas de tres «malhechores.»

Esta circumstancia pois acha-se aqui deslocada, desde que o Cod. distinguio o furto do roubo. Pertence ao roubo e não ao furto.

No mesmo sentido se acha ella no Cod. da Baviera, art. 221.^o n.º 1.^o, fazendo-se derivar a maior criminalidade do facto preparatorio da associação entre um ou mais criminosos.

A quarta circumstancia—em casa habitada, etc.—tem a mesma fonte, o Cod. Fr., art. 381.^o

Foi repellida pelos Cod. da Sardenha e das Duas Sicílias d'entre as circumstancias especiaes do furto, *em rasão do logar*, excepto na parte que respeita a *edificios destinados ao culto religioso*.

E com rasão assim devia praticar-se, porque é uma condição intrinseca e não accessoria do facto do furto a existencia de um *logar* qualquer, em que a coisa furtada se ache e d'onde possa ser tirada, a não ser de objectos ou dinheiro que alguém traz ou conduz consigo mesmo¹.

Sem duvida que a lei deve conceder uma protecção especial á habitação de cada um, mas essa protecção assenta no principio geral e commum do respeito á propriedade, que é o mesmo que provoca as medidas repressivas do furto.

A circumstancia de ser o logar um edificio religioso deriva-se de um principio diverso, qual é a violação do respeito devido á religião dos povos, e que pela antiga jurisprudencia qualificava o furto como *sacrilego*.

A quinta circumstancia é *complexa*, em rasão do logar e da *protecção* dada ao *transito* das mercadorias ou outros objectos que se transportam.

¹ O Cod. das Duas Sicílias, art. 412.^o, menciona sómente as *casas* de campo. A rasão é obvia, e é a mesma que devia qualificar o crime, quando commettido em logar *ermo* ou de *noite*. A utilidade publica, assim como o dever social, exigem que a segurança nas habitações do campo seja mantida por uma protecção especial.

Nenhum dos Cod. que temos consultado offerece disposição alguma semelhante.

D'entre elles todavia os que não remetteram esta materia para as regras geraes e para a livre apreciação dos juizes mencionam muitas outras circumstancias, que qualificam o furto em rasão do *logar*.

A sexta circumstancia é analogá á do Cod. Hesp., art. 421.^o (n. 431.^o) § 4.^o

Esta circumstancia porém, estando incriminada especialmente no art. 236.^o, ou podia ser considerada no concurso de crimes, segundo as disposições geraes, ou, importando meio de *coacção*, devia converter o furto em roubo, como o qualificou o Cod. Hesp.; e no caso da *ordem falsa* passaria, ou á classe de *bultra*, segundo o art. 451.^o n.ºs 1.^o e 2.^o, ou á de *falsidade*, *ibid.* § un.^o

Concorda todavia o Cod. Fr., art. 381.^o, cujas palavras foram para aqui traduzidas:

«...prenant le titre d'un fonctionnaire public ou d'un officier civil ou militaire, après s'être revêtus de l'uniforme «ou du costume du fonctionnaire ou de l'officier, ou en allegant un faux ordre de l'autorité civile ou militaire.»

ARTIGO 427.º

Será punido com o maximo do degredo temporario:

§ 1.º O furto commettido com a circumstancia declarada no ultimo numero do artigo antecedente;

§ 2.º O furto commettido com porte de armas apparentes ou occultas.

Art. 35.º e ref.

O *maximo* da pena! E viciosa esta penalidade por assim se tornar *indivisivel*. Na mesma circumstancia podem dar-se caracteres de maior e de menor gravidade que exigem se conserve um maximo e minimo.

Com relação ao § 1.º do art., a circumstancia, em si mesma, póde ainda não ser mais que um artificio demonstrativo de menor grau de criminalidade no delinquente. Póde ser um *estratagema* que preferisse á *violencia*, atacando a *propriedade*, sem offender as *peçoas*. E por isso, desacompanhado de outras circumstancias, parece-nos que não deveria ser fundamento para a imposição de pena tão grave sem possibilidade de attenuação.

Quanto á circumstancia contemplada em o § 2.º d'este art. e 1.ª do art. antecedente, é por ella, quando isolada de outra qualquer, punido o crime, no Cod. da Austria, art. 157.º, com a *prisão dura* de seis mezes a um anno, e no Cod. da Baviera, art. 221.º n.º 6.º e art. 223.º, com quatro a oito annos de prisão com trabalho.

O porte de armas é tambem uma circumstancia mais ou menos grave, conforme a sua qualidade. Se ellas não são *de uso prohibido*, se são menos *mortíferas* que outras, se são mais defensivas que offensivas, se é provado que o criminoso não queria com ellas offender, mas defender-se=*pour pouvoir se défendre au besoin*=como se diz no Cod. da Baviera; se não premeditou a defeza, nem a offensa, não se tendo mu-

nido de armas anticipadamente; se não chegou a usar d'ellas, ou usando, não resultou ferimento algum: são tudo circumstancias que na mesma circumstancia fazem variar a criminalidade, e consequentemente que demonstram a injustiça da applicação de uma pena invariavel e determinada para todas ás *hypotheses* contempladas aqui abstractamente.

Sobretudo porém se torna mais sensivel a desigualdade, quando, como nos casos do art. 425.º, alguma das circumstancias de que se trata tiver de preponderar sobre o valor do furto menor de 20\$000 réis. Se o criminoso não chegou a furtar valor de 1\$300 réis, vem a ser punido, como se furtasse milhões!

De mais, conforme ao art. 361.º, nos casos de ferimentos graves se impõe sómente o *degredo temporario*, e aqui o simples porte *de armas*, como accessorio do furto, é punido com o *maximo* da mesma pena!

Muitas outras confrontações poderíamos fazer, que demonstrassem mais e mais o absurdo relativo; mas emquanto se não reformar essencialmente o systema de penalidade caduca e contraproducente, de que o Cod. dispõe, a injustiça só póde attenuar-se, nunca prevenir-se, aindaque os juizes procurem na condemnação modificar as determinações coercitivas do mesmo Cod.

ARTIGO 428.º

Será punido com o máximo do degredo temporário, 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 à habitação, ou em edificação destinado ao culto religioso, ou em estrada ou caminho publico, sendo de objectos que n'elle forem transportados, se for 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

Art. 35.º, 99.º e ref.

N'este art. se impõe a mesma pena *indivisivel* quando concurram a quarta ou quinta, e a segunda circumstancia com a primeira ou com a sexta das enumeradas no art. 426.º, contempladas isoladamente no art. antecedente, ou com a terceira, que não foi especialmente considerada.

No art. antecedente não deixou arbitrio algum aos juizes, aqui tambem lh'o nega quanto á mobilidade da pena principal, mandando-a porém aggravar com prisão no lugar de degredo *pelo tempo que parecer*.

Esta aggravção é uma consequencia da disposição penal do art. antecedente. Se o concurso de uma só das duas circumstancias especialmente aggravantes ali incriminadas produz o maximo do degredo simples, só restava a sua aggravção, que seria a prisão com isolamento se tivessemos para esse fim os precisos estabelecimentos penitenciarios.

A prisão porém no lugar do degredo é um triste remedio: 1.º, porque perverte e não corrige; 2.º, porque assume o ca-

racter de *vindicta* que faz degenerar a penalidade em contraproducente; 3.º, porque priva o condemnado de ser útil a si mesmo e á sociedade pelo seu trabalho e industria no lugar do degredo; 4.º, porque a execução é impossivel ou monstruosa, não existindo no ultramar prisões adequadas.

Similhante prisão sómente seria util e justa, se fosse como de expiação e purificação, ou de *experientia*, quando se tratasse de criminosos reincidentes ou de ladrões de profissão ou por habito.

Os Cod. Fr., Hespan., os da Sardenha e Das Sicilias, da Austria e da Baviera, todos procuraram prescrever regras especiaes para applicação das penas do furto, quando se dê concurso de circumstancias aggravantes: mas ainda assim deixaram livre a consciencia e a responsabilidade moral dos juizes, conservando, pela maior parte, a par do augmento da pena, um maximo e minimo.

O Cod. do Brazil cortou por todas as difficuldades, estabelecendo a penalidade, *sempre divisivel*, ficando para os casos occorrentes intactas as regras geraes, o que é, a nosso ver, não só um acerto, mas uma coherencia com os principios da theoria de direito penal.

ARTIGO 429.º

A applicação das regras geraes terá sempre logar quando em qualquer dos casos declarados nos art. antecedentes concorrerem alguma ou algumas circumstancias aggravantes.

Art. 77.º, 78.º e ref.

O simples enunciado d'este art. apresenta á primeira vista ou uma redundancia ou uma antinomia. Redundancia porque é inutil declarar-se que quando concorram circumstancias aggravantes se observem as regras geraes. Ellas existem no Cod. preceptivamente consignadas, assim como resalvados os casos em que não tem logar a sua applicação, por se achar já feita especialmente pelo legislador.

Antinomia, porque se outra coisa não são as circumstancias incriminadas nos art. antecedentes, do que as mesmas circumstancias aggravantes contempladas nas regras geraes, como é que *sempre* ha de ter logar a applicação d'essas regras?

Este antagonismo tão prolongado da especialidade das incriminações com a generalidade das regras estabelecidas não pôde justificar-se; a não se seguir o systema sabio e coherente do Cod. do Brazil, se poderia adoptar pelo menos outro que, approximando-se dos Cod. da Austria e da Baviera, se desviasse menos das regras geraes.

Tres ou quatro penalidades distinctas em tres graus, e cada um d'estes com o seu maximo e minimo, conforme ao systema geral do Cod. das Duas Sicilias, poderiam constituir a penalidade geral no crime de furto e roubo.

Uma classificação de circumstancias aggravantes em graves, muito graves e atrozes, determinariam o grau da penalidade que lhes pertence. O concurso com outras expressas ou analogas, segundo as regras geraes, fixaria a quantidade da

pena dentro do mesmo grau, sem lhe alterar a duração, nem mudar a natureza, conforme ao principio consignado no art. 79.º

Se a circumstancia for em si mesma um crime a que corresponda pena maior, deve ser punida com abstracção das penalidades do furto ou roubo, considerando-se a mesma circumstancia como facto principal, e este como circumstancia aggravante d'aquelle.

Também cumpre, neste caso, distinguir para a graduação da pena, se o fim do facto foi complexo, porque n'esse caso não ha crime com circumstancias aggravantes, mas concurso de crimes. As regras a seguir seriam outras, conforme o art. 78.º

ARTIGO 430.º

Em todos os casos declarados n'esta secção, se o valor da coisa furtada ou do prejuizo causado não exceder a 1\$200 réis, terá somente logar a prisão correccional, salvo quando houver logar pena mais grave por tentativa de furto maior, ou quando aquelle furto for acompanhado de circumstancia que por si só constitua um crime.

§ 1.º Não excedendo o furto a quantia de 400 réis, nem sendo habitual, nem havendo circumstancia alguma aggravante, terá logar a pena accusando o offendido.

§ 2.º O que entrar em terreno alheio para colher fructos e come-los no mesmo logar, será punido a requerimento do offendido, com a reprehensão, não havendo circumstancia aggravante.

§ 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 dois §§ antecedentes a pena será a de prisão correccional, se for segunda reincidência, ou se forem habituaes os crimes ali declarados.

Art. 38.º, 87.º e ref.

Para se attenuarem os inconvenientes das penas gravissimas fixadas nos art. antecedentes, quando aggravadas pelo concurso das circumstancias especialmente designadas, em razão da pessoa, do modo, do tempo ou do logar, mas applicadas a um furto de insignificante valor, é que foi estabelecida a presente disposição.

A sua desigualdade e injustiça comparada é manifesta. Nas hypotheses dos art. 427.º e 428.º, se o criminoso tiver furtado 1\$200 réis, póde ser punido sómenté com prisão correc-

cional, com toda a plenitude do seu maximo e minimo, mas se tiver furtado 1\$300 réis, ha de ser punido, nos casos do art. 427.º, com o maximo de degredo, aggravado com prisão no logar do degredo! De seis mezes a tres annos de prisão salta-se á penalidade fixa de quinze annos e de uma natureza mais grave!

Abyssus abyssum invocat. Estabelecidos principios falsos, as consequencias não podem deixar de participar do mesmo vicio. O mal resultante do crime diminue sem duvida, quando a quantidade do damno é de pouca importancia, mas esta não se póde medir por uma quantia calculada em abstracto, sem relação ás pessoas offendidas e ao tempo do crime em que uma dada quantia póde variar de valor real.

Talvez que o legislador tivesse em vista n'este art. os criminosos de furto, denominados = *formigueiros* =, a que se referem os Alv. de 25 de Dezembro de 1608, § 25.º, e o de 12 de Setembro de 1750, que, por argumento da Ord. liv. 5.º tit. 60.º § 2.º, se entendiam ser os que não excedessem no furto a quantia de 400 réis, elevados a 1\$200 réis pelo Alv. de 16 de Setembro de 1814.

Mas, sendo esta expressão empregada nos citados Alvarás sem se definir, e tendo uma significação vulgar, para se applicar aos ladrões de *pouquidades*, ou que como a *formiga* furtam paulatinamente, puniveis conforme ao segundo Alv. com pena *arbitraria*, ficava ao arbitrio dos juizes a apreciação do pouco ou muito do furto, conforme a qualidade da pessoa lesada, e circumstancias do tempo, e assim modificadas as excessivas penalidades da Ord.

N'este sentido, tanto podiam ser *formigueiros* os que furtassem 1\$200 réis, como os que furtassem 1\$400 ou 2\$000 réis, e ainda os que furtassem em diversos logares ou tempo, á mesma ou diversa pessoa, quantia que não chegasse á taxa fixada no art. 421.º Este nosso art. porém, fixando a quantia de 1\$200 réis, como fundamento da attenuação das penas dos cit. art., veio a restringir o arbitrio estabelecido na disposição dos cit. Alv., e a tornar extremamente severa a legislação contra os mesmos *formigueiros*.

Todas estas distincções são insustentaveis, quando assim

formuladas. O mesmo valor de 1\$200 réis pôde ser de maior consideração feito a uma pessoa necessitada, que o de 30\$000 réis, feito a um homem abastado; e, se esse valor se deve calcular não pela importância relativa ao proveito do ladrão, mas pelo damno causado á pessoa lesada, como se estabelece no Cod. da Austria, art. 153.º, cumpria fazer prevalecer, como causa da atenuação, a quantidade *relativa* e não a *absoluta* e *abstracta* do mesmo damno.

No mesmo art. se resalvam os casos de *tentativa de furto maior*. Isto dá em resultado, ou a modificação das penas fixadas nos art. antecedentes, ou uma rede na qual podem ser envolvidos, para a pena maior, os mesmos ladrões *formigueiros*, quando não chegaram a furtar senão insignificantes ou ainda nenhuns valores; porque, em regra geral, o ladrão que furta aos poucos está habilitado para os grandes furtos, e se furta pouco é porque não pôde ou não lhe conveiu furta-lo muito. Falton-lhe a occasião, ou foi calculo de maior perversidade em tornar menos sensível o damno para garantir a sua impunidade.

Estas considerações demonstram que ha defeito grave no systema adoptado em todos os art. da presente secção, que cumpre emendar.

Quanto á disposição do § 1.º se nos offerece notar, que a quantia de 400 réis era a fixada na Ord. liv. 5.º tit. 60.º, como minimo que attrahisse uma modificação na pena. Tres furtos porém, cada um da mesma quantia, pelo menos, conduziam o ladrão á força, aindaque já tivesse sido punido *pelo primeiro ou segundo ou por ambos*. A disposição do Alv. de 16 de Setembro de 1814, triplicando esta quantia, veio a produzir uma modificação indirecta nas penalidades d'esta Ord.

A Ref. Jud. no art. 854.º § 9.º sómente fazia crime particular, dependente de queixa da pessoa offendida, o furto *simples que não excedesse a 100 réis*, modificando a Ord. do liv. 5.º tit. 117.º, que fazia caso de querela o furto *de 100 réis e d'ahi para cima*, e revogando assim o cit. Alv., que elevava a taxa da mesma Ord. a 300 réis e d'ahi para cima¹.

¹ Não foi falta de reparo dos compiladores da Reforma, como diz o sr. Levi no seu Comment. a este art., mas uma disposição diversa, que nem é a da

Toda esta legislação era severa em demasia; mas passarse ao extremo opposto, fazendo-se depender o processo e pena da accusação do offendido, é garantir a impunidade de semelhantes furtos o não cortar o mal do crime na sua origem, e proteger sómente o capricho ou a crueldade de uma vindicta privada, que scandalisa a moralidade publica.

Felizmente a lei abre e logo fecha a porta a semelhante impunidade, por isso que a disposição d'este § não procede nos casos em que o furto é *habitual*, ou em que concorre *alguma circumstancia aggravante*. Será muito difficil que se apresente o facto, não qualificado por este modo.

Mas é para notar o defeito da expressão =nem sendo *habitual*=, circumstancia que o Cod. emprega sem a definir.

A Ord. cit. era cruel, mas explicita a semelhante respeito.

O *habito* manifestava-se legalmente *por tres furtos em diversos tempos*, e fossem ou não punidos algum ou alguns dos anteriores ao *ultimo*.

O Cod. Hesp., art. 428.º n.º 3.º, tambem procurou dar a definição, dizendo que é furto *habitual* o que se commette *tres ou mais vezes com intervallo, ao menos, de vinte e quatro horas entre cada um d'elles*.

Por este modo tres furtos, commettidos dentro de dois dias, escapavam á qualificação, assim como abrangia esta os commettidos com intervallos de annos, e no espaço de doze ou quinze. Este defeito foi corrigido em o novo Cod., art. 439.º n.º 3.º, por virtude do Decr. de 7 de Junho de 1850, art. 54.º; substituindo a doutrina do mesmo n.º pela da *reincidencia na mesma ou semelhante especie de delicto*.

O § 2.º é uma imitação do n.º 9.º do art. 471.º do Cod. Fr.

A dependência de um *requerimento* da pessoa offendida, como estabelece o §, e a nullidade da pena para as pessoas que podem commetter este facto, equivallem á impunidade.

Os termos em que se acha redigido o art., não incrimi-

Ord., nem a que resulta do Alv. Entenderam que a impunidade do furto era perigosa, e que só no extremo da insignificancia, reduzida a 100 réis, e *d'ahi para baixo*, é que a lei devia obstar indirectamente ao procedimento officioso por parte da justiça publica.

nando o facto do *furto* em si mesmo, mas o da *entrada* no terreno alheio, qualificada pela *intenção* de colher e comer os fructos, alteraram essencialmente a incriminação do Cod. Fr.

D'esta disposição nascem grandes perigos e inconvenientes.

O 1.º, de deixar sem protecção os proprietários dos fructos do campo, quasi permitindo a todos que ali entrem, colham e comam; 2.º, o de facultar ao ladrão, apanhado na tentativa de furto maior, a defeza de não haver entrado senão com a intenção de comer uma pera, um cacho de uvas, etc.; 3.º, o de constituir os caseiros ou guardas das vinhas e pomares na necessidade de repellir o attentado pelo castigo em flagrante, espancando, ferindo ou matando.

Costumam na occasião das proximidades do sasonamento dos fructos serem postos signaes ou bandeiras para avisar semelhantes *formigueiros* ou *ratoneiros*, de que as fazendas estão *guardadas*. São demonstrações *comminatorias* que pela infracção do aviso podem ter uma triste e mesmo cruel realidade.

A benignidade do legislador favorecendo o delicto augmenta ao mesmo tempo a força de semelhantes meios preventivos e coercitivos da tutela e vindicta privada.

E deve notar-se, em primeiro logar, que a disposição d'este § se não confunde com a do citado n.º 9.º do art. 491.º do Cod. Fr., que não incriminou o facto do colhimento ou comida dos fructos em terreno alheio, mas sómente a *entrada* ali com essa intenção.

O facto do colhimento ou comida de fructos é uma questão de damno prevista ou no art. 484.º § 1.º do Cod. ou no art. 485.º, se houve infracção de providencias locaes e municipaes, e se deu a circumstancia attenuante de ser o furto commettido *sem intenção malefica*, mas só a de satisfazer aos estímulos da fome ou da sede.

Em segundo logar, que o *damno consummado* inferior a 20\$000 réis é sómente punivel nos termos dos §§ 1.º e 2.º do art. 484.º, *accusando o offendido*; aqui, quando o damno sómente foi *tentado*, basta o *requerimento* do mesmo offendido, o que é repugnante.

Em terceiro logar, que a disposição d'este § se não en-

tende quando o facto da entrada em terreno alheio seja qualificado em rasão do *escalamento* nos terrenos ou quintas *muradas*; então o mesmo facto, em rasão d'essa circumstancia, se converte em *tentativa de roubo*, nos termos do art. 438.º ou do art. 437.º D'este modo o roubo *tentado* para se comerem alguns figos ou outros fructos, tendo-se na *tentativa* empregado um esforço para galgar um muro, por meio do qual se tenha entrado no terreno alheio, faz passar o delinquente da pena de *reprehensão*, ultima das penalidades, a uma das penas maiores! Ou em uma parte ha de mais ou em outra ha de menos. Parece-nos que ambos os defeitos se encontram cumulativamente.

Por ultimo notaremos que o Cod. das Duas Sicílias, art. 463.º n.º 5.º, transcreveu a disposição do art. 371.º n.º 10.º do Cod. Fr., e bem assim o da Sardenha, no art. 734.º n.º 3.º Os outros Cod. guardaram silencio.

O mod. Cod. da Prussia, § 349.º n.º 3.º, explicou-se nos seguintes termos:

«...quem, sem as circumstancias aggravantes do furto, tirar fructos, comidas ou bebidas para as comer ou beber immediatamente.»

Assim incriminou o facto consummado da subtracção com abstracção da tentativa qualificada pela entrada em terreno alheio com essa intenção, sendo para notar que a pena é ali a de prisão até seis semanas ou de multa até cincoenta escudos.

O § 3.º deriva-se da mesma fonte, o Cod. Fr. no cit. art. 471.º § 10.º

Como no § antecedente, os termos da incriminação foram essencialmente alterados, incriminando-se não o facto consummado da *rebusca* ou *respiga*, mas o da *entrada em terreno alheio* para esse fim.

Cabem aqui portanto as mesmas observações que adduzimos ao § antecedente.

Acresce que o mesmo Cod. Fr. soffre duas modificações que resultam a semelhante respeito do Cod. Rural, art. 21.º: 1.ª, não auctorizando o direito de *rebusca* ou de *respiga*, senão nos terrenos *abertos*, e prohibindo em qualquer tempo a

rebusca ou respiga nos terrenos cercados ou vallados que constituem *enclos rural*; 2.^a, não admittindo esse direito senão n'aquellas localidades em que o direito de propriedade soffre semelhante modificação *— dans les lieux où les usages de glaner, de râtelier ou de grapiller seront reçus —*, conforme com o art. 2.^o do tit. 1.^o da Lei de 6 de Outubro de 1794.

O nosso § portanto adoptou uma legislação estranha, contraria aos nossos costumes, sem as restricções que n'essa mesma legislação a modificam.

D'este § parece resultar em termos absolutos, *a contrario sensu*, que estando recolhidos os fructos é licito a qualquer pessoa, em qualquer logar do reino, e seja ou não seja vallado ou murado o terreno alheio, entrar n'elle para rebuscar ou respigar.

Mas como este direito se não acha explicitamente consignado, e o direito de propriedade é garantido em toda a sua plenitude na lei fundamental do Estado, podem os proprietarios entender que, se a lei os não garantiu contra as invasões dos rebuscadores ou respigadores, lhes deixou intacto o direito de praticar todos os meios tendentes á guarda e defezprivada dos seus predios; e assim podem ter logar desgraças dos conflictos entre os donos, caseiros ou guardas e os ditos invasores.

Em conclusão torna-se evidente que foi mal importada semelhante disposição para o nosso Cod., porque, se é inconveniente em si mesma, como fundada em rasões exóticas e obsoletas, mais se torna ainda por haver sido feita a mesma importação sem os seus correctivos.

Por ultimo temos por dignas de ser apontadas as disposições de Mello Freire, Ensaio de Cod. Cr., tit. 37.^o §§ 6.^o, 7.^o e 8.^o Se os fructos não excedessem o valor e quantidade precisos ao sustento de um homem n'aquelle dia, sómente era obrigado o delinquente pela primeira e segunda vez a pagar a estimação; sendo maior o furto, ou se o delinquente apanhasse os fructos verdes, os deitasse pelo chão ou esperdiçasse, era punido como ladrão.

ARTIGO 431.^o

A acção criminal por furto não tem logar pelas subtracções commettidas:

1.^o Por qualquer dos conjuges em prejuizo do outro, ou de cousas pertencentes á successão do conjuge predefuncto, emquanto não passarem a poder de terceiro;

2.^o Pelo descendente em prejuizo do ascendente ou por este em prejuizo d'aquelle, ou por affim no mesmo grau;

3.^o Pelos irmãos ou cunhados em objectos de successão antes das partilhas ou vivendo juntos.

§ un. Todos os outros individuos que encobrirem ou applicarem em seu proveito os objectos subtrahidos, de que trata este artigo, serão punidos como incursores no crime de furto.

Todos os Cod. são concordes em attenuar a criminalidade do furto, e em tornar a sua impunidade mais ou menos absoluta, mais ou menos directa nos casos do presente art., uns negando a acção criminal, outros tornando dependente a mesma acção da querela ou queixa da pessoa offendida.

Assim o demonstram o Cod. Fr., art. 380.^o, o das Duas Sicilias, art. 455.^o, o da Sardenha, art. 684.^o, o do Brazil, art. 261.^o, o Hesp., art. 468.^o (n. 479.^o), o da Baviera, art. 228.^o, e portanto o de Oldemburg, de accordo com o antigo direito da Allemanha, na Const. Cr. da Carolina, art. 165.^o, da Austria, part. 2.^a art. 213.^o.

As leis romanas continham disposições analogas. Entre esposos *— propter honorem matrimonii, conjugumque necessitudinem atque totius vitæ societatem* ¹—.

¹ Mathei, de crimin., liv. 47.^o D. tit. 1.^o n.^o 12.^o

Negavam acção criminal aos ascendentes=*quia natura est impedimento*=, pela mesma razão aos descendentes; e também porque=*reverentia parentibus debita hoc efficit, ne contra eos turpis actio detur*=, e ainda quanto aos paes contra os filhos=*quia vivo quoque parente domini existimantur et particeps parentum*=¹.

Outros dizem que a impunidade é exigida pela honra e interesse das famílias²; outros, quanto a esposos e ascendentes, que os limites da propriedade não são de *facto* bem definidos, e que, havendo uma especie de *condominio* aos bens uns dos outros, falta para caracterisar o crime o elemento essencial de ser *alheia* a cousa furtada³.

Os Cod. da Allemanha pizeram de parte todas estas considerações. Sem justificar o *facto* tomaram em contemplação, para a punição do crime, os *vínculos do sangue* e a *communidade de existencia*.

«Lorsque le vol est commis entre personnes qui sont unies «par les liens du sang ou autres rapports de famille, le legislateur doit respecter le secret domestique jusqu'à ce que la «partie lésée porte plainte à l'autorité⁴.»

De entre os referidos Cod., o Fr. e o do Brazil limitam, como as leis romanas, o seu favor aos conjuges e aos descendentes e ascendentes. Todos os mais porém o ampliam aos irmãos e cunhados. O Cod. da Baviera comprehende todos os parentes *que vivem na mesma família*, e os menores em prejuizo de seus tutores, paes adoptivos ou mestres. Outros da Allemanha comprehendem os parentes e affins até ao quarto grau. D'estes os de Wurtemberg e de Darmstadt o restringem aos collateraes do primeiro e segundo grau, e quanto aos do segundo, quando tenham *communidade de existencia domestica*. O de Hesse estende-o aos de qualquer grau, dando-se esta ultima circumstancia.

¹ Id. Vid. Instit. de Oblig. qua ex delict. nasc., § 2.º; liv. 16.º e 17.º D. de furtis; Comm. do Sr. Levi, etc.

² Sulpici, a este art. do Cod. Fr. n.º 1.º *A honra do matrimonio e a reverencia e amor paterno*, diz Mello, Prov. do Ensaio do Cod. Cr., tit. 36.º Chauveau e Helic.

Comm. official ao Cod. da Baviera por Vatet, not. 1.ª ao art. 228.º

O direito romano dava n'estes casos a acção chamada=*reum amotarum*= que é persecutoria da cousa¹.

Isto posto, parece-nos: 1.º, que, para se considerar convenientemente esta materia, é preciso não seguir exclusivamente nenhum d'estes principios, mas conciliar os da criminalidade com os interesses da sociedade na punição ou não punição dos crimes.

A primeira regra a seguir, entendemos que deve ser, que a lei nunca presume a existencia d'estes crimes, quando commettidos entre conjuges, e entre descendentes e ascendentes. Assim o exigem os vinculos de sangue n'este caso, e n'aquelle o do matrimonio.

2.º Que a *communidade de existencia* é uma condição essencial para que tenha logar a mesma presumpção negativa, quanto aos mais parentes até ao quarto grau, o que deve entender-se aos affins, pupillos, afilhados, collegiaes, etc.

3.º Que a impunidade absoluta só deve ter logar entre esposos durante a constancia do matrimonio, em favor d'elle; e nunca depois da dissolução, em favor dos ascendentes ou em prejuizo dos filhos, especialmente quando o viuvo passe a segundas nupcias.

4.º Que entre todos os parentes ou affins quando devam ser punidos, e só a requerimento do offendido, deve a pena ser consideravelmente attenuada, conforme as circumstancias da maior proximidade do grau, da *communidade de existencia* ou do estado *indiviso* dos bens.

Em especial, quanto ao n.º 3.º do art., cumpre notar que

¹ É digna de ser apontada a legislação da China, secção 272.ª Como os Cod. da Allemanha, não consagra o principio da impunidade: considera os vinculos de familia como circumstancia attenuante. Assim os esposos e parentes do primeiro grau têm uma attenuação de cinco graus; os do segundo, quatro; os do terceiro, tres; os do quarto, dois; os mais remotos, um.

Esta attenuação, que em verdade parece repugnante com as ligações do parentesco, que antes augmentam que diminuem a gravidade da offensa, se concilia facilmente de *facto* com o espirito geral do Cod. Chinez. Segundo o systema patriarchal do governo chinês, uma subtracção entre parentes não se considera violação de um *direito exclusivo*, e sómente a violação de *proprio interesse* que cada individuo de uma familia deve ter em zelar os *bens communs*.

Já se vê portanto que nem a *communidade de existencia* auctorisa ali, como hoje entre nós, a impunidade absoluta.

a condição essencial do favor, havendo *communidade de existência domestica*, encontra-se em quasi todos os Cod.; em nenhum porém, quando a subtração se não verifique=*em objectos de successão antes das partilhas*=, Esta hypothese é singular no nosso Cod. como exclusiva do mesmo favor.

A razão *commun* que abrange as duas hypotheses é a que se deriva da proximidade dos vinculos do sangue; e *especial*, na primeira hypothese, é a communidade da existência ou *condomínio* quanto aos bens; na segunda, a communidade de existência quanto á *familia*.

Estas razões podem ser attendidas: 1.º, em relação aos furtos de pequeno valor; 2.º, para o effeito de depender a accusação n'estes casos da queixa da pessoa offendida, e nunca para a impunidade absoluta.

Assim se respeitam as ligações da natureza e o segredo das familias, e não deixa de se dar protecção á propriedade violada entre irmãos, quando elles se não relevem e o damno é consideravel.

Os inconvenientes são gravissimos na segunda hypothese. Um irmão pobre não achará facilmente abrigo e protecção na companhia do irmão rico, sempre que este se não quiz expor a ser defraudado. Elle sabe que a acção civil de nada lhe aproveita, e que seu irmão nada tem a receiar da lei penal, embora este comprometta com suas subtrações a fortuna ou a subsistencia da familia de seu bemfeitor.

Cumpre-nos ainda notar que, admittida uma ampliação da lei a favor do irmão no facto *moralmente illicito* do furto, não ha razão bastante para, em harmonia com o direito civil, não equiparar os sobrinhos aos irmãos, se o caso se der entre tios e sobrinhos, quando estes representam aquelles nos *objectos de successão*.

Assim o havia determinado o Cod. das Duas Sicilias, art. 435.º alin. 1.º O Cod. da Baviera, art. 228.º, estende o seu favor (dependencia de queixa da parte) a todos os parentes que vivem na mesma familia.

Esta consideração se reforça quando se contempla o disposto em o n.º 10.º do art. 19.º, reputando na mesma linha de aggravação para a pena *ser o offendido parente ou affim*

até ao segundo grau; poisque a analogia e harmonia do direito exigiam que as relações puramente de sangue, que ali servem para aggravar a penalidade, sendo identicas, aqui servissem para excluir a accusação¹.

Quanto á disposição do § un. é textualmente traduzida do Cod. Fr., art. 380.º alin. 1.º

Concordam os Cod. Hesp., art. 468.º (n. 479.º) n.º 3.º alin., e da Sardenha, art. 684.º alia.

Discorda absolutamente o Cod. do Brazil, art. 262.º, guardando silencio, assim como o das Duas Sicilias, sendo mudo no art. 455.º, e tratando da cumplicidade no art. 458.º *sómente* a respeito das subtrações criminosas=*à l'aide d'un crime*=².

Nos termos do presente art. e dos Cod. que elle imitou, enquanto o principal auctor de crime gosa da impunidade, e bem assim os seus cumplices ou co-auctores, que praticaram os factos enunciados nos art. 25.º e 26.º, são punidos, como auctores do facto principal, os encobridores ou que tiraram proveito do crime.

Mas assim como, nos termos do § 4.º do art. 401.º, o marido não póde querelar de nenhum dos co-réus, se perdoou á mulher, quando esta o offendeu na sua honra e nos seus *direitos*, que tambem constituem uma propriedade, da mesma sorte e por coherencia, se não póde querelar da mulher pelos furtos domesticos, não deveria ter a faculdade de querelar de quaesquer participantes do mesmo crime por acto anterior ou posterior.

¹ Isto demonstra tambem: 1.º, a constante aberração das regras geraes estabelecidas no Cod. Nos crimes de furto não é verdadeira como causa de aggravação a do parentesco ou affinidade até ao segundo grau do offensor, como declara *em qualquer crime* o cit. n.º 10.º, pelo contrario é causa de *impunidade*; 2.º, que, se uma idéa de moralidade que se deriva da boa noção de familia, dos laços que a constituem, dos direitos e deveres que a formam, presidiu á redacção do preceito prohibitivo do presente art., como diz o commentador Pacheco, essa razão provaria de mais, como bem nota o Sr. Levi no seu Comm.; nem deviam ser excluidos, como são, os furtos com violencia contra as cousas ou contra as pessoas.

² Póde talvez dizer-se que nem o presente art. nem os que lhe servem de fonte declaram que estas subtrações não são furto, mas sim e tão sómente que a acção criminal não póde ter logar entre e contra as pessoas de que se trata. Mas o mesmo é não haver incriminação e pena que não haver acção penal.

Demais, o facto de *encobrir*, expressão que aqui se emprega no sentido de *sonegar* ou *occultar* o furto, como no art. 389.º, importando virtualmente a obrigação de *revelar* ou de *não encobrir* o facto furtivo, repugna com o pensamento do legislador, que é de manter a impunidade no interesse da paz domestica.

Quanto aos que tiraram proveito do crime tambem não devem ser assimilados aos réus de um crime que não cometeram e para que não cooperaram.

Deve suppor-se que as cousas furtadas vieram legitimamente ao poder de quem as transmite, a *título* oneroso ou *gratuito*, a menos que se lhe prove a má fé, ou que tinha justa razão de saber que as mesmas cousas foram subtraídas.

Quem comprou essas cousas pelo seu justo valor, mas sem se certificar, como lhe cumpria, do dominio do vendedor, pôde ser condemnado á restituição sem indemnisação, ou mesmo a uma pena moderada, como réu de contravenção ou de infracção de um dever de prudência, mas não como se as tivesse furtado.

Isto seria repugnante com o disposto nos art. 266.º e 269.º

SECÇÃO 2.ª

ROUBO.

ARTIGO 432.º

É 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.

N'este art. se define o que seja *roubo*.

A distincção entre *furto* e *roubo* não nos parece bem fundada. É desconhecida nos Cod. Fr., da Sardenha, das Duas Sicilias e do Brazil.

O direito antigo da Allemanha sómente a conhecia restrictamente quando a tirada da cousa alheia era acompanhada de força e violencia *feita á pessoa*, e tomava o nome de *rapina* =.

«*Rapina est dolosa ablatio rei alienæ mobilis, lucri faciendi animo, per vim personæ illatæ*»¹.

Era duvidoso entre os interpretes se o direito romano estendia ou não o crime de *rapina* aos casos da subtracção com violencia contra *cousas* ou se sómente contra *pessoas*².

O Cod. da Austria, art. 169.º, admittindo a distincção, restringiu-a precisamente no sentido do antigo direito allemão = celui qui fait une violence à une personne pour s'emparer d'une chose mobilière... se rend coupable de *rapine*. »

¹ Meisteri, part. 2.ª liv. 1.º cap. 14.º § 236.º; Sousa, Clas. Cr., pag 323; e outros.

² Meisteri, cit. nota. Mathei, *de crimin.*, liv. 47.º D. tit. 1.º cap. 1.º § 1.º

A mesma definição se encontra no Cod. da Baviera, art. 233.º:

«Celui qui pour accomplir un détournement, fera violence à une personne... sera coupable de vol avec violence (raub).»

São concordes todos os Cod. mod. da Allemanha, Est. de Leg. comp., divis. 6.ª tit. 40.º, assim como as leis inglezas (robbery)¹.

Outro não era o espirito da Ord. do liv. 5.º tit. 61.º, tratando dos que=tomam alguma cousa por força e contra vontade d'aquelle.que a tem em seu poder=.

É comtudo certo que, na significação vulgar e commun, a palavra=*roubo*=se applica tanto aos commettidos com violencia ás *personas*, como com violencia ás *cousas*; e ainda mais, a mesma palavra se confunde e toma na mesma significação que a de *furto*, como a de=*vol*=nos Cod. Fr., da Sardenha, das Duas Sicílias e da Allemanha². O Cod. do Brazil adoptou no art. 269.º a palavra=*roubo*=tanto no sentido de fazer violencia ás *personas*, como ás *cousas*.

O mesmo se fez no Cod. Hesp. tratando da primeira especie no art. 415.º e seguintes (n. 425.º e seguintes), e da segunda no art. 421.º e seguintes (n. 431.º e seguintes).

Assim porém, como vamos ver, ficou confundido o furto com o roubo, o roubo com o furto. O roubo é punido como furto, e o furto essencialmente é punido como roubo!

Por este modo as especies se acham misturadas ou des-jocadas, o que necessariamente devia prejudicar a boa distribuição das penalidades.

¹ Laya, Dr. Angl., Cod. Pen., cap. 16.º; Blackstone, tom. 6.º liv. 4.º cap. 17.º: «Le vol à force ouverte, commis sur la personne.»

² N'este mesmo sentido generico se encontra na Lei de 14 de Agosto de 1751, não já porém assim no Decr. de 3 de Fevereiro de 1758.

ARTIGO 433.º

Quando o roubo for commettido ou tentado, concorrendo o crime de homicidio, será applicada a pena de morte aos criminosos.

Art. 29.º n.º 1.º, 52.º, 81.º, 91.º, 351.º, circ. 4.ª e ref.

Aqui temos o primeiro erro de collocação. O crime principal não é aqui o do *roubo* mas o do *homicidio*, em concorrência com o *furto*.

Devia pois dizer-se: «Quando o *homicidio* for commettido «concorrendo o crime de furto» etc., e consequentemente transportar-se esta disposição para o seu competente logar. «Aquelle «que tem intenção, não só de lucrar, mas de matar, e a põe em «pratica, não se diz commetter roubo, mas latrocínio'.»

Muito peor que este defeito é o de não distinguir, nem ainda o *homicidio culposo* ou *involuntario*, que, na hypothese de que se trata, conforme ao disposto no § un. do art. 368.º, só seria punivel com prisão e multa, se ao *facto illicito* concorrente não correspondesse uma pena mais grave. Sob este ponto de vista estas duas disposições comparadas ficam absurdas e antinomicas. Em vão se dirá que o interprete deve evitar esse absurdo. Elle não pôde deixar de fechar os olhos sobre os termos *geraes* do art. 368.º, quando tem a disposição *especial* do art. 433.º.

Nos termos da definição dada no art. antecedente, e desde que n'este art. se abstrahê do crime *composto*, para se qualificar a violencia á pessoa como crime distincto, não temos *roubo*, mas *homicidio* precedido ou seguido de *furto*, excepto se, alem do *homicidio*, houve outras violencias *personas* ou *reaes* que *independentemente* d'elle produzam a qualificação de *roubo*.

Na concorrência da usurpação do alheio com o *facto* do *homicidio* pôde haver:

1.º. *Roubo* e *homicidio*.

2.º. *Furto* e *homicidio*.

O furto e o roubo podem ser mais ou menos qualificados, segundo as disposições do Cod., assim como o *homicidio*. Se todo o furto acompanhado de *homicidio* é *roubo*, ou se para a conversão do *furto* em *roubo* não ha outra *violencia* alem da do *homicidio*, temos que uma e mesma *violencia*, depois de se consolidar na incriminação *composta*, resuscita como se não fosse já aproveitada pelo legislador como elemento constitutivo do roubo.

Isto é tão absurdo, que mal o podemos conceber!

A pena de morte contém aqui muitas injustiças relativas. Se o ladrão premeditou matar, assim como roubar, é punido em razão do *homicídio*, como se só premeditasse roubar ou sómente furtar; mas o *homicídio* praticado *sem intenção de matar* tem, pelo art. 361.º § 2.º, confrontado com o art. 99.º, o degredo temporario aggravado; e o concurso de outro crime sómente dava lugar a exacerbar-se essa mesma pena, segundo as regras geraes, nos termos do art. 87.º

Saltou-se portanto alem da aggravação ordinaria, e do 1.º e 2.º grau da penalidade superior, para se chegar á pena de morte! Eis os effeitos absurdos que se seguem da errada proporção que se pretende ter na distribuição de penalidades viciosas, e segundo um systema estranho aos verdadeiros principios penitenciarios de expiação, de repressão e de prevenção!

N'esta exaggeração da pena de morte se encontram os Cod. da Sardenha, art. 643.º e 644.º, das Duas Sicílias, art. 418.º, e muito peor ainda, por isso que a circumstancia do homicidio, da sua tentativa, de ferimentos graves, de torturas bastam a provocar a mesma pena.

O Cod. do Brazil considerou este crime entre os mixtos contra a pessoa e a propriedade, e no art. 271.º, determinou que, se para verificação do roubo ou no acto d'elle se commettesse homicidio, se impozesse a pena de morte no grau maximo, galés perpetuas no medio, e por vinte annos no minimo.

Assim não tem o defeito da indivisibilidade da pena, e nem offerece portanto, por este lado, os inconvenientes que resultam da fixidade do presente art., approximando-se por esta fórma do Cod. Hesp., cit. art. 415.º

O Cod. Fr.º e o da Austria, guardam silencio sobre a circumstancia do homicidio. É esta, no systema d'estes Cod., um facto que prepondera por tal fórma, que deve considerar-se em si mesmo, com abstracção de qualquer outro crime.

Este systema parece-nos bem fundado. Com a perda da vida, perde o homem o goso de tudo quanto possui; nenhuma

¹ O Cod. de H. Darmstadt, divis. 6.ª tit. 40.ª, concorda com o da Baviera, impondo nos mesmos casos a pena de morte; mas auctorisa o juiz a pronunciar prisão com trabalho, perpetua ou temporaria de dez a dezesseis annos, quando existam circumstancias attenuantes.

outra circumstancia póde aggravar este facto senão as directamente connexas com elle, e que são as contempladas no logar competente¹.

Quanto á justiça da pena de morte, nos casos de que trata o art., é certo que sendo gravissimo o mal moral, o damno individual e o mal social resultantes de taes crimes, e tocando por isso as ultimas raias da criminalidade, conduz o legislador aos derradeiros extremos na escala da penalidade.

É um perverso de menos que fica sobre a terra, que não commetterá crimes similbantes. A respeito d'elle fica a sociedade tranquilla, como ficou D. Pedro II do escudeiro que mandou degolar:—Sempre me temi d'elle, que me desse uma cutilada, mas já agora estou seguro, e nunca m'a dará.—

Pensa-se ainda hoje, como então, que a morte é preventiva de novos crimes, pelo terror que infunde, como dizia o mesmo monarcha:—

«Que a pena que os homens mais receiavam era a morte, «que se por esta se não desviassem de fazer mal, que ás ou-
«tras davam passada, e que boa cousa era enforçar um ou
«dois, para que todos os outros tomassem medo, e se emen-
«dassem².»

Sempre morte!—*morra por ello morte natural para sempre*—

A circumstancia altamente preponderante não é aqui o homicidio no furto, mas o furto no homicidio, que o torna igual ao assassinato!

Prepondera a propriedade sobre a vida do homem, e não esta sobre aquella³!

¹ O Cod. de 1816 imprimia a pena de morte nos casos de roubo, quando se dessem reunidas as cinco circumstancias mencionadas no art. 361.º, mas pela reforma de 1832 ficou esta pena substituida pela da perpetuidade dos trabalhos publicos.

² *Um ou dois.* Até D. Pedro II receava na execução da pena de morte! De que serve a comminação, se as condemnações não de ficar em letra morta?

Se a força, entre os condemnados á pena ultima, ha de ser tão rara como o premio da sorte grande nas loterias da misericórdia!

³ Homicidio com furto sempre morte. Homicidio voluntario, premeditado, consummado, frustrado, tentado, culposo, occasional, em defeza; não importam essas distincções. Basta o concurso de qualquer homicidio com o furto para se concluir a pena capital!

ARTIGO 434.º

A pena de trabalhos publicos no ultramar por toda a vida será applicada nos casos seguintes:

1.º Quando o roubo for 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 for commettido ou tentado em logar 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 for 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.

Art. 33.º e ref.

O n.º 1.º d'este art. contém especies distinctas de violencia.

A primeira é a do *carcere privado*. Este modo de *violencia*, que é crime em si mesmo, art. 330.º, se a retenção não excedeu a vinte e quatro horas, produz a prisão de *um mez a um anno*. O *furto* quando excedente a 20\$000 réis produz o *degreto temporario*, art. 87.º A tentativa de furto é *sempre* punida segundo as regras geraes, art. 421.º § 2.º Se o criminoso soltar o retido *sem que tenha conseguido qualquer objecto* que se propozesse com a retenção, a mesma pena do art. 330.º deve ser *atenuada*, § 3.º do mesmo art.

Como é pois que no concurso de dois crimes se pôde saltar mais de tres graus na penalidade acima da imposta por lei ao crime mais grave? Como é ainda que, contra todas as

regras, a consummação do crime menos grave há de preponderar sobre a tentativa do crime mais grave para lhe ser igualado, como se este fosse consummado com todas essas aggravações exorbitantes e extraordinarias? A repugnancia com todos os principios da criminalidade, tanto nas regras geraes, como nas disposições especiaes, é pois manifesta.

A segunda é a da *violação*. Esta circumstancia é um crime que não tem correlação alguma com a subtracção do alheio. Ou seja *occasional* ou *seja premeditada*, não é *meio*, é *fim* ou um dos *fins* do criminoso; demonstra sem duvida um estado de maior corrupção, comprehensivo de muitos generos de maldade diversos. O mal *moral* é immenso, o mal individual é complexo, porque ataca a honra e a propriedade da pessoa violada. Mas cada um d'estes crimes, *furto* e *violação*, tem o seu logar competente no Cod. O concurso dos dois crimes deve medir-se para a pena, segundo a regra estabelecida no art. 87.º

Qual é pois, na conformidade da mesma regra, a pena applicavel? A da violação, que, segundo o art. 394.º, é o *degreto perpetuo*, e não a superior dos *trabalhos publicos perpetuos*, como se estabelece n'este art., maxime quando a subtracção, que aqui é sempre *furto* e não *roubo*, não passou de *tentativa*, circumstancia que attenuaria a pena se não fosse mais grave a do crime consummado.

A terceira é a das violencias declaradas no art. 361.º Aqui sim temos *roubo* qualificado pela *violencia*.

Mas se a subtracção, quando simples, tem, mesmo no seu maximo, o *degreto temporario*, art. 421.º, e se ás violencias de que trata o art. 361.º corresponde a mesma pena; e se ainda nos casos gravissimos dos §§ 2.º e 3.º do mesmo art. a pena é *temporaria*, aggravada no mesmo degreto por substituição da prisão com trabalho: como é que justamente se pôde saltar a uma pena superior e na sua perpetuidade, mesmo quando um dos crimes não passou da tentativa?

Isto importa uma aberração tão palpitante dos principios geraes, que não se pôde justificar¹.

¹ O grande erro da legislação penal n'esta materia provém: 1.º, da pre-occupação do legislador contra os ladrões. Esta preocupação faz-lhe esquecer que as offensas *contra a vida* ou *contra a pessoa* são sempre mais graves.

Quanto ao n.º 2.º do art., reproduz-se o mesmo defeito do n.º antecedente. Pune-se o *attentado*, com offensa das regras geraes que distinguem o crime consummado da tentativa. Assim apparece identidade penal para casos em que o damno individual foi menor.

Para ter logar a incriminação d'este n.º, que comprehende um só facto complexo, são precisas quatro condições, que tomam o logar de elementos constitutivos da aggravação da pena: 1.ª, de ser o crime commettido em logar ermo; 2.ª, de o ser por duas ou mais pessoas; 3.ª, de trazer alguma d'ellas armas apparentes ou occultas; 4.ª, de se ter empregado *offensa corporal*.

Esta offensa é qualificada e conhecida pelo ferimento, pela contusão ou pelo *vestigio* de qualquer soffrimento corporal.

Mas a estas *violencias*, em si mesmas como crime, corresponde a pena de *prisão de seis mezes a dois annos*, art. 360.º, e ao furto com as circumstancias de que se trata corresponde o maximo do *degreto temporario* com prisão no logar d'elle, art. 428.º n.º 2.º Preponderando assim a pena do furto qualificado sobre a da offensa corporal, o concurso de mais um crime com pena menos grave, e ainda quando parou na tentativa, não devia passar a constituir o crime composto, para se subir não só á dita pena superior, mas *indivisivel* na sua *perpetuidade*.

Acrescem os inconvenientes que ponderámos ao art. 360.º sobre as palavras = *de que ficasse algum vestigio* =.

Faz-lhe esquecer que este art. vem a equiparar o *ladrão ao homicida voluntario*, de que tratou no art. 349.º, ou ainda a considerar com manifesta cegueira, que o *homicida voluntario* commette crime menos grave que o *ladrão* qualificado, nos termos do presente art., a ponto de accumular a mesma pena com a do *degreto*!

2.º De querer, sempre dominado pela mesma preocupação, segurar o castigo do criminoso, legislando sobre circumstancias do crime que escapam em these á sua apreciação, e que só podem ser avaliadas pelos tribunaes em cada *hypothese*, tão varias e tão diversas, que difficilmente se poderão encontrar duas em tudo e por tudo perfeitamente identicas. O legislador reduz assim o officio do juiz a homologar materialmente a disposição da lei penal, quando em these geral reconhece a impossibilidade de cumular com o poder de *legislar* o poder de *julgar*, sem se lembrar de que em cada uma das mesmas circumstancias podem dar-se differentes gradações que attenuem mais ou menos a sua gravidade.

Quanto ao n.º 3.º, contém a incriminação do facto complexo, em que são elementos constitutivos da subtracção qualificada: 1.º, em rasão da *associação*, por ser praticado o crime por mais de uma pessoa; 2.º, por ser em *deposito publico*, *edificio publico*¹, etc.; 3.º, por ser com arrombamento *exterior*, *escalamento* ou *chaves falsas*.

O concurso das duas primeiras circumstancias não constitue *roubo*, mas *furto qualificado* conforme aos n.ºs 3.º e 4.º do art. 426.º, mesmo com o concurso de outras duas ou mais circumstancias, como é expresso no art. 428.º A pena que lhe corresponde é, nos termos d'esse art., *degreto temporario*, aggravado com algum tempo de prisão no logar do *degreto*. As circumstancias do = *arrombamento*, *escalamento* ou *chaves falsas* = não são aggravantes especiaes do *roubo*, mas communs a qualquer crime, art. 19.º n.º 13.º O concurso d'ellas produz nas penas *temporarias* sómente a aggravação até ao maximo sem se mudar a natureza da pena, art. 79.º

Logo como é que o acrescimo de alguma d'estas circumstancias faz não só saltar por cima da pena ordinaria do crime e seu maximo, passar em claro a immediata superior, mesmo *perpetua* e suas aggravações, para sómente se parar na *perpetuidade* da immediata á pena de morte?

A exorbitancia e indivisibilidade d'esta penalidade colloca jurados e juizes no maior apuro². Se algumas vezes os

¹ É notavel 1.º, que o *deposito publico* e o *edificio publico* sejam aqui assimilhados aos logares destinados ao culto religioso e ás casas de habitação, que foram mencionadas como causa de aggravação no furto, art. 426.º, quando aquelles n'esse mesmo art. foram omitidos; 2.º, que sejam aqui assimilhadas á casa de habitação as *suas dependencias*, que tambem ali esqueceram; 3.º, que continuem a ficar no escuro os *paços reais*, assim como ficaram no mesmo art. É mais uma incoherencia e falta de harmonia que se encontra no Cod. ! Tambem aqui é omitida a circumstancia da subtracção commettida em *estrada* ou *caminho publico*, sendo de objectos n'elle transportados, que no art. 428.º é assimilhada á commettida em *casa de habitação*.

² O seguinte exemplo o demonstrou já. Houveram dois homens que vendo sair os donos da casa, sem n'ella deixar pessoa alguma, e fechando a porta exterior, aproveitaram a occasião para entrar por uma janella aberta ou semi-aberta, e furtar umas pequenas cousas de comer e outras todas de insignificante valor, que, em rasão d'elle, nos termos do art. 421.º § 1.º, só merecia a prisão correccional. Porém foram condemnados em primeira instancia e depois pela relação de Lisboa, em Janeiro de 1854, a *trabalhos publicos* no

primeiros, escravos do facto material com abstracção da justiça do legislador, pronunciam a affirmativa: outras vezes pronunciarão um *verdictum* falso, preferindo a impunidade á exaggeração da pena que o magistrado não pôde modificar, na presença de um *verdictum* verdadeiro.

N'estes mesmos defeitos com alguma variedade se encontram os Cod. Fr., art. 381.º e seguintes, da Sardenha e das Duas Sicílias. O Cod. de Baviera, art. 238.º, dividindo a penalidade em quatro graus, sómente impõe a de *ferros*¹ no roubo ou em habitação, com arrombamento, escalamento ou de noite, quando concorra *com alguma ou algumas* d'estas circumstancias, *vias de facto*, que constituam *violencia pessoal*, isto é, nas hypotheses dos n.ºs 1.º e 2.º do presente art., mas nunca do n.º 3.º em que se não dá essa violencia.

O Cod. Hesp., tendo admittido a palavra *roubo* para exprimir a idéa de subtracção com violencia tanto ás *pessoas*, como ás *cousas*, distinguio comtudo escrupulosamente uma da outra especie, pronunciando penas severas na primeira mas descendo consideravelmente na segunda.

O Cod. do Brazil, art. 269.º e seguintes, é de todos o mais perfeito n'esta materia. Não se contentou com definir o *roubo*, passou, em geral, a declarar qual a pena que lhe correspondia, deixando aos juizes graduar as *galés* de *um a oito annos*; e só distinguio para agravar a pena: 1.º, nos casos de homicidio, art. 271.º, morte, galés perpetuas e, minimo, vinte annos; 2.º, nos de offensa physica irreparavel, deformidade, ou aleijão, art. 272.º, *quatro a doze annos*; 3.º, de outras offensas physicas menos graves, art. 273.º, mas de que resultasse grave incommodo de saude ou inhabilitação por mais

ultramar por toda a vida, visto serem dois os co-réus, ser o furto em casa de habitação e haver escalamento, e não ficar em taes circumstancias aos juizes, em presença do n.º 3.º d'este art., arbitrio algum para a modificação da pena! A Ord. do reino, tit. 60.º § 1.º, não auctorisava n'este caso similhante penalidade, e muito menos ainda, modificada como estava por determinações posteriores e constante praxe de julgar. Por esta fórma não melhorámos na alteração, porque foi por uma maior severidade da pena, por um modo injustificavel.

¹ *Pena perpetua* de prisão, *em casa de força*, com trabalho publico, dentro ou fóra d'ella: art. 7.º e 8.º do mesmo Cod.

de um mez, *dois a dezeseis annos*; e sempre uma multa de *cinco a vinte por cento* do valor roubado.

Não approvámos a penalidade d'este Cod.; mas reconhecemos que na escolha d'ella deixou intactas as regras que tinha estabelecido, para não tolher, dentro dos devidos limites de maximo e minimo, o salutar e indispensavel arbitrio de applicação segundo as circumstancias do crime.

Por ultimo, voltando aos termos do presente n.º, é de notar que, tendo-se assimilado nos dois n.ºs antecedentes a tentativa ao crime consummado, aqui se omittisse a palavra *=tentado=*, devendo portanto aqui os juizes tomar em consideração as regras geraes de attenuação nos casos de tentativa. Não approvámos a assimilhação, mas este n.º fica assim em desharmonia com os ditos dois n.ºs que equipararam o roubo consummado ao tentado.

É extremamente difficil comprehender em minuciosa analyse tanta incoherencia e precipitação!!

ARTIGO 435.º

A pena de trabalhos publicos temporarios no ultramar será applicada:

1.º Quando o roubo for commettido por uma só pessoa com armas em logar ermo, ou em algum dos outros logares designados no artigo antecedente com arrombamento exterior ou escalamento ou chaves falsas.

2.º Quando o roubo for commettido por duas ou mais pessoas fóra dos casos declarados no artigo antecedente.

ARTIGO 436.º

No caso do n.º 2.º do artigo antecedente, o co-réu 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.

Art. 33.º e ref.

Continua o legislador, com abstracção; da sua unica missão possível em materia crime; da maior ou menor quantidade do damno *real* causado pelo crime; das penalidades estabelecidas em outros art. do Cod. sobre attentados *contra a vida*, ou integridade e inviolabilidade *das pessoas*; e da assimilação, feita em os n.ºs 1.º e 2.º do art. antecedente, do crime *tentado* ou *commettido*: a aggravar a penalidade do furto, dadas certas circumstancias, com desvio das regras geraes, estabelecidas para o concurso das mesmas circumstancias.

Em o n.º 1.º contemplou a circumstancia *do logar ermo*, como igual aos logares que mencionou no n.º 3.º do art. antecedente, em que se não inclui a *eremitage*.

A subtracção pois feita em algum *d'esses logares* por *uma só pessoa*, com *escalamento*, *arrombamento interior* ou *chaves falsas*; e com *armas*, provoca a imposição dos trabalhos publicos temporarios no ultramar.

O concurso d'estas quatro circumstancias é considerado assim de tal gravidade, que se assimilha ao *furto com rompimento de sellos* por um empregado publico, art. 310.º § 1.º; ao *peculato qualificado*, art. 313.º; ao de subtracção ou occultação de um menor de quatro annos, art. 354.º; ao de ferimento ou espancamento feito com intenção de matar, art. 350.º; ao mais grave dos ferimentos, *a castração*, art. 366.º e de maior importancia que o attentado ao pudor *com violencia pessoal*, mesmo a um menor de doze annos, art. 391.º; ao de *adulterio*, art. 401.º; ao de furto *qualificado* pelo seu grande valor, art. 421.º; ao mesmo furto, quando *domestico* ou praticado com *abuso de confiança*, art. 425.º

Em todos os primeiros casos porém o crime é mais grave que o representado n'este n.º 1.º, em que a pena é a mesma; e nos outros, que são tambem superiores em gravidade, a pena é inferior, *degreto temporario*!

Não só isto; em todos esses casos, assimilhados na pena, a dos trabalhos publicos não é aggravada com a accumulacção do degreto; aqui porém é imposta com essa accumulacção, declarando-se que será cumprida no *ultramar*!!

Quanto ao n.º 2.º, a injustiça relativa não é menos manifesta. Não houve o concurso de circumstancias, imaginado no art. antecedente, mas houve o concurso de uma ou mais das que, nos termos do art. 432.º, bastam a qualificar o roubo, como é a simples *ameaça*, *arrombamento*, *escalamento* ou emprego de uma *chave falsa*, e o criminoso teve a desventura de ter um companheiro; então, se ambos conceberam o crime, e o executaram, a penalidade se augmenta da mesma forma!

Mas assim são transgredidas tambem as regras geraes do Cod., mandando considerar como *auctores de um crime* to-

dos os que por acto immediato tomam parte na sua execução, art. 25.º n.º 1.º!

Se o legislador teve em consideração agravar a pena em razão da *associação*, cumpria que ella se manifestasse, por actos anteriores ou posteriores, nos termos do art. 263.º; se quiz reprimir as *quadrilhas* de malfiteiros, cumpria que a reunião se não ampliasse até dois, mas se fixasse em *mais de tres*, conforme ao art. 177.º com o qual, de outro modo, este n.º fica em manifesta contradicção¹.

O Cod. Hesp. tambem teve em consideração especial a co-participação no crime de roubo, mas limitou-a ao numero de *mais de tres* individuos, como se vê da terminante declaração do art. 415.º (n. 425.º):

«Hay cuadrilla quando concurren á un robo mas de tres malhechores.»

Fóra d'este caso especial a convocação ou cooperação de uma ou mais de uma pessoa não é mais que uma circumstancia aggravante, commum a qualquer crime, nos termos que declarou o art. 19.º n.ºs 3.º, 4.º e 5.º, para ser atendida, dentro dos limites da pena do crime, art. 86.º, e só faz com que aos *co-auctores individuos* de crime sejam equiparados os cúmplices, como especialmente estabeleceu o cit. art. 177.º ainda nos casos da *quadrilha*. A disposição portanto d'este n.º 2.º, alterando a natureza da pena do crime, só por que é commettido por dois ou por tres individuos, é injusta em si mesma, e contradictoria ao repugnante com os principios geraes estabelecidos no Cod. e outras de suas disposições.

Quanto ao art. 436.º, que mais logar teria se fosse § un.

¹ O Cod. de Baviera, art. 237.º, considerou aggravante em *segundo grau* a circumstancia de que trata este 2.º numero; mas exigiu, alem do facto material da *reunião*, o da *associação* ou *concerto*.

«La peine sera de douze a seize années de maison de force lorsque le voleur... aura agi en reunion concertée avec un ou plusieurs complices.»

Isto é, quando o facto da reunião for em si mesmo um *começo de execução* em seguida do *facto preparatorio* da associação que a lei pune. Então temos concurso de crimes, e em razão d'elle punidos os criminosos, o que é mui distincto do facto da reunião considerado em si mesmo com abstracção ou sem prova de concerto formal.

do art. antecedente, diremos que como art. distincto contém, quanto á pena, uma declaração que é injustificavel.

O ser um dos co-réus parte principal na premeditação e intenção do crime não é mais que uma das circumstancias aggravantes que demonstra maior perversidade em um dos agentes do crime, para dar logar a ampliar-se a duração da pena dentro do seu maximo temporario com relação aos outros co-réus, mas nunca a justificar a perpetuidade.

No systema tantas vezes seguido no Cod., e visto que o modo de aggravação no *Ultramar*, determinado no art. 78.º § 2.º, se achava exaustivo por se ter ligado á penalidade do art. antecedente, ainda todavia, alem do longo espaço a percorrer que o legislador deixava aos juizes entre tres a quinze annos, lhe restava comminar esse mesmo maximo.

Não é possivel moral assimilhar o *roubo simples* ao *qualificado* no art. 434.º, e com especialidade nos n.ºs 1.º e 2.º do mesmo art., só porque o primeiro reveste a circumstancia pessoal mencionada no presente art., e muito menos ao *homicidio voluntario* incriminado no art. 349.º; e todavia ficam assimilhados na pena = *trabalhos publicos por toda a vida* =, e a repugnancia cresce, quanto a este ultimo crime, por isso que a *perpetuidade* se acha ali comminada sem a declaração de ser cumprida no *Ultramar*.

Demais, a determinação d'este § é restricta á hypothese da reunião de criminosos em casos menos graves que os contemplados em os n.ºs 2.º e 3.º do art. 434.º Ahí todos os co-réus são condemnados com a mesma pena. Chefes ou directores não a têm maior. Por que principio de justiça relativa a hão de ter aqui? Assim alguns dos co-réus de crime *menos grave*, qual o do art. antecedente n.º 2.º, são punidos com a mesma pena que outros de crime *mais grave*, qual os dos n.ºs 2.º e 3.º do art. 434.º

Acresce que mesmo nos casos gravissimos, não de *reunião* para determinado crime, mas de *associação formal* para indeterminados crimes contra pessoas ou propriedades, são os directores ou chefes punidos com trabalhos publicos temporarios no art. 263.º § 1.º

Se n'esta hypothese sómente existe um *facto preparato-*

rio incriminado, e aqui ha um *facto consummado*, o *perigo social* imminente é inapreciavel ali, enquanto aqui é *atenuado*, tanto porque o *damno individual é determinado e conhecido*, como porque a reunião não precedeu a circumstancia aggravantissima do *concerto*, não só o indeterminado, mas nem o determinado que exige o citado Cod. da Baviera.

ARTIGO 437.º

Fóra dos casos declarados nos artigos antecedentes d'esta secção, o roubo será punido com a prisão maior temporaria com trabalho,

Art. 34.º, 99.º e ref.

Era indispensavel que aqui fosse declarado quaes são as *penas do roubo*, para se saber quaes as que têm de ser applicadas em these geral, quando a ellas o Cod. se refere. Esta omissão induz uma grande difficuldade, principalmente em vista do art. seguinte.

Em todas as leis; mas especialmente nas leis penaes, a falta de ordem, de boa collocação e de redacção produz obscuridades muitas vezes invenciveis. N'este art. se mostra este defeito nascido da imitação do Cod. Hesp., art. 417.º (n. 427.º):

«...fuera de los casos expresados en los articulos prece-
«dentes» etc.

Mas o objecto do art. do Cod. Hesp. era providenciar sobre os casos omittidos de *violencia* ou *intimidação* contra as *pessoas*, e porque essas violencias ou *intimidação* podiam ser insignificantes, e como taes a penalidade parecia exorbitante, deu-se nova redacção ao art. 417.º, por virtude do Decr. de 7 de Junho de 1850, como hoje se lê no cit. art. 427.º:

«Fuera de los casos expresados en los articulos precedentes, el robo se ejecutado con violencia ó intimidacion graves
«en las personas se castigara con la pena de cadena temporal;
«cuando no hubiere gravedad en la violencia ó intimidacion,
«la pena será la de presidio mayor.»

Mas o presente art., adoptando este começo de redacção e uma ordem analogá de collocação, alterou a doutrina: 1.º, não restringindo a sua disposição ao roubo propriamente dito ou de violencia e intimidacção *contra pessoas*; 2.º, não distinguindo os casos graves dos *menos graves*.

Assim resultam dois grandes defeitos: 1.º, de que, fóra dos casos especialmente contemplados, uma violência *pessoal* é equiparada a uma violência *real*; 2.º, de que uma e outra não admittem, para que se altere a natureza da pena, distincção alguma, segundo a gravidade ou não gravidade do roubo. A distincção porém em uma e outra hypothese parece-nos justa.

Este art., se contém as penas do roubo em these geral, acha-se deslocado. A incriminação que lhe respeita encontra-se no art. 432.º, a que ali falta a sanção penal. Quando no Cod. se declara que ao réu do crime sejam impostas as *penas do roubo*, sem outra designação mais, como se vê praticado no § 2.º do art. 310.º, são as do presente art. ou as do art. seguinte? Não podem ser senão as d'este art., porque o seguinte é restricto á sua especie.

O Cod. do Brazil, art. 269.º, collocou a par da definição do roubo a penalidade que lhe correspondia:

«Roubar, isto é, furtar, fazendo violencia á pessoa ou ás cousas—penas de galés por um a oito annos.»

O Cod. da Baviera, art. 237.º e seguintes, procedendo com toda a circumspecção e clareza, qualificou o roubo em quatro graus distinctos, sendo o primeiro, de que trata o presente art., o de roubo

«...commis sans voies de fait, et sans usage d'armes mor—telles, mais à l'aide de simples menaces.»

A pena é de oito a doze annos de prisão em casa de força. Esta penalidade offerece menos arbitrio para descer, mas também o tolhe para subir; a nossa o offerece mais amplo, tanto para descer como para subir¹.

Quanto á natureza da penalidade=*prisão maior com trabalho*=, cumpre subordinar esta disposição ao que determina o art. 99.º. Emquanto não existirem os estabelecimentos adequados ao trabalho dos presos, tem de substituir-se esta pe-

¹ O Cod. do Brazil, augmentando o arbitrio e attenuando a penalidade, deixa maior arbitrio ao juiz que o Cod. da Baviera, mas menor que o nosso Cod.

O da Baviera, aggravando a penalidade quanto ao minimo, igual ao maximo do Cod. do Brazil, e attenuando o maximo em relação ao nosso art., deixou ao juiz menor arbitrio que o do Brazil.

O nosso art. portanto é d'entre estes Cod. o mais arbitrario, ao mesmo passo que é o mais exagerado na pena.

nalidade moralisadora de expiação e de correção pela de de-gredo, mas aggravado e com prisão e no logar d'elle, despida assim a sanção legal dos salutaes effeitos que pôde produzir por si mesma, se com ella se não accumulasse outra.

N'esta substituição sómente se teve em vista trocar um *mal* por outro *mal*, como de *vindicta publica*, e não um *remedio* por outro contra o *mal do crime*.

Viu-se exclusivamente o criminoso e não o *crime*; era preciso ver mais o *crime* do que o *criminoso*.

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.º do art. 434.º, sem violência contra as pessoas ou ameaça, e sem porte de armas, será punido como furto aggravado, applicando-se as regras geraes.

Art. 19.º n.º 15.º, 77.º, 79.º, 424.º e seg.

Este art. demonstra effectivamente nos seus termos que o antecedente constitue a these geral sobre crime de roubo. Se o roubo for o impropriamente dito, por não haver *violencia pessoal*, e se com esta circumstancia attenuante concorrer: 1.º, a de ser commettido por uma só pessoa; 2.º, a de o não ser em algum dos logares *enumerados*¹ no n.º 3.º; 3.º, a de o não ser com porte de armas: passa a ser assimilado ao furto aggravado.

Assim se demonstra: 1.º, quanto é sem fundamento a distincção de furto e roubo, por ser muito difficil marcar as raiaes que distinguem um de outro crime, principalmente quando na qualificação de roubo se comprehende o furto só pela circumstancia da *violencia feita ás cousas*, que não é a *moral*, nem a *material feita ás pessoas*, e se reduz ao emprego dos meios necessarios para o criminoso destruir pela força os obstaculos physicos que se oppõem ao seu designio, como bem definiu o Cod. do Brazil, no art. 270.º

2.º Que, se a referencia feita ao n.º 3.º do art. 434.º não offerece difficuldade na sua applicação, a omissão comtudo em relação ao *logar ermo*, que no art. 435.º se menciona como elemento de aggravação especial, faz apparecer aqui manifesta

¹ Má redacção, porque os logares não foram *enumerados*, mas *designados* ou *mencionados* em o numero 3.º

contradição na lei, sob o ponto da justiça relativa; por isso que o *logar ermo* não exclue a attenuação das penas do roubo. Por este modo a mesma circumstancia, que no art. 435.º é causa de aggravação, é aqui ou de attenuação ou indifferente.

O art. 434.º n.º 2.º contempla esta circumstancia, quando concorre no furto com violencia *pessoal*, commettida por muitos, assim como no art. 435.º, quando por *uma só pessoa*; portanto sendo uma causa de aggravação em ambas as hypothses, devia comprehender a de que se trata no presente art.

O Cod. Hesp., art. 415.º e 421.º (n.º 425.º e 431.º) não desprende nunca a circumstancia do *logar ermo* da *quadrilha*: — *en despoblado y en cuadrilla* —; mas é porque teve por fim especial reprimir os bandos de salteadores, que accommettem em força os viandantes, e as casas do campo, que pelo seu isolamento carecem de uma protecção mais forte da lei.

No Cod. do Brazil se evitam perfeitamente estas anomalias, por isso que a circumstancia do *logar ermo* é considerada uma das aggravantes communs, no art. 16.º § 1.º O silencio do nosso Cod. tambem as evitaria, porque então teriamos a applicação do n.º 13.º do art. 19.º, e as mais regras geraes sobre a mesma circumstancia.

Aos grandes defeitos que temos apontado n'esta secção acrescemos os de se abstrahir constantemente da quantidade do *damno causado* ou da importancia do roubo. Nos Cod. do Hannover, Hesp. e outros se attendeu sempre especialmente á maior ou menor gravidade dos effectos materiaes do crime.

E, em verdade, se o mal do crime é complexo, nunca se deve abstrahir de todos os elementos constitutivos d'esse mal. Se as leis penaes têm por fim proteger a segurança de *pessoas e propriedade*, a justiça social deve necessariamente graduar a pena com relação á quantidade do mal individual objectivo. Do contrario nascem ou grandes injustiças relativas ou a impunidade¹.

¹ A Ord. do Reino, liv. 5.º tit. 60.º pr., punia com a pena de morte o furto simples que chegasse a *marco de prata*. Se havia escalamento ou arrombamento ou uso de chave falsa, e o furto chegava a *meio marco*, a pena era a mesma, § 1.º; portanto, nos casos de roubo com violencia *real*, não prescindia de

Outra reflexão nos occorre, que mostra os inconvenientes que resultam da precipitação de uma codificação, ou da copia de legislações estranhas, sem amplitude na escolha, ou da má collocação e distribuição das materias.

O art. 431.^o declara que a acção criminal *por furto* é vedada entre conjuges, entre descendentes ou ascendentes, ou entre irmãos que vivem juntos. Mas nos casos de *roubo* não se determina o mesmo, por menos graves que elles sejam.

Assim o arrombamento de uma porta interior ou exterior, de uma arca, de um bahu, de um armario, o uso de uma escada, de uma gazua ou de uma chave falsa, bastando a constituir o *roubo*, poderão essas pessoas reciprocamente accusar-se ou ser accusadas pelo ministerio publico! As rasões com que se justifica a excepção ainda procedem, na sua maxima força, n'estes casos. Se a impunidade se defende ali, os trabalhos publicos, a prisão maior temporaria com trabalho, etc., não podem justificar-se aqui, mesmo que concorram violencias pessoaes menos graves.

Não se attendeu a que esta disposição, sendo pelo art. 380.^o do Cod. Fr. applicavel a todas as subtracções, comprehendidas na palavra *commun*—*vol*—não devia apropriar-se exclusivamente ao crime de *furto*; não se attendeu a que esta tem sido em França a intelligencia pratica constante do mesmo art.; não se attendeu a que, pelo menos, convinha em taes casos vedar a acção do ministerio publico, segundo o systema dos Cod. da Allemanha, sempre que não houvesse queixa da pessoa offendida, exceptuados os casos em que as circumstancias do roubo fossem em si mesmas um crime grave¹.

O Cod. das Duas Sicilias, art. 455.^o, alin. 2.^o:

«Si néanmoins ces dommages ont été accompagnés d'*homicide, de blessures, de coups ou séquestration de la personne, ces circonstances détruiront l'exception de faveur accordée à*

contemplar a *quantidade do furto*. Este pensamento, na essencia, era justo. Não merecia pois que fosse posto de parte. Vid. o Cod. Hesp., art. 424.^o, reformado por virtude do Decr. de 7 de Junho de 1850, art. 50.^o

¹ Cass. 26 de Julho de 1811; Carnot sobre o mesmo art., e 221.^o; Sulpici, etc.

«*raison de la qualité de parent, et la peine portée par la loi sera appliquée.*»

Por isso tanto este Cod., como o da Sardenha, art. 684.^o, collocaram a excepção debaixo do titulo—*disposições communs*—, e o mesmo se fez no Cod. Hesp., art. 468.^o (n. 479.^o), collocada debaixo do titulo—*disposições geraes*¹—.

D'esta má collocação e adopção, no art. 431.^o, da materia restricta aos crimes de furto, resulta alem d'isso, que nos crimes, aindaque sejam menos graves, de que tratam os art. das seguintes secções, é permittida a acção criminal entre parentes, a menos que por argumentos de maior para menor se não queira sancionar a excepção de favor, e consequentemente a impunidade!

Se a lei veda, se dirá, a acção crime entre parentes nos casos de furto, com quanta mais razão não deve ser vedada nos crimes de simulação, de burla, de dano e outros de menor gravidade? A observação é verdadeira, para estabelecer direito, mas semelhantes interpretações são perigosissimas, para nullificar incriminações especiaes no seu objecto, concebidas em termos absolutos, e que não recebem restricções senão de si mesmas ou das regras geraes do Cod.

O absurdo pois fica sempre em todo o seu vigor.

¹ No art. comprehendem—*hurto, defraudaciones e danos*—.

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.

Art. 80.º e 81.º

Mal e indevidamente se considera o *furto* ou *roubo*¹ no caso de que se trata, não porque seja licito a alguém pagar-se por suas mãos, mas: 1.º, porque o que toma para si o que é seu não teve intenção de furtar, *animus furandi*, ou de se apoderar do alheio; 2.º, porque o facto material da *subtracção* tem uma attenuação especial na mora em que se constituiu o devedor; nasce da *culpa* ou *dolo* alheio; 3.º, porque falta no crime o elemento do *mal* material, consistente no *damno* que não recebe aquelle que paga, aindaque contra sua vontade, o que deve.

Aqui só ha a usurpação de funcções em prejuizo da ordem publica. O crime pertence a outra classe. Quem o commette erige-se em parte, juiz e executor. Despreza a lei e usurpa as funcções dos tribunaes. Esse procedimento é tão illicito, proporções guardadas, como a *vindicta privada*, o duello.

Se o crédor empregou *violencias*, o que deve ser punido são essas mesmas violencias. Roubo, nunca, porque não existe:

«Celui qui attaque son débiteur sur une grande route; et «se fait remettre, à l'aide de violences, des sommes qu'il croit «lui être dues, ne commet point un vol. Il ne peut être pour- «suivi qu'à raison des violences, qu'il a exercées²».

¹ Sulpici, ao cit. art. 379.º n.º 19.º e 20.º, Carnot, e outros. Assim tem sido julgado. Era a doutrina do direito romano, como se vê no §.1.º da *Institut. de vi bon. rpt.*, e da lei 2.ª § 18.º, Dig. ibid. Chauveau, que segue uma opinião contraria, não é melhor fundada.

² Notem-se as palavras = *furtar* ou *roubar* =: A secção é restricta ao

A especie portanto offerecia materia para uma incriminação distincta, que poderia ter cabimento depois do art. 236.º, e cuja pena devia ser aggravada quando se desse o caso do emprego de *violencias*, salva a pena mais grave, segundo a qualidade d'estas.

Se o que offende a *honra* de alguém, que é uma *propriedade*, é considerado especialmente no art. 381.º e seguintes, para os effeitos de se incriminar o duello de que foi victima, o mesmo se deveria praticar a respeito do devedor que offende a *propriedade* do seu crédor, negando-se ao pagamento do que lhe deve.

É mau cidadão, é perturbador da ordem publica, é um criminoso todo o individuo que se faz justiça a si mesmo em tal caso, mas está longe de dever merecer o *labéu* de ladrão. O facto não tem a *vileza* do furto, nem do roubo, nem com relação á moralidade da acção, nem ao *damno individual*; portanto não se podem confundir uns com outros criminosos.

A assimilação portanto feita no presente art., nem é conforme á justiça absoluta, nem á justiça relativa, nem é conveniente á causa publica; porque se o Cod. é uma instrução ao povo, para se conservar no interesse do respeito á propriedade no animo dos cidadãos, toda a repugnancia, todo o horror que deve inspirar o estado de corrupção moral de um ladrão, cumpre que este se não misture com delinquentes de outra ordem.

O art. pois não contém nem verdade moral nem politica. Estes inconvenientes não remedia a declaração de que seja *atenuada* a pena: 1.º, porque não destroe a assimilação; 2.º, porque na applicação dá em resultado flagrantes injustiças.

Um exemplo demonstrará com a maior evidencia estas proposições. O valor da divida de que o crédor se apodera contra vontade do seu devedor excede a 20\$000 réis, e então elle como ladrão tem de soffrer, conforme ao art. 421.º, a pena de *degreδο temporario*. A circumstancia attenuante

roubo. A boa ordem portanto das materias pedia que esta disposição e a do art. 441.º fossem para uma secção especial em que se tratasse das *disposições communs*, já que se distinguio o *furto* do *roubo*.

que admite o presente art. sómente faz, segundo o art. 82.º, com que os juizes possam reduzir-lhe a duração da pena de quinze annos até ao minimo de tres, se não ha concurso de alguma outra que seja de attenuação.

Ora esse mesmo homem, qualificado o seu facto como deveria ser, nos termos do art. 236.º, quando, para haver a sua divida, entrasse na casa do seu devedor, fingindo-se official de diligencias, levando logo consigo um cumplice como depositario, que tomasse conta dos objectos, em valor correspondente ou inferior, que penhorasse, seria punido com a prisão de um a tres annos, removida a idéa de *furto*, por se não dar no facto a *intenção de furtar!*

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.

A fonte d'este art. é precisamente o art. 400.º do Cod. Fr. quanto aos termos da incriminação, mas não quanto á pena, que é directa, e não por assimilhação a roubo. N'esta parte seguiu-se o Cod. Hesp., art. 420.º (n. 430.º).

Concorda o Cod. da Baviera, art. 421.º, pelo que respeita á assimilhação, mas toma o nome de = *extorsão* =.

O comm. Pacheco justifica esta disposição, dizendo que o facto equivale plenamente a roubo, porque tanto ataca a propriedade alheia aquelle que se apodera do relógio que alguém traz consigo, pondo-lhe ao peito o punhal, como aquelle que obriga outrem pela mesma fórma a subscrever uma obrigação para pagar uma quantidade de moeda.

Não é porém assim, se queremos precisar os factos. A *extorsão* sómente se assimilha ao roubo, emquanto ambos os crimes supõem essencialmente o emprego de *meios violentos* contra pessoas; mas differem em que o roubo tem *sempre* por fim subtrahir uma coisa movel alheia, e a consummação do crime consiste no *facto da subtração*, ficando em *tentativa* se se não consegue; a *extorsão* consiste no *attentado* em si mesmo, tem um fim mais *amplo*, porque sendo o seu objecto adquirir ou firmar *um direito*, extinguir ou descarregar *uma obrigação*, o objecto d'este mesmo *direito* ou *obrigação* pôde ser muito vario, muito diverso, e nada ter que se assimilhe ao roubo; pôde mesmo incluir a declaração affirmativa ou ne-

gativa de um facto tendente a infamar, a justificar ou qualificar de certo modo uma determinada pessoa.

O crime de que se trata tende á perpetração de outro crime, com abstracção de ser ou não contra a propriedade, mas para que é precisa a assignatura ou disposição ou declaração de alguém que *simule* ou a concessão ou o reconhecimento ou a confissão ou o depoimento da pessoa violentada.

O papel assim obtido não é mais que *um meio preparatorio* de crime que ha de ser commettido pelo uso ou emprego do mesmo papel.

Não obstante esse papel, a verdade em contrario pôde esclarecer-se, a pessoa violentada pôde retratar-se; e se da violencia resulta a nullidade e falsidade intrinseca do documento, a incriminação, de sua mesma natureza e por via de regra, suppõe que o *crime fim* não chegou a consummar-se, nem mesmo a tentar-se; dizemos por via de regra, porque entre o processo crime e os immediatos effeitos, pelo uso do papel, pôde mediar um espaço tão curto, que a consummação do mesmo *crime fim*, qualquer que elle seja, não possa ser prevenida.

Pôde mesmo esse papel ser guardado ou inutilisado pelo proprio criminoso, ou não passar a emprego d'esse *meio preparatorio* da tentativa, suspensa por causas dependentes ou não da sua vontade; pôde o *crime fim* ter, tanto quanto estava da parte do criminoso, plena execução, mas esse fim ficar *frustrado*.

A inverosimilhança, a inconcludencia do papel ou quaesquer outras provas directas ou indirectas em contrario podem ser apreciadas pelos juizes ou qualquer outra pessoa a que pertença essa apreciação, de modo que o escripto fique em completo desprezo, e que assim nem a propriedade, nem o estado das pessoas, nem a sua honra, nem a verdade, nem a justiça soffram o menor damno.

Portanto a assimilhação d'este crime a roubo nem é fundada em verdade moral nem juridica; e muito nos admira que em nenhum dos Cod. que d'elle se occuparam fosse contemplado como deve ser em si mesmo e com *abstracção* do *crime fim*, que só pôde ser uma circumstancia *aggravante* e

mesmo *attenuante*, e que só *quando consummado* constitue o *concurso* dos dois crimes, para em taes casos ter logar a punição, segundo as regras geraes da theoria do direito penal.

Dizemos *attenuante*, porque se a *torpeza dos meios* não desaparece inteiramente pela *justiça do fim*, a *obtenção e emprego* d'esses *meios* se aggrava sómente quando o *fim é injusto*, ou se não devia ou não podia alcançar por elles, principio em que se funda a attenuação estabelecida no art. 438.º, com o qual este art. fica repugnante.

ARTIGO 441.º

Se as causas 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.

Art. 33.º e ref., e 130.º § 3.º

Reportamo-nos ao § 3.º do art. 130.º, aonde comprehendemos esta materia.

Aqui especialmente temos a notar que a circumstancia do attentado, em rasão do *sacrilegio* resultante da qualidade da cousa subtrahida, é preponderante por tal fórma que pouco importa que haja ou não violencia; as penas são sempre as mesmas, e sempre *indivisiveis*, não podendo o juiz *gradualas*, mas sómente escolher entre o *maximo* e a *perpetuidade*, quer haja *furto*, quer haja *roubo*.

A falta de respeito que se commette contra a religião do Estado no concurso das duas circumstancias, *logar e cousa sagrada*, convertem um furto simples, qualquer que seja o seu valor, em crime igual aos do *roubo*, contemplados no art. 434.º, e superior aos contemplados no art. 435.º

Effectivamente o *furto* de cousas sagradas é um furto *qualificado*, mas o roubo das mesmas cousas sagradas tambem é um *roubo qualificado*. A conclusão seria, feita a distincção entre *furto* e *roubo*, a aggravação da pena commum em uma e outra hypothese, mas não a confusão de ambas, estabelecendo-se a mesma pena.

O ladrão que subrepticamente se introduz em uma christia para tomar a si o resplendor da imagem de um santo ou qualquer alfaja destinada ao culto não pôde ser confundido com o ladrão que, por meio de chaves falsas, arrombamento ou violencia para com as pessoas, espancando e ferindo,

se introduz no templo para se apoderar de objectos preciosos, maxime quando penetrou em quadrilha.

O ladrão que, acompanhado de outros, accomette os ecclesiasticos no acto religioso de acompanhar um finado ao cemiterio, e á viva força arrebatá a cruz ao sacristão, não pôde confundir-se com o ladrão solitario ou não solitario que, aproveitando-se de um descuido do mesmo sacristão, lhe furta o hyssope ou a caldeirinha.

Alem d'isso, se o *sacrilegio indirecto* aqui mereceu tanta consideração ao legislador, que as distincções, causas de aggravação ou de attenuação, previstas tanto n'esta como na antecedente secção, ficaram sem importancia, como de menor consideração *relativa*, por que rasão no citado art. 130.º § 3.º o *sacrilegio directo*, o maior e mais aggravante de todos os sacrilegios, ha de ser punido com uma pena immensamente menor?

O Cod. Hesp. procedeu com mais coherencia e justiça, como se vê dos seus art. 131.º e 425.º

O Cod. Hesp. esteve, ou podia estar presente, na redacção do presente art., que assim se torna injustificavel e digno de completa reforma. Os Cod. da Sardenha e das Duas Sicilias, posta de parte a severidade das suas penas, tambem são mais coherentes e mais justos, como já notámos ao dito art. 130.º § 3.º

Os principios philosophicos e de boa rasão, assim como os da theoria do direito penal e os da mesma religião do Estado, não permitem que as penas de sangue, as penas cruéis se applichem em rasão do sacrilegio despido de outras circumstancias que o tornem aggravante em rasão do crime social.

Mas o sacrilegio é, em si mesmo, um crime social que ataca não um individuo, mas todos os de que se compõe a sociedade na sua crença religiosa, nos objectos da sua maior veneração.

Se o crime é complexo, e não ha crime sem intenção, a sociedade recebe duas offensas directas pelo *furto* ou *roubo* e pelo *sacrilegio*. Mas se o fim do ladrão não foi o *sacrilegio*, mas unica e restrictamente o de furtar ou roubar, o mal do

escandalo e da offensa, em rasão do *sacrilegio*, é infinitamente menor, e não pôde nem deve ser mais que uma circumstancia accessoria do crime de *roubo* ou *furto*.

« S'il n'a point ces caractères particuliers de malignité, « comme s'il s'agit d'un vol de vases consacrés aux mystères... ce délit fera ajouter peu à la peine ordinaire, que les « lois auront décernée pour celui, dont il sera l'accessoire¹. »

Effectivamente o furto ou roubo pôde ser, e é quasi sempre, commettido sem maior ou nenhum escandalo, sem arruido, por avareza ou necessidade, e sem a menor intenção de offender a religião, como notou Rossi ao Cod. de Parma. Em taes casos a supposição do desacato ou sacrilegio em que se funda a aggravação da pena não é conforme nem á verdade moral nem á justiça social.

ARTIGO 442.º

Verifica-se o arrombamento exterior todas as vezes que pôde haver introdução 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 construção que serve a fechar ou impedir a passagem.

§ 1.º É arrombamento interior aquelle que, depois da introdução em qualquer casa ou edificio, se faz em porta ou parede interior ou construção interior destinada á guarda ou segurança de quaesquer objectos.

§ 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, aindaque o movel seja aberto ou arrombado em outro lugar.

§ 3.º É escalamento toda a entrada em qualquer lugar fechado, executada por cima da porta ou parede ou qualquer construção que serve a defender a entrada ou passagem; e bem assim por qualquer abertura subterranea, não destinada a servir de entrada.

§ 4.º São consideradas chaves falsas todas as chaves imitadas, contrafeitas, alteradas ou perdidas, as gazuas ou outros artificios empregados para abrir quaesquer fechaduras.

Este art. e seus §§ não carecem de maior analyse. Não contém nem incriminação nem penalidade, mas só preceitos para qualificar as circumstancias do roubo, nos casos de *violencia real*. Concorde com o Cod. Hesp., art. 421.º

¹ Isaac Iselin, de la Leg. Cr., pag. 125.

(n.º 431.º) n.ºs 1.º, 2.º e 3.º, e art. 423.º (n.º 433.º) n.ºs 1.º, 2.º e 3.º

Note-se porém que se omitiu comprehender aqui, como fez este Cod., na qualificação de *arrombamento*, o *rompimento de sello*. Póde o movel não carecer de chave, gazua, nem de artifício algum para ser aberto, mas sómente de uma pequena força para rasgar ou destruir o papel ou involucro que o encobre. Esta omissão é tanto mais digna de reparo, que a respeito do furto com rompimento de sellos, quando commettido por um individuo que não é o funcionario encarregado da guarda de papeis, se mandam applicar as penas do roubo.

Concorda mais o Cod. Fr. nos art. 393.º a 398.º, com a differença de que, pelo que respeita ao *arrombamento* = *effraction* = deu em geral a definição no art. 393.º; passou depois no art. 394.º a distingui-lo em exterior e interior, e a definir o exterior no art. 395.º, e o interior no art. 396.º. A importancia e necessidade da adopção d'esta distincção do Cod. Fr. vem de que, nas hypothèses dos nossos art. 434.º n.º 3.º e 435.º n.º 1.º, para se tornar elemento constitutivo da incriminação o *arrombamento* é preciso que seja *exterior*.

As palavras = *que póde haver* introdução em qualquer logar pelo rompimento = traducção das do art. 395.º = *à l'aide desquelles on peut s'introduire da les maisons*, etc. = tem dado causa em França a diversas interpretações. O ladrão que, para roubár as grades de ferro de uma janella, pratica o rompimento da parede, como o seu fim não é entrar na casa que a grade defende, e effectivamente n'ella não entrou, deverá ser considerado como réu de roubo, commettido com *arrombamento exterior*?

O texto da definição é formal; não exige mais que a *possibilidade* da introdução. A letra dos ditos art. 434.º n.º 3.º e 435.º n.º 1.º, a que póde ser applicavel a definição, assim entendida, não envolve antinomia alguma.

As palavras do § 2.º, quanto á subtracção do movel fecho = *considera-se feita com a circumstancia de arrombamento* =, assim como todas as do mesmo § são precisamente vertidas tambem do Cod. Fr., art. 396.º, ali omittida a qualificação = *interior* =, por inutil, porque no systema

das incriminações do Cod. não ha senão *arrombamento* em geral, e o *qualificado* por ser exterior¹. Mas por coherencia devia-se dar a definição do *arrombamento* em geral, e do *arrombamento qualificado*, em razão do maior perigo que d'elle resulta á segurança interior das habitações e suas dependencias, e omittir-se a definição do *arrombamento interior*, que para nada é precisa. Assim o Cod. omitiu definir o necessario, e definiu o que não era necessario definir.

O mesmo Cod. Fr., no art. 397.º, quanto ao escalamento = *escalade* =, serviu de modelo e de fonte proxima ao § 3.º. Não devia ser assim; a definição devia ser mais clara. Póde entrar em dúvida, se é precisa uma escada para subir, ou o emprego de qualquer outro meio que ajude essa operação, ou se basta haver o ladrão trepado ou marinhado até galgar o muro ou parede que lhe faculta a entrada interior. Póde entrar em duvida se entrar por uma janella baixa importa escalamento, se o acto de alçar uma perna para o conseguir basta para constituir similhante circumstancia, e no caso affirmativo, a que pés de distancia deve a janella estar do solo.²

Finalmente o mesmo Cod. Fr., art. 398.º, foi imitado no § 4.º, quanto á definição das chaves falsas, mas omittidas as palavras = *qui n'ont été destinées par le propriétaire, locataire*, etc. =, para comprehender as chaves empregadas contra vontade das pessoas que têm o direito de usar d'ellas. N'este sentido o § manda considerar justamente como falsas as chaves *perdidas*: poderia, e deveria acrescentar = *desencaminhadas* ou *furtadas* =, porque não póde reputar-se falsa uma chave *verdadeira*, para effectos criminaes, que importam a aggravção penal, senão aquellas que a lei assim metamorphoseia. O art. 18.º prohibe toda a ampliação por identidade ou maioria de razão.

Seria mais completo e acertado acrescentar-se, que = *são*

¹ Assim o julgou o tr. de cass., em Ar. de 21 de Maio de 1843, que Carnot combate, mas que Chauveau, Sulpici e outros defendem.

² Tres pés considera necesarios o tr. de cass., pela sua jurisprudencia nos Ar. de 7 de Novembro de 1811, 13 de Junho de 1813 e 22 de Abril de 1830.

Effectivamente se a janella é mais baixa, entrar por ella ou pela porta é uma circumstancia quasi indifferente para se aggravar a criminalidade.

*reputadas chaves falsas todas aquellas que, posto sejam verdadeiras, existem subrepticia ou fortuitamente fóra do poder d'aquelle que tem o direito do seu uso*¹. Effectivamente as chaves não são falsas materialmente, com abstracção do crime, mas o são em sentido moral e criminal, em rasão do incompetente emprego que o criminoso d'ellas fez.

Para se evitarem pois semelhantes duvidas cumpria que a emenda feita ao cit. art. 398.º do Cod. Fr. fosse mais completa, sendo mais ampla.

¹ O tr. de cass., Ar. de 18 de Julho de 1811, de 16 de Dezembro de 1825 e de 13 de Maio de 1836; mas Carnot, Chauveau e Sulpici combatem esta jurisprudência, como contraria ao texto e espirito da lei.

Aquelle a quem for achada gazua ou outros artificios para abrir quaesquer fechaduras, ou que d'elles tiver feito uso em prejuizo de alguem, será punido cõm a prisão de tres mezes a tres annos, salvo quando houver logar a pena mais grave.

Art. 38.º e ref.

Este art. contém duas incriminações que é preciso distinguir:

1.ª A do porte de gazuas e outros artificios de abrir portas.

2.ª A do uso d'elles em prejuizo de alguem.

Quanto á primeira, o facto da achada sómente faz presumir que o culpado estava premunido para conseguir um fim, e que era necessario abrir a fechadura de uma porta, gaveta, bahu ou armario.

A presumpção do roubo é fallivel e arbitraria, porque o facto póde ter uma significação diversa. É mesmo equivoca para se concluir que esse *meio preparatorio* era destinado a remover obstaculos ao commettimento de facto qualificado crime.

Dada mesmo por certa a conclusão do legislador, da intenção ao facto do uso, e d'este ao da perpetração do roubo ou facto criminoso, vae uma grande distancia.

Punir o criminoso com uma pena grave é arremessa-lo á consummação do crime. Elle sabe que, sendo apprehendido ou surprehendido com a chave falsa, soffre sempre uma pena corporal, talvez igual, ou inferior como se consummasse o crime intencional, e portanto o seu interesse pede que, dados os primeiros passos, não pare na carreira do mesmo crime.

Quanto á segunda, admittida a intenção furtiva, e pois

que não é dado isolar o art. da materia da secc. em que se acha collocado, a determinação parece ser, nos termos em que se acha redigida, ou superflua ou antinómica. Superflua, pois a hypothese se acha prevista no art. 438.º; antinómica, porque, se a pena ali é a do *furto aggravado*, e esta, é a do *degrede* temporario, não pôde compadecer-se com a disposição do presente art., que impõe a pena de *prisão correccional*, embora o roubo fique em crime frustrado, porque a pena é sempre o mesmo *degrede*, comquanto attenuado nos termos do art. 89.º § un.

Esta repugnancia desaparece pela ressalva que o art. faz das penas mais graves, mas esta restricção annulla então a disposição, porque se houve *prejuizo de alguém* e para elle *uso de gazuas ou de outros artificios de abrir fechaduras*, manifestam-se essencialmente os mesmos elementos constitutivos do crime previsto no art. 438.º, em que a pena é *sempre mais grave*, o que exclue a possibilidade da applicação do presente art. na sua segunda hypothese.

Para se conciliar esta disposição com a do mesmo art. 438.º seria preciso: 1.º, entender-se que nas palavras *— e outros artificios para abrir portas —* se não comprehendem aqui as *— chaves falsas —*, assim como n'estas *— as gazuas —*, o que repugna á definição dada no § 4.º do art. antecedente; 2.º, restringir o *— prejuizo de alguém —* ao *prejuizo moral*, ou pessoal e não real, inherente a *furto*, ou tomar como *crime intencional* sómente o *uso das gazuas ou de outros artificios para abrir portas*, e como *occasional* sómente o *prejuizo resultante*, fazendo-se distincções que os termos absolutos e indeterminados do presente art. não consentem. Fica pois intacta a antinomia para quem melhor poder e souber fazer a conciliação.

Quanto á penalidade, conforme ao art. 421.º, mal sabemos como possa justificar-se, emquanto é commum em ambas as hypotheses. O *crime consummado* é punido como o *seu presumido meio preparatorio*. Mas d'este áquelle vae uma distancia immensa, mettendo-se de permeio não só o *crime frustrado*, mas a *tentativa*, e n'esta ainda os seus diversos graus de mais ou menos proxima, por outros actos que antecedem o ultimo de execução.

A nossa Ord. do liv. 5.º tit. 60.º § 1.º era mais justa e mais conforme aos principios do direito penal: 1.º, porque esperava pelo menos o primeiro acto de execução *— se for provado que abriu porta ou entrou —* etc.; 2.º, porque distinguia a pena, sendo maior no *crime consummado*; 3.º, porque subordinava a penalidade, como já notámos, ao valor do furto de meio marco de prata ou d'ahi para cima.

A mesma Ord., nos §§ 9.º e 10.º, incriminava o porte das *gazuas*, em qualquer parte do reino; mas a pena era não só menor, como justamente devia ser, mas restricta a essa especie, e não ampliada mesmo ás chaves *imitadas ou perdidas*, como se declara no art. antecedente § 4.º O § 10.º contemplava *quaesquer outros artificios para abrir portas*, no caso da achada depois do *sino de recolher tanguio*.

Este mesmo § 10.º da Ord. faz ver uma omissão importante n'este art.; porque, se o porte de *chaves falsas* devia ser incriminado, por maioria ou pelo menos identidade de razão o devia ser o porte de outros instrumentos que fossem *— para quebrar arcas ou portas, ou as lançar fora do seu couce —* como ali se diz.

Quanto á prohibição das *gazuas* em si mesmas, como objecto de contrabando ou de moeda falsa, não nos parece justa, considerado o facto material da achada, despidido da intenção de fazer uso criminoso. Não pôde ser considerada moralmente illicita a posse de uma *gazua* com destino preventivo de abrir uma porta, o que é muitas vezes necessario ou urgente, e cuja chave um dono ou locatario de casa perdeu ou se lhe extraviou.

Na falta de *gazua* é preciso o arrombamento, e pôde a porta estar fechada com tal segurança, que difficilmente ceda a quaesquer esforços.

Alem d'isso o facto da apprehensão pôde ter logar ou sobre o mesmo individuo, ou em sua casa, accidentalmente, sem que haja o menor indicio de intenção malefica; e assentar a penalidade na presumpção e não no facto criminoso, é sempre uma grave injustiça¹.

¹Veja-se o comm. ao art. seguinte.

ARTIGO 444.*

Aquelle que fizer gazuas ou os referidos artificios, ou falsificar ou alterar chaves, será condemnado na mesma pena.

§ un. Se for ferreiro de profissão soffrerá o maximo da prisão correccional e a multa de tres mezes.

Art. 38.º, 41.º e ref.

A Ord., cit. § 9.º, não incriminando o porte senão das *gazuas*, não incriminava o de *outros artificios*—para abrir ou quebrar arcas, portas, etc.—senão quando o delinquente fosse encontrado depois do toque do sino de recolher. Ao mesmo tempo incriminava a fabricação sómente das *gazuas*, quando fossem feitas *por ferreiro ou official*.

Assim era lícito a qualquer, não sendo ferreiro de profissão, o fabricar *gazua* e guarda-la em sua casa.

O art. ampliou a prohibição a quaesquer pessoas, e n'este § conservou a incriminação para o effeito de aggravar a pena.

Concordam na incriminação o Cod. Fr., art. 399.º, e o das Duas Sicílias, art. 425.º A do § un. é indivisivel, por ser imposta no seu maximo. O vicio de semelhantes penalidades já mais de uma vez o temos demonstrado.

Os interpretes francezes, para attenuar a incriminação, dizem que é essencial, como em qualquer delicto, a *intenção criminosa*¹; mas aqui a violação resulta da preterição, não de um dever moral legislado, mas da infracção de uma lei preventiva, de ordem e de segurança dos cidadãos. É uma pura con-

¹ Sulpici: « Le crime ou délit prévu par cet art. ne se constitue, comme les *délits ordinaires*, que par le concours d'une intention criminelle. »

O erro está em considerar este crime ou delicto como os *ordinarios*. N'estes a verdade e a justiça moral são *sempre* a sua essencia, e por consequência a *intenção criminosa*. Mas nas *contravenções*, embora sejam *punidas como crimes ou delictos*, essa intenção não é elemento constitutivo, e nem ella se poderia demonstrar, o que tornaria inutil a disposição da lei prohibitiva.

travenção, punivel com abstracção de qualquer prova de *intenção malefica*, nos restrictos termos do art. 3.º

Esta observação conduz naturalmente a contemplar como injusta a disposição, assim d'este art., como do seu §, tanto em relação aos termos absolutos da sua prohibição e aggravação, como á severidade das penalidades que resulta da assimilação a roubo ou a furto aggravado.

E este nosso juizo vemos plenamente auctorisado e confirmado no Cod. da Austria, part. 2.ª art. 217.º e 218.º Não só ali se contemplou o facto entre as *graves infracções de policia*, mas se restringiu a incriminação aos serralheiros, officiaes ou aprendizes de officio¹.

Alem d'isso: 1.º, a prohibição foi-lhes limitada, quando se provasse falta de cautela, fabricando as gazuas ou chaves para pessoas desconhecidas ou suspeitas; 2.º, reconheceu-se-lhes o direito de ter esses instrumentos, e consequentemente o de os fabricar para uso da sua mesma profissão, e só se lhes fez um dever especial de não serem negligentes na guarda d'elles.

Quanto ás penas, consideradas assim debaixo do seu verdadeiro ponto de vista, se reduzem á multa de 25 a 50 florins, na primeira reincidencia ao dobro, e na terceira á inhabilitação especial de trabalhar pelo seu officio.

Os officiaes ou aprendizes que, sem a sciencia de seus mestres ou patrões, commettem alguma d'estas faltas, são ali punidos com prisão rigorosa de uma *semana*, aggravada com *castigo corporal* nas reincidencias.

¹ A utilidade maior que resulta de se distinguirem os crimes e delictos das contravenções, e de se tratar d'estas separadamente, é a de se não exagerarem as penalidades que só correspondem áquelles.

A confusão é causa de muitos erros a semelhante respeito, como se está vendo em muitos logares do presente Cod.

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 cousa immovel, arrogando-se o dominio ou a posse ou o uso d'ella sem que lhe pertença, será punido com a prisão correccional.

Art. 38.º e ref.

Dá-se uma grande variedade nos Cod. das nações civilizadas acerca da apreciação e punição do facto incriminado no presente art.

O Cod. Fr. guarda silencio, tambem o guardou a nossa Ord. na sua parte criminal do liv. 5.º A do mesmo liv., tit. 61.º pr., comquanto na generalidade dos seus termos=*tome cousa alguma*=parecesse comprehender *tanto os moveis como os immoveis*, comtudo no espirito de toda a legislação concordante, nos termos do direito commum, e praxe constante, se entendeu sempre o facto da *occupação* distincto do da *aprehensão*, que é impossivel nos immoveis.

O immovel não foge, pôde ser retomado, restituído, reclamado; não contém portanto contra a propriedade alheia os mesmos perigos que a subtracção das cousas moveis.

Mas na parte civil, liv. 4.º tit. 58.º, se achava o mesmo facto punido com o perdimento do direito pertencente ao forçador, se algum na cousa tivesse, ou da sua valia, alem de perdas e damnos.

Esta Ord. tinha os inconvenientes ou de deixar impune o forçador que não tivesse por onde pagar a valia da cousa immovel, ou o de legitimar em favor de um mero detentor a posse intrusa ou injusta, ou de confiscar em proveito do for-

çado outro tanto como a sua mesma propriedade. Era uma rigorosa pena de talião.

A mesma Ord. era ainda mais injusta, quando impunha perdimento da cousa ao proprio senhor d'ella=*pelo fazer por sua propria força, sem auctoridade de justica*=, salvo, nos termos do § 1.º, se a cousa não estava *corporalmente* possuida por outrem (*quasi força*, diz a Ord.) ou, nos termos do § 2.º, em *desforço*, sendo *logo*, isto é (diz a mesma Ord.), com o espaço sufficiente para o senhor da cousa poder=*chamar seus parentes e amigos*=.

Esta legislação ficou pois alterada quanto á penalidade do facto, estabelecendo-se uma pena corporal applicavel a qualquer delinquente, e revogada quanto aos actos de força ou desforço praticados pelo senhor da cousa.

Sem que lhe pertençam, se diz no art.; é pois essencial que a sua posse ou o seu uso *seja alheio* na restricta significação da palavra *usurpação*¹.

Assim fica sem repressão o acto de *vindicta privada* que estava previsto na Ord., e que o foi a respeito do roubo e furto, nos art. 422.º e 439.º

A fonte proxima do presente art., no que respeita aos termos da incriminação, é o art. 429.º (n. 440.º) do Cod. Hesp. Concorde o Cod. da Austria, art. 72.º e 73.º, e o Cod. das Duas Sicilias, art. 426.º e seg.

Mas tanto o primeiro como o terceiro d'estes Cod. distinguem a *usurpação em simples e qualificada*. O presente art. só se occupou da *usurpação qualificada*, não correspondendo assim á generalidade da epigraphie que se encontra n'esta secç. A omissão não nos parece bem fundada, porque, se o furto da *cousa movel* é punivel, o furto, aindaque propriamente dito, da *cousa immovel* não deve ficar impune².

¹ A usurpação é a occupação da cousa immovel de outrem, na intenção de tirar d'ella proveito contra vontade de seu dono. Diz-se *qualificada* quando violenta, *simples* quando sem violencia. Cit. Cod. das Duas Sicilias, art. 426.º e 427.º

² Nos casos de usurpação de baldios ou uso indevido de cousas do uso commum do povo dos concelhos são as usurpações *simples* punidas com penas municipais=*coimas*= por virtude das posturas das respectivas camaras. Em uma de Alcobaca lemos:

Quanto á penalidade parece-nos preferivel a do Cod. Hesp.: 1.º, porque na usurpação *qualificada* estabelece a multa de 50 a 100 por cento da *utilidade que o delinquente tirou da usurpação*, nunca inferior a 20 duros; 2.º, porque manda applicar alem d'ella a pena correspondente á *qualidade das violencias*. Na *usurpação simples* a prisão se reduz á multa, e é de 25 a 50 por cento, nunca inferior a 15 duros.

«Todo o que se apossar do terreno do concelho pagará 200 réis por cada vara (5 palmos) quadrada de terreno *que haja usurpado*, e restituirá *in continenti* o terreno tomado, pondo tudo como d'antes estava; e na mesma pena «o que apropriar a seus usos, *com exclusão dos outros*, quaesquer bens, pastos e fructos do logradouro commun dos vizinhos do concelho.»

A Ord. do liv. 1.º cap. 66.º § 11.º permite ás camaras fazer repor os *vallados no seu antigo estado*, quando a alteração foi feita com o fim de se usurpar terreno ou servidão do concelho, ficando salvos os meios ordinarios contenciosos, de que tambem as camaras devem usar, quando a alienação se ache consummada, e se careça de reivindicção.

ARTIGO 446.º

Qualquer pessoa que, sem auctoridade da justiça, ou sem consentimento das partes a que pertencer, arrancar marco posto em alguma propriedade por demarcação, ou de qualquer modo o supprimir ou alterar, será condemnada a prisão de um mez a um anno, e multa correspondente.

§ un. 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 taes reconhecidas.

Art. 34.º, 41.º, 476.º n.º 2.º e 479.º

A fonte proxima d'este art. é a Ord. do liv. 5.º tit. 67.º, cuja expressão é a mesma até á palavra *demarcação*, e só com a substituição da palavra *herança* pela de *propriedade*. A pena da Ord. era degredo por dois annos.

Concordam na incriminação os Cod. Hesp. art. 431.º (n. 442.º), como *usurpação qualificada*, das Duas Sicilias, art. 428.º, Fr., art. 389.º e 456.º, da Austria, art. 178.º n.º 5.º e art. 181.º, como especie de *fraude*.

A nossa Ord. punia com as mesmas penas o facto de se *metter marco novamente* em predio que o não tinha, com intenção de usurpar uma parte do predio vizinho, e declarava que, se na tirada dos marcos houvesse sómente a intenção de furtar a pedra ou cousa posta por demarcação, seria o delinquente punido com as penas do furto.

O legislador omitiu n'este art. tanto a incriminação, como a declaração. A primeira, talvez por se não mostrarem no facto caracteres bem pronunciados de intenção criminosa, sem se advertir que a infracção do dever ainda está em ser o facto

praticado *sem auctoridade da justiça* ou consentimento das pessoas a que pertencer, e que portanto só procedia como circumstancia attenuante a ausencia d'aquella intenção, subsistindo os elementos necessarios para uma contravenção offensiva da ordem publica. A segunda, porque quiz comprehender com abstracção da intenção o facto material do arrancamento dos marcos, sem se advertir que postoque o facto importe duplicadamente falta de respeito á propriedade, em rasão do furto e em rasão do arrancamento do marco, especie de *sacrilegio* entre os gregos e os romanos¹, é sempre mais attentatorio do direito de propriedade o facto d'aquelle que o pratica na intenção de se apoderar do alheio, destruindo as provas da delimitação, com o fim de não só assegurar a usurpação, mas de encobrir ou tornar impossiveis as provas do seu crime.

O grau de corrupção e de cobiça em damno alheio é de muito maior importancia para se avaliar o mal resultante do crime e se lhe proporcionar a pena. A declaração portanto da Ord. era justa, era bem fundada.

O Cod. Fr. não confundiu, como aqui foram confundidas, duas hypothèses mui distinctas, como fica notado. O Cod. Rur., tit. 2.º art. 32.º, considerava tambem o facto material simples differentemente qualificado pela intenção de se usurpar o terreno², mandando agravar a pena n'este caso.

O presente art. estabeleceu, sem entrar em distincções, uma pena uniforme de um mez a um anno e multa³ correspondente. Os juizes porém devem attende-las entre maximo e minimo da lei, para supprir pelo arbitrio legal a deficiencia ou os termos vagos da expressão do legislador.

Devem mais os mesmos juizes ter em vista as palavras do art. — *marco posto... por demarcação* —. Entende-se da demarcação judicial ou consentida pelos respectivos interessados.

¹ Vid. na parte historica o comm. do sr. Levi.

² Antoni, sobre a lei de *fin. regund.*, lembra a distincção de ser *parcial* ou *total* o arrancamento dos marcos, alem da de ser para furtar os materiaes ou de realisar uma usurpação ou de tornar incerto o resultado de um pleito.

³ É sempre para notar a falta de systema e de principio fixo que determina a pena accessoria da multa. Era ella adequada tambem na hypothese do art. antecedente, e contudo empregada aqui omitiu-se ali!

«A delimitação de uma propriedade, que nunca deve ser «feita ás occultas, nem por acto de jurisdicção voluntaria, mas «sempre com o conhecimento e audiencia de todos os proprietarios confinantes, se considera por isso mesmo com a «força de um rigoroso contrato, por modo que, assim verifi- «cada, liga a todas as partes que concorreram a esse acto, qual- «quer que seja a vantagem ou prejuizo que d'elle lhes possa «resultar.

«D'aqui vem a necessidade de uma *delimitação regular*, «e conforme aos *direitos de todos*...

«Se os confinantes estão de accordo, em vista dos *limites visiveis* de suas propriedades... nenhuma difficuldade se offerece a semelhante respeito.

«Mas se houver contestação, *deve ella ser ventilada perante o poder judiciario*, em conformidade com as leis especiaes que regulam a competente acção *finium regundorum*¹»

Consequentemente, assim como ninguem *de facto* e de auctoridade propria póde arrancar ou mudar um marco, tambem não deve ser considerado delinquente aquelle dos confinantes que repõe no seu logar o marco tirado ou tira o que foi collocado arbitrariamente, sem sua audiencia, consentimento, nem auctoridade judicial².

Quanto ao § un., é destinado a dar a definição de *marcos*, no sentido legal. No Cod. Hesp., art. cit. 431.º (n. 442.º), se lêem as palavras:

«*Términos ó lindes... ó qualquiera clase de señales destinadas a fijar los limites de predios contiguos.*»

Quanto ás arvores, se encontram no Cod. Fr., cit. art. 456.º, as seguintes palavras:

«... *pieds corniers, ou autres arbres, plantes ou reconnus pour établir les limites, etc. entre différents héritages.*»

¹ Nossa Memoria sobre *Cadastro e Propriedade predial*, publ. em 1849, pag. 63 not. 27.^a

² Assim tem sido julgado em França; Sulpici, ao art. 455.º do Cod. Fr. n.º 15.º Se o cadastro da propriedade predial se realisasse pelo methodo que propozemos e demonstrámos na dita Memoria, o crime de que se trata não teria importancia alguma, porque os limites da propriedade seriam sempre certos e definidos, tivessem ou não *limites visiveis*. Virá isso um dia?...

Portanto a definição é extrahida das palavras d'estes dois Cod. Nós tinhamos e temos, conquanto em desuso, a palavra *—linde—* de que se serve o Cod. Hesp. para significar qualquer marco, balisa ou signal estabelecido, para demarcar e dividir sem confusão as propriedades e terras, assim como *—motom—* sua synonyma. Assim se colhe evidentemente do Foral de Castello Branco, de 1213, e ainda no de 1166, dado a Evora, em que se lê:

«Qui *motom* alieno in suo hero mudar, pecte V. solidos, «et septem a Palacio. Qui *linde*¹ alieno quebrantar, pecte V. «ff. et septem a Palacio.»

CAPITULO II.

DAS QUEBRAS, BURLAS E OUTRAS DEFRAUDAÇÕES.

SECÇÃO 1.^a

*QUEBRAS.

ARTIGO 447.*

Aquelles que, nos casos previstos pelo Codigo Commercial, forem julgados ter commettido o crime de quebra fraudulenta, serão punidos com o degredo por toda a vida.

Se a quebra for julgada culposa, a pena será a de prisão correccional.

§ un. A mesma pena será applicada aos cúmplices. Art. 35.º e ref., art. 88.º

Por excepção á regra geral, o Cod. não marca, nem os caracteres da quebra *fraudulenta*, nem os da quebra *culposa*. É remissivo ao Cod. Comm., e portanto, em relação á primeira, aos art. 1:147.º, em que, por uma presumpção *juris et jure*, sem que se admitta prova em contrario, se estabelecem cinco hypotheses; e ao art. 1:148.º, em que se enumeram tres, tambem de fraude presumptiva, mas *—salva a defeza*¹; e em relação á segunda, ao art. 1:149.º, em que se designam sete².

O Cod. omitta n'esta remissão ao Cod. Comm. mencio-

¹ Vid. Accord. do supremo tribunal de justiça de 11 de Maio de 1846 e de 4 de Agosto de 1848

² Mesmo a respeito dos factos que a constituem póde haver defeza que seja impossivel deixar de attender. Assim o reconhecia o Alv. de 13 de Novembro, § 14.º, no caso da não exhibição dos livros commerciaes; como se tivessem perecido por caso fortuito ou de força maior que excluísse a presumpção do legislador.

¹ Da palavra latina *—linea—* que quer dizer termo, limite, etc. É n'este sentido que Horacio disse: *—Mors est ultima linea rerum.*»

nar os caracteres especiaes da cumplicidade, como seria coherente, por isso que tambem se acham designados no art. 1:150.º do mesmo Cod., quanto á quebra fraudulenta.

A remissão aos Cod. do Comm. é seguida em muitos Cod. Pen., como o Fr., art. 402.º, Hesp., art. 434.º e 435.º (n. 445.º e 446.º). Os Cod. do Brazil, art. 263.º, da Sardenha, art. 394.º, e das Duas Sicilias, art. 320.º e 321.º, são remissivos ás *leis especiaes de commercio*, comprehendendo assim não só as hypotheses existentes nos Cod. Comm. em vigor, mas tambem quaesquer outras que possam ser previstas por leis posteriores.

Não só os caracteres especiaes do crime dependem dos Cod. Comm., mas tambem a sua punição fica dependendo da qualificação da quebra, feita por sentença do juizo commercial transitada em julgado; porque não pôde haver corpo de delicto sem que essa sentença seja remittida *ex officio* ao juizo criminal, como é expresso no art. 1:151.º do nosso Cod. Comm.

Mas pôde acontecer que, sendo qualificada a quebra como fraudulenta para effeitos commerciaes, o juiz da pronuncia a declare culposa, ou que ainda a qualifique de casual, e absolva o quebrado. Pôde acontecer mesmo que, pronunciado o réu como fraudulento, depois, no plenário da accusação, seja absolvido pelos jurados.

Não ha antinomia de causas, mas ha n'ellas uma identidade de facto apreciado diversamente, e é n'essa apreciação que apparece o conflicto de sentença contra sentença.

Como remediou o Cod. este inconveniente? Guardou silencio, e comtudo não o guardou com relação ao *adulterio*, apreciado no juizo civil, para os effeitos do *divorcio*, e no juizo criminal, para os effeitos da *imposição das penas*, como se vê do art. 403.º e seu §.

Nenhum dos Cod. apontados preveniu semelhante difficuldade.

O Cod. de Baviera, art. 273.º, seguiu diverso systema, por isso que constituiu, a par da criminalidade especificada, a pena correspondente independentemente do estatuido nas leis commerciaes. O mesmo caminho trilhava a nossa Ord. do liv. 5.º tit. 66.º pr.

Quanto á apreciação do mal resultante do facto da quebra fraudulenta, não ha duvida que elle é complexo de muitos caracteres justificativos de criminalidade em geral, como simulação, abuso de confiança, aleivosia e furto. Mas, alem d'estes, prepondera o ponto de vista commercial, por fórma que as leis têm por fim constante subordinar a punição do crime aos interesses do commercio.

D'ahi vem que estas leis, sem offender os principios da justiça, são equitativas e humanas, concedendo aos criminosos ou suspeitos de crime alguns privilegios, como é a segurança de suas pessoas, depois de manifestada ou aberta uma fallencia, e mesmo alguns soccorros alimenticios, comtanto que entreguem todo o seu haver aos credores, para elles o partirem entre si.

D'ahi vem que rarrissimas vezes acontece que um fallido, que se entrega a seus credores, seja por elles perseguido como fraudulento, aindaque o rateio seja quasi nullo ou insignificante. Os jurados commerciaes, que são tambem negociantes, não podem deixar de sentir que as scenas podem trocar-se, constituindo-os por causas voluntarias ou involuntarias na mesma situação. Favorecer as concordatas, a rehabilitação, é de ordinario todo o seu fito, todo o mobil da sua indulgencia; e contemplam de ordinario, assim a desgraça da familia do negociante, como o descredito da classe.

Acrecece que as causas de uma quebra nunca ou quasi nunca são de uma só especie. Muitas concorrem já derivadas das vicissitudes de giro ou de risco, já de imprudencias ou inadvertencias, que precedem de ordinario os actos de fraude, no intuito de salvação ou de encobrimento do mau estado dos negocios.

Se, na presença d'estas considerações, os syndicos ou administradores da massa ou os jurados contemplam a severidade da lei penal, como a acção da justiça penal depende da qualificação da quebra, muito difficilmente se tornarão causas proximas ou remotas da denuncia do crime no juizo criminal.

Isto posto, torna-se manifesto que a pena imposta n'este art. favorece mais a impunidade que a repressão; poisque o

degreço por toda a vida se torna de quasi impossivel execu-
ção pratica para a culpa.

Esse art., entre os factos característicos da *fraude* para a
qualificação da quebra, designa o de:

«se occultar no balanço *qualquer somma* de dinheiro, di-
«vida, mercaderia, géneros ou quaesquer bens moveis.»

E não hão de tremer os jurados commerciaes de apreciar
a existencia d'esse facto, quando elles sintam em sua consci-
encia que elle não foi a causa determinante da insolvencia,
e que não é mais que *uma presumpção* do legislador?

A severidade injusta, perigosa d'esta pena mais se mani-
festa comparada com as legislações dos povos que mais impor-
tancia dão ao commercio, como o da Inglaterra, segundo o
Est. 32.º de Jorge II, cap. 28.^o, o da França, segundo o Cod.,
art. 402.º, ainda susceptível de attenuação, conforme o pre-
ceito do art. 463.º do mesmo Cod., reformado pela Lei de 28
de Abril de 1832, o do Brazil, art. 263.º, o Hespan., art. 434.º
(n. 445.º), o da Sardenha, art. 394.º, o das Duas Sicílias,
art. 321.º, o da Baviera, art. 276.º e seg., e outros da Alle-
manha, impondo sempre uma pena temporaria e divisivel.

A *perpetuidade* pois na pena d'este crime é obsoleta, e
reprovada por consenso unanime dos povos em que o com-
mercio é hoje uma necessidade, como elemento da sua vida e
prosperidade.

Pelo que respeita á segunda parte do art. ou á quebra de-
clarada *culposa*, a penalidade, comquanto desça, não só da per-
petuidade e da duração das penas maiores, abaixo do seu mi-
nimo, que fica sendo aqui maximo, mas ainda ás de outra na-
tureza, qual a de prisão correccional susceptível de ser at-
enuada, segundo as regras geraes, é exagerada, em rasão da
possibilidade da duração de tres mezes a *tres annos*, attenta
a qualidade do delicto.

Trata-se n'elle da punição da negligencia que, nos termos
do art. 2.º do Cod., se funda na omissão voluntaria dos deve-
res do negociante. O negociante devia prever que os factos
podiam conduzir ou concorrer para a banca-rotta, mas não teve

a intenção de causar danno a seus credores. A fallencia não
é *casual*, mas é *involuntaria*, e, se nas mesmas circumstancias
o *homicidio*, conforme ao art. 368.º e seu §, é punido, por
excepção ao dito art. 2.º, com a prisão de um mez a dois an-
nos, como pôde justificar-se aqui uma pena superior?

O Cod. do Brazil guarda silencio sobre a quebra culposa.
O nosso direito antigo não conhecia as distincções admittidas
no Cod. Comm. A quebra era punida, quando *dolosa* ou de
má fé.

A distincção de quebra *simplex* e quebra *qualificada* ou
fraudulenta, admittida nos Cod. da Allemanha e outros, e que
foi uma criação do Cod. Comm. Fr., era desconhecida nas Or-
denanças de Luiz XIV e de Luiz XV.

Em contraposição apontámos o Cod. da Baviera, no art.
275.º, aonde se lê:

«Ceux qui feront banqueroute par frivolité ou imprudence
«seront, suivant les circonstances, passibles de peines de po-
«lice.»

O projecto de lei para este Cod. propunha que fossem si-
milhantes quebras assimiladas á fraude commun; mas foi re-
jeitado n'essa parte:

«...comme manquant de justesse et de proportion. On ne
«peut voir ni crime, ni délit dans des actes de pure légèreté,
«qui n'impliquent aucune idée de fraude: d'ailleurs des hom-
«mes vivant avec un désordre apparent, ne peuvent inspirer
«aucune confiance sérieuse, et permettent à chacun de se te-
«nir sur ses gardes, par la notoriété même de leur incon-
«duite.»

O nosso art. porém adoptou uma doutrina contraria, as-
similhando, para a pena, a quebra culposa aos actos de *fraude*
commun ou *burla*, como se vê dos arts. 450.º e 451.º!

Quanto á cumplicidade, concorda o Cod. do Brazil, res-
trictamente na *quebra fraudulenta*, de que unicamente tra-
tou¹. Os outros Cod. não fazem similhante declaração. Nós

¹ Blackstone, Cod. Cr. d'Angl., cap. 12.º

¹ Os caracteres especiaes da cumplicidade na quebra fraudulenta regu-
lam-se pelo art. 1.º150 do Cod. Comm. Os da cumplicidade na quebra cul-
posa têm de se determinar pelas regras geraes do Cod. Pen., poisque o do
commercio nada estabeleceu a similhante respeito.

também não vemos razão que justifique uma excepção à regra que o Cod. estabeleceu sobre a cumplicidade no art. 88.º O grau de participação no crime não sendo o mesmo que nos cúmplices o dos auctores principaes, é injusta a assimilhação na pena; principalmente porque já não é pequena parte do castigo serem elles, nas quebras fraudulentas, condemnados pela mesma sentença a inteirar a massa e a perdas e danos, como é expresso no art. 1:152 do Cod. Comm.¹

Por ultimo notaremos: 1.º, que para a boa applicação da primeira parte d'este art., é necessario que no crime se verifiquem tres condições essenciaes: 1.ª, que o quebrado seja *commerciante*²; 2.ª, o estado de *fallencia*; 3.ª, uma *fraude qualificada*, nos precisos termos do art. 1:149.º do Cod. Comm.

¹ A Ordenança de Luiz XIV, fonte proxima do Cod. Comm. Fr., art. 12.º, punia os bancarroteiros com a pena de morte, e contudo não comminava aos cúmplices a mesma pena: No art. 15.º se lê: «Ceux qui auront aidé ou favorisé la banqueroute frauduleuse... seront condamnés en quinze cents livres d'amende, et au double de ce qu'ils auront divertí ou trop demandé, «au profit des créanciers.»

O nosso Cod. Comm., no art. 1:152, determina:

«A sentença que condemnar os cúmplices nas perdas estabelecidas na lei «deve igualmente condemna-los: 1.º, a reintegrar á massa os creditos, bens, «direitos e acções fraudulentamente subtraídas; 2.º, a pagar á massa por «perdas e danos o valor de somma igual á que pretenderam fraudar.»

Embora assim se qualifique este outro tanto, como a titulo de *perdas e danos*, desde que ella se acha fixada pelo legislador n'uma quantia certa, que pôde ser ou inferior ou muito superior á reparação, tem a natureza de multa pecuniaria. Temos portanto pela combinação do presente art., com aquelle do Cod. Comm., aggravada nos cúmplices a penalidade. A pena não é a mesma, mas maior. Ora se a identidade da pena na cumplicidade é uma injustiça, que nome tem ella quando se agrava com a multa?

Que esta seja para o Estado ou em beneficio da massa é indifferente para o caso, porque é sempre multa ou pena pecuniaria, anomala, e que pôde importar o confisco, ou a perda de tudo quanto os cúmplices possuirem!

Isto é um erro; porque o auctor principal do crime, o *cabeca*, aquelle que abusou da confiança commercial, o que contrahi uma obrigação directa e especial para com os seus credores, violou mais fortemente os seus deveres. A conclusão justa e logica é de que deve ser punido mais severamente que os seus cúmplices. Note-se contudo que a assimilhação da cumplicidade já existia na Lei de 23 de Agosto de 1756, § 12.º

² Quem é que deve ser considerado=*commerciante*=para o fim de que se trata? Se fossemos buscar a definição no art. 11.º do Cod. Comm., se entenderia esta expressão restricta aos que, praticando habitualmente actos de commercio, se acham como taes matriculados no registro commercial. Mas este art. não se pôde entender isoladamente, aliás ficaria antinomico e contradictorio, tanto com o art. 12.º, aonde a definição se modifica, declarando-se

2.º Que não é crime de *quebra fraudulenta* o diverso crime de *alevantamento da fazenda alheia*, embora praticado por um negociante.

É expresso o Cod. Comm., art. 1:158.º, declarando:

«O commerciante que se alevantar com a fazenda alheia «será processado sem privilegio algum e nos termos ordinarios.»

A Ord. do liv. 5.º tit. 66.º confundia estas duas especies, que aqui deviam expressamente ser distinguidas, attenta a disposição do mesmo art. 1:158.º, confrontado com o art. 1:152.º Para as justicas ordinarias procederem não se carece, n'este segundo caso, de sentença alguma do juizo commercial. O corpo de delicto constitue-se como nos de furto qualificado pelo seu valor

Assim o crime maior, qual este é, vem a ser punido, nos termos do art. 421.º, com uma pena menor que o crime de bancarrota fraudulenta, crime menos grave. Ali *degreço temporario*, aqui *por toda a vida*.

O fallido que põe a sua pessoa e bens á discrição dos seus credores, jurados e juizes, razão muito plausivel, alem de outras, da attenuação da pena, é mais severamente castigado que o fallido, que foge e leva consigo os fundos com que devia pagar a seus credores, vindo assim a ficar *privilegiado* em relação áquelle, e contra o disposto no cit. art. 1:158.º

É isto um absurdo de grande monta, que prova conclusivamente a exaggeração da pena imposta no art., mas que por isso não deixa de existir legislado, e que o interprete não pôde remediar nem conciliar.

que deve ser entendida= no sentido de gosar elle das prerogativas accordadas ao commercio=, como com os art. 1:044.º, 1:045.º, 1:050.º e 1:051.º, das quaes não só se vê que se pôde ser *commerciante* sem matricula, mas também que de *matriculados* e *não matriculados* se compõe a lista dos jurados commerciaes, por tal forma que a simples eleição de um commerciante não matriculado para esse cargo tem o effeito legal de matricula.

Commerciante pois em geral é todo o individuo que faz do commercio a sua profissão habitual. A sujeição ás leis de fallencia não é uma prerogativa, mas uma garantia dos credores e do commercio, considerado *in concreto*. O contrario porém suppoz a Lei de 2 de Julho de 1849, ampliando aos commerciantes não matriculados o disposto sobre quebras nos tit. 11.º, 12.º e 13.º E todavia o art. 1:120 era concebido em termos absolutos=*tudo o commerciante*=e não carecia por isso de ser ampliado.

Se o presente art. pois, quanto á disposição penal, tivesse uma applicação pratica, e, pelo exemplo, podesse influir no animo de um fallido, lhe seria mais conveniente ausentar-se e arrebatat até ao ultimo ceutil o cabedal de seus credores. Eis a instrução que lhes resultaria do Cod. Pen.¹!!

A Ord. cit. lhes comminava a *pena de morte*, e os equiparava aos *publicos ladrões e roubadores*²==.

¹ Já se vê pois*que discordámos da opinião do sr. Levi, comment. a este art., que não reputa excessivas as penas do Cod. São verdadeiras as suas razões tomadas *em abstracto*, mas não com relação á protecção devida aos credores commerciantes, cujas perdas podem evitar-se ou attenuar-se pela apresentação do fallido nos tribunaes de commercio. Veja-se o que expõe a este respeito Blackstone, nos seus Comment. ás leis inglezas, liv. 2.º cap. 31.º

«Em outro tempo, diz elle, considerava-se o *bancarroteiro* sómente sob o ponto de vista de um criminoso ou delinquent, e era n'este sentido que «Ed. Coke nos disse havermos adoptado das nações estrangeiras, assim o nome «como a perversidade do crime; mas hoje as leis sobre a bancarrota são consideradas como tendo por fim os interesses commerciaes. Estas leis são fundadas sobre principios tanto de justiça, como de humanidade.»

Em nenhum dos Cod. hoje em vigor na Europa se encontram penas que se approximen na severidade ás do presente art.

Se a quebra fraudulenta é um *furto qualificado* pela traição e violação dos contratos; se é de perigosas consequências contra o credito do commercio e a fortuna de outros negociantes, é certo que em nenhum dos casos de aggravação por furto, contemplados nos art. 421.º, 425.º, 426.º, 427.º e 428.º, se impõe mais que o *degreto temporario*.

Esta penalidade podia ser aggravada *pelo lugar* do degreto; pela redução do minimo; imposta no seu *maximo*, com prisão no mesmo lugar; todas estas quatro aggravações, que aliás não approvamos, foi preciso preferir para chegar á *perpetuidade*, sem se attender alem d'isso a que o mal resultante de uma póde ser incomparavelmente muito mais grave que o resultante de outra quebra, e que por esta fórma, sobre a exaggeração da penalidade, vem o peso da sua injustiça relativa.

² Vid. Alr. de 13 de Novembro de 1756, § 13.º e seg.; Ferreira Borges, Dice. Jur. Comm., pal. = *fallencia* = *fallido* =; Sousa, Class. Cr.; Sr. Levi, no seu Comment., tom. 4.º pag. 303.

ARTIGO 448.º

Os corretores que forem julgados ter commettido o crime de quebra ou insolvencia fraudulenta serão punidos com o degreto por toda a vida, aggravado, e com algum tempo de prisão, se assim parecer aos juizes.

Art. 35.º, 38.º e ref.

Os corretores são equiparados aos negociantes; intervêm entre negociantes nas diversas transacções, mediante uma *commissão*. A insolvencia n'elles não póde dar-se a não ser por caso fortuito e de força maior; se disposeram da fazenda alheia com abuso de funcções e de confiança commetttem um rigoroso furto qualificado por suas circumstancias aggravantes.

O seu caracter publico lhes agrava a criminalidade. A culpa é equiparada ao dolo porque sempre se lhes presume. O Cod. Comm., no art. 1:154.º, declara que as insolvencias dos corretores sempre se presumem *fraudulentas*.

Mas o Cod. Comm. Hesp., art. 1:009.º, estabelecendo esta ultima proposição, acrescenta *sem que se lhe admitta excepção em contrario*==. Estas palavras foram omittidas no dito art. 1:154.º, e d'esta omissão resulta que não é excluida a defeza que possa reduzir a quebra dos corretores á qualificação de *culposa*, aliás ficaria o mesmo art. em antinomia com o art. 130.º, nas palavras *= julgada a insolvencia culposa =*, e nem se deve presumir que sejam ali empregadas em significação diversa, como de insolvencia *fraudulenta*¹.

¹ Determina este art.: «Os corretores em estado de insolvencia serão «suspensos e poderão ser destituidos. Julgada a *insolvencia culposa* devem «ser destituidos.»

Temos portanto na primeira parte a insolvencia *simplex* ou *casual*; na segunda a *qualificada* pela culpa. Veja-se o que diz a similhante respeito Pardessus, n.º 1:093: «Na cessação de pagamento (diz elle) pelos corretores ou «se dá abuso de confiança ou violação das regras da profissão, e por isso a sua «bancarrota se reputa sempre *fraudulenta* = *de plein droit* =.»

Conformando-se o presente art. com estas disposições do Cod. Comm., tratou sómente, com relação aos corretores, da *quebra ou insolvencia fraudulenta*, deixando em silencio a *culposa*, que, nos termos do cit. art. 130.º, é punida com a *destituição*.

Ficando assim tão distante nos corretores a punição da *quebra culposa*, da *quebra julgada fraudulenta*, muito difficilmente deixarão juizes e jurados de qualificar *culposa* uma quebra que possa ser julgada *fraudulenta*, collocados entre a perpetuidade de uma pena maior aggravada e a simples destituição.

Nada é preciso dizer sobre a exaggeração da pena estabelecida n'este art. Esgotada a penalidade no art. antecedente, aqui só restava aggrava-la, de modo que ficasse igualada á *prisão perpetua com trabalho*, de que o degredo assim qualificado é uma legal e rigorosa substituição, nos termos do art. 99.º

O Cod. Fr., art. 404.º, distinguio nos corretores as duas especies de fallencia *culposa* e *fraudulenta*. Punio a *simples* como a *fraudulenta* dos commerciantes, e a *fraudulenta* com a mesma pena elevada de *temporaria* a *perpetua*.

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.

Art. 38.º e ref.

Este art., com os caracteres que descreve, pune a *prodigalidade* procurada, premeditada, assim como a *sonegação* de bens *maliciosamente* em prejuizo dos credores.

Usa da expressão = *insolvencia* =: 1.º, porque é a expressão de que se serve o Cod. Comm., art. 1:122.º, para qualificar o estado d'ella entre pessoas não commerciantes¹; 2.º, porque a expressão = *quebra* = não importa precisamente o estado de = *insolvencia* =, porque o homem commerciante que suspende os seus pagamentos pôde, apesar d'isso, ter bens moveis ou de raiz que, realizados, satisfaçam a todos os seus credores.

Esta incriminação era desconhecida em nosso direito. A Ord. do liv. 5.º tit. 66.º punia diverso crime, qual o de *alevantamento* de fazenda alheia em dinheiro, divida ou qualquer fazenda, ou pondo-se em parte aonde o crêdor não podesse haver d'elle seu direito. As penas eram gravissimas, mas calculadas em relação ao valor do damno causado.

O Cod. Hesp., como já indicámos ao art. antecedente, prevenia a mesma especie. Os caracteres pois do crime eram outros.

Com os caracteres de premeditação e de malicia que o art. exige, o facto punivel importa um rigoroso furto, e seria bem cabida a assimilhação da pena com as distincções estabelecidas

¹ Cod. Comm. Hesp., 1:114; Per. da Silva, Fontes Pr. do Cod. Comm. Port., ao art. 1:122.º, not. 7.ª e 8.ª

no art. 421.º, e com muita mais razão de que nos art. 422.º e 423.º, em que assim se praticou.

Quanto á primeira hypothese do art.—*occultação maliciosa*—tinhamos a Lei de 20 de Junho de 1774, § 19.º, prohibindo que mais se proceda contra o *insolvente*, quando o *crédor* exequente não mostra que elle occulta bens com *dolo ou malicia*¹.

Quanto á segunda—*alienação maliciosa*—existia a Ord., liv. 3.º tit. 86.º § 13.º², determinando que, se algum devedor, depois de ser condemnado em alguma quantidade de dinheiro ou outra similhante que se costuma contar, pesar ou medir, alienasse seus bens, por n'elles se não fazer execução, fosse preso até pagar.

Por esta forma a prisão era comminada, não como *pena*, mas como *meio* de obrigar ao pagamento, em harmonia com a Ord., liv. 4.º tit. 76.º § 5.º, e se suppunha sempre uma sentença condemnatoria com execução pendente ou imminente.

Embora pois se alterasse esta legislação, convertendo-se o *meio de coacção* em *meio de repressão*, a incriminação fica diminuta na materia, por não comprehender um facto mais grave, qual o de *alevantageamento de fazenda alheia* ou occultação de pessoa, nos termos da cit. Ord. do liv. 5.º tit. 66.º § 10.º, e exorbitante nos termos, por não restringir a disposição aos credores habilitados com a dita sentença condemnatoria.

Preferiu-se a este direito a determinação do Cod. Hesp., no art. 437.º (n. 448.º):

«...el deudor no dedicado al comercio que se constitua en «insolvenzia por ocultacion ó enagenacion maliciosa de sus «bienes.»

Com a differença porém de que a pena é diversa, conforme a quantidade do damno causado: se excede a 100 duros, *prisão correccional*; se excede de 5 e não passa de 100, *arresto maior*.

Se, imitando-se o Cod. Hesp., a imitação fosse comple-

ta, ficaria o presente art. em harmonia com a disposição do art. 421.º quanto ao furto, e não existiria a possibilidade de se ver um individuo condemnado, por occultação ou alienação de insignificantes valores, com prisão correccional a arbitrio do juiz.

¹ Ass. da casa da supplicação de 18 de Agosto de 1774.

² De uma lei de D. Diniz referida na Ord. Aff., liv. 3.º tit. 102.º

SECÇÃO 2.ª

BURLAS.

ARTIGO 450.º

Será punido com prisão correccional por mais de seis mezes, e podendo ser aggravada com a multa e suspensão dos direitos políticos por dois 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, encobrindo maliciosamente a obrigação.

Art. 38.º, 40.º, 41.º e ref.

Bulra ou *início* era o nome com que a Ord. do liv. 5.º tit. 65.º qualificava este delicto. Corresponde-lhe no Cod. Fr. a palavra *escroquerie*, com origem italiana; no Cod. Hesp. a palavra *estafar*; e entre os romanos a palavra *estellionato*¹, conservada no Cod. do Brazil, art. 264.º

¹ Que Peretra e Sousa, Classe Cr., Mello Freire, etc., conservam em suas obras. Vem da comparação com o jagarto, notavel tanto por sua subtiliza, como pela variedade de suas cores. Os delictos d'esta especie mal se podem prever nem definir, porque são tão varios que os romanos os consideravam n'uma in-criminação *generica* para comprehender toda a especie de fraudes, cujos caracteres não estivessem designados na lei. A cit. Ord. tanto considerava este crime generico, que só designou especies exemplificativamente, como se vê das palavras *taes maleficios e outros similhantes*.

Tanto a legislação romana, como a antiga jurisprudencia franceza confundiam este delicto com o *furto*. A Lei franceza de 22 de Julho de 1791 foi a primeira que o distinguia, como se vê do tit. 2.º art. 35.º O Cod. de 1810, no art. 405.º, o definiu por um modo mais preciso e restricto.

A *bulra* é uma *fraude* que tem pontos de contacto com o *furto*, porque ha *fraude intencional*, e *defraudação nos bens alheios*.

Mas differe d'elle, em rasão *dos meios* que o delinquente empregou para occultar não o facto á pessoa offendida, mas a verdade na qualidade ou circumstancias, na causa ou rasão determinante d'esse facto, por fórma tal que, sem essa occultação, se não obteria o consentimento do legitimo proprietario do objecto do delicto em relação ao fim do delinquente.

No furto, assim como no roubo, o delinquente remove o obstaculo da falta de vontade alheia, dispensando-a ou subjugando-a; na bulra, attrahindo, surpreendendo ou illudindo essa vontade, por meio de enganos ou artificios, — *malæ artes*.

Na bulra ha sempre *dolo*, mas não se confunde o *dolo criminal* com o *dolo civil*, ou o *dolus malus* dos romanos com o *dolus bonus*¹.

O *dolo civil* comprehende quaesquer artificios ou enganos que, aindaque repugnantes á moral, têm menos por fim ser nocivos a outrem, que favorecer um interesse em parte legitimo

O *dolo criminal* não se manifesta só pelo engano ou pela mentira, mas tambem pelos seus resultados reaes. Não tende

¹ É eminentemente difficil, diz M. Hans, separar a bulra = *escroquerie* = do *simplex dolo*, sobretudo quando se trata de convenções: de distinguir o *dolo mau* dos romanos, isto é, as machinações e artificios fraudulentos, ou manobras empregadas para enganar alguem, de outra especie de dolo que elles chamavam *dolo bom*, e pelo qual entendiam a finura, esperteza ou habilidade empregadas nas transacções da vida humana para se obterem vantagens que o direito não reprovava. E por isso talvez que as definições d'este delicto que se encontram nos Codigos e projectos de Codigos modernos são vagas, equivocas e incompletas. Mas as difficuldades que offerece esta materia não devem desanimar o legislador que quer elevar-se á altura de sua missão. Deve ao menos tirar proveito dos erros dos que lhe precederam, *ensaiando* de o fazer melhor que elles o têm feito até hoje.

só a favorecer especialmente um interesse legítimo, mas a espoliar outra pessoa¹.

O caracter pois distinctivo do delicto da burla consiste em que o burlão, por artificios determinad^{os} *taxativamente*² na lei penal, *surprehende o consentimento* da pessoa lesada, e assim consegue a entrega de uma cousa, que de outro modo não teria obtido. É o *dolo dando causa ao contracto*, e com *aggravação em razão dos meios*, que por isso se tornam objecto de incriminação especial.

Outro caracter distinctivo do mesmo delicto, comparado com o furto, é que emquanto a tentativa d'este é sempre punivel, como declara o-§ 2.º do art. 421.º, aqui sómente é punivel o *meio incriminado* quando foi seguido de resultado real, ficando assim em vigor, attenta a natureza da pena, o disposto no art. 8.º

N'isto afastou-se o nosso Cod. do Fr., art. 405.º, que assimilha a *tentativa* ao crime *consummado*, fazendo-o assim consistir no *emprego dos meios da fraude*.

Posto isto, em todas as hypotheses dos n.ºs 1.º, 2.º, 3.º e 4.º do presente art. se acha implicito o elemento constitutivo do *damno causado*, *recebendo-se* dinheiro, preço ou uma cousa ou serviço sem troca de *valor real* correspondente ao que se dá, obriga ou se faz em compensação do que se recebe.

Por este modo se torna sensivel o grande defeito da redacção d'estes numeros, porque na sua letra parecem comprehender o simples emprego de meios artificiosos, postoque por elles se não tenha conseguido surprehender a *boa fé* de alguém.

Na hypothese do 1.º n.º temos damno duplicado: 1.º, emquanto se dispoz do alheio; 2.º, emquanto se recebeu por isso cabedal alheio.

Era caso previsto na Ord. do liv. 5.º tit. 65.º § 1.º

Na hypothese do 2.º n.º=*venda da mesma cousa a diver-*

sas pessoas=*o facto é menos grave, porque o delinquente ou recebeu de dois o preço da cousa, e só n'esse caso ha espoliação do alheio por meio da fraude, ou só recebeu preço de um e só pôde dar-se o damno se lhe não fez tradição da cousa.*

Sem tradição e sem entrega do preço, ou sem que o vendedor se dê por pago ou por satisfeito, se o caso acontece com o primeiro comprador, tem elle só a queixar-se de uma simples falta de fé ou de palavra da parte do vendedor, violando o direito adquirido á *consummação* do contrato, nos termos da Ord. do liv. 4.º tit. 7.º; se acontece com o segundo comprador, como nem direito chegou a adquirir, segundo a lei civil, nem damno recebeu, o caso se reduz a uma *tentativa* de fraude sem resultado algum legal, e que só pôde dar logar a reparação de danos se alguns houve.

Sendo portanto, em geral, comparado este delicto do n.º 2.º com o do n.º 1.º, muito menos grave, ainda, na especie, apresenta muitas distincções que o podem aggravar ou attenuar. Ali o objecto do crime está não só na *espoliação*, mas tambem no *abuso da cousa alheia*, aqui pôde consistir tambem algumas vezes na espoliação do alheio, mas assenta essencialmente no *abuso da cousa propria*. Estas differenças e distincções não haviam-escapado, como escaparam aqui, á cit. Ord. pr.

É de notar que n'este n.º conservou-se a phrase da Ord., liv. 4.º tit. 7.º=*vender duas vezes* a desvairadas pessoas=. E se vender *tres, quatro* ou mais *vezes*? Era mais correcto o emprego da expressão da dita Ord. do liv. 5.º tit. 65.º pr.=*vender a diversas pessoas*= . Foi para maior correcção que o Cod., no art. 337.º, fugiu de empregar a palavra *bigamia*, servindo-se da expressão=*segundo ou ulterior matrimonio*=¹.

Sem duvida que os elementos constitutivos do crime em numero de tres são os mesmos que em o numero de dois, e toda a differença só dá em resultado a aggravação para a imposição e gradação da pena; mas em materia penal toda a clareza e precisão é necessaria, e se assim não fosse superflua devia

¹ Desapparecendo assim a jurisprudencia do *estellionato*, ou crime *generico*, contrario ao principio consignado no art. 18.º, e que, de origem romana, estava na cit. Ord. do liv. 5.º tit. 65.º in pr.

² Veja-se Morin, á palavra=*escroquerie*=§ 2.º n.º 6.º e seg.; Chauv. e Hel., Sulpici, etc.

¹ Refere-se que os juizes inglezes absolveram um bigamo porque era tri-gamo. Esses mesmos juizes seriam coherentes absolvendo o burlão qualificado por vender tres vezes em logar de duas sómente. A deficiencia da *letra* a par do respeito da lei penal podem algumas vezes produzir d'estes absurdos.

ser considerada a palavra=*ulterior*=acrescentada no dito art. 337.º

O Cod. do Brazil contém, no art. 264.º § 2.º, uma redacção mais perfeita, incriminando:

«A *alheiação, locação, aforamento* ou arrendamento da *cousa propria* já alheada, locada, aforada ou arrendada a *outrem*.»

No art. do nosso Cod. encontra-se o mesmo defeito de redacção que no art. antecedente. Figura-se a hypothese *entre dois* credores hypothecarios, quando a burla pôde ser commetida contra três ou mais. O Cod. do Brazil continua a ser mais correcto na sua redacção, usando da expressão=*hypotheca especial da mesma cousa a diversas pessoas*=.

Quanto á hypothese do n.º 3.º grandes difficuldades podem sobrevir na sua execução pratica, porque dependendo da verificação do valor da cousa hypothecada, comparada com os dos creditos garantidos, fica suspenso o procedimento criminal até á excussão da hypotheca, e ainda assim cumpre demonstrar que o valor encontrado não é devido exclusivamente á falta de licitantes, á superveniente depreciação da propriedade, a deteriorações fortuitas ou de força maior, ou a outras causas que façam ver que o mesmo valor seria outro no momento do crime, ao qual se retrotrahе a *intenção de fraude*, sem a qual não ha delicto.

Na quarta hypothese, que é a do n.º 4.º, o facto é puramente de *abuso* de cousa propria em damno alheio, mas que só eventualmente pôde importar prejuizo tanto do crédor hypothecario, quando não possa fazer valer o seu direito, nos termos da Ord. liv. 4.º tit. 3.º, como do comprador, se o vendedor, chamado ou não á autoria, poder indemnizar aquelle, prestando-lhe a evicção em conformidade com as regras de direito civil. O damno pois é incerto, eventual, e assim mal pôde fazer objecto de incriminação. Talvez fosse esse o motivo por que o Cod. Hesp., no cit. art. 444.º (n.º 453.º), reduziu n'este caso e no do n.º 1.º a pena á multa do triplo do prejuizo que se houvesse causado.

ARTIGO 451.º

Será punido com a prisão correccional de um até tres annos e multa correspondente, podendo tambem 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 de alguma falsa empreza ou de bens ou de credito ou de poder suppostos, ou para produzir a esperanza de qualquer accidente.

§ un. A pena mais grave da falsidade, se houver logar, será applicada.

Art. 38.º, 40.º, 41.º e ref.

São logares parallelos ou concordantes, postoque em parte, o Cod. da Baviera, art. 258.º, o do Brazil, art. 264.º § 4.º, e Hesp., art. 439.º (n.º 450.º), emendado pelo Decr. de 7 de Junho de 1850, o Fr., art. 405.º, o da Sardenha, art. 675.º, e o da Austria, art. 180.º n.º 4.º

Os dois primeiros d'estes Cod. estabelecem uma regra simples e perfeita. Um declarando *crime*:

«Les fraudes qui porteront atteinte à l'avoir actuel d'un tiers.»

e outro declarando *estellionato*:

«Em geral todo e qualquer artificio fraudulento, pelo qual se obtenha de outrem toda a sua fortuna ou parte d'ella, ou quaesquer titulos.»

Em nenhum dos outros Cod. se encontra, entre os meios de artificio que qualificam o crime, o do n.º 2.º do presente art.

Ha n'esta comprehensão ou manifesta antinomia ou completa inutilidade sem que destrua a contradicção. Manifesta antinomia, porque da restricção que se encontra no § un. comparado com o n.º 2.º, resulta que, fóra dos casos em que ao emprego da falsificação de escripto corresponde pena mais grave, deve esta ser, *em crime consummado*, de prisão correccional, multa e suspensão *facultativa* dos direitos politicos até ao *maximo*.

Mas o emprego ou uso de escripto falsificado é punido, no art. 215.º, com *trabalhos publicos perpetuos*; nos art. 216.º e 217.º, *temporarios*; e nos art. 219.º e 222.º com a prisão *maior temporaria*. Sómente no caso excepçional do art. 222.º § un., se aquelle que fez uso do documento falso o tinha recebido sem conhecimento da sua falsificação, é que a pena é a prisão correccional, menor que a imposta no presente art., por não ter ali aggravacção preceptiva nem facultativa.

Portanto, se, em todos os casos de emprego de escriptos falsificados, a pena é maior em regra, e é menor em um caso unico, segue-se que *nunca* póde ter logar a pena diversa estabelecida no presente art., com relação ao n.º 2.º E note-se que ali, para a pena maior, incrimina-se o attentado com abstracção do damno causado, e aqui não, o que em logar de ser motivo de attenuação o devia ser de aggravacção.

O absurdo é pois sensivel¹.

Não salva d'elle a restricção feita no § un., porque, ou os juizes devem aproveitar a antinomia para applicar aos delinquentes as penas mais benignas, ou por virtude da mesma restricção hão de impor as mais graves da falsidade, deixando sem execução, como de impossivel applicação, o presente art. Aqui temos pois o Cod. refutado pelo mesmo Cod.

Depois d'este defeito, que é saliente, sobresae o de redacção do 3.º n.º, que sendo a mesma que a dos correspon-

doentes art. do Cod. Fr. e da Sardenha, merece a mesma censura que já estava magistralmente feita por M. Haus, e por isso elle havia exarado no seu Proj. do Cod. para a Belgica.

Para que possa ter applicação o presente art., na parte em que é copiado do Cod. Fr., duas condições são necessárias: 1.ª, que se tenha feito uso de falso nome ou de falsas qualidades, de falsificação de escripto; ou que se tenha empregado *artificio fraudulento para persuadir a existencia de alguma empresa ou de bens ou de credito ou de poder suppostos, ou para produzir a esperanza de qualquer accidente*.

2.ª Que por um d'estes meios se tenha conseguido a entrega de dinheiro, moveis, fundos ou titulos.

3.ª Que assim se tenha defraudado ou pretendido defraudar toda ou parte da fortuna alheia.

Fóra pois dos *meios* fraudulentos especialmente designados em os n.ºs 1.º e 2.º, e dos taxativamente designados em o n.º 3.º, nenhuns outros *artificios fraudulentos* podem constituir o crime de burla, embora por elles se consiga defraudar toda uma fortuna alheia; embora *esses* outros artificios sejam analogos ou mais graves que os enunciados¹.

Alem d'estes ha uma infinidade de outros mais reprehensiveis, e portanto são muito acanhados e estreitos os limites que circumscrevem o *objecto* sobre que podem recair os mesmos artificios. Esses artificios ou hão de ficar impunes, attenta a disposição do art. 18.º do Cod., o que é grande mal, ou hão de obrigar os juizes a recorrer a argumentos de analogia, infringindo o mesmo art. 18.º, o que ainda é mal muito maior².

As palavras *=manœuvres frauduleuses=* do art. 405.º do Cod. Fr., traduzidas no presente art., n.º 3.º, pelas de *=artificio fraudulento=*, foram substituidas á palavra *=dolo=* empregada no art. 35.º da Lei de 22 de Julho de 1791, como tendo esta uma significação *muito geral e muito vaga*, e ca-

¹ Este gravissimo defeito já foi apontado pelo Sr. Levi em seu Comment., tom. 4.º pag. 312. Sómente encontrámos no Cod. de Hespe o emprego de *escripto falso* entre os casos de burla, mas restricto aos *escriptos privados*.

O Cod. da Saxonia menciona tambem a falsificação de escriptos publicos ou privados, mas é *sempre* para *qualificar* a burla como *qualificada*, e portanto para lhe aggravar a pena, com distincção da burla *simples*.

² O trib. de cass. uniformemente assim o tem julgado em Ar. de 26 de Abril de 1811, de 7 de Maio de 1817 e de 30 de Janeiro de 1823.

³ O mesmo trib. tem assim infringido outras vezes o art. 405.º do Cod., forçando a sua letra e sentido, e contradizendo os principios estabelecidos nos cit. Ar. de 23 de Maio de 1806, de 30 de Agosto de 1822, de 11 de Dezembro de 1824 e de 20 de Agosto de 1825.

recer-se portanto de outra *mais precisa*, e que ao mesmo tempo determinasse *em que objecto* poderiam recair, para que podessem constituir uma circumstancia elementar do delicto, e evitar-se assim uma applicação *arbitraria*¹.

Mas aconteceu aqui ao legislador o mesmo que tantas vezes lhe tem acontecido, que é fugir de um escolho para cair n'outro peor.

Preoccupado pela idéa do *arbitrio* dos juizes, abriu pela restricção absoluta uma larga porta á impunidade, ás injustiças móraes relativas. É a condemnação do *uso*, por causa do *abuso*.

A nossa Ord., de accordo com os romanos, reputava estes delictos *impossiveis* de especificar, e d'ahi lhes vinha, como vimos, o nome de *estellionato*. O Cod. da Austria, no art. 180.º, erige em principio legislativo esta verdade:

«On ne peut énumérer dans la loi toutes les différentes espèces de fraude.»

Os Cod. do Brazil e da Baviera cit. tambem a reconheceram, constituindo a proposição geral, já apontada.

O Cod. Hesp., art. 450.º, não desconheceu a mesma verdade, como se vê do seu texto correspondente ao presente art.:

«Incurrirá en las penas del articulo anterior el que de- fraudare á otros, usando de nombre fingido, atribuyendo- se poder, influencia ó qualidades supuestas, aparentando bie- nes, credito, comision, empresa ó negociaciones imagina- rias, ó valiéndose de *qualquer otro engano semejante, que no seya de los expresados en los art. 251.º y 252.º*»

Até ás palayras = *engano semejante* = está na primeira publicação d'este Cod., art. 439.º As seguintes foram acrescentadas, por virtude do Decr. de 7 de Junho de 1850, unicamente para salvar da regra da applicação por analogia os casos previstos, especialmente nos ditos dois art., vindo assim a ser confirmada a mesma regra em todos os casos não exceptuados.

¹ É a doutrina e a explicação dadas no Ar. do mesmo trib. de 5 de Maio de 1820.

As penas do art. *anterior*, a que se refere o art. 450.º, são as de *arresto maior*, se a defraudação não exceder a vinte du- ros; *prisão correccional*, se excedendo a vinte duros não pas- sar de quinhentos; e *prisão menor*, excedendo de quinhentos duros; ficando assim a penalidade dividida em tres graus, se- gundo a quantidade do prejuizo: 1.º, prisão de *um a seis me- zes*; 2.º, *sete mezes a tres annos*; 3.º, *quatro a seis annos* (art. 26.º)¹

Aquelle que alcança a entrega de dinheiro, moveis, etc., fazendo persuadir a existencia de uma falsa empresa, de bens, de credito ou de poder imaginario, e que consiga fazer nascer a esperanza de um accidente chimérico, não terá empregado um *artificio fraudulento*? É possível dar a estes factos uma diversa qualificação? Não, sem duvida. Mas, dizendo-se que é preciso, para constituir o delicto, que se tenha empregado ar- tificio fraudulento, faz-se suppor que não basta ter persuadido a existencia de *falsas empresas*, etc., é mais necessario que para esse fim os meios empregados sejam de *artificio frau- dulento*, o que necessariamente deve collocar os juizes em si- tuação difficil.

«Une pareille disposition doit nécessairement plazer les «juges dans un grand embarras².»

2.º Que na copia do art. 405.º se omitiram as palayras = *ou tout autre événement chimérique* =. Não foram omit- tidas no Cod. da Sardenha, art. 675.º, exprimindo ainda outra idéa que supprime uma falta essencial, pois collocou a par da = *esperança* = o = *temor* =.

«...ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un «succès, d'un accident ou de tout autre événement chimé- «rique.»

¹ O Cod. da Sardenha, adoptando no art. 675.º a disposição do Cod. Fr., converteu-a de *taxativa* em *exemptiva*, ficando assim de accordo com to- dos os cit. Cód., acrescentando:

«... ou qui, par tout autre artifice ou vol propre à surprendre la bonne «foi de quelqu'un ou à abuser de sa crédulité.»

É assim removeu todas as difficuldades, restabeleceu a regra geral cons- titutiva da incriminação, e deu a definição do delicto em termos claros e simples.

² Cit. M. Haus, Observ.

Tambem aqui não deviam ser omitidas, pela mesma razão que se empregou, a qualificação de=*falsa*=applicada á=*empreza*=, e a de=*suppostos*=a=*bens, credito ou poder*=.

O character essencial do delicto é a *mentira* com relação, não aos meios de persuasão, mas ao *objecto*, cuja *existencia* ou *esperança* se pretende estabelecer ou fazer nascer. O impostor pôde adduzir razões falsas para fazer nascer uma esperança de um accidente; mas esse accidente pôde não ser *chimérico*, pôde ser possível, provavel, infallivel quasi, mas sustentar-se e demonstrar-se por outras razões, verdadeiras sim, mas que não sejam adequadas a produzir, com relação ao modo de pensar de alguém, uma persuasão.

Quanto á penalidade que o art. commina, e que é tambem uma imitação do Cod. Fr., art. 405.º, parece-nos exagerada, comparada com a do Cod. Hesp., dividindo-a em tres graus. Quando o damno é insignificante, a prisão de um a seis mezes que este Cod. estabelece é mais que bastante. Mais severo é o Cod. da Austria, art. 181.º, e comtudo estabeleceu como pena ordinaria do delicto a prisão de seis mezes a um anno.

Demais; não deve perder-se de vista que o artificio pôde não ser mais que uma habilitação para se fazer um emprego ou especulação *de conta do proprietario*, e de que portanto não se siga damno algum, antes lucro.

O delinquente pôde não ter outro fim mais que acreditar-se como gerente de negocios, inspirar confiança a outros committentes, e assim crear um modo de vida e de industria que em si mesma, com abstracção do artificio, nada tem que não seja muito licito e honesto. Quantos não têm começado e continuado por esta fórma?

Tendo pois a *fraude*, de que trata o presente art., uma significação equívoca ou muito diversa, segundo a *intenção* conhecida ou não do facto *ulterior*, da appropriação de coisa alheia, cumpria distinguir a *mentira* ou a *fraude*, para que, incriminada esta em si mesma, fosse depois aggravada por incriminação especial, quando seguida da expropriação, que é precisamente o *alevantamento de coisa alheia*.

Os elementos do mal do crime são diversos nas duas hy-

potheses, e muito mais graves na segunda, para a qual então não bastam as penas estabelecidas no art.

O Cod. da Austria, no cit. art. 181.º, manifesta este pensamento, mandando *ultrapassar* o maximo da *pena ordinaria* do crime, segundo o perigo que se correu ou o damno que se causou, podendo ir d'esse maximo um anno a cinco de prisão.

N'estes principios são fundadas as definições e distincções de outros Cod. mod. da Allemanha¹.

O Cod. de Brunswick define:

«É culpado de burla aquelle que *para causar damno a alguém*, ou para obter uma vantagem pecuniaria, *induz essa pessoa em erro* ou se aproveita do erro em que ella se acha.»

O Cod. de Wurtemberg dá a mesma definição, mas acrescenta—dando por verdadeiros factos que são falsos, ou alterando ou occultando factos verdadeiros—.

O Cod. da Dinamarca define:

«É culpado de burla aquelle que, na intenção de *prejudicar os direitos de outrem*, ou de obter para si ou para outros um *beneficio illegitimo*:

«1.º Dá, scientemente por verdadeiros factos falsos, ou altera ou esconde os verdadeiros, *nos casos em que a lei lhe impunha o dever de dizer a verdade*;

(Esta ultima declaração se encontra nos Cod. da Sardenha e da Baviera).

«2.º Ou emprega manobras fraudulentas para induzir alguém em erro;

«3.º Ou mantendo a outrem no erro para d'ahi tirar proveito.»

O Cod. da Baviera define:

«É culpado de burla (fora dos casos de falsidade) aquelle que, para obter um *beneficio illegitimo*, *determina scientemente* alguém a uma acção ou omissão *que lhe é prejudicial*, seja alterando fraudulentamente a verdade quando um dever especial derivado da lei impunha a obrigação de a dizer, seja occultando scientemente factos verdadeiros. O que

¹ Extr. no Comm. ao Cod. Pen. Fr. de Chauveau e Helie, Est. de Leg. comp., divis. 6.ª pag. 563 e 569.

«se aproveita scientemente do erro de alguém é culpado do mesmo delicto, mas passível de menor pena.»

O primeiro principio fundamental, que resulta d'estes Cod., é que não ha delicto consummado senão quando realmente houve *damno causado*.

O segundo é que, em materia de *convenções*, não póde haver procedimento criminal, senão a requerimento ou queixa da pessoa lesada.

O terceiro é de que a burla não é punivel, senão quando a mesma parte, requerendo-o assim, não tenha sido immediatamente indemnizada, segundo o Cod. do Brazil.

O de Dinamarca e Wurtemberg vão mais longe, declarando que não é punivel senão quando a lei civil não offerece meio de fazer annullar a convenção e de obter a reparação de danos e interesses, excepto quando a fraude for qualificada.

É digno especialmente de ser notado o do Brazil determinando: 1.º, que a burla não é punivel senão quando o culpado teve a intenção de se apropriar fraudulentamente, nas convenções *synallagmaticas*, o objecto mesmo da convenção, com damno da outra parte; nas *unilateraes*, as vantagens da obrigação contrahidas sem preencher a obrigação correlativa; 2.º, senão quando, sendo sujeita a convenção á rescisão, com danos e interesses, segundo o direito civil, se demonstra que o culpado se propoz a convencionar de modo tal que inutilisasse o meio civil, subtrahindo-se ás suas consequências ou conhecendo antecipadamente a sua insolvencia.

Esta materia se mostra assim profundamente reflectida, e credora de ser aproveitada nas alterações que houverem de fazer-se sobre esta especie de delictos.

Como n'estes Cod. é elemento essencial da consummação do delicto o *damno causado*, era logico que não só se tivesse em consideração a quantidade d'esse damno, mas fosse punido com as distincções analogas ao *furto*. Assim o praticaram.

Finalmente tambem não devemos deixar de notar a incoherencia e injustiça relativa com que o Cod., no art. 431.º, tratando do furto, e em relação a furto, contemplou especialmente o crime quando commettido entre conjuntos, por vin-

culos de sangue ou de affinidade; e aqui, sendo em regra o crime de menor gravidade, ficou silencioso.

Não procederam assim nem os ditos Cod. da Allemanha, declarando explicitamente n'este logar que o determinado a similhante respeito era especialmente applicavel á *burla*, ou *inlicio* (*tromperie*), nem os Cod. da Sardenha e das Duas Sicilias, estabelecendo analoga disposição, como *disposição commun* a todas e quaesquer subtracções. Precisamente o mesmo caminho seguiu o Cod. Hesp., art. 468.º (n. 479.º), collocado nas *disposições geraes*, para comprehender, como abi se diz, furtos, defraudações ou danos reciprocos commettidos por taes pessoas.

ARTIGO 452.*

Aquele que, com pretexto de credito ou influencia sua ou alheia para com alguma autoridade publica, receber de outrem alguma coisa ou aceitar promessa pelo despacho de qualquer negocio ou pretensão; e bem assim o que receber de outrem alguma coisa ou aceitar promessa com o pretexto de remuneração ou presente a algum empregado publico, será punido com o maximo da prisão correccional, e a multa que aos juizes parecer, sem prejuizo da acção que compete ao empregado publico pela injuria.

Art. 38.º, 41.º e ref.

À disposição d'este art. é justificadissima, porque previne um grande abuso, não só possível, mas que desgraçadamente existe com o maior escandalo, principalmente na corte ou nos logares centraes da administração publica ou de justiça.

Nós tínhamos a Ord. do liv. 5.º tit. 83.º incriminando o mesmo facto, mas formulada de outro modo, porque ali se prohibia e punia o concerto criminoso para a agencia, solicitação ou vencimento de um negocio ou despacho: aqui prohibiu-se e pune-se o recebimento ou a promessa aceita de certa coisa como galardão ou premio da mesma agencia.

A pena que comminava era a de degredo para Africa por dois annos, e do annoveado do que fosse dado ou promettido, metade para os captivos e metade para quem accusasse.

Mas d'essa mesma Ord., assim como da sua fonte proxima, a Ord. Man., mesmo liv. tit. 70.º § 1.º, se vê que ella é restricta: 1.º, ás pendencias que têm logar na corte; 2.º, ás causas e negocios que não forem judiciais.

«Algumas partes que vem ou enviam á nossa corte reque-

«rer seus negocios e causas que não são de justiça, se concer-
«tam na corte» etc.

Todavia os nossos praxistas e interpretes ampliaram por analogia, e seguindo as leis romanas, a incriminação alem das duas restricções que resultavam da expressa letra da lei, e n'este sentido discorrem'. Similhanças ampliações não pôdem mais ter logar, não só em presença dos principios de theoria do direito penal, mas da regra consignada no art. 18.º.

A expressão de Marcial=*fumos vendere*= é bem apropriada a este crime, porque equivale ao proverbio que designa a acção de *prometter muito e dar ou fazer nada*; e á expressão figurada e familiar, do que maneja um credito apparente para d'elle tirar vantagem ou interesse enganando os outros*.

É precisamente n'este sentido ou no de *bultra* ou de *fraude* que assenta a incriminação de que se trata, o que se conclue não só da collocação do art., mas das palavras=*com pretexto*=.

O crime pois é complexo de *offensa* á auctoridade publica, de *fraude*, *mentira* e furto contra os pretendentes.

Esta observação nos move a concluir: 1.º, que a palavra=*pretexto*= devia ser ou supprinida ou additada para comprehender tanto o credito e influencia verdadeira, como a affectada; que d'aqui a consequencia natural seria a collocação d'este art. depois do cit. art. 321.º

No Cod. Hesp., art. 440.º (n.º 451.º) n.º 3.º, se lê:

«A los que defraudaren con pretexto de supuestas remuneraciones á empleados publicos.»

' Vide Mello Freire, Inst. de Jur. Cr., referindo-se a Paulo, Sent., liv. 5.º tit. 25.º § un., e a Barbosa á mesma Ord. Remus, Doctor., o qual fundado na auctoridade de Marcial, liv. 4.º epigr. 5.º, qualifica estes delinquentes=*vendedores de fumo*=; e confirma, pelo que relata Aelio Lampridio, na vida de Alexandre Severo, dizendo que este imperador mandára por esse crime soffocar com o fumo um certo Vetronio Turino:

«... lus fallacibus alentem fumo necari jussurit. clamante praeco=*fumo moritur, qui fumum vendit*= . Esta historia tambem conta o sr. Levi no seu Comment.

* «... Fit enim offensa Rezi, et fraus et mendaciam et furtum litigantibus «deceptis.» Barbosa cit.

º As penas são graduadas nos mesmos tres graus que indicámos ao art. antecedente, com referencia ao art. 438.º (n.º 449.º).

D'onde se manifesta que este foi o modelo que se seguiu, o que ainda melhor se conhece pelas ultimas palavras do mesmo n.º 3.º: «... sin perjuicio de la accion de calumnia que a «estos corresponda,» que se encontram equivalentes na parte final do presente art.

Mas este modelo é imperfeito; toda a corretagem de corrupção deve ser punida severamente. Similhanças bancos e seus banqueiros são uma peste social, importando pouco que a venda seja de *fogo* ou seja de *fumo*, haja *verdade* ou haja *mentira* em relação ao objecto do *concerto*.

SECÇÃO 3.ª.

ABUSOS DE CONFIANÇA, SIMULAÇÕES E ESPÉCIES 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, locação, mandato, commissão, administração, commodato, ou que haja recebido para um trabalho ou para uso e emprego determinado, ou por qualquer outro titulo que produza obrigação de restituir ou apresentar a mesma cousa recebida, será punido com as penas do furto.

Art. 421.º

Este art. é traducção fiel do art. 408.º do Cod. Fr. É ali collocado debaixo do titulo = *abusos de confiança* =.

Estes abusos tão variaveis, como os de *buria* ou *fraude*, são em geral *menos graves*, porque não excitam nem solicitam a confiança de outrem por meio de *artificio criminoso*, ainda que illudam a confiança prestada ou attribuida ao delinquente.

Entre os romanos e no antigo direito francez estes abusos constituíam, ou *dolos civis*, e produziam acção civil, ou só *furto simples*¹.

As leis modernas têm variado muito n'este ponto. Assim na França o Cod. Penal de 1791, tit. 2.º secç. 2.ª art. 29.º,

¹ Instit. de oblig. que ex del. nasc.; L. 54.ª, 67.ª, 82.ª, etc.; D. de *furtis*, L. 22.ª; D. de *mandat. vel cont.*

e a Lei de 25 frim., anno VIII, não puniam senão a violação de um depósito.

O Cod. de 1810 ampliou a incriminação aos descaminhos de objectos entregues para um trabalho assalariado, ou com a obrigação de fazer um emprego ou uso determinado.

A Lei de 28 de Abril de 1832 acrescentou o descaminho de objectos entregues: 1.º, a título de aluguer; 2.º, de mandato; 3.º, para um trabalho qualquer, ainda que não assalariado.

O nosso art. adoptou este art. do Cod. Fr. reformado, com todas as suas ampliações, omitindo porém, depois da palavra *trabalho*, as palavras *salariado ou não salariado*, sem duvida porque é inútil declarar-se negativamente uma distincção que é excluída por uma palavra empregada sem ella.

Concordam substancialmente na incriminação o art. 265.º do Cod. do Brazil, alin. 2.º, o da Austria, art. 161.º c seg., caracterizando o crime com o nome de *infidelidade*, o da Sardenha, art. 635.º, o das Duas Sicílias, art. 430.º, e os modernos da Allemanha¹.

Quanto á assimilhação a furto simples concordam em geral os Cod. da Allemanha e o do Brazil, em harmonia com as leis romanas².

E comtudo muito grande a distancia que separa um do outro crime.

Não ha n'este caso *subtração*, mas *defraudação* do alheio. A coisa furtada é tirada ali do poder do seu legítimo proprietario contra a sua vontade, aqui tem antes vindo a poder do delinquente por consentimento do mesmo proprietario. Ali se presuppõe o crime, e o dolo mau o precede sempre; aqui nada ha de criminoso antes do crime, toda a criminalidade é posterior.

O objecto desencaminhado ou dissipado é aqui entregue á disposição, comquanto determinada, do delinquente; ali nem uso nem abuso lhe era permitido ou concedido. A causa remota do crime póde ser aqui as mais das vezes a *impruden-*

cia do proprietario ou a *confiança inconsiderada*, e fundamento da attenuação a facilidade ou occasião do abuso provocado por diversas causas. e na esperança de se reparar em tempo qualquer damno; ali pelo contrario ha sempre manifesta intenção de apropriar o alheio, e nunca de restituir nem de compor o mesmo damno.

Se os caracteres pois do crime são muito diversos dos do furto e a criminalidade é menor, a assimilhação a furto não nos parece bem cabida.

A nossa Ord., na sua antiga barbaridade, era comtudo mais justa na apreciação d'este crime.

As hypotheses do art. achavam-se ali comprehendidas no liv. 5.º tit. 60.º § 8.º Não confundia esta Ord. os furtos propriamente ditos ou premeditados com os furtos que se fazem por algumas pessoas, não começando em furto, por as cousas furtadas eirem a principio á sua mão per vontade de seus donos; e para as penas, em lugar da ordinaria do crime, mandava que os delinquentes fossem punidos a *arbitrio do julgador*, conforme a qualidade do caso e das pessoas e circunstancias d'elle.

D'esta assimilhação do nosso Cod. resulta ainda injustiça relativa, porque, emquanto nos factos de burla, de que trata o art. 451.º, em que a fraude e a intenção de apropriar o alheio antecede e acompanha o recebimento da coisa; em que igualmente ha abuso de confiança não estabelecida, mas que inspirou artificiosamente: em que os caracteres do furto são mais salientes, porque a intervenção da vontade do dono da coisa é nullo como obtida por engano; a pena comtudo é correccional, qualquer que seja a quantidade do damno causado: aqui, se o descaminho ou dissipação valer mais de 20\$000 réis, tem de ser imposta a pena de degredo, em presença do art. 421.º!

¹ Dic., 6.ª pag. 565. Est. de Chanv. e Hel.

² L. 22.ª § 7.º mand.; L. 54.ª § 1.º D. de furt.; L. 7.ª C. de furt.; Inst., § 6.º; de oblig. quæ ex del. nasc.

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 effeitos moveis, aindaque debaixo de outra fórma se encubra o emprestimo, será punido com prisão de tres mezes a tres annos, e a multa correspondente.

Art. 38.º, 41.º e ref.

Este art. tem por objecto proteger os menores contra a cubica e trapaças dos usurarios e agiotas de emprestimos sobre penhores ou alguma outra obrigação. Não é uma fraude *simples* a de que se trata, mas *qualificada*, em rasão da *usura mordente*, do *abuso* da fraqueza da pessoa, e da *menoridade* da pessoa offendida pelo crime: Cod. das Duas Sicilias, art. 430.º

O Cod. Pen. não se occupou da *usura*, mas não podia deixá-la em silencio quando assim qualificada, revestindo as fórmas da *fraude (usura vestita)*, principalmente quando as condições usurarias se dissimulam em convenções nominalmente licitas e honestas.

Posto isto, manifesta-se desde logo que a injustiça relativa de que trata o art. antecedente, comparado com o art. 451.º, se torna mais sensivel, comparado aquelle com o presente art.

Illudir, na hypothese do art. 451.º, um maior de vinte e cinco annos, para depois abusar da sua confiança, é menos grave que illudir para o mesmo fim um menor. Explorar a impericia, que acompanha a menoridade, ou as necessidades e paixões que desvairam a mocidade inexperiente, é uma atro-

cidade indesculpavel. Como é pois que a pena, no art. 451.º, é mais severa do que no caso mais grave?

Repugna isto mais com o art. antecedente, quando o damno causado ao menor for superior a 20\$000 réis, porque então será applicado o degredo, emquanto que n'este art. a pena não passará de correccional, qualquer que seja a valia do mesmo damno.

Alem d'isso o art. nas palavras *—aindaque debaixo de outra fórma se encubra o emprestimo—*¹ comprehende os contratos de emprestimo *simulados* com outro nome e fórma, feitos em prejuizo de um menor, vindo então a ficar em manifesta antimonía com o art. subsequente, vista a diversidade das penas.

Quanto á incriminação em si mesma, é ella redigida em presença do art. 406.º do Cod. Fr. e do art. 447.º (n. 459.º) do Cod. Hesp.

Concordam o Cod. das Duas Sicilias, art. 433.º n.º 3.º, e art. 434.º, e da Sardenha, art. 678.º

Com a differença porém que tendo-se o Cod. Fr. restringido, como o nosso e seus imitadores de Italia, ás convenções *escriptas*, o Cod. Hesp. foi mais amplo comprehendendo as verbaes, servindo-se da expressão *—le hiciere otorgar—*.

Com esta maior amplitude se evita a fraude da mesma lei penal, porque, nos termos do nosso art., um menor de vinte e cinco annos pôde empenhar por um modo usurario e ruinoso trastes de ouro ou prata por quantias diminutas, sem receber clareza alguma; ou pôde prometter pagar o dobro, triplo ou quadruplo do que recebe, se o mutuante confia, com mais ou menos probabilidade, em taes promessas. E portanto carecia-se de mais forte protecção da lei nas convenções verbaes do que nas escriptas.

O Cod. Pen. se converte por esta omissão em instrucção perversiva para o mal; poisque ensina ao perverso o caminho que lhe convem seguir para ficar a coberto de toda a pena.²

¹ « Bien aparezca el préstamo claramente, bien se haya encubierto bajo otra forma » se diz no Cod. Hesp.

² Veja-se o art. 274.º e o que ahi expozemos.

Estes inconvenientes foram atalhados no Cod. da Baviera, art. 389.º, tornando mais ampla e mais generica a sua incriminação, nos seguintes termos:

«Celui qui fera, *clandestinement*, avec une personne incapable de disposer de ses biens sans l'autorisation de son tuteur ou des parents sous la puissance desquels il se trouve, une affaire nuisible à cette personne, sera puni d'un à trois mois de prison, lorsque, d'ailleurs, l'affaire ne renfermera point en elle même de fraude spéciale.»

ARTIGO 455.º

Aquelles que fizerem algum contrato simulado em prejuizo de uma terceira pessoa ou do Estado serão punidos com prisão de um a tres annos, e multa de 50\$000 réis a 300\$000 réis, decidida pelos co-réus.

Art. 38.º, 41.º e ref.

Tinhamos na Ord., liv. 4.º tit. 71.º, incriminado o facto de que se trata¹. Eram ahí previstas duas hypotheses: 1.ª, a do presente art.; 2.ª, quando não havia prejuizo de alguem, mas fraude das leis do reino.

Na primeira se impunha a pena de degredo para Africa por seis annos, perdimento da cousa ou do seu valor, um terço para o Estado, outro para o accusador e outro para as pessoas prejudicadas.

Na segunda se impunha unicamente o perdimento do valor da cousa, metade para o accusador e outra metade para o Estado.

O Cod. do Brazil, art. 265.º, nas palavras = usar de *qualquer falsidade* para se constituir a outro uma obrigação que se não tiver em vista ou não poder contrahir = comprehende toda a especie de simulação em prejuizo de terceiro.

O Cod. Hesp., art. 445.º (n. 456.º) n.º 2.º, nas palavras = *el que otorgare en prejuicio de otro un contrato simulado* = previne a mesma fraude.

Assim ambos estes Cod. supõem evidentemente a existencia do prejuizo ou damno, e não a mera possibilidade d'elle, como parece deprehender-se do presente art., poisque a con-

¹ A definição de contrato simulado encontra-se com a maior clareza n'esta Ord. pr. e... são aquelles em que se diz, declara ou confessa alguma cousa que «na verdade entre os contrahentes não foi contratada nem convinda.»

summação do crime está na simulação em si mesma, sem dependência dos seus effeitos.

O *contrato simulado*, quando com intenção de prejudicar, não é mais que um *meio preparatorio* de se realisar outro crime.

Isto posto, se o crime não passou de meio preparatorio, a penalidade é excessiva, injusta mesmo, comparada com as dos dois art. antecedentes.

A multa além d'isso é viciosa: 1.º, por ser de quantia determinada com desvio das regras geraes do Cod.; 2.º, por ter de se dividir pelos co-réus, o que lhe tira o caracter de pena; 3.º, por não ser calculada em relação ao damno que se pretendeu causar ou que se teve em vista.

Se o crime foi logo acompanhado da transmissão de alguma cousa, ou produziu todos ou algum de seus effeitos prejudiciaes, a pena é minutissima, porque seria bem cabida a assimilhação a furto, como no art. 453.º

Em ambas as hypotheses a mesma lei penal, coherente com o seu fim de protecção á propriedade, e com fundamento em principios de moralidade, deveria emudecer, quando o contrato fosse desfeito por acto posterior, estando o caso *re integra*, ou mesmo quando se verificasse, antes da accusação, a plena e inteira indemnisação ou reparação do damno causado¹. O mesmo poderia e deveria ter logar nos casos previstos nos art. antecedentes, estabelecendo-se como regra geral e disposição *communis*.

Devemos mais notar que o presente art., evitando a lei do reino na cit. Ord., liv. 1.º, difficultou a punição d'este crime, que ali se facilitava pela impunidade promettida áquelle dos contrahentes que, arrependendo-se do crime ou querendo acautelar alguma lesão pessoal, viesse denunciar-se em juizo.

Assim ficou tambem desarmada a boa fé com que um dos contrahentes fosse em parte surprehendido, aindaque tivesse substancialmente concordado na simulação².

¹ Uma disposição d'esta natureza se encontra, entre outros, no Cod. da Sardenha, art. 683.º

² Assim vimos já praticar por algum em 1850, e este exemplo, o ultimo de que temos noticia, mais proximo á publicação do Cod. Pen., demonstra

E contudo o mesmo Cod. admittiu similhantes denuncias com os mesmos effeitos nos casos de *sociedades secretas*, art. 283.º § 2.º, embora tenham um fim licito, e seus membros promettido entre si não quebrar nem trahir o segredo; nos casos de *moeda falsa*, art. 213.º; e em todos os de *conjuracão* prevista nos art. 144.º, 165.º e 172.º, como se prescreve no art. 176.º

Por ultimo devemos notar que os redactores do Cod. parece não haverem tido presente na redacção d'este art., quando acrescentaram as palavras—ou do Estado—, a disposição da Lei de 12 de Dezembro de 1844, art. 19.º:

« Todos os contratos simulados em fraude d'esta lei (isto é, como se diz no art. 18.º, para defraudar a fazenda nacional com dolo e má fé²) são nulos e de nenhum effeito. »

« § un. A metade dos bens transmitidos por estes contratos ficará pertencendo a fazenda nacional, e cada um dos contrahentes soffrerá uma multa equivalente ao dobro do imposto respectivo á transmissão. »

Esta lei, como especial no seu objecto, não se acha derogada, como resalva o Cod. no art. 15.º § un. n.º 1.º; mas assim resulta uma notavel antinomia relativa: 1.º, porque os *contratos simulados em prejuizo do Estado*, quando esse prejuizo for o proveniente da defraudação do imposto de transmissão, não têm pena corporal, como em outros generos de defraudação; 2.º, porque a *mesma quantidade de multa* é paga por cada um dos contrahentes, em logar de ser dividida por cada um dos co-réus, como aqui se estabelece.

que a citada Ord. do liv. 4.º tit. 71.º § 1.º era de não pequena importancia e utilidade.

A mesma Ord. tornava o denunciante responsavel pela verdade da denuncia, como se vê das palavras:

« Poderá porém a parte de que assim diffamou demandar sua injuria, e « ser-lhe-ha julgada segundo a qualidade das pessoas. »

Não vemos realmente motivo para que estas disposições ou analogas fossem omitidas no Cod.

¹ Não é a fraude simplesmente da lei que tambem punia a Ord., mas a fraude da lei fiscal em prejuizo do thesouro. O nosso Cod. omittiu esta especie e com razão, porque a irregularidade das formas prescriptas na lei nem deve crigir-se em crime, quando não ha realidade nem possibilidade de damno, nem a inobservancia d'essas formas pôde considerar-se perigosa para a sociedade, e portanto justificar a imposição de uma pena.

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, postoque não nociva á saúde, para augmentar o peso ou volume;

3.º O que, usando de pesos falsos ou medidas falsas, enganar o comprador;

§ 1.º Se for ourives de ouro ou de prata que commetta a falsificação, mettendo 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 qualidade de alguma pedra, a pena será a prisão de tres mezes a tres annos e multa correspondente.

§ 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 multa de 18000 a 58000 réis.

§ 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.

Art. 38.º, 44.º, 64.º e ref.

N'este art. se accumulam debaixo da mesma pena diversas especies de *fraude*, que assim se assimilham.

O n.º 1.º tem concordancia com os Cod. Hesp., art. 438.º (n. 449.º), e Fr., art. 423.º

Trata-se pois da *defraudação* ou *prejuizo* causado pela *diversidade* da *substancia* ou *natureza* da cousa. Esta incriminação é deficiente: 1.º, por não declarar, como condição essencial, que a *cousa* seja vendida pelo preço que lhe corresponderia se fosse da *substancia* ou *natureza* que se inculcou. Para o complemento do crime é preciso que este se compoza dos dois elementos = *engano* e *lesão* =.

2.º Por não comprehender o engano sobre as *qualidades inferiores* ou *vícios* da *cousa*, que, *sem lhe alterar a substancia* ou *mudar a natureza*, lhe fazem depreciar o seu valor.

O 2.º n.º achava-se comprehendido na disposição da Ord., liv. 5.º tit. 57.º A mesma Ord., no tit. 59.º, punia o que praticasse *mistura* de agua, terra ou qualquer outra substancia, *para lhe crescer, e furtar o acrescimo*.

Aqui concorrem evidentemente os dois elementos essenciaes do crime = *engano* e *lesão* =, dando-se o preço correspondente ao augmento artificial de peso e de volume. Exceptuam-se os casos em que as substancias, com que se fez a alteração, sejam nocivas á saúde, porque são incriminados em outro lugar: art. 251.º

O 3.º n.º estava tambem na Ord., liv. 5.º tit. 58.º, = *dos que madem ou pesam com medidas ou pesos falsos* =. Concorda o Cod. Hesp., art. 450.º n.º 2.º, o Cod. Fr., art. 423.º, e o Cod. das Duas Sicilias, art. 433.º n.º 2.º

Este delicto é qualificado por si mesmo, porque demonstra a *fraude habitual*.

A gravidade do facto é evidente, e a pena portanto é minutissima. O criminoso, alem da *falsidade*, abusa da *confiança publica*, da *sua profissão*, e *furta o acrescimo*, na phrase da cit. Ord. e tit. 59.º

Entre nós eram antigamente estas fraudes assimilhadas a furto, e punidas quassi com a mesma severidade. Os romanos as comprehendiam nos crimes de falsidade, o que era imitado no antigo direito francez. Depois a Lei de 22 de Julho de 1791

reduziu esta especie de malefícios a um simples delicto correccional. Nós imitamos esta indulgencia!¹

O § 1.º afastou-se no seu objecto especial dos Cod. Hesp. e Fr., considerando a fraude, quando commetida pelos ourives de ouro e prata, como crime mais grave que qualquer dos contemplados nos n.ºs antecedentes; e com justa razão, porque o damno pôde ser, e é de ordinario, qualificado pelo seu maior valor, assim como a fraude qualificada pela maior facilidade de se praticar.

Concorda n'esta apreciação o Cod. das Duas Sicílias, considerando esta fraude como qualificado = pelo meio e pela pessoa =.

Deve porém notar-se que a respeito d'esta fraude é incriminada aqui a *falsificação, meio preparatorio*, a par do *facto material da venda* do objecto falsificado, como factos distinctos, mas ambos puníveis com a mesma pena.

Assim se imitou o disposto no art. 206.º e § un. sobre a fabricação e venda da falsa moeda; Mas: 1.º, ali as razões, que auctorisam por excepção uma incriminação desde o acto preparatorio e da tentativa do crime, assenta em razões especialissimas; 2.º, previne-se o caso que aqui se omitta, do concurso dos dois factos na mesma pessoa, falsificação e fraude consummada.

Quem fabrica moeda falsa dá-lhe logo por esse mesmo facto a apparencia do valor legal, e assim mostra a intenção de defraudar; mas quem executa um artefacto, com mais ou menos liga de ouro ou de prata, engastando pedras não preciosas ou de menor quilate, está muito longe de significar a mesma intenção.

O seu crime só pôde existir no concurso de duas circum-

¹ A Ord., liv. 5.º tit. 58.º, dizia o seguinte:

«Toda a pessoa que medir ou pesar com medidas ou pesos falsos, se a falsidade, que n'isso fizer, valer um marco de prata, morra por isso. E se for «de valia de menos do dito marco seja degradado para sempre para o Brazil.» Era severa em demasia esta disposição; mas fugiu-se de um extremo, para desde logo se cair no outro. Se o remedio da pena gera novo mal quando excede o mal do crime, também não cura esse mal o mesmo remedio, quando não corresponde por diminuto. Erros por excesso, erros por diminuição, ambos são fataes na repressão dos crimes. A sua propagação e impunidade são consequências inevitaveis.

stancias: 1.º, quando se aproveite o artefacto para do mesmo se realizar uma venda fraudulenta; 2.º, quando se manifestem os caracteres da cumplicidade pelo concerto com o vendedor ou outros cúmplices d'elle.

Nenhum dos tres Cod. apontados, que se occuparam do objecto d'esta incriminação, tratou de mencionar especialmente o auctor da falsificação. O nosso art. é singular a similhante respeito.

Quanto á pena, verificando-se pela consummação do crime um facto que tem muita analogia com o furto, e que não é mesmo outra cousa senão um furto industrial, a pena é diminuta, quando for excedente a 20\$000 réis.

Se a gradação entre maximo e minimo satisfaz para o juiz graduar a pena, segundo o maior ou menor valor do damno, essa mesma razão cothia na regra geral sobre furto estabelecida no art. 421.º e seu § 1.º, e devia satisfazer para não tornar remissiva a penalidade na hypothese do art. 453.º

O § 2.º é tirado do art. 479.º n.º 5.º do Cod. Fr.:

Resulta d'esta disposição: 1.º, que a todos os particulares que não traficarem ou venderem é licito ter em sua casa pesos ou medidas falsas, ou por não serem aferidas, ou em razão da diversidade do peso ou capacidade, inferior ou superior á fixada na lei.

A simples detenção sómente é prohibida a respeito dos proprietarios em armazens, fabricas, casas de commercio, ou em qualquer logar de venda.

2.º Que ao passo que a simples detenção, com abstracção do uso, é incriminada, não o foi nem a fabricação nem o uso convencional. O art. 424.º do Cod. Fr. prohibe, tanto a comprador como a vendedor, esse uso; e assim devia ser, porque de outro modo se não preenche o fim do legislador.

Quanto á definição que se dá no § 3.º, é deficiente e incorrecta. Logoque o systema legal e uniforme se ache em vigor, os pesos e medidas ou são *legaes*, isto é, metricos, verificados e aferidos, ou *antigos*, isto é, prohibidos pela lei nova, e substituidos por aquelles, ou *justas e metricos*, mas não *aferidos* ou *falsos*, isto é, de peso ou capacidade inferior á sua indicação apparente.

Portanto, pesos ou medidas *falsas* é coisa muito diversa de pesos ou medidas *differentes*. Esta distincção é feita de um modo sensível nos n.º 5.º e 6.º do cit. art. 479.º do Cod. Fr.

Podem os pesos e medidas não ser dos auctorizados por lei, por lhe faltar alguma das qualidades extrinsecas exigidas na lei, nos regulamentos policiaes ou nas posturas municipaes, e todavia não haver sombras de *falsidade*, por não existirem as de *fraude*. Os pesos e medidas não são *legaes*, mas não são *falsos*.

A definição tem mais o defeito de ser simplesmente remissiva á lei. A condição essencial da marca, cunho ou *afecção*, devia aqui ser mencionada como característico presumptivo da *falsidade*, em harmonia com o que no mesmo Cod. se acha estabelecido a respeito da moeda falsa.

Alem d'isso cumpre notar a respeito d'esta materia as seguintes omissões.

Tanto na letra d'este § 3.º, como na do n.º 3.º se não encontra uma palavra comprehensiva das *balanças*, instrumento indispensavel para que os pesos possam ter uso.

Como as leis penaes são estricctissimas na sua execução, pôde entrar em duvida, se, sendo os pesos verdadeiros, mas falsa a *balança*, é ou não applicavel a disposição do cit. n.º 3.º¹.

E todavia é certo que as *balanças* falsas, ou por sua natureza ou accidentalmente, são um instrumento accessorio e indivisivel da acção de pesar, e devem consequentemente ser asimilhadas aos pesos falsos².

Por isso na Lei franceza de 17 de Abril de 1839, art. 14.º, se lê: «*Les poids et mesures et instruments de pesage et mesurage*»; e no art. 22.º: «*Les balances romaines ou autres instruments de pesage*».

Tambem ha omissão em não se mencionar aqui o facto da fraude effectiva, quando praticado não pelo vendedor, mas pelo comprador.

Quando se vae acompanhado de pesos e balanças pesar a mercadoria a casa ou estabelecimento alheio, ou quando para compra de cereaes, vinho ou azeite se leve o proprio almude ou alqueire, é o comprador e não o vendedor quem, defraudando, commette o crime. O Cod. fica silencioso a este respeito, e consequentemente tem este art. no seu n.º 3.º applicação sómente aos vendedores e não aos compradores fraudulentos!

Quanto ao § 4.º, se envolve na sua primeira parte, tanto quanto comportam as suas palavras, alem das razões com que impugnámos ao art. 64.º, e outros logares analogos semelhante confisco, acresce a disposição da segunda parte do mesmo §, nas hypothèses do n.º 3.º §§ 2.º e 3.º, não deve ter logar sempre que aos pesos e medidas não faltar a capacidade legal, mas lhes falte unicamente alguma circumstancia accessoria para se legalisar o seu uso. O confisco é sempre odioso, mas ainda é muito mais digna de censura a destruição de objectos que, desde que são artefactos ou productos do trabalho licito, têm um valor qualquer que pôde pelo menos ser applicado em favor de um estabelecimento de beneficencia.

De resto, para este § não se fez mais que importar o segundo alin. do art. 423.º do Cod. Fr., traduzindo-se as palavras *seront confisqués* pelas *serão perdidos a favor do Estado*; e as *seront brisés* pelas *serão inutilizados*.

¹ A hypothese é não só possível, mas frequente. O ar. Levi refere um caso recente, sobre que foi consultado. Comm., tom. 4.º a pag. 327.

² Assim foi julgado pelo tribunal de cassação, Ar. de 29 de Abril de 1831. Mas não deixa de ser uma interpretação extensiva das palavras da lei, a que repugna o nosso art. 18.º, e que portanto merecia ser acatada.

ARTIGO 457.^a

Aquelle que commetter o crime de contrafeição, re-produzindo 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 qual-quer outra producção, será punido com a multa de réis 30\$000 a 300\$000, 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 10\$000 a 100\$000 réis, e na perda dos exemplares da obra contrafeita.

Art. 38.º, 64.º e ref.

Houve tempo em que era posto em dvida, contestado mesmo, o *direito de propriedade* sobre os productos da intelligencia. Não se considerava a protecção das leis a taes productos como fundada n'esse principio, mas em rasões de politica e de conveniencia publica, mais um favor outhorgado, do que um acto de justiça, e antes uma *transacção equitativa* entre a sociedade e os auctores das obras litterarias ou artisticas, ou uma *remuneração* ou *incentivo* ao trabalho, ao aperfeiçoamento do espirito humano¹.

¹ Estas idéas se encontram ainda no relatório feito na camara dos deputados em França, por occasião da Lei de 1844.

Porque esta propriedade tem um caracter especial, e se acha collocada fóra do que é material e apprehensivel, como se fóra um edificio ou um campo, e por isso é mais fraca para resistir á usurpação, concluiu-se que não era propriedade no rigor do termo; e todavia a consequencia mais natural, mais logica a tirar d'ahi seria que este caracter particular reclamava uma protecção tão especial como é a natureza da mesma propriedade.

Casta a conceber hoje como semelhantes doutrinas dominassem por tanto tempo, mesmo em França, apesar das memoraveis palavras de um dos maiores homens d'Estado n'aquelle paiz:

«Cette propriété est la première, la plus sacrée et la plus imprescriptible de toutes¹.»

Verdade que não podia ser seriamente combatida, e todavia a protecção das leis e dos governos se estreitava aos limites de um privilegio concedido, como graça especial e restricta ao territorio de cada nação. — *Cada um consigo e para si* — era a maxima que se seguia, conquanto não só immoral, mas repugnante na esphera das idéas economicas sobre materia industrial.

Se os individuos se perdem pelo egoismo moral, os povos se deshonram e se prejudicam pelo egoismo politico; se o egoismo exclusivo individual é um monstro de torpeza, o egoismo internacional é intoleravel. Que seria do mundo e da civilisação, se a intelligencia humana não levasse as suas produções aos confins da terra? E como poderia a intelligencia humana ser cosmopolitica em seus trabalhos, referindo-os á humanidade, se esta, aproveitando-os, não respeitasse a origem de que dimanam?

Felizmente todas as nações que se acham á frente da civilisação por seus trabalhos, tanto scientificos como litterarios,

¹ Targot, no Edit. de 1776. O antigo direito francez não protegia a propriedade dos auctores, senão *indirectamente*, pelas leis repressivas d'essa mesma propriedade. Assim as Ord. de Moulins, a declaração de Carlos IX, de 16 de Abril de 1571, Ord. de Henrique II, de 12 de Outubro de 1586, as declarações de 1616, de 1627, a Ord. de 1629 e outras, prohibiam toda a publicação de escriptos sem previa authorisação.

têm comprehendido que ao genio, sendo sempre o genio em toda a parte, é devida sempre e em toda a parte a mesma protecção. Têm comprehendido que, mesmo sob o ponto de vista de sua prosperidade, o partido mais politico a seguir é proclamar com firmeza e energia o reconhecimento publico devido à intelligencia humana, decretando em favor de suas produções a protecção da lei, qualquer que seja o paiz de que ellas venham.

Entre nós, tarde e muito tarde foi regulada esta protecção por lei geral, cessando de o ser por graça especial ou privilegio. Abolidos os privilegios pessoaes, pela lei fundamental do Estado, a protecção legal só podia assentar no reconhecimento dos direitos individuaes.

No Cod. Pen. de 1837, art. 370.º até 385.º, foi imitada a legislação das nações cultas, quanto à parte penal; e com essas penas contava o legislador, no que respeitava aos novos inventos, poisque no Dec. de 16 de Janeiro de 1837 fez uma referencia expressa aos mesmos art. do dito Cod.

Muitos annos decorreram n'este estado, até que enfim foi apresentado na Camara dos Deputados em 1839, e discutido e approvedo em 1851, um projecto de lei, fundado em principios de justiça e boa razão, e em que se acham codificadas todas as regras adoptadas e experimentadas pelas principaes nações do mundo civilizado, quanto à propriedade litteraria e artistica.

A revolução politica, verificada então, impediu que esse projecto fosse convertido em lei do Estado, mas um dos primeiros cuidados do Governo nascido d'essa revolução foi o de aproveitar a dictadura em que se constituiu, para que ao mesmo projecto se desse força obrigatoria, publicando-se pelo Dec. de 8 de Julho de 1851.

Assim se deu um solemne testemunho de protecção às artes, às sciencias e às letras; se *prestou* (como se declara no preambulo do mesmo Dec.) *homenagem* à força intellectual e poder do espirito; se cumpriu a *obrigação especial* que tem o Governo representativo de reconhecer e honrar essa força e poder; e se consagraram os *direitos* do pensamento, fortificando-se ainda mais assim a liberdade de o communicar.

Mas este Dec. não se occupou dos novos inventos, nem da propriedade dos desenhos e padrões dos fabricantes, que no art. 20.º adiou para uma lei especial. Por esta forma ainda ficou incompleta a legislação penal, que no mesmo Dec. se encontra no art. 27.º e seguintes.

No pensamento de proteger todas estas especies de propriedade se acham diversas providencias n'este Cod.

O presente art. é amplissimo, comprehendendo todas as produções da intelligencia, por qualquer modo que sejam qualificadas, scientificas, litterarias ou artisticas. As palavras—*ou qualquer outra produção*—¹ tornam exemplificativas as especies mencionadas, e comprehenderiam a dos novos inventos se d'ella se não tratasse especialmente no art. 459.º

A referencia porém que faz à violação das leis e regulamentos respectivos demonstra: 1.º, que as mesmas leis e regulamentos são sustentados no que não for penal; 2.º, que os elementos do crime devem ser abi procurados.

Não basta a contrafeição ou usurpação do alheio, é preciso que o facto seja qualificado e definido pela *violação* das mesmas leis e regulamentos. Devem pois ser consultados, nos casos occorrentes, os Dec. cit. de 16 de Janeiro de 1837 e de 8 de Julho de 1851, ambos com força de lei.

Poucos Cod. Pen. se occupam d'esta materia, na parte penal. Especialissima no seu objecto, tudo o que lhe diz respeito é quasi sempre regulado por leis especiaes. Assim se havia praticado no dito Dec. de 8 de Julho de 1851, comprehendendo a parte penal nos art. 27.º e seg.

As nações que incluíram a parte penal, relativa a esta materia, em seus Cod., são a França, a Hespanha, Duas Sicílias e a Baviera.

Na Inglaterra e em todos os Estados da Alemanha, na Russia, na Italia, assim como nos da America do Norte, tem sido por leis especiaes determinado e regulado este objecto em todas as suas partes.

Na materia do presente art., respectiva à propriedade litteraria e artistica, concordam os Cod. Fr., art. 425.º, Hesp.,

¹ *ou de toute autre production* — se diz no Cod. Fr. art. 425.º

art. 456.º (n. 457.º), das Duas Sicílias, art. 323.º, assim como as leis especiaes de mais de cincoenta nações de primeira, segunda e terceira ordem¹.

As palavras do art. = *em todo ou em parte* =, vertidas do cit. art. 425.º do Cod. Fr., são extremamente vagas e indeterminadas. A definição era aqui de uma necessidade absoluta.

A lei não pôde converter em delicto a *simples reprodução* do pensamento. Solta uma idéa, por qualquer modo de publicação, ella se torna do domínio commum. Ninguém a pôde mais sequestrar nem monopolisar. O que a lei pune é a *contrafacção* ou a *reprodução da forma exterior e sensível*.

O art. nas palavras = *em parte* = não exige que na *contrafacção* haja uma *identidade perfeita*; mas nenhuma lei pôde prohibir o *plagiat* simples, nem a *imitação*. Tudo quanto dizemos, quanto escrevemos neste commentario seria contrafacção, porque nada mais fazemos, nem temos feito, do que *imitar os auctores* que compulsámos e a que nos referimos.

A contrafacção é evidente, logoque: 1.º, se reproduz toda a obra ou a sua *maxima parte*; 2.º, quando as addições e alterações deixam subsistente a obra ou parte principal d'ella; 3.º, quando nada mais se lhe faz do que alterar-lhe o título, a data da publicação² ou o prefacio; 4.º, quando se reproduz o texto a *pretexto* de o commentar ou anotar, adicionando-se-lhe observações; 5.º, quando a reprodução tem logar na edição de outra obra.

Mas pelo que toca a *contrafacção parcial* é muito difficil constatar o delicto, sendo, como é, tão vaga a expressão do art. = *ou em parte* =.

¹ A legislação de todo o mundo civilisado sobre esta materia, com a integra dos textos respectivos, acha-se compilada e colligida na obra de E. Blanc et Beume, intitulada = *Cod. Génér. de la propr. ind. littér. et artist.* = Ahí se acham tambem, como parte da mesma legislação, os tratados internacionaes.

² Esta especie é especialmente mencionada no tit. 3.º art. 20.º n.º 3.º da Lei hespanhola de 10 de Junho de 1847, e no Cod. preventivo da Russia, art. 267.º

As citações tiradas ou extrahidas de outros livros são licitas, e muitas vezes é indispensavel reproduzi-las com a *forma exterior* ou nos proprios termos com que foram manifestadas pelo seu proprio auctor. Mas se estas são tão extensas que dispensam o uso da obra citada, ou no todo ou em alguma de suas partes mais importantes, a *contrafacção* apparece.

Assim o delicto existirá, se, por exemplo, um jornal copia por fragmentos uma obra, de modo que esse jornal dispense, passado certo tempo, a leitura d'ella.

Em summa, o *plagiat* só é punivel quando por suas circumstancias seja tal que prejudique a *venda* do livro de outrem¹. N'este sentido pôde haver *plagiat* punivel sem reprodução dos textos, quando se faz um extracto de uma obra qualquer; mas ainda assim cumpre exceptuar aquelles extractos que por seu plano, forma ou originalidade reproduzem unicamente os pensamentos do auctor ou a substancia de um livro, formando porém uma obra distincta.

Assim, se a obra nova, comquanto copia de outra, tem um destino especial que não prejudica o auctor da primeira, como é a de paineis ou desenhos em papeis pintados, ou a conversão de escultura em pintura ou *vice-versa*², não poderia considerar-se contrafacção; ou se mesmo a imitação não é mais que um esforço do artista para seguir os bons modelos, sem animo ou intenção de a reproduzir pela venda, nem de causar prejuizo ao auctor originario.

Pôde mesmo não haver *delicto*, por não haver a *intenção de fraude*, mas o *prejuizo* ser não menos real, e consequentemente subsistir a obrigação civil de indemnisar, sem que o facto entre no dominio do direito penal.

Estes e outros casos mais ou menos previstos nas leis dos diversos paizes sobre esta materia, ou pelos auctores que d'ella trataram³, demonstram a imperfeição do art. na parte em que

¹ A contrafacção é unicamente punida em razão do *prejuizo material e pecuniario* que causa ao proprietario da obra contrafeita. O *prejuizo moral* não é nem pôde ser considerado na lei.

² Specie prevista na Lei da Prussia de 11 de Julho de 1837, art. 24.º

³ Merlin, Favard, Chaucrau e Helie, Blanc, Renouard, Solpici e outros.

os elementos constitutivos do crime se não acham definidos, como era indispensável. Tanto podem ser prejudicados e burlados os auctores em suas fadigas litterarias ou artisticas, como empecidos o talento e engenho dos outros homens, dando a uns sobre outros um privilegio ou um direito exagerado.

É certo que esta deficiência do art. quanto á definição de contrafacção deve ser supprida pelos juizes, attendendo a que n'elle se exige: 1.º, a existencia da fraude; 2.º, a violação das leis e regulamentos relativos á propriedade dos auctores. Mas cumpria que as condições especiaes da fraude aqui fossem expressas, para se prescreverem os justos limites do arbitrio; e quanto ás leis e regulamentos, a de 8 de Julho de 1851, art. 27.º, servindo-se das mesmas palavras—*em todo ou em parte*—, unica legislação que temos, nada mais esclarece nem firma sobre este ponto.

A Lei austriaca de 19 de Dezembro de 1846 definiu em que consistia a *contrafacção de escriptos* ou obras de litteratura, assim como os factos que a não constituíam e ficavam auctorizados. O mesmo declarou a respeito das composições musicas, das traducções, do desenho ou da arte *plastica*, da publicação de manuscriptos alheios. No mesmo sentido fôra já redigido o tratado celebrado entre esta potencia e a Sardenha em 22 de Maio de 1840.

No Cod. Civil de Bade, art. 377.º, se declara expressamente que é permittido fazer extractos de uma obra ou commentarios.

O Cod. Pen. da Baviera, art. 397.º, estabelecendo o preceito prohibitivo a respeito da reproducção de obras litterarias, firmou a regra geral em contrario, pela excepção que estabeleceu:

«...sans en avoir modifié la forme de manière à s'approprier cet ouvrage.»

A Lei da Prussia de 11 de Junho de 1837 tambem no seu art. 1.º declara que não se reputa contrafacção: 1.º, a citação textual de algumas passagens de uma obra já impressa; 2.º, os plagiatos feitos a memorias, a poesias ou obras criticas; 3.º, art. 24.º, a imitação da obra de esculptura pela pintura, e da pintura pela esculptura.

Temos presentes as leis da Inglaterra¹, da Belgica², da Confederação Germanica³, da Hespanha⁴, dos Estados Unidos⁵, da Prussia⁶ e outras muitas, e em quasi todas nos parece haver grande defeito quanto á penalidade.

Fazem assim essas leis como uma transição entre o estado negativo antigo, e o positivo moderno, da criminalidade.

As penas que comminam são diminutissimas nos casos mais graves, podem ser exorbitantes em casos leves, irrisorias mesmo em uns e outros, e sobretudo repugnantes ao systema seguido nos mesmos Cod. sobre a distribuição d'ellas em crimes da mesma natureza ou analogos, assim como aos principios e regras geracs estabelecidas na theoria do direito penal.

Similhanes, como são, ás do presente art., demonstraremos esta conclusão, com relação especial ao mesmo art.

São diminutissimas nos casos mais graves. Quando o contrafactor é descoberto pôde já ter consumido ou exportado toda ou a maior parte da edição contrafeita; o resto, como é natural, como objecto prohibido e sujeito á apprehensão, deve estar em resguardo; o prejuizo causado pôde ser de 15, 20 e mais contos de réis. A multa de 300\$000 réis imposta, mesmo no seu maximo, vale á pena em tal caso de ser effrontada. E antes um *direito moderado de contrafacção*, pago em favor do Estado, como o de transmissão de *propriedade*, do que uma penalidade preventiva ou repressiva do crime; e portanto faltam-lhe os caracteres essenciaes a toda e qualquer pena.

Podem ser exorbitantes nos casos leves. Se o primeiro característico da gravidade do crime é o prejuizo causado ao auctor, a multa, mesmo quando imposta no seu minimo de 30\$000 réis, não tem proporção justa com a contrafacção de um opus-

¹ Diversos actos do parlamento, dos quacs os mais importantes são os do quinto e sexto anno do reinado da rainha Victoria, cap. 45.º; do terceiro e quarto anno do de Guilherme III, cap. 15.º; e do decimo setimo de Jorge III, cap. 57.º

² Lei de Guilherme de 25 de Janeiro de 1817, art. 4.º, que tambem rege na Hollanda.

³ Resol. da Dieta de 19 de Junho de 1845.

⁴ Lei de 10 de Junho de 1847, tit. 3.º § 19.º

⁵ Acto de 3 de Fevereiro de 1831.

⁶ Lei de 11 de Junho de 1837, art. 1.º a. 19.º

culo de uma ou duas folhas de impressão, de um ou alguns sonetos, de uma ode, de um sermão, etc., e a perda dos exemplares que se encontrarem á venda não vale o trabalho de se mencionar, e meos de se censurar.

São irrisórias em ambas as hypothèses, porque na primeira, os livros obtidos pela clandestinidade dão para a multa e despesas da impressão; na segunda, porque sendo nullo ou quasi nullo o damno pecuniario causado ao auctor, nem este se queixará, e se se queixar, o seu mero capricho ou pundonor ha de encontrar nas testemunhas e nos juizes aquella pouca attenção, escrupulo mesmo que de ordinario provocam semelhantes processos.

São repugnantes ao systema seguido pelo Cod. na distribuição das penalidades em casos analogos.

Porquanto se a *propriedade*, por ser dos *auctores*, não deixa de ser uma *propriedade*, como se proclama no art., quando a produção da *intelligencia* toma uma figura material, visível, sensível e apropriavel, como é um livro, um desenho, uma pintura, uma estampa, um mappa geographico, etc.; se a appropriação d'essa produção é apreciavel a favor do delinquente, e offende interesses creados pelo pensamento e trabalho de outrem, o facto contém essencialmente todos os caracteres de *subtração fraudulenta* que constituem o *furto*.

Então a conclusão logica a tirar é que o facto devia ser pelo menos assimilado a *furto*, como se fez nas hypothèses dos art. 311.º, 422.º, 423.º 433.º e 438.º, tendo por consequencia logar o degredo temporario ou a prisão correccional aggravada mesmo com a multa, em rasão da protecção especial. A *especialidade da protecção* é uma rasão de mais para tornar mais forte a *protecção commun*. Ser porém a especialidade do objecto muito pelo contrario um fundamento para se diminuir na *protecção commun* é relativamente uma falta de protecção ou uma protecção negativa que indirectamente se converte em protecção do delicto. Sempre assim ha de acontecer, quando, avaliado inexactamente o mal do crime, se lhe não proporcionar o remedio da pena.

Isto nos parece evidente; mas para não deixarmos de nos

auctorisar com exemplos praticos, citaremos: 1.º, o Dig. das Leis Cr. da Russia, art. 742.º¹:

«Celui qui publie, sous son propre nom, l'ouvrage de l'autrui et sans leur consentement réciproque... se rend coupable d'un fait, qui est réputée fraude, et outre les dommages et intérêts dont il est passible au profit de la partie lésée, et dont le montant est fixé par le tribunal après l'examen de l'affaire, le coupable est privé de ses droits civiques, et il doit être condamné à la peine du fouet et à la déportation en qualité de colon forcé (Sibérie).»

2.º O Cod. de Bayera, art. 397.º:

«Celui qui se rendra coupable d'atteintes envers la dite propriété par détournement ou fraude, sera passible des peines portées contre les dits crimes ou délits de détournement ou fraude².»

Ou

«Toute atteinte portée à cette propriété, par sustraction ou par dol, sera punie des peines portées contre ces crimes ou délits.»

D'onde concluimos que este objecto ainda está por definir, e que sendo copiado para o presente artigo, como fôra para o art. 27.º da Lei de 8 de Julho de 1851 o art. 423.º do Cod. Fr., achavam-se na adopção das palavras—*en entier ou en partie*—, em lugar de esclarecidos, tornados mais vagos e confusos os caracteres especiaes do facto punivel.

Entre nós a penalidade achava-se com mais severidade estabelecida no dito Decr. de 8 de Julho de 1851.

Os redactores do Cod. ou não tiveram, como já dissemos, presente esta lei, ou entenderam que os direitos de propriedade dos auctores não eram dignos, no mesmo grau, da protecção legal que lhes havia sido reconhecida.

O grande erro do presente art. dos Cod. e leis apontadas que com elle concordam em substancia vem de haverem tido em vista mais o facto em relação á individualidade, no damno causado, do que em relação á sociedade, na protecção ao di-

¹ Ed. de 1832, liv. 1.º tit 10.º cap. 6.º

² Trad. por Vatel.

³ Como vem traduzida em Beaume: cit. Cod. Génér., 1854, a pag. 186.

reito de propriedade. O Cod. da Russia fugiu do inconveniente, confundindo a especie menos grave na mais grave; o da Baviera evitou o mesmo inconveniente, distinguindo uma da outra.

Quanto á materia do § 1.º, *introducção no reino*, equiparada bem se acha ao facto da contrafacção. A obra que toma no reino a *forma exterior* pela impressão etc., nasce desde esse momento contrafeita; mas a que toma essa *forma exterior* fóra do territorio portuguez só tem existencia legal desde o momento em que é importada, regular ou irregularmente.

Mas o maior mal do crime ainda está no giro, na mobilisação, que lhe é propria, por dois actos que se lhe seguem, *exposição á venda e venda efectiva*. O prejuizo sómente é causado pelo ultimo acto: quando incriminados especialmente os antecedentes, devem sê-lo menos severamente; porque ao mal do crime falta um dos seus elementos de aggravação. Assim o reconhece o Cod. a respeito da moeda falsa, atenuando a penalidade, no § un. do art. 206.º, «*se houve sómente a fabricação*», e no art. 208.º § 1.º, «*se a moeda falsificada não foi exposta á venda, nem chegou a passar-se.*»

Além d'isso, uma grave omissão notámos nós aqui, e é a que resulta do silencio do Cod. acerca dos actos de contrafacção de obras dos auctores estrangeiros, quando fraudulenta, feita em territorio portuguez, uma vez que appareça reclamação da pessoa offendida.

Nem os principios de moral, nem os de direito internacional, conquanto não positivo, podem consentir que façamos a outrem o que não quereríamos que se fizesse a nós mesmos.

O mesmo silencio guardam a maior parte dos Cod. e leis de outras nações.

Não assim porém na Inglaterra, como se vê dos Actos 7.º e 8.º da rainha Victoria, de 10 de Maio de 1844, cap. 12.º; nem na França, como se manifesta do Decr. de 28 de Março de 1832, estabelecendo no art. 1.º:

«*La contrefaçon, sur le territoire français, d'ouvrages publiés à l'étranger et mentionnés dans l'art. 425 du Cod. Pén., constitue un délit.*»

Entre nós temos a cit. Lei de 8 de Julho, que, no art. 32.º, incrimina o facto em tal caso, mas só a favor dos auctores

estrangeiros, em cujos paizes *por lei* ou por tratados se concede aos portuguezes, *mutatis mutandis*, a mesma garantia¹.

Não podemos conformar-nos com esta jurisprudencia. Se o direito dos auctores é de propriedade, a sua inviolabilidade é um dever absoluto, sem distincção de nacionaes ou estrangeiros.

Se uma nação estrangeira é injusta para connosco, não por malevolencia ou espirito de hostilidade, as *représalias* não podem ser justificadas. Se ella é justa, não lhe correspondermos é mais uma ingratiidão.

Além d'isso, que nos importa o que se faz nas nações estrangeiras, se o facto é um rigoroso *furto*, que demonstra no delinquente o estado de *corrupção moral* que constitue o mal do crime? Aplicar-lhe o remedio da pena é uma necessidade da nossa propria existencia, como sociedade, embora a pessoa do offendido seja um mouro ou judeu, ou subdito de uma nação inimiga.

Resta-nos acrescentar que a reproducção=*por meio de copia em traducção*=de obras estrangeiras, que a Lei belga de 28 de Janeiro de 1817 proclama como um *direito de todos os belgas*, tambem deve soffrer modificação, quando o auctor estrangeiro manifesta a intenção de realizar em praso determinado por lei a mesma traducção, como se acha consignado em muitas leis e tratados internacionaes.

Sirva de exemplo a Lei austriaca de 19 de Outubro de 1846, secç. 1.ª § 5.º A reserva do auctor deve ser, nos termos d'esta lei, expressa no tit. ou prefacio da obra, e realisada dentro de um anno depois da publicação d'ella.

¹ É precisamente o que foi estabelecido por Frederico VI, rei de Dinamarca, Orden. de 7 de Maio de 1820, e o que prescreve a Lei hespanhola de 10 de Junho de 1847, art. 26.º, impondo ao Governo o dever de concluir tratados com as outras nações para se estabelecer uma reciprocidade a tal respeito.

Assim se acha praticamente estabelecido por direito internacional, observado pela Inglaterra, Prussia, Austria, Belgica, França, Hespanha, Sardenha, Hanover, Grão Ducado d'Esse, Ducado de Brunswick, Toscana, Ducado de Nassau, Principado de Reuss, Ducado de Saxe Weimar, Grão Ducado d'Oldembourg, Principado de Schwarzbourg, Sandewich e Portugal, que todas têm dado o exemplo de tratados para tornarem extensivas as respectivas penalidades ás fraudes da contrafacção commettidas no paiz contra auctores estrangeiros.

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 10\$000 réis a 100\$000 réis, e com a perda do producto da receita.

Art. 41.º, 64.º e ref.

N'este art. se manifesta, como no antecedente, uma falta de protecção aos auctores das peças dramaticas ou de musica, comparado o mesmo art. com o art. 29.º do Decreto de 8 de Julho de 1851¹.

Comparado o presente art. com o art. 428.º do Cod. Fr. evidentemente se manifesta que os redactores do Cod. não fizeram mais que traduzi-lo, sem que tivessem na devida consideração o dito Dec., talvez porque foi conservada a nova incriminação, tal qual havia sido redigida antes de ser publicado o mesmo Dec. Até na quantidade da multa foi adoptado o cit. art. 428.º do Cod. Fr.!

Concorda com o Cod. Fr. o das Duas Sicílias, art. 324.º

Na Inglaterra existem disposições analogas, no Acto 3.º e 4.º do reinado de Guilherme IV, cap. 15.º; na Austria, na

Lei de 19 de Outubro de 1846, secc. 3.ª, §§ 31.º e 32.º; na Hespanha, na Lei de 10 de Junho de 1847, lit. 3.º art. 23.º; na Prussia, na Lei de 11 de Junho de 1837, art. 34.º; na Saxonia, na Lei de 27 de Julho de 1846, art. 2.º e seg.

D'entre estas leis, a da Austria manda, em caso de insolvidade no pagamento da multa, substituir esta pela prisão proporcional.

Na mesma lei, cit. art. 32.º, assim como na da Prussia, art. 34.º, se declara expressamente, que no producto da receita não ha deducção de despesas, nem logar a distinguir, se a representação ou espectáculo se compoz da execução de outras peças dramaticas ou musicas.

Na lei de Hespanha, cit. art. 23.º, se ordena que a multa seja elevada ao dobro, se se deturpou o titulo do drama ou peça de musica para se dissimular a fraude.

A previsão do objecto de taes declarações era aqui não só conveniente, mas de justiça. Em harmonia com o que expozemos ao art. antecedente, sempre pelo menos deveria ter logar o pagamento das penas pecuniarias, acompanhado de algum tempo de detenção correccional.

Especialmente cumpria, para os effeitos do que se dispõe no art. 460.º, saber-se qual é o *producto* da receita que se perde, se é o *bruto*, se o *liquido*.

¹ Este Dec. com manifesto erro qualificou tal facto = *contrafeição* = crime distincto, de que havia tratado nos art. 27.º e 28.º A contrafeição é uma *apropriação fraudulenta* da obra alheia; o facto de que se trata é o caso *fraudulento* da mesma obra, sem a reproduzir.

Na primeira hypothese ha furto da cousa, na segunda ha furto dos *fructos* ou *interesses* resultantes da mesma cousa. Ou antes é *roubo*, com *violencia real*, porque é preciso que intellectual, mechanic e publicamente muitos individuos, subordinados á vontade do criminoso principal, actuem sobre a peça dramatica ou de musica, para que d'ella se tire um interesse; illicito por ser do alheio, contra vontade de seu dono e em seu prejuizo.

ARTIGO 459.*

Toda a defraudação dos direitos dos proprietários dos novos inventos, com violação das Leis e Regulamentos que lhes respeitam, será punida com a multa de 30\$000 réis a 300\$000 réis, e perda dos objectos que servirem para a execução do crime.

Art. 41.º, 64.º e ref.

São os direitos, que os francezes qualificam como resultantes da descoberta, reconhecidos pelos diplomas = *brevets d'invention* =, a que talvez mais appropriadamente, conforme a terminologia ingleza, se póde dar o nome de *patentes de invenção*.

Sobre este objecto existe em vigor na Inglaterra a nova Lei¹ do 1.º de Julho de 1852, pela qual se concedem essas patentes tanto a nacionaes como a estrangeiros, preenchidas as formalidades que a mesma lei prescreve.

A contrafacção porém não dá lugar senão a uma acção de perdas e danos, nem as patentes conferem um direito de propriedade absoluto, mas só temporario por espaço de quatorze annos. A introdução dos novos inventos estrangeiros é permittida, mas caduca logo que expire a patente estrangeira.

O reconhecimento d'este direito de propriedade não é gratuito. Tem uma taxa que se paga em tres pagamentos, um, no principio (de 25 libras esterlinas); outro até ao terceiro anno da concessão (de 50 libras esterlinas); outro até ao sétimo anno (de 100 libras esterlinas). Isto alem das enormes despesas com as contestações que se provocam e honorarios de peritos, a que o exame do novo invento é submettido. A falta de pagamento de qualquer das prestações em tempo útil annulla a mesma patente.

¹ Reforma da antiga lei, publicada em 1623 ou no vigésimo primeiro anno do reinado de Jacques I.

Na Austria achava-se este objecto regulado pela Lei de 31 de Março de 1832, mas foi melhor esclarecido e desenvolvido pela Lei de 15 de Agosto de 1852, aonde se define com a maior clareza e precisão o que deve entender-se por = *invento novo* =.

A patente, se diz ahi, concede-se a toda a *descoberta, invenção ou melhoramento* que tenha por objecto: 1.º, um *novo producto industrial*; 2.º, um *novo meio de produção*; 3.º, um *novo methodo de producção*.

A novidade é o fundamento da concessão, e ou se manifesta pela *descoberta*, que é a revelação de um processo industrial praticado em outros tempos e perdido depois inteiramente, ou pela *invenção*, e consiste na revelação da produção ou de um *novo objecto por novos meios*, ou de um *novo objecto por meios já conhecidos*, ou de um *objecto conhecido por novos meios*.

N'esta lei prohibe-se a introdução de um novo invento *privilegiado em paiz estrangeiro*, excepto em favor do *proprietario* do mesmo invento. Tambem se exige uma taxa paga annualmente durante quinze annos, n'uma escala ascendente de 20 a 100 florins, na somma total de 700 florins.

A violação d'este direito de propriedade, depois de legalmente reconhecida, é punida ahi, secção 7.ª art. 39.º, com o confisco dos objectos contrafeitos e multa de 25 a 1:000 florins. Em caso de insolvabilidade o culpado fica sujeito a prisão na razão de um dia por cada 5 florins.

Os instrumentos e apparatus que serviram á contrafacção devem *ser destruidos*; a multa é applicada á *caixa dos pobres* do lugar em que se commetteu o delicto.

Na Baviera é este objecto, na parte penal, fixado pela Lei de 11 de Setembro de 1825¹, cap. 3.º art. 9.º É punido o delicto com a multa de 100 a 500 florins, metade para a parte offendida, e a outra para os *asylas de beneficencia* da respectiva localidade.

¹ Na parte regulamentar o foi pela Lei de 10 de Fevereiro de 1848. O maximo da duração do privilegio é de quinze annos. A taxa é progressiva desde o decimo primeiro até ao decimo quinto anno. A totalidade d'ella não excede a 275 florins nos quinze annos.

Os objectos imitados, contrafeitos ou importados são confiscados *em proveito do legítimo proprietário*.

Na Belgica, conforme a Lei de 25 de Janeiro de 1817. Regulamento de 26 de Março de 1817 (que também regem na Hollanda), novamente publicado com modificação pelo de 25 de Setembro de 1840, a violação não constitue delicto. O proprietário porém pôde requerer, alem da entrega dos objectos contrafeitos, a indemnisação dos damnos e interesses liquidados pelo preço dos objectos já vendidos¹.

Na Hespanha rege a Lei de 27 de Março de 1826, e Decr. de 14 de Junho de 1829, de 23 de Dezembro do mesmo anno e de 11 de Janeiro de 1849². A pena da contrafacção é o confisco dos instrumentos e productos em proveito do offendido, e perdas e damnos fixadas por peritos e elevadas ao triplo. O processo é intentado perante o chefe politico da provincia em que reside o contrafactor. É pois mais uma satisfação dada ao proprietario do que uma pena *propriamente dita*, como correspondente a um delicto social.

Omittimos outras leis que temos presentes.

Entre nós a primeira lei protectora dos novos inventos foi o Alv. de 22 de Abril de 1809, § 6.º, admitindo o privilegio exclusivo aos inventores ou introductores por quatorze annos, mas a contrafacção não foi ali prevista.

A esta lacuna providenciou o Cod. Pen. de 1837, e o Decr. de 16 de Janeiro do mesmo anno; mas estas providencias ficaram inexecutíveis na parte penal, porque tendo este Decr., nos art. 24.º, 25.º e 31.º, feito referencia aos art. do mesmo Cod., não podiam ter vigor, sem que o tivesse a lei a que fôra remissivo.

Seguiu-se o Decr. de 31 de Dezembro de 1852, mas este Decr. não contém disposição alguma penal, e só declarou no

¹ A duração do privilegio é de cinco, dez ou quinze annos, á escolha do pretendente. A taxa é proporcionada aos annos da concessão entre o mínimo de 150 e o máximo de 750 florins. Qualquer pessoa pôde requerer a *introducção* do novo invento.

² O pagamento da taxa é previamente feito: 1.000 reales por cinco annos, 3.000 reales por dez annos, 6.000 reales por quinze annos. O privilegio não se estende sem outra concessão ás colonias (Cuba, Porto Rico e Filipinas). O privilegio de *introducção* é restricto a cinco annos.

art. 41.º, que as acções civis ou criminaes que podessem prover dos privilegios exclusivos seriam promovidas pelo ministerio publico ou por qualquer interessado, remetendo para um Decreto especial o regulamento do processo.

O presente art. pois presta a sanção penal ao mesmo Decr., e na imposição de uma multa tem concordancia com as leis da Austria, Baviera, da Suecia e da França.

Discorda d'estas mesmas leis quanto á applicação da multa. O confisco rigoroso ou a applicação para o Estado é desconhecida nas leis das ditas tres primeiras nações. Na Austria se ordena que toda a multa se applique á beneficencia local: na Suecia e na Baviera que deduzida metade em favor do proprietario, a outra tenha uma applicação analogá.

A propriedade dos novos inventos não é tão favorecida e protegida em geral como a litteraria ou artistica, porque aquella não offerece caracteres tão definidos como estas. O segredo é uma propriedade moral de cada um; ninguém pôde ter direito a devassa-lo emquanto segredo: mas desde que é revelado, cessa de ser segredo, e consequentemente o direito de possuir o que outros já possuem, por ser isso um impossivel.

Mas a sociedade que não tem direito, mas interesse a provocar a revelação, a intenção, a introdução de novos elementos da sua riqueza e prosperidade, *convenciona* com os individuos as condições com que lhes ha de respeitar os effeitos e vantagens da *propriedade originaria*, apesar de perda ou de ficar susceptivel de ser imitada, em consequencia da divulgação ou exposição.

A propriedade pois dos novos inventos não é de direito natural, mas sim de direito civil, e assenta em contrato feito com o Estado; o monopolio não é mais que uma compensação ou premio das vantagens que o inventor ou introductor lhe procura, conciliando-se assim os interesses individuaes com os sociaes. Neste contrato preponderam sempre os interesses do Estado sobre os da individualidade; porque só motivos preponderantes podem auctorisar uma excepção ou privilegio contra a liberdade da industria, e em favor de todos os cidadãos.

ARTIGO 460.º

Nos casos declarados nos artigos antecedentes serão adjudicados, a título de indemnisação, ao proprietário prejudicado pelo crime os objectos e receitas perdidas; e se alguma coisa faltar para a sua inteira indemnisação, o poderá haver pelos meios ordinarios.

Art. 64.º, 106.º e seg.

Este art. é uma imitação também do Cod. Fr., no art. 429.º, no que parece não houve acerto, e ha um visível defeito na redacção.

Em primeiro logar a indemnisação não pôde ir a mais que á compensação do damno que se causou. O art., adjudicando ao offendido o producto da receita perdida, assim como previne o caso de ser uma indemnisação diminuta, era justo que prevenisse o de ser excessiva.

Podia o legislador, como se fez na lei da Prussia, confiscar, sem deducção alguma de despesas, a receita bruta; mas o excesso, que não pertence por algum principio de moral a quem já foi reparado o damno, devia ter outra applicação mais justa, como a da beneficencia publica.

Nos termos do Cod. Hesp., art. 446.º, quiz-se positivamente que a perda dos objectos contrafeitos e mais instrumentos e productos do crime fosse applicada em favor do prejudicado; sempre na idéa de uma compensação superior ao prejuizo, e por isso determinou que, se isto não podesse ter logar, seria substituida pela multa do dobro da defraudação.

O presente art., não reconhecendo n'este caso senão o direito a uma=*inteira indemnisação*=, fica repugnante com a sua primeira disposição em que tolera mais que essa *indemnisação*, se o valor da perda adjudicada exceder a quantidade do damno.

E note-se: 1.º, que os proprietarios prejudicados não ca-

recem assim, pelo Cod. Hesp., de recorrer *aos meios ordinarios*, para haver a sua indemnisação, como exige o presente art.

2.º Que todavia não esqueceu ao nosso legislador condemnar sempre em multa e para o Estado, conforme ao art. 41.º, em todos os casos previstos nos tres art. antecedentes, com a execução aparelhada que resulta da condemnação, e com a certeza da quantia que, para não ficar ao arbitrio do juiz, segundo as regras geraes, quiz, por uma aberração das mesmas regras e sem motivo algum justificavel, que ficasse fixada em quantias certas de dinheiro, com abstracção dos rendimentos diarios do condemnado.

Previdente pois a lei penal em proveito do fisco, esqueceu-se de que o primeiro e mais sagrado fim de toda a penalidade é a reparação do damno. Na deficiencia de objectos confiscados remetteu a victima para as despesas e incommodos de uma nova demanda!

Quanto ao defeito de redacção encontra-se na referencia aos=*artigos antecedentes*=, quando do contexto do mesmo comparado com os da presente secção se conhece que a expressão não é tão ampla, poisque se limita aos tres mais proximos, que portanto aqui deviam ser especificados.

CAPÍTULO III.

DOS QUE ABREM CARTAS ALHEIAS OU PAPEIS, E DA REVELAÇÃO
DOS SEGREDOS.

ARTIGO 461.º

Aquelle 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 dois 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 d'este art. não é applicavel aos maridos, paes e tutores, emquanto ás cartas ou papeis de suas mulheres, filhos ou menores, que se acharem debaixo da sua auctoridade.

§ 2.º Se o criminoso for creado, feitor ou qualquer outra pessoa habitualmente empregada no serviço da pessoa offendida, será a prisão pelo dobro do tempo mencionado n'este 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 a de tres mezes a tres annos.

Art. 38.º, 421.º e ref.

A disposição do presente art. concorda com o Cod. do Brazil, art. 215.º, 216.º e 217.º

O presente art. exige para a criminalidade do facto, que a abertura das cartas ou papeis seja feita *maliciosamente*, sem

nos designar quaes são os caracteres que constituem a malicia na especie de que se trata.

Se a abertura tem lugar por um equívoco ou caso fortuito, não tem imputação, e é claro que a malicia fica excluída; mas o facto pôde ser *voluntario*, e contudo o auctor d'elle não ter uma intenção maliciosa, como não é a de se evitar um mal grave, prevenir um crime, fazer uma revolução, etc.

Todavia no art. 145.º do nosso Cod. Politico se acha consignado em termos absolutos que o *segredo das cartas é inviolavel*, e o Cod. Hesp., no art. 412.º, abstrahiu da qualificação do fim que o violador tivesse em vista, exigindo simplesmente a intenção de satisfazer a uma curiosidade—*El que para descubrir los secretos de otro*—, e assim com mais rigor protegeu semelhante *inviolabilidade*.

O Cod. da Prussia, § 280.º, exige como elementos constitutivos da incriminação: 1.º, que as cartas ou papeis estejam fechados; 2.º, que o facto incriminado não seja casual; 3.º, que a abertura seja ilícita.

Omitte declarar os casos em que é licita.

A aggravação da penalidade, ou antes a conversão em nova incriminação em razão da divulgação, também se encontra nos Cod. Hesp. e do Brazil, com a differença que, segundo este Cod., de nada valerá ao delinquente a defeza de que a revelação não foi completa, bastando a de parte dos mesmos segredos.

Qualquer d'estas incriminações é aggravada no § 2.º d'este nosso art. em razão do *abuso de confiança*; e ainda mais no § 3.º, quando os papeis forem de serviço publico ou emanados de uma auctoridade ou a ella dirigidos.

A primeira d'estas aggravações encontra-se no art. 413.º do Cod. Hesp. d'onde foi tirada; a segunda era já conhecida na Ord. do Reino, liv. 5.º tit. 8.º, aonde era punida com a maior severidade.

A excepção, que se encontra no § 1.º a favor dos maridos, paes e tutores, é traduzida litteralmente do cit. art. 412.º alin. 2.º, e por ella se reconhece que o direito de intervenção nas acções das pessoas do que se trata, e a que as cartas pertençam ou sejam remetidas, auctorisa esta faculdade inquisitorial.

Mas por que razão se não concede ás mulheres o mesmo direito sobre as cartas de seus maridos? Não são ellas interessadas no seu procedimento?

Supponhamos mesmo que a lei não exceptuava o marido, assim como não exceptuou a mulher da sua incriminação geral: seria de receiar um processo em juizo por esse motivo?

Seria admittido o filho, o tutelado a accusar seu pae ou tutor? Haveria juiz que auctorisase semelhante escandalo, dando licença a estes ou áquella?

A excepção portanto nos parece inutil e inconveniente, especialmente por mencionar os maridos com exclusão das mulheres, e por assim perturbar a reciprocidade de respeito e confiança a respeito de cartas, que alguma vez um outro *sem malicia* pôde interceptar ou abrir, para interesse commum.

Propomos pois a eliminação do § 1.º, e rejeitamos consequentemente a fonte correspondente do Cod. Hesp.

ARTIGO 462.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.

Art. 38.º 41.º e ref.

A incriminação do presente art. acha-se tambem no art. 418.º do Cod. Fr., d'onde passou para o Cod. Hesp., art. 414.º

Mas, em primeiro lugar, o Cod. Fr. restringe a sua disposição ao tempo em que o revelante estiver empregado, como se vê das palavras—*secrets de la fabrique où il est employé*—.

A redacção do nosso art.—*todo o empregado ou operario em fabrica*—não contradiz esta intelligencia. E em verdade dissolvidos os vinculos da confiança reciproca, ou porque o revelante foi despedido, ou teve seus motivos para se despedir, não se pôde dizer que ha na revelação um abuso de confiança.

Todavia era de utilidade que, se o empregado se despediu maliciosamente, ou foi comprado ou alliciado para se despedir, no intuito de tirar elle ou outrem partido dos segredos, a despedida foi fraudulenta e em damno de seu antigo amo ou patrão, e como tal devia a revelação ser prevista e reprimida.

Em segundo lugar, no Cod. Fr. ha dois graus de culpabilidade na especie de que se trata, um é o da revelação feita a nacionaes ou estrangeiros residentes em territorio estrangeiro; outro, o da revelação feita a nacionaes estabelecidos no paiz.

Nem o nosso art., nem o Cod. Hesp., admittiu semelhante distincção, e contudo a traição *simplex* n'este ultimo caso é menos grave que a traição *qualificada* no primeiro, em que

ao prejuizo individual acresce o prejuizo nacional: e tanta é a differença, segundo o Cod. Fr., que temos então aqui um *crime*, quando ali não temos mais que um *delicto*.

Não se entenda porém que damos grande importancia a similhante incriminação, mais inimiga que amiga do desenvolvimento da industria, e menos ainda portanto a distincção, porque os estrangeiros têm mais a communicaç-nos, que elles a receber de nós.

De resto, quando o oiro fosse menos poderoso que a comminação do presente art. para obstar á revelação, o unico resultado seria o de prolongar em beneficio de um particular um monopolio prejudicial aos interesses geraes, incompativel com a protecção especial, que já se acha concedida no art. 459.º aos proprietarios dos novos inventos.

Se os segredos da fabrica são de ordem tal que não merecem esta qualificação, também não devem ser reconhecidos pelo legislador, com a importancia necessaria a constituir objecto de segredo inviolavel.

CAPITULO IV.

DOS RECEPTADORES, ENCOMENDADORES, 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 coisa 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 coisa ou de qualquer dos productos do crime.

ARTIGO 464.º

Será punido com a prisão de um mez até tres annos o que occultar ou inutilisar os objectos que constituem o corpo de delicto ou os instrumentos do crime, para o fim de impedir ou embaraçar o procedimento da justiça.

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 de furto, de roubo, de

hurla, de abuso de confiança; e que a pena decretada na Lei seja a prisão correccional, nos casos em que o ministerio publico accusa, independentemente de accusação da parte.

A fonte das determinações d'estes art. foi sem duvida o Cod. Hesp., art. 14.º Concordam em parte os Cod. da Austria, art. 193.º, e Fr., art. 62.º e 63.º¹

A differença essencial consiste em se não considerar n'este art. a receptação como participação no crime.

A Ord. do liv. 5.º tit. 60.º § 3.º contemplava o caso da compra de objectos que *verosimilmente* parecessem provenientes de furto, e assimilava esse comprador, para os effeitos da pena, inteiramente ao auctor do crime.

Este nosso art., seguindo antes, e com justiça, aquelles Cod., poz de lado a *verosimilhança*, para exigir sempre a *sciencia*².

¹ O Cod. Pen. Fr., art. 62.º, contemplou o facto da *receptação*, e na sua assimilação a *cumplicidade* não incriminou o crime em si mesmo, mas com relação ao crime ou delicto, por meio dos quaes se tivesse feito a subtracção. O Cod. de 1791 não havia punido os receptadores senão quando de objectos provenientes de furto (*vol.*).

Este mesmo Cod. mencionava expressamente como cúmplices do *facto* (*vol.*) os que *compravam* os objectos.

O Cod. de 1810 omitiu essa especificação, por isso que a *receptação* = *recélé* = comprehende a praticada, assim por título gratuito como oneroso. A jurisprudência pratica rae do accordo.

Também o Cod. actual Fr., no art. 63.º, reconando um pouco nos casos mais graves, determinou que, se a pena fosse a de morte, ficassem substituídos pela immediata; e que, se fosse esta, se impozesse temporaria, quando os assim declarados cúmplices provassem não ter sciencia no momento das circumstancias que tornavam o crime punivel com essas penas.

² É claro que o art. não exige a sciencia anterior ao momento da receptação; basta que exista no momento d'ella.

Este elemento essencial da incriminação pertence aos jurados, mas é da mesma natureza que a premeditação, pois como de facto interno só por outros meios de indução se pôde concluir a sciencia. O tr. de cass. de Paris, em Ar. de 26 de Novembro de 1825, julga que uma condemnação se justificava sufficientemente, quando se provasse que o receptador, no caso de venda, não podia ignorar que a coisa não pertencia ao vendedor. Em presença do nosso art. e do art. 18.º, uma declaração do jury, em taes termos, não bastaria.

Similhante argumento negativo só pôde servir para enghessar os conjectivos de facto positivo para a demonstração da sciencia da subtracção.

Concorda o mod. Cod. da Prussia, § 37.º, considerando o crime em si mesmo.

Uma parte do que teriamos a ponderar a este respeito ja o deduzimos ao art. 25.º¹

O Cod., não admittindo a *cumplicidade* por acto *posterior*, mas querendo agora aqui reprimir os actos de *encobrimento*, viu-se forçado a distinguir especies, sem acertar com uma pena proporcionada ao crime, considerado com abstracção das variadas hypothesees em que se subdivide.

Em primeiro lugar, o Cod. é remissivo ás penas do furto *simples*, o que suppe a divisão de furto em *simples* e *qualificado*, quando dos art. 421.º a 430.º se vê que taes penas dependem *sempre*, ou da quantia ou de outras circumstancias accessorias do tempo, do lugar ou das pessoas.

Em segundo lugar, tomando-se por furto *simples* o *menos qualificado*, punivel com a prisão correccional, nos termos dos ditos art. 421.º a 430.º, ou fica o *encobridor* mais punido que o *cumplice*, ou tanto como os auctores do crime da subtracção, ou os objectos sejam furtados ou roubados, de grande ou de insignificante valor. Sómente os juizes poderão attenuar estes inconvenientes dentro da orbita legal da penalidade, o que a *reduz a puramente arbitraria*.

Em terceiro lugar, sendo elemento da incriminação, como nem podia deixar de ser, a sciencia da subtracção, provada esta, os factos de que trata o n.º 2.º do art., apresentando os caracteres de enfermidade moral em favor do crime, exigiam, não uma pena indistincta, mas graduada segundo o valor dos objectos occultados ou comprados, em harmonia com as distincções dos mencionados art.

Se falta a participação directa antes e no momento do crime, apparece em seu lugar a participação directa nos actos subsequentes, que consummam o damno causado e assim difficultam, se não tornam impossivel, a reparação, fim que deve ser o primeiro e principal da penalidade. O mesmo se pôde dizer na hypothese do n.º 2.º

No art. 464.º, adoptando-se a prisão correccional, e sendo

¹ Vol. 1.º pag. 247.

esta a mesma que no furto simples, com a differença de se fixar o mínimo em um mez, vem duas especies distinctas em gravidade a ser punidas com igualdade, ou antes a tornar-se possível a prisão reduzida a alguns dias na especie mais grave.

A enfermidade mental que os factos revelam nos casos do art. antecedente não pôde comparar-se com os de occultação das provas do crime. Cumpria mesmo que o Cod., respectingo os sentimentos de repugnancia ou de compaixão que podem levar um homem a occultar taes provas, em razão ou da natureza do facto ou da severidade da pena ou das pessoas e suas familias, ou guardasse silencio na sua these geral¹, para só incriminar o facto com relação a determinados crimes, em que sobre todas as considerações prepondera o interesse social da repressão, ou distinguir esses casos para n'elles distinguir a pena.

Cumpria mesmo exceptuar taes encobridores, quando fossem parentes proximos do criminoso, como está no § 3.º do art. 197.º, com o qual este art. fica em desbarmonia pela omissão².

Acresce que o facto, com relação á determinada especie de um cadaver, nos casos mais graves de homicidio ou ferimentos de que resultou morte, é contemplado no art. 439.º, para ser punido tambem com prisão correccional até tres annos, como aqui se acha com relação a qualquer objecto que possa constituir o corpo de delicto, aindaque a falta d'esse objecto possa supprir-se, seja pouco significativo, e o mesmo corpo de delicto possa formar-se com outros elementos, quando a falta de autopsia cadaverica difficulta sempre, ou antes torna

¹ É tanto mais de lamentar esta omissão, que a excepção se acha prevista no cit. art. 14.º do Cod. Hesp., isentando da penalidade os encobridores quando sejam ascendentes, descendentes, conjuges, irmãos ou affins nos mesmos graus, com a restricção do n.º 1.º do mesmo art., utilizando por facto proprio os proventos do crime ou auxiliando directamente para que se utilisem.

² O cit. Cod. da Prussia quiz que a sua penalidade, conquanto reduzida a muito leve, não tivesse logar, quando se tratasse dos ascendentes, descendentes ou conjuges.

³ O cit. Cod. da Prussia teve sem duvida em contemplação razões analogas, estabelecendo sem distincção de casos uma pena facultativa, ou de multa até 200 escudos ou de prisão até um anno.

as mais das vezes impossivel, por falta de base legal concludente, a repressão do maior dos crimes.

Desapparece pois a justiça moral e social relativa por esta confrontação; e assim só resta, como no art. antecedente, o arbitrio dos juizes para a seu talante regular a pena que, no caso do dito art. 439.º, tem por minimo tres mezes, a não haverem circumstancias altamente especiaes que a façam mais descer, segundo as regras geraes.

No art. 465.º se contém materia estranha á do cap., e ou devia ter logar, como ampliação, ou ao art. 19.º n.º 9.º, de aggravação especial contra os empregados publicos, ou aos *effeitos* da prisão correccional, de *suspensão* de direitos politicos, nos termos do art. 56.º, que produz a *suspensão* do emprego sómente durante o cumprimento da pena, art. 63.º, ou em seguida aos crimes especiaes dos empregados publicos, nas disposições geraes, depois do art. 327.º, ou especialmente nos *logares* do Cod., em que se tratou de falsidade, de roubo, de furto, de burla ou de abuso de confiança, tendo aqui cabimento sómente quanto á receptação; sendo bem para notar que a aggravação especial da demissão esquecesse a respeito dos factos contemplados no art. antecedente, e nos de carcere privado, de que tratou o art. 333.º

Resulta portanto d'esta confrontação a respeito de empregados publicos: 1.º, antinomia de doutrina com a regra absoluta e especial estabelecida no art. 63.º; 2.º, que nos casos expressos no presente art. não tem logar aggravação geral da pena commum por applicação do art. 19.º n.º 9.º⁴, mas sómente a especial que, segundo este art., consiste na demissão.

CAPÍTULO V.

DO INCENDIO E DAMNOS.

SECÇÃO 1.ª

FOGO POSTO.

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 logar contendo ou destinado a conter cousas pertencentes ao Estado;

2.º Edificio ou qualquer logar habitado;

3.º Edificio destinado legalmente á reunião de cidadãos;

4.º Edificio destinado á habitação dentro de povoado, posto que não actualmente habitado.

Art. 33.º c ref.

O Cod. conserva para epigraphie d'esta secção a mesma que se encontra na Ord. do liv. 5.º tit. 86.º § 10.º = *fogo posto* =.

Como se vê da confrontação dos mod. Cod. de Allemanha (Estud., comp., por Chauveau e Helie) se vê que estes consideraram n'este crime duas especies, uma de incendio em sentido lato, outra de incendio em sentido restricto ou qualificado.

A primeira, *incendio propriamente dito*, é seu caracter essencial o perigo de vida para com uma ou mais pessoas. Este mesmo pensamento teve o Cod. da Toscana de Leopoldo, art. 85.º, e o da Austria, part. 1.ª, art. 147.º e seg., e outros.

O presente art., seguindo outro systema, qualificou-o tambem por outras circumstancias, assimilhando para a pena factos diversos nas quatro hypotheses que menciona.

Na primeira se contempla o damno causado ao Estado, qualquer que seja a sua importancia, e assim quem deitar o fogo a uma pequena barraca de madeira destinada a recolher alguma ferramenta de obras publicas tem de soffrer a mesma pena = trabalhos publicos no ultramar por toda a vida =, isto é, não só a mesma pena do homicidio voluntario, prescripta no art. 349.º, mas com aggravação, art. 77.º § 2.º, e sem distincção de premeditação ou não premeditação. A applicação portanto da pena indivisivel e aggravada em todos os casos conduz aqui, e necessariamente, a grandes injustiças relativas. Imitou-se porém o Cod. Hesp., art. 466.º n.º 1.º¹

Na segunda se contempla, pelo destino do objecto incendiado, a possibilidade do perigo para as pessoas. Assim se imitou o Cod. Hesp., cit. art. 466.º n.º 2.º, e o Fr., art. 434.º, com o inconveniente de se abstrahir do damno material, e se punir o facto doloso em razão do damno sómente possivel com pena mais grave que o de homicidio voluntario.

Na terceira e quarta se contempla na mesma linha de edificio habitado os destinados á reunião dos cidadãos e os destinados a habitação, se é dentro de povoado. Mas assim: 1.º, ficam nivelados os factos, houvesse ou não perigo para as pessoas; a perversidade é maior n'um que n'outro caso, e a pena portanto devia ser diversa; 2.º, em relação ás casas de habitação, por serem dentro de povoado, fica a pena desigual se o

¹ Este Cod. porém não labora, comquanto mais severo, em tão grande defeito, porque estabelecendo na penalidade maximo e minimo = *cadena perpetua á la de muerte* =, deixou margem para na sua execução se considerar o crime em primeiro e segundo grau, segundo as circumstancias. O nosso Cod., excluindo a pena de morte, authorizada no Cod. Fr. e no Hesp. como maximo, ficou com o defeito d'aquelle, sem admittir a correção feita por este!

facto reane mais a circumstancia incriminada especialmente na primeira hypothese.

Se o legislador teve em vista proteger a edificação das povoações e o alarme publico, por outra parte deveria merecer maior protecção legal a habitação em lugar ermo, para marchar em harmonia com a sua disposição, nos art. 345.º § 1.º e 346.º

Os soccorros são mais promptos nas povoações que fóra de povoado: assim como a prevenção e a repressão é mais facil, e pelo menos contrabalançam-se os elementos do crime por tal forma que se não devia fazer a differença com abstracção de perigo ás pessoas.

Outros systemas de apreciação seguiram os Cod. da Sardenha, das Duas Sicílias, e mod. da Prussia.

O Cod da Baviera é d'entre todos o mais bem definido nos dois graus que estabelece nos art. 248.º e 249.º¹, sendo bem para notar ao mesmo tempo o silencio que guarda o Cod. do Brazil, dando margem a caracterisar o crime, ou em razão do danno material ou do pessoal, conforme aos resultados do meio criminoso que o malfcitor empregou.

Assim aconteceria entre nós em vista do art. 19.º n.º 15.º, a que corresponde o art. 16.º n.º 2.º do Cod. do Brazil, se também o nosso Cod. fosse omisso.

ARTIGO 467.º

A pena será a dos trabalhos publicos temporarios no Ultramar, se o objecto do crime for:

1.º Embarcação, armazem, edificio dentro ou fóra do povoado, aindaque não habitados nem destinados á habitação;

2.º Seara, floresta, mata ou arvoredor.

ARTIGO 468.º

As penas determinadas nos dois art. antecedentes serão applicadas ao que tiver communicado o incendio a algum dos objectos que n'elles se enumeram, pondo voluntariamente o fogo a quaesquer objectos collocados de modo, que a communicação houvesse de ser effeito natural do incendio d'estes objectos, sem accidente imprevisto.

O primeiro d'estes art. contém em primeiro logar a mesma incriminação feita no art. antecedente n.ºs 1.º, 2.º e 4.º, com a differença de não pertencerem ao Estado os objectos incendiados, nem ser edificio ou logar habitado, nem destinado á habitação; contém em segundo logar a incriminação quando tenha por fim a destruição de seara, floresta, mata ou arvoredor.

O legislador considerou aqui o malfcicio, ou menos directo contra a vida do homem, como individuo, ou menos grave sob o ponto de vista social, e por isso attenuou a penalidade. Assim o fogo posto em uma escaleta pertencente ao Estado será punido com a pena perpetua, enquanto que em um grande navio pertencente a um particular o será com a temporaria.

¹ Recommendamos para modelo estes dois art. d'este Cod., que teve por indifferente a circumstancia de ser ou não o fogo, quando posto em casa de habitação, em povoado ou fóra de povoado—soit qu'il ait eu lieu dans des villes, villages ou hameaux, soit qu'il ait été accompli dans des lieux de séjour vicieux, mais habités par des hommes—.

Todavia a circumstancia preponderante da falta de respeito a propriedade nacional se atenua pela consideração de que o damno material se reparte por todos os individuos da sociedade, por um modo imperceptivel; enquanto que a ausencia da mesma circumstancia faz pôr em relevo outro elemento de aggravação em rasão do mesmo damno material, sempre maior, quando recêe exclusivamente sobre determinado individuo com offensa dos seus direitos de propriedade.

Esta reflexão nos leva a concluir que melhor fóra considerar-se em si mesmo o crime de incendio ou fogo posto, com abstracção das suas circumstancias aggravantes, abandonadas para as regras geraes.

Acrescem os defeitos de redacção: 1.º, nas palavras=*uindaque não*=, etc., que litteralmente significariam que a sua disposição é comprehensiva das embarcações, armazens, edificios mesmo habitados ou destinados á habitação, em antinomia com o n.º 4.º do art. antecedente; 2.º, na palavra=*seara*=, que tambem no rigor litteral não comprehende o trigo, centeio ou cevada, depois de ceifada ou em medas.

A redacção da nossa Ord. do liv. 3.º tit. 86.º § 10.º era mais perfeita, empregando a palavra=*pães*=, abrangendo assim o grão em qualquer estado, desde a nascença até ao recolhimento no celeiro.

O nosso Cod. de 1837, art. 398.º, empregou a palavra=*searas*=no mesmo sentido, mas acompanhada logo da sua definição, acrescentando as palavras=*de grãos fariuaceos, em medas ou nas eiras*=.

Assim se deve entender aqui; mas é certo que em materia penal é precisa toda a exactidão no emprego das palavras que têm de exprimir idéas constitutivas de incriminação¹.

Quanto ao art. 468.º, ou temos no mesmo facto complexo dois, um voluntario, outro occasional, ou temos no segundo facto a voluntariedade presumida pelo legislador, por-

que, sendo este natural consequencia do primeiro, o criminoso o devia prever. Mas na primeira hypothese o fogo se deve considerar immediata e não mediatemente posto, no segundo a presumpção não pôde tomar a altura de uma prova de intencionalidade; mas sómente dar logar a uma aggravação da pena em rasão do mal subsequente, se da mesma intencionalidade se não fez uma demonstração directa.

Se o criminoso, por exemplo, põe fogo a um rasilho de polvora, que communica a deposito dentro de uma casa, a sua intenção é manifesta; mas, fóra d'esse caso e de outros semelhantes, a prova material sobre se estavam ou não os objectos collocados de modo adequado á communicação do incendio, alem de muito difficil, é inconcludente, para demonstrar com a precisa certeza moral, que o malfeitor apreciou essa circumstancia, e quiz portanto, pelo menos, arriscar as suas naturaes consequencias.

¹ O Cod. da Baviera distingue mesmo a seara em *pi*=*récoltes sur pied*= da seara ceifada ou em meda=*produits des champs... récoltés et laissés en plein air*=, punindo com pena maior na primeira que na segunda hypothese, art. 250.º e 251.º, em que o perigo e damno perde muito do seu caracter de intensidade para se tornar individual e determinado.

ARTIGO 469.º

Será punido com a pena de morte aquelle que commetter o crime de incendio em qualquer dos casos enumerados nos artigos antecedentes, occasionando a morte de alguma pessoa que, no momento em que o fogo foi posto, se achava no lugar incendiado.

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 concerto entre muitos criminosos, porque em taes casos será punido com as penas dos artigos 466.º e 467.º

Concorda o Cod. da Baviera, art. 258.º n.º 1.º = *Si par suite de l'incendie, une personne a été tuée ou blessée mortellement* =.

Concordam outros muitos Cod. e com especialidade o Fr., art. 131.º, d'onde este nosso art. foi tirado.

Nada diremos aqui em geral contra a pena de morte, mas na hypothese complexa de muitas e diversas em gravidade, ella se torna de uma injustiça revoltante. Nos termos geraes em que a incriminação se acha concebida, o *homicidio occasional* é punido como o *homicidio intencional*, e este quer *premeditado* quer não *premeditado*, em contradicção com os principios em que se fundaram as distincções estabelecidas nos art. 349.º, 350.º, 351.º, 361.º e 368.º § un.

Não se pergunta se houve ou não intenção de matar, se o incendio foi meio de commetter um *homicidio*, ou se o

dolo esteve no incendio como crime fim, e o *homicidio* foi uma consequencia mais ou menos culposa do facto illicito; o legislador quer que um desastre *involuntario*, resultante de um facto *voluntario*, seja punido, não só como esse desastre quando *voluntario*, mas como se fôr *premeditado*, um *parricidio*, um *regicidio* ou um *encarceramento*.

Não nos demoraremos em relutar semelhante doutrina, a que se oppõem as regras estabelecidas nos art. 19.º e 20.º Se as penas se dirigem contra o mal do crime, e se o mal moral na pessoa do agente é consideravelmente menor, conquanto o mal material nos resultados seja o mesmo, o crime, assentando em diverso grau de perversidade, não pôde conduzir, sem absurdo, a uma penalidade identica, indivisivel e irreparavel.

O art. 470.º é tambem uma aberração das regras geraes:

1.º Porque conduz para a imposição da pena o crime frustrado com o crime tentado;

2.º Porque a repetição de actos de testativa, assim como a circumstancia do concerto, são aggravantes do facto que devem servir para graduar a pena, e não para se contemplar como consummado um incendio, que não passou de tentado, ou que ficou em frustrado.

¹ Todavia notem-se as palavras do art. = *que no momento em que o fogo foi posto, se achava no lugar incendiado* =, de que resulta que, se a pessoa morta entrou na casa depois de posto o fogo, ainda que em boa fé, não pensando no perigo que corria, ou se entrou na mesma casa para aliar a propagação do incendio, o criminoso não pôde soffrer a pena capital, ao mesmo passo que, se elle estava persuadido de que a casa estava sem morador n'esse momento, a sua falsa persuasão lhe não serve para o livrar da mesma pena, mesmo quando o fogo não fôr posto directamente a casa ou lugar incendiado, mas a objectos proximos que facilmente communicassem o incendio, porque o art. abrange todas as hypotheseas dos art. antecedentes.

ARTIGO 471.º

O proprietário que pozer fogo á sua propria cousa será punido nos casos e com as distincções seguintes:

1.º Se o objecto incendiado for 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 de 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, alem dos enumerados n'esta secção, a responsabilidade do proprietario que põe fogo á sua propria cousa, pelos danos e pela violação dos Regulamentos de policia.

No facto incriminado no presente art. dão-se os elementos constitutivos de maleficio moral e social, ainda despidos das circumstancias aggravantes accessórias contempladas pelo legislador nos n.ºs 1.º e seguintes.

Todo o *abuso* da propriedade é um *abuso* da *contade*, e eis o maleficio moral; a destruição de qualquer cousa *aproveitavel* ou *util* ás necessidades do homem é um *attentado* contra a vida d'elle, e eis o *crime social*, porque o *estado natural* é inseparavel do *estado social*.

Ou o malleitor se suicida indirectamente, destruindo pelo fogo a cousa que podia applicar em sua utilidade, ou prejudica

os outros homens aniquilando assim o que poderia aproveitar-lhes.

É n'este principio de moral e de interesse social que se firmam as leis civis repressivas da *prodigalidade*: mas o legislador não considerou prudente incriminar o *abuso*, commettido pelo incendio da propria cousa, quando d'esse facto nem podia resultar *perigo* nem *damno* contra uma terceira pessoa.

Não podemos concordar n'esta doutrina. O facto demonstra um certo egoismo ou despotismo individual, que revela um estado de *corrupção moral* da parte do agente, e um *damno social* na destruição de um valor social, em prejuizo dos outros homens, ou de uma applicação conveniente, mórmente se é um predio sujeito a contribuição directa ou a imposto de transmissão.

A sociedade pois tem o direito assim como o dever correlativo de applicar o remedio da pena contra semelhantes abusos, e, pelo menos, de os estigmatizar, reduzindo a sua reprovação ás dimensões da repressão policial, como virtualmente se reconhece na ultima parte do § 2.º, quanto á resalva do que se achar prescripto nos respectivos regulamentos.

Sobretudo porém torna-se digno de ser notado: 1.º, que o art. não incrimine o facto do incendio, quando for posto pelo dono em casa destinada á *habitação*, conquanto não habitada, se *dentro de pocado*. Aindaque nem damno nem perigo possa resultar, o alarme e o mau exemplo, que se produz por meio de semelhante facto, mereceria ser reprimido, em harmonia com o art. 466.º n.º 4.º

É expresso, quanto ao incendio da casa de habitação, o § 285.º do mod. Cod. da Prussia, declarando que

«... a pena será a mesma, quer os objectos incendiados sejam, quer não, propriedade do perpetrador.»

2.º A lacuna do art. em não contemplar na hypothese, nem a especie do art. 468.º, nem a do art. 469.º Tendo-se incriminado no presente art. *especialmente o incendio da cousa propria*, em rasão do perigo ou dos resultados, cumpria que se especificassem as outras causas de assimilação ou de aggravação, expressas nos mesmos art.

Melhor redigido se acha a este respeito o art. 252.º do Cod. de Baviera, aonde se lê:

«Celui qui incendiera sa propriété dans une intention criminelle et de telle sorte qu'il y ait danger pour les personnes habitant cette propriété et pour les habitations des autres, sera puni comme tout autre incendiaire, suivant la différence des cas. (art. 248.º). Si le fait a été commis sans cause de danger pour les personnes ni pour la propriété d'autrui, mais dans l'intention de frauder la caisse d'assurances, ou pour réaliser toute autre fraude de ce genre, la peine applicable sera celle de la fraude qualifiée» (art. 263.º).

Tambem sobre a especie do art. 468.º é expresso o § 287.º do Cod. da Prussia, assimilhando para a pena o fogo posto sobre *cousas proprias ou alheias*.

ARTIGO 472.º

Se o valor de alguns dos objectos existentes fóra de povoado, enumerados no art. 467.º, não exceder a 20\$000 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 n'esta secção será punido applicando-se as disposições relativas ás destruições e damnos com circumstancia aggravante, segundo as regras geraes.

ARTIGO 474.º

As regras estabelecidas nos artigos antecedentes serão applicadas ás destruições e damnos causados por meio de submersão, ou variação de embarcação ou explosão de mina ou de machina de vapor ou agente de igual poder.

Juntámos n'este logar o que póde dizer-se sobre estes art., porque se reduz a muito pouco.

O art. 472.º tem por fim modificar a pena imposta no art. 467.º, quando os objectos não excederem o valor de 20\$000 réis, estando esses objectos fóra de povoado, e não havendo perigo nem animo de propagação.

Assim o fogo posto em uma pequena seara que não chegue

a valer aquella quantia, mas que fosse toda a esperanza do pequeno proprietario ou lavrador, é punido com demasiada desproporção ao culpado de fogo posto em outra grande seara que excedesse cem vezes esse valor, mas que importe menor damno com relação ao respectivo proprietario.

Não só isto; se a seara tem o valor de 21\$000 réis, é o delinquente punido conforme ao art. 467.º com *trabalhos temporários no ultramar*, enquanto que a differença de 1\$000 réis o faz incorrer apenas em uma pena composta, correcticional, que não excede no seu maximo a um terço da sua duração legal.

É o despenho da penalidade, precipitando-se do mais alto cumulo ao maior grau de profundidade. Ha portanto erro e gravissimo na adopção e applicação de similhante base para gradação da pena.

Omittimos um grande numero de reflexões que aqui nos occorrem, e de que já temos feito uso em outros logares. Agora só nos limitámos a acrescentar que sempre que taes durezas se manifestam, os juizes, que são homens, não podem deixar de estremecer quando instrumentos da execução da lei. Teria sido pois mais util maior moderação penal no art. 467.º, para não se provocar a impunidade, como preferivel á pretrecção das regras do simples bom senso e da equidade.

Alem d'isso este art. fica em desharmonia de doutrina: 1.º, com o art. 42.º, porque ali se impõe pelo mesmo facto, com relação ao damno causado, a pena de degredo temporario. O ataque á propriedade é o mesmo, e se aqui não ha *intenção furtiva*, ha *intenção malefica* sem interesse proprio, mais reprehensivel, como revelando uma *corrupção moral* mais evidente, a que seria necessario applicar remedio penal mais forte.

2.º Com o art. 475.º, porque sendo ali a penalidade, imposta ao *damno* com abstracção do *meio* empregado de o causar, a mesma que se encontra n'este art. 472.º, deixou aqui o legislador sem consideração especial o concurso do mesmo *meio*, que logo no art. seguinte manda contemplar como circumstancia aggravante.

O art. 473.º é uma superfluidade, por isso que nas re-

gras geraes, art. 19.º n.º 15.º, está declarado que o *incendio* deve ser contado entre as causas de aggravação.

Finalmente, quanto aos casos de assimilhação a incendio nada se pôde objectar, porque o crime não está no *modo*, mas na *intenção* e no *damno causado*.

No dizer d'estes art. e suas penalidades se imitou o Cod. Hesp., art. 456.º e seg. (n.º 467.º e seg.), e portanto se copiaram quasi litteralmente os seus defeitos.

SECÇÃO 2.ª

DAMNOS.

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.

§ un. Se o valor do damno não exceder a 20\$000 réis, a prisão será de um mez a um anno, e multa correspondente.

ARTIGO 476.º

São comprehendidos nas disposições do artigo antecedente o seu §:

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.

O Cod do Brazil, art. 266.º, offerece menos inconvenientes, por isso que reduz a sua incriminação a termos simples e claros, exasperando a pena no concurso de circumstancias aggravantes e tratando especialmente, no art. 267.º, da destruição ou deslocação dos limites ou barreiras dos campos, ao mesmo passo que modifica a pena, assimilha o facto a furto, se acompanhado da intenção de lucrar.

O Cod. Fr., art. 437.º, na hypothese do nosso art. 475.º, impunha a *reclusão* e multa nunca superior á quarta parte das

indemnisações, nem inferior a cem francos; e o Cod. Hesp., no art. 474.º e seguintes, tratando dos *damnos*, não comprehendem as destruições, de que se trata, porque mal podem conceber-se sem a concorrência e emprego de meios destructivos e efficazes, e portanto previstos como de igual força ao incendio, no art. 471.º, que se vê transcripto n'este nosso Cod., art. 474.º.

Em todo o caso em factos d'esta ordem, nascidos da malignidade pura e simples, sem intenção de lucrar á custa do alheio, a pena deve medir-se pela quantidade do damno, não prevista *à priori* pelo legislador, mas *relativa* á pessoa do offendido e á possibilidade da *reparação*; e com respeito a esta se deve também reputar altamente criminosa a *clandestinidade*.

O causador do damno que só quer gosar do prazer de incommodar pela destruição sem se eximir á reparação, e que tem por onde a realise, quasi que bem punido fica pela mesma reparação, principalmente quando completa, ao mesmo passo que o facto se transforma em outro muito maior em gravidade, quando o prejuizo em relação á victima, sendo consideravel, é irreparavel ou se manifesta a alevisia da occultação para que o delinquente se poupe á indemnisação.

Por ultimo devemos notar, quanto á redacção e incriminação d'estes dois art.: 1.º, a semrasão com que se assimilha a destruição total á *parcial*. São factos distinctos a *destruição* e a *damnificação*, e como taes deviam ser especialmente incriminados.

Os factos de que se faz menção n'estes dois art. têm por elemento moral—a *intenção malefica de lucrar á custa do alheio*—, mas pura e simples de *causar o damno*.

A perversidade, sua causa moral, é maior, porque importa um ataque á propriedade, feito como *fim*, e não como *meio* de alcançar outro resultado. Ou revelam um acto de premeditação e de vingança ou de maldade e corrupção moral quasi instinctiva, que torna o delinquente muito mais perigoso.

O cidadão honesto, inoffensivo, benefico mesmo, e avesso a toda a provocação, não se livra de receber de taes homens um insulto na sua pessoa ou propriedade. Logo a lei penal

devia ser mais severa, porque o cidadão precisa de maior protecção, e o delinquente de maior correcção.

Nos presentes art. e outros d'esta socc. vemos apreciada a materia por differente modo.

Alem d'isso, no art. 473.º, o damno causado ao Estado, é assimilhado ao causado a particulares, quando em outros art. do Cod. é uma circumstancia preponderante o prejuizo publico. Sirva de exemplo e bem proximo o art. 466.º n.º 1.º

Quem destruir um edificio pertencente ao Estado por meio de fogo posto tem por este art. *trabalhos publicos por toda a vida no ultramar*; se derrubar e destruir esse mesmo edificio por outros meios, tem por este art. 473.º *sómente prisão correccional de um a tres annos e multa correspondente*, se tacs meios não forem os assimilhados a incendio no art. 474.º

Não só isto; agrava-se a desigualdade e contradicção, notando-se que nos dois numeros do art. 476.º são inteiramente assimilhados ás destruições da propriedade os actos de *violencia real*, limitada a um arrombamento de porta, janella, ou destruição, mesmo parcial, de um fosso ou cercado.

2.º A deficiencia em não se incriminar a *devastação* ou a *destruição* de muitas propriedades, por muitos e em diversos logares.

A *devastação* é crime mais grave que a *destruição*, e esta que a *damnificação* ou *deterioração*.

ARTIGO 477.º

Aquelle que destruir ou de qualquer modo *damnificar estatua* ou outro objecto destinado á utilidade ou á decoraçào publica, e collocado pela auctoridade publica ou com sua auctorisação, será punido com a prisão de dois mezes a dois annos e multa correspondente.

A disposição do presente art. encontra-se de um modo analogo no Cod. Fr., art. 257.º, d'onde foi traduzida quasi pelas mesmas palavras, e até imitada na penalidade, mas com a differença de que foi classificado ahí entre os *delictos offensivos de cousa publica*¹.

Aqui se encontra o mesmo delicto que notámos aos art. antecedentes, qual o de se confundir na mesma incriminação e penalidade a *destruição* com *damnificação*, e omitindo-se a *devastação*².

São elementos constitutivos compostos d'esta incriminação: 1.º, que a estatua ou objecto seja destinado á utilidade ou decoraçào publica; 2.º, que seja collocado por auctoridade publica ou com sua auctorisação.

D'onde se segue que não procede a incriminação: 1.º, se, aindaque se mostre preenchido o fim de utilidade ou decoraçào publica, falta o segundo elemento; 2.º, se, aindaque se demonstre o segundo, se não der o primeiro.

¹Pela Lei de 6 de Junho de 1795 eram *taes delinquentes* punidos em França com penas *officinas e infamantes*, mas a impunidade era a consequencia d'essa mesma severidade, e foi por isso que se determinou no Cod. a penalidade correccional composta de *prisão e multa*: Carnot, n.º 2.º

²A coherencia pedia que nas *offensas* *taes* se praticasse o mesmo, salva a proporção resultante da diversidade e gravidade dos factos, que nas *offensas* *personae*, medindo-se a pena pela quantidade do damno e intenção de o causar maior ou menor. Assim como o Cod. distingue o *homicidio dos ferimentos*, e mesmo o *homicidio voluntario do culposu ou occasional*, tambem devia distinguir e não confundir a *destruição* com a *damnificação*, nem a *destruição voluntaria* com a *culposa ou occasional*.

Tambem, comparado o presente art. com o art. 475.^o, vê-se que n'este logar a destruição ou damnificação de um monumento, que é *uma construção acabada*, é punida ali, mesmo quando *começada*, com pena mais grave do que aqui, em que se dá mais no mesmo facto a offensa e menoscabo da auctoridade publica.

Acresce que as palavras — *utilidade ou decoração publica* — comprehendem na sua maxima generalidade as cruzes levantadas, como *monumento religioso*; os *pelourinhos* ou *columnas*, em signal de auctoridade ou jurisdicção; as *pyramides* e *obeliscos triumphaes*, como monumentos de gloria; as *estatuas* ou *bustos dos monarchas* ou *grandes da terra*, como recordação, gratidão e exemplo nacional; mas a destruição de taes objectos, que é um verdadeiro insulto á nação e um desprezo das conveniencias sociaes, merecia aqui ter uma contemplação especial.

Assim se reconheceu em França, poisque a lacuna do Cod. se vê supprida pela Lei de 17 de Maio de 1819, art. 5.^o, e de 25 de Março de 1822, art. 9.^o; todavia como então os factos participam muito do caracter ou fanatismo politico ou religioso, e assentam por isso mais na base moral do erro, que na de perversidade, não provocaram estas leis maior pena corporal, reduzindo pelo contrario a metade o minimo do cit. art. do Cod., comquanto conservassem o maximo d'ella e elevassem a da multa até quatro mil francos.

Melhor formulado é reflectido é a este respeito o Cod. do Brazil, não só porque lhe consagrou um capitulo especial, comquanto de um só art., entre os crimes publicos, mas porque, postoque tambem admittisse a pena composta, decretou a *prisão com trabalho*, de dois mezes a quatro annos, e a *multa* *proporcional* entre cinco e vinte por cento do damno causado.

Por ultimo devemos notar que o Cod. não foi providente ácerca de actos de destruição e damnificação, que podem commetter-se nos objectos de construção ou de exploração dos caminhos de ferro, e bem assim nos de estabelecimentos de communicação electrica. Para taes factos a generalidade do presente art. não é sufficientemente repressiva, como se reconheceu no mod. Cod. da Prussia, §§ 294.^o e seguintes.

ARTIGO 478.^o

Será punido com as mesmas penas do artigo antecedente, e salvas as penas de resistencia, se houverem logar:

1.^o O que por meio de violencia se oppozer á execução de trabalhos auctorisados pelo Governo;

2.^o O que causar damno com o fim de impedir o livre exercicio da Auctoridade publica, ou por vingança contra os que tiverem contribuido para a execução das Leis.

O presente art. é tambem copiado do Cod. Fr., art. 438.^o, e muito mal collocado nos parece n'este tit. do — *damno* —, devendo antes caber no tit. 3.^o em algum de seus cap.

Ou a execução dos trabalhos é feita de conta do Estado, ou por empreitada ou por concessionarios. No primeiro caso é a auctoridade publica e seus agentes os que cumprem a respeito dos mesmos trabalhos as ordens do governo; no segundo os individuos ou são commissiionados do mesmo governo ou são immediatamente protegidos por elle como seus agentes.

O facto portanto é sempre de — *resistencia* — e não em certos casos, como se suppõe no art.

Isto quanto ao sen n.^o 1.^o Com relação ao n.^o 2.^o, na primeira das suas duas hypotheses, se a *violencia* não é pessoal e directa contra a auctoridade publica, é *pessoal indirecta*; e sendo o damno, não o *fim* da acção, mas o *meio*, e portanto devendo-se caracterisar o crime em rasão do *fim* e não do *meio*, temos ainda a *resistencia* a punir e não o *damno*.

Já não é assim na segunda hypothese do mesmo n.^o, porque ali o *damno* é o *fim* da acção, tendo por motivo moral determinante a vingança contra aquelles que, longe de resistirem, contribuíram para a execução da lei.

Não achámos pois verdade moral, nem na assimilhação dos factos comprehendidos no presente art. entre si, nem com os do art. antecedente.

ARTIGO 479.º

Aquelle que cortar ou destruir qualquer arvore fructifera ou não fructifera ou enxerto pertencente a outrem, ou a mutilar ou a danificar de modo que a faça perecer, será condemnado na prisão de tres a trinta dias e multa até um mez.

§ 1.º Se for mais do que uma arvore ou enxerto, a pena será imposta, multiplicada pelo numero das arvores ou enxertos destruidos, comtanto que não exceda ao maximo da prisão correccional e multa correspondente.

§ 2.º Se a arvore ou as arvores eram plantadas em lugar publico, em estrada, caminho publico ou conceito, as penas serão em dobro, sem nunca excederem ao maximo da prisão correccional e multa.

Concorda na incriminação o Cod. Fr., art. 445.º e seguintes, que para aqui foi traduzido, com a differença de, na hypothese do § 1.º, que é a do art. 447.º do mesmo Cod., elevar o maximo da penalidade a tres annos.

A Ord. do liv. 5.º tit. 75.º distinguia as arvores fructiferas das infructiferas, distincção que assim foi abandonada; mas outras distincções se tornavam precisas para se graduar a pena, arrumando-se as arvores por classes, e tambem segundo a sua idade ou estado de desenvolvimento¹.

Cortar uma arvore nascente ou enxerto não é certamente

¹ Comquanto este objecto não seja estranho a um Cod. Penal sobre crimes e delictos communs, parece-nos que teria sido melhor considerado em Cod. ou Lei especial sobre matas e florestas, ficando aqui remissão em conformidade com o n.º 1.º § un. do art. 15.º Assim se vê praticado em muitos Cod., e o praticou entre nós a respectiva commissão do projecto de Cod. Florestal. Na mesma conformidade se vê redigido o Cod. Flor. Fr., art. 442.º a 448.º

o mesmo que cortar uma arvore feita: e, se o corte se pratica sobre uma que conta seculos de duração, de que mesmo mal se pôde marcar a plantação ou nascimento, demonstra no delinquente uma indifferença e insensibilidade que muito se aproxima da perversidade moral, aindaque d'esse vivente inanimado lhe pertença o dominio.

No § 1.º do presente art. se incriminou especialmente a devastação ou destruição de mais de uma arvore, especie complexa não prevista, com notavel incoherencia nos damnos de que trataram os art. antecedentes, ao mesmo passo que a simples damnificação ou destruição de parte de uma arvore foi aqui omittida, quando ali foi expressa.

Não só isto; o corte de uma arvore, embora leve depois annos e seculos a restaurar-se, sendo praticado de modo que a não faça perecer, poderá dar logar a uma acção civil de damno, mas não, nos termos do art., a uma acção penal. Este confresuso se aggravara nos casos de devastação ou corte e mutilação em centenares de arvores, poisque o art. 18.º prohibe toda e qualquer interpretação extensiva dos termos litteraes da lei.

O modo de se graduar a penalidade e de se fixar o seu maximo, segundo o Cod. Fr., que imitámos, ainda é mais defeituoso. O criminoso que tiver destruido centenares ou milhares de arvores ou de enxertos está certo de que não soffrerá maior pena, mesmo applicada no seu maximo por cada uma arvore ou enxerto, que soffreria se tivesse destruido somente vinte e oito ou vinte e nove. A lei penal fica assim, nos casos de devastação, destituida dos seus effeitos de intimidação e de prevenção em relação ao mal mais grave que pôde resultar do crime.

Todos estes inconvenientes são impossiveis de evitar, e o legislador há de cafr, como aqui, no absurdo, sempre que as penas se pretendam graduar *a priori*, com abstracção da perversidade do agente, que só pôde ser conhecida cabalmente durante a execução das mesmas penas, segundo as regras do systema penitenciario ou correccional, applicadas em estabelecimentos proprios e adequados.

A disposição do § 2.º torna, no seu caso especial, ainda

mais saliente esta observação. O *dobro* da pena, além de ser impossível determinar-se, quando a quantidade não é fixada em um só termo pelo legislador, torna-se mais contraproducente se se trata de muitas árvores. Como o *dobro* não pôde exceder o maximo da prisão correccional, a destruição superior a quatorze arvores, tomada a penalidade n'esse maximo, vem a ser causa de atenuação, em lugar da aggravação que no § se quiz estabelecer!

ARTIGO 480.º

Aquelle que destruir em todo ou em parte seara, vinha, horta, plantação, viveiro ou sementeira pertencente a outrem, será condemnado nas penas do artigo 475.º

Este art. é também tirado do art. 444.º do Cod. Fr., que todavia, quanto á penalidade, é muito mais severo, impondo sem addicionamento de multa a prisão de dois a cinco annos, além da facultativa accessoria da sujeição á especial vigilancia da policia por cinco a dez annos.

O art. do Cod. Fr. nas palavras = *quiconque aura dévasté* =¹ considerava o crime no seu maior grau de gravidade; o presente art., traduzindo essas palavras pelas de = *destruir em todo ou em parte* =, dá lugar a que seja assimilado para a pena, se se trata de uma seara, horta ou plantação, o que destruir algumas feixes de espigas, pés de couve ou de alface, ao que destruir toda ou a maior parte da mesma seara, horta ou plantação.

O nosso art. pois confundiu assim por tal forma o facto, que devia distinguir, segundo os seus diversos graus de intensidade, desde o mais leve aos de mal gravissimo, que a pena excessiva é absurda em uns fica insufficientissima em outros, mesmo elevada ao seu maximo.

Este defeito só tem correctivo quando concorra alguma das circumstancias mencionadas em os n.ºs 1.º e 3.º do art. seguinte.

¹ «Il ne faut pas confondre avec la *dévastation* l'enlèvement partiel de quelques plantes de quelques parties de récoltes.

² Par *dévastation*, il faut entendre l'action de ruiner, de ravager ou désoler un pays ou une contrée. » Sulpici, ao cit. art. do Cod. Fr., n.ºs 5.º e 6.º

ARTIGO 481.*

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 corrosivas; 3.º, com violencia para com as pessoas, será punida com o degredo temporario.

Este art. acha-se aqui mal collocado, e devia a sua incriminação entrar nos diversos logares, em que se trata da *assuada*, uso de substancias *venenosas ou corrosivas*, e das *violencias* para com as pessoas.

Se prepondera sobre a *destruição ou damnificação* a circumstancia que acompanhou o maleficio, esta é convertida em crime *principal*, embora *composto* em razão do mal resultante.

Além d'isso o art. confunde aqui, como nos art. antecedentes, a *destruição* com a *damnificação*, e, sendo assim o mal resultante do crime *composto*, menor na primeira que na segunda hypótese, o selto da pena *correcional*, como se fôra, que não foi, fixado no seu maximo, antes se fixou em um terço d'elle se o damno não excedeu a 20\$000 réis, a pena *maior* de degredo, que é de tres a quinze annos, pôde ser de uma injustiça e desigualdade revoltantes.

A circumstancia especialmente incriminada em o n.º 1.º encontra-se tambem no mod. Cod. da Prussia, § 284.º, mas excluiu a *damnificação especial*, como se vê dos seus termos:

«O saque, devastação ou destruição de objectos moveis

* A circumstancia mencionada neste art. em o n.º 2.º acha-se especialmente incriminada no Cod. Fr., art. 452.º, mas com relação ao envenenamento dos animaes especificados no art. seguinte, comprehendendo porém igualmente os peixes contidos em tanques ou viveiros.

«ou immoveis alheios, se for praticada em reunião de muitas pessoas, será punido com prisão de trabalhos forçados até quinze annos, e tambem poderá ser pronunciada a prisão sob a vigilancia da policia.»

Com melhor fundamento poderia aqui ser especialmente incriminada a circumstancia aggravante de haver resultado do damno a ruina da pessoa prejudicada. Assim o praticou o Cod. Hesp., no art. 475.º n.º 7.º, = *arruinando al perjudicado*=; e isto é tanto mais digno de reparo, que este Cod. foi a fonte d'este art., como se vê do mesmo art. 175.º n.º 3.º e 4.º = *empleando substancias venenosas ó corrosivas, en quadrilla y en despoblado*=, copiando-se as palavras do n.º 3.º, mas substituindo-se pela *assuada* a circumstancia do n.º 3.º, que é complexa e exprime uma idéa distincta.

Parece ter-se querido, como em tantos outros logares, variando-se já na materia, já na comprehensão, já na penalidade os extractos dos dois modelos, que estiveram presentes, do Cod. Fr. e Hesp., dar ao presente Cod. visos de originalidade, ficando occultas ou pelo menos diversas, no todo ou em parte, as suas fontes.

Fatalissima idéa, se a houve, porque priva o interprete de poder recorrer com proveito no seu estudo ás mesmas fontes e seus commentadores, e a nação de possuir o melhor Cod. do mundo, copiando de todos o melhor que n'elles existe, comprovado em doutrina e redacção por longos e esclarecidos exames dos melhores criminalistas e homens d'estado.

ARTIGO 482.º

Aquelle que voluntariamente matar ou ferir alguma besta cavallar ou de tiro ou de carga, ou alguma cabeça de gado vacum ou de rebanho, feto ou vara pertencente a outra pessoa, ou qualquer animal domestico das espécies referidas pertencente a outra pessoa, será condemnado em prisão de um mez a um anno e multa correspondente.

§ un. Se este crime for commettido em terreno de que seja proprietario, rendeiro ou colono o dono do animal, a pena será aggravada, impondo-se o maximo, no caso em que concorrer 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 dois mezes e multa até um mez, ou na de desterro até seis mezes e na mesma multa.

Art. 35.º, 39.º, 41.º e ref.

Estes art. são formulados em presença dos art. 482.º, 483.º e 484.º do Cod. Fr.

A morte violenta de animal, se for besta cavallar ou de tiro ou de carga, ou alguma cabeça de gado vacum, feto ou vara, seja ou não domestico, mas propriedade alheia, é incluída em regra geral, segundo o art. 482.º

O § un. contém a declaração de duas circumstancias co-

mo especialmente aggravantes: 1.ª, a de ser commettido o maleficio em terreno de que seja proprietario, rendeiro ou colono o dono do animal, ficando esta aggravação para as regras gerais; 2.ª, de concorrer escalamento ou outra qualquer circumstancia aggravante em que se estabelece o maximo da prisão correccional, com inteira aberração das mesmas regras.

O art. 483.º, tratando do mesmo facto com relação especial a qualquer animal domestico, sómente o pune, dada a primeira circumstancia contemplada no § un. do art. antecedente.

Sobre estes art., comparados com a sua fonte, se nos offerece notar: 1.º, a assimilação do ferimento á morte dos animaes. Fica assim, segundo as disposições do Cod., proporcionalmente mais protegida a vida dos animaes que a vida humana, poisque o Cod. não puniu em caso alguma os ferimentos no homem com as mesmas penas que o homicidio, nem mesmo quando este resultasse d'aquelles.

Esta assimilação pôde mesmo fazer com que o ferimento no homem possa ser punido com pena menos grave, segundo o art. 360.º, que o feito em animal, segundo o art. 482.º. A prisão tem ali por minimo seis mezes, aqui tem por maximo um anno. Ali a pena corporal é sempre singela, aqui é sempre composta com a multa.

2.º Na hypothese segunda do § un. do art. 482.º o ferimento no homem, acompanhado de qualquer circumstancia aggravante que não seja das contempladas no art. 361.º, só pôde dar lugar, nos termos do art. 360.º, com applicação do art. 79.º, a uma prisão correccional singela entre seis mezes a dois annos; n'este § un., se a victima é um animal, só pôde provocar a mesma pena, elevada sempre a tres annos e sempre composta!

3.º Que este absurdo relativo nasce da irreflectida amplificação que se fez á fonte d'onde os art. foram extrahidos. O Cod. Fr., tanto no art. 453.º=*ceux qui auront tué*=, como no art. 454.º=*quiconque aura tué*=, não contemplou os ferimentos.

4.º O Cod. Fr., em ambos os art. cit., acrescentou na sua especie como causa dirimente a *necessidade* de matar o animal=*sans nécessité*=sem a qualificar; o nosso Cod., emquanto

conservou a mesma declaração inqualificada no art. 483.º, substituiu-a no art. 482.º pela palavra = *voluntariamente* =, que não exprime a mesma idéa, antes pela omissão parece exclui-la, quando relativa, e só admitti-la, se absoluta, nos termos do art. 14.º n.º 3.º

3.º Finalmente, isolando-se o art. 483.º, a morte ou ferimento de *qualquer animal domestico* é punida com pena muito menos grave que a morte ou ferimento de *qualquer animal domestico* nas mesmas circumstancias, segundo o art. 482.º e seu §, sendo a victima das especies referidas no mesmo art. Assim a regra estabelecida no art. 483.º não é tão absoluta, como diz a sua redacção; é precedida pela sua excepção, e offerece uma apparente contradicção, que é preciso conciliar pela confrontação dos dois art.

Omittimos outras observações que poderíamos fazer sobre o objecto, e só acrescentaremos que a nossa Ord. do liv. 5.º tit. 78.º, comquanto muito mais severa que estes art., limitava a sua disposição ás *abelhas em colmeia*, aindaque fossem compradas pelo matador, para sómente se aproveitar da cera, e aos animaes alheios, sendo besta, boi ou vacca. É facil dar a explicação da restricção.

ARTIGO 484.º

Fôra dos casos especificados n'este capitulo, todos os damnos causados voluntariamente em propriedade alheia movei, 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 20\$000 réis, a prisão não se estenderá a mais de um anno, ou se imporá a pena de desterro, sem prejuizo de pena mais grave, se a circumstancia aggravante por si só constituir um crime em que ella tenha logar.

§ 2.º Não concorrendo circumstancia alguma aggravante, a pena será a multa de tres a trinta dias, a qual será imposta accusando o offendido, e salva a pena da contravenção, se houver logar.

O presente art. é formulado em vista do art. 467.º (n.º 478.º) do Cod. Hesp., redigindo-se uma incriminação complexa, supletoria das especies esquecidas ou não especificadas, com a differença de que se exige aqui, como elemento constitutivo para a determinação da pena, o concurso de uma circumstancia aggravante, ficando depois a maior ou menor quantidade do damno servindo de fundamento para se graduar a pena dentro do maximo e minimo da prisão correccional.

Salvas porém as declarações do § 1.º, que se reduzem a impedir o juiz de impor mais que um anno da mesma pena, se o damno não exceder a 20\$000 réis, e a determinar-lhe que, se a par do damno, qualquer que elle seja, grande ou pequeno, a circumstancia aggravante for crime em si mesma com pena mais grave, deverá esta ser imposta.

O vicio que affecta a graduação das penas pela quantidade

do damno, de um modo não relativo, já o temos demonstrado em outros lugares do Cod. O prejuizo de 20\$000 réis será de quasi nenhuma importancia para uns, e uma causa de ruina para outros offendidos. A segunda disposição do § é inutil ou antes superflua, porque não faz mais que reproduzir a regra do art. 37.º

O § 2.º considera o mesmo facto, mas de um modo mais complexo, porque abstrahê de toda e qualquer circumstancia aggravante, e n'esta hypothese não só abandona a prisão correcional, mas torna dependente o processo e pena da accusação do offendido.

Equivale assim esta disposição, ou á impunidade, ou a permitir sómente uma esteril e caprichosa vindicta privada auxiliada pela acção dos tribunaes de policia. A repressão penal fica dependente de uma condição estranha ao officio do ministerio publico, e as custas de um processo, conquanto summarrissimo, tornam muito cara a satisfação de provocar uma pena pecuniaria, que só poderá converter-se em alguns poucos dias de prisão, se o condemnado for pessoa miseravel.

Em taes casos parece-nos que a benignidade do legislador só pôde justificar-se, concorrendo simultaneamente duas circumstancias: 1.ª, da reparação do damno, ou declaração do offendido de que está ou se dá por indemnizado; 2.ª, de não haver chegado a formar-se corpo de delicto sobre queixa do offendido.

Se esta se achar assim affecta ao tribunal, a reparação do damno só deve considerár-se como circumstancia atenuante, nos termos da regra estabelecida no art. 20.º n.º 9.º

A impunidade nas faltas leves é um grande erro, porque estas são a secunda origem dos grandes crimes. A repressão pois é uma necessidade e um direito social que a omissão do offendido não deve tolher nem impedir.

SEÇÃO 3.ª

INCENDIO E FERIMENTOS CAUSADOS COM VIOLAÇÃO DE NORMAS MORAES.

ARTIGO 435.º

Se pela violação ou falta de observancia das providencias policiaes e administrativas contidas nas Leis e Regulamentos e sem intenção malefica alguma causar incendio ou qualquer damno em propriedade alheia, móvel, semovento ou immovel, será punido com a multa, conforme à sua renda, de um mez, sem prejuizo das penas decretadas nas mesmas Leis ou Regulamentos pela contravenção.

Da disposição d'este art. deduz-se o contrario senão que se o incendio ou damno resultante de algum facto ou omissão voluntaria na sua primeira origem, mas involuntaria nas suas consequencias, não for em si mesma uma violação ou falta de observancia de lei ou de regulamentos policiaes ou administrativos, fica impune.

Outro foi o principio adoptado no art. 368.º e 369.º, acerca dos factos occasionaes de homicidio e ferimentos, em que a par da violação ou inobservancia dos regulamentos collocou a negligencia, tambem a inconsideração, impericia e falta de destreza.

Não vemos razão sufficiente que auctorise similhante incoherencia. O Cod. não distingue aqui o grande do pequeno incendio ou damno. Se ao facto occasional, se voluntario, correspondia, em razão da maior gravidade do mal material, uma e mesma quantidade e qualidade de pena que nos homicidios e ferimentos, não devia ficar no esquecimento, conquanto deva attender-se á falta de intenção nos effectos do maleficio.

Outra era a jurisprudencia do direito romano, na Lei 9.ª D. de incendi., e na Lei 3.ª § 1.º D. de officio prefect. exigil.

Outra é também a regra estabelecida nos melhores Cod. mod., taes como os da Prussia e da Baviera¹.

O Cod. da Prussia contemplou mesmo em especial no § 288.º com relação ao incendio a *negligencia*, com abstracção de qualquer *contravenção* ou *infração* de lei, quando o damno é digno por sua gravidade de alguma demonstração, para que sirva de instrução para o agente e util para o exemplo. A sociedade não deve ficar de braços cruzados na presença do mal material que soffre em razão da culpa do agente, posto que remotissima e não prevista em si mesma. O mesmo Cod. é coherente com este seu systema em muitos outros logares.

Assim o entendeu, em contradicção com este art. a respeito da embriaguez, o legislador no art. 74.º O homem que se embriaga sem a menor idéa de commetter um malefício qualquer, e que no facto da embriaguez em si mesma, quando não qualificada, não infringe lei, nem regulamentos, se commette depois um malefício involuntario, é punido com prisão correccional, podendo aggravar-se segundo as circumstancias do facto illicito; e aqui adopta-se um principio contrario, exigindo-se restrictamente para a punição da negligencia a precedencia da violação de um dever legislado ou positivamente escripto.

¹ Vid. Dic. prel. * pag. 16 e 17, tom. 1.º é a pag. 9. e seg.

TITULO VI.

DA PROVOCAÇÃO PUBLICA AO CRIME.

ARTIGO 485.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 for pela Lei imposta uma pena menos grave, a qual será n'este caso imposta ao provocador.

§ un. Se da provocação se seguiu effeito, será o provocador considerado como cumplice, e ser-lhe-ha sómente imposta a pena da cumplicidade.

Já temos notado em diversos logares os erros e contradicções, assim de methodo como de doutrina, resultantes de se haverem em o nosso Cod. amalgamado disposições de outros que seguiram systemas diversos.

Este art. é d'isto um exemplo. Imitou-se ou teve-se talvez presente na sua redacção a Lei franceza de 17 de Maio de 1819, relativa a abusos por qualquer meio de publicação, sem se attender a que esta lei, coherente com a distincção admittida no Cod. Pen. entre *crimes*, *delictos* e *contravenções*, formulou a sua incriminação, tendo por objecto no art. 1.º punir a provocação a um crime ou delicto, quando este se seguiu como de cumplicidade, isto é, com a correspondente ao crime que se provocou; e quando se não seguiu estabelecer no art. 2.º

e 3.º uma pena determinada, mais grave quanto a *crime*, menos grave quanto a *delicto*.

O nosso art., qualificando *crime* tudo quanto é incriminado no Cod., considera na ordem inversa as mesmas hypoteses.

Na primeira, que é de não se ter seguido effeito da provocação, impõe a pena de dois a tres annos de prisão correctional e multa correspondente, excepto se a pena for menos grave, pois então deverá esta ser imposta; na segunda, que é a de se ter seguido effeito, impõe a pena de cumplicidade.

Assim: 1.º, o provocador é punido com penas mais severas, com relação a um crime provocado, e que nem chegou a ser tentado, do que seria em relação a um crime consummado; 2.º, tem de soffrer essa punição, aindaque, em harmonia com o art. 26.º n.ºs 3.º e 4.º, não devesse assim acontecer, mesmo quando no crime consummado a provocação a elle fosse causa determinante; 3.º, na provocação a crime superior á pena composta, correctional, tem de ser condemnado como na provocação a um crime, a que corresponde uma pena igual, poisque para descer é preciso que esta seja inferior; 4.º, mesmo n'este caso, se da provocação se seguiu effeito, a pena é a do crime consummado, enquanto que, se o effeito se não seguiu, tendo a punição de regular-se, nos termos do § un., pelas regras da cumplicidade, a pena deve ser attenuada, conforme ao art. 88.º e seus correlativos.

Melhor formulado se acha a similhante respeito o mod. Cod. da Prussia §. 36.º:

«Aquele que em logares publicos ou em reuniões publicas, ou por escriptos, estampas ou outras representações que costumam estar á venda, se distribuem ou se vendem nas ruas, ou se expõem ou affixam publicamente, incitar, contrariar ou procurar determinar a uma acção qualificada, crime ou delicto, deverá ser considerado participante d'ella, e será punido como tal, se em consequencia da provocação o crime ou o delicto fôr consummado, ou se seguiu tentativa punivel.

«Se a provocação tiver ficado sem consequencia, será decretada a prisão simples até um anno, salvo os casos a que a Lei especial corresponder outras penas.

TITULO VII.

DAS CONTRAVENÇÕES DE POLICIA.

ARTIGO 487.º

Terão inteira observancia no que não for especialmente alterado por este Código as Leis e Regulamentos administrativos e de policia, actualmente em vigor, que decretam as penas das contravenções de suas disposições.

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.

ARTIGO 489.º

Depois da publicação do este Código 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 auctorisar, pena mais grave que as seguintes:

- 1.º Prisão até um mez;
- 2.º Multa até 20\$000 réis.

§ un. A perda dos objectos e instrumentos apprehendidos em contravenção só póde ser pronunciada quando a Lei especialmente o decretar.

Somos finalmente chegados ao termo do trabalho, a que nos propozemos. Cansados nos achámos de apontar os defeitos e incoherencias do Cod., e cansados se achavam tambem os seus collaboradores quando chegaram a esta ultima parte, deixando incompleta a codificação para substituirem a materia de um liv. 3.º pela do presente tit., e esta só com os dizeres remissivos que se encontram n'estes tres art.

A pressa em se promulgar diclatorialmente um Cod. Pen. fez com que se misturassem no liv. 2.º com *crimes*, na significação ampla que se lhe deu, factos ou omissões que, conforme ao Cod. Fr. e outros muitos, se consideram nas *contravenções* ou malefícios leves de segunda ou terceira classe em sentido moral e social, e em razão da minima quantidade da pena, mais de reprovação solemne e de admoestação que de correção, e nunca de repressão penitenciaria.

Alem d'isso n'este acabamento precipitado¹ da materia do Cod. Pen. nenhuma revisão se fez quanto ás incriminações, reduzindo-se os art. 487.º e 488.º a mandar guardar as leis e regulamentos administrativos e de policia ou municipaes.

Assim, por mais anomaías e incompativeis que sejam com as regras e analogias do Cod. Pen., essas infracções e respectivas penalidades e seus absurdos relativos continuam a vigorar.

O art. 489.º, que é o unico que contém disposição positiva e importante, porque limita a competencia penal dos regulamentos e posturas, labora em grandes defeitos:

1.º Porque, limitando-se ao futuro, não reforma nem modifica os actuaes regulamentos e posturas que aliás mandou já vigorar nos art. antecedentes.

2.º Porque dá lugar a suppor-se que o governo ou as autoridades administrativas podem acorupnar os seus regulamentos das comminações peneas, de prisão até um mez, ou

¹ Foi tal a precipitação, que a epigrapho do tit. parece indicar que se vai tratar somente das *contravenções de policia*, e não *in genere*, quando o contrario mostram os tres art. do mesmo tit. Talvez que o Cod. considerasse as *contravenções* como todas por sua natureza *infracções de policia*; mas então ou devia usar da periphraze n'estes termos, como praticou o Cod. da Austria na sua part. 2.ª, ou evitar como redundante a palavra *policia*. A epigrapho ficaria mais coherente com o texto dos art. se fosse *da violação dos regulamentos administrativos, policiaes e municipaes*.

de multa até 20\$000 réis, quando essa competencia somente se tolera nas *posturas*, a que, para se não dar o nome de *penas*, se conserva, e com justa razão, o de *coimas*.

3.º Porque, excluido o governo, nas suas attribuições ordinarias, e, com melhor fundamento, os seus delegados, de estabelecer penalidades, por minimas que sejam, só ficam as camaras legislativas e as municipaes a que possa ser applicavel a disposição do art.; mas á omnipotencia legislativa o Cod. não podia prescrever regra alguma, e é immenso o arbitrio que se concede nos casos de competencia municipal. O maximo possivel que se estabelece como limite d'essa competencia em objecto de coimas toca as metas do absurdo, principalmente quando o Cod. considera da sua alçada e applicação penas muito menos graves em qualidade e quantidade, e quando no art. 68.º determinou que nenhuma pena possa ser applicada *que não seja decretada na lei*.

Quanto ao § un. do art., para que a perda dos objectos

¹ Tanto na Lei de 24 de Outubro de 1840, art. 44.º, como no Cod. Admin. art. 381.º, somente se mencionam, para se determinar a competencia, as *multas impostas por lei* e as impostas pelas *posturas e regulamentos municipaes*, d'onde é obvio: 1.º, que não ha competencia para *sultas*, e menos para *prisão*, nos regulamentos administrativos ou de policia; 2.º, que nas posturas ou regulamentos municipaes só têm lugar as *multas*, nunca a *prisão*. Isto mesmo se colhe do disposto, sobre o julgamento de *coimas*, no art. 145.º n.º 3.º da Ref. Jud., e das Leis de 3 de Novembro de 1852 e de 23 de Julho de 1855. Acresce a expressa disposição do art. 378.º do cit. Cod. Admin., fallando de *prisão* com relação á infracção das posturas somente para supprir a falta de pagamento das *multas*. O mesmo Cod., com relação a objectos administrativos, não menciona, nos §§. que se contém no art. 363.º e seguintes do cap. un. do tit. viii, senão as *multas*, perda do cargo ou suspensão temporaria do emprego e de direitos politicos, nunca a *prisão*, o que é conforme com os logares da Ord., liv. 1.º tit. 65.º, 68.º e outros, em que se trata de coimas.

Se confrontarmos a disposição do art. 489.º com o Cod. Hesp., facilmente se conhecerá que é elle copia ou imitação do antigo texto do mesmo Cod., art. 493.º:

«En las ordenanzas municipales y demas reglamentos generales de la Administración que se publicaren en lo sucesivo, no se impondrán a los contraventores mayores penas que las señaladas en este libro á no ser que así se determine por leyes especiales.»

Este texto foi substituido em o novo Cod., art. 505.º, nos termos seguintes: «En las ordenanzas municipales y demas reglamentos generales ó particulares de la Administración que se publicaren en lo sucesivo, no se establecerán mayores penas que las señaladas en este libro, aun cuando haya»

e instrumentos do crime só possa ter lugar, quando a lei *expressamente* o decretar, parece ser uma determinação redundante e contradictoria em vista do art. 64.º, que por disposição *geral* decreta a perda, especificando também *como regra geral* outros casos além da *disposição especial legislativa*. O modo de se conciliarem estas duas disposições é o de se considerar o art. 64.º restricto a *crimes*, e este § especial limitado às *contravenções*; mas assim por esta restricção, que mais firma a competencia penal, fóra da lei, quanto a multas e prisão em medidas regulamentares e do executivo, se reforça o que fica ponderado contra a disposição do art.

Em todo o caso, em lugar da remissão a *uma lei especial* teria sido mais conveniente, com relação a posturas e regulamentos, que aqui se encontrassem enunciados *em geral* os casos em que sem a menor sombra de *confusão*, mas como medida *preventiva*, a perda deve ter lugar.

Assim o praticou o Cod. Hesp., no art. 490.º (n. 502.º):

« 1.º Las armas que llevar el ofensor al cometer un daño ó inferir una injuria, si las hubiere mostrado.

«de imponer-se en virtud de atribuciones gubernativas. á no ser que se determine otra cosa por leyes especiales.»

No mesmo texto se tira depois a consequencia de que ficam reservadas as attribuições repressivas concedidas á Administração pelas Leis de 8 de Janeiro e 2 de Abril de 1845.

O nosso Cod., não podendo imitar o Hesp. na referencia ao maximo das penas estabelecidas no liv. III, especial para as *contravenções* = *faltas* =, buscou um maximo determinado com relação ás duas penas = *prisão* e *multa* =, sem se advertir que nós não temos, como em Hespanha, lei que auctorise o Governo a estabelecer penalidades em seus regulamentos de administração ou de policia, e menos as camaras municipais quanto á prisão.

Seria intenção do Cod. investir o governo e as camaras municipales de auctorizante poder em seus regulamentos ou posturas para o futuro? Póde assim concluir-se *á contrario sensu*, dizendo-se que o Cod. permittiu o que não prohibiu, mas tambem se póde dizer que o legislador dispoz para o caso de existir lei que auctorisasse de futuro amplamente o governo á confissão de tais regulamentos, e que não é por induções, a que resisto o art. 18.º e 63.º, que se póde concluir a legitimidade de uma sanção penal. com offensa das inalienaveis attribuições do poder legislativo.

«Depuis qui la confiscation frappe seulement les produits et les instruments du délit en général, elle est moins une peine qu'une mesure de précaution.» Sulpici, no art. 470.º n.º 1.º do Cod. Pen. Fr.; Chauveau e Hélie Assim este confusão tem melhor lugar, como *regra geral* em determinadas hypotheseas, do que por *Lei especial*, como aqui se estabelece, e se não estabelecem no cit. art. 84.º

« 2.º Las bebidas y comestibles falsificados, adulterados, ó pervertidos siendo nocivos.

« 3.º Los efectos falsificados ó averiados que se expendieren como legítimos ó buenos.

« 4.º Los comestibles en que se defraudare al publico en cantidad ó calidad.

« 5.º Las medidas ó pesos falsos.

« 6.º Los enseres que sirvan para juegos ó rifas.

« 7.º Los efectos que se empleen para adivinaciones u otros engaños semejantes.»

Podiamos aqui dar por terminadas as nossas observações em relação ao presente art., mas reputámos a materia tanto mais digna de especial consideração, quanto mais se mostra *haver sido* a deficiência do Cod., e por isso ampliamos este commentario deduzindo mais algumas idéas que nos occorrem.

A palavra = *contravenção* = tem na jurisprudencia diversas accepções mais amplas ou mais restrictas.

Toda a preterição de um dever legislativo = *contra-seniere* = é uma *contravenção*. Não só isto; a toda a falta de cumprimento ou de preenchimento de obrigação resultante de um contrato, de uma promessa ou de uma palavra de honra, quadra a mesma palavra, tomada na sua maior comprehensão e sentido obvio e mesmo vulgar.

Assim a materia de *contravenções* abrange não só a de *malefícios em geral*, como a que faz objecto das leis meramente civis.

Mas em direito criminal, conforme ao art. 2.º do Cod., as *contravenções* se distinguem dos *crimes* ou *delictos*, em que n'estes é sempre essencial a indagação da *moralidade do facto* e da *intenção* do agente, enquanto que n'aquellas se considera sómente a existencia material de um facto ou omissão, isto é, presume-se sempre = *a intenção malefica* =, tornando independente da sua apreciação a imposição da pena.

No systema seguido pelo nosso Cod., como temos apontado em outros logares, repellido a divisão triplex dos malefícios, embora se confundissem n'este livro 2.º com crimes e delictos muitos factos que são rigorosamente *contravenções de policia*, como já havia confundido o Cod. Fr. de 1810, apesar

de reservar essa materia para um livro especial, não devia apparecer aqui uma tão notavel deficiencia de codificação, contentando-se o legislador com tornar os seus unicos preceitos remissivos aos respectivos regulamentos ou leis infringidas.

Reconhecido pelo mesmo legislador que era subsistente ou devia ficar subsistindo a distincção de malefícios quanto ás *contravenções*, cumpria que em livro especial se tratasse d'ellas, pelo menos com relação ás regras geraes que especialmente lhes respeitam.

Assim teria cabimento n'esse livro a materia das disposições geraes, art. 3.º, 4.º, 85.º § 2.º, 101.º § 1.º, 123.º § 3.º, 124.º § 1.º, como se fez no mod. Cod. da Prussia, continuando-se a materia do mesmo livro, não só com as *contravenções* especificadas e confundidas n'este livro, mas incluindo-se n'ellas, embora pela modicidade da pena, as infracções de policia, como foi legislado tambem no Cod. da Baviera.

Á parte o que dissemos em diversos logares, sob o ponto de vista philosophico em defeza da divisão triplice, este methodo teria a vantagem, que entre outras já indicámos, de fixar de um modo claro a competencia dos tribunaes de policia, que devemos um dia ter mui distinctos dos correccionaes e estes dos criminaes: assim mereceria em parte o legislador o elogio que o legislador francez (Relat. de mot. ao liv. 4.º do Cod. Pen. pelo Conde Réal) fez a si mesmo:

«... d'avoir indiqué par des lignes très prononcées les limites de la compétence, d'avoir restitué tous les délits à la *police correctionnelle*, et rendu à la *police simple* toutes les *contraventions*.»

A epigraphe d'este titulo = *das contravenções de policia* =, isto é, que pertence á *simples policia* a prevenção e repressão, parece suppor esta distincção e esta competencia, determinada não em rasão da natureza do *facto materialmente considerado*, nos termos da definição dada no art. 3.º das disposições geraes, mas da quantidade da pena, como se fixou no Decreto com força de Lei de 10 de Dezembro de 1852, em contradicção com o mesmo art. 3.º do Cod.

A materia das *contravenções de policia* por sua muita importancia deve ser tratada sem esta deficiencia e confusão.

Todos os povos, mesmo na infancia da civilisação, têm sentido a necessidade de fazer leis ou de sancionar certos usos e formalidades proprias a garantir preventivamente a salubridade e tranquillidade publica, assim como a segurança dos cidadãos e da sua propriedade.

Factos numerosos, que entre povos grosseiros ou pouco civilizados passam inapercebidos, e que são ou têm sido considerados indifferentes e não sujeitos a repressão alguma, se acham hoje previstos nas leis e regulamentos das nações cultas¹.

D'este modo a multiplicidade das disposições relativas ás *contravenções* é um signal caracteristico da civilisação; a sabedoria d'essas disposições é demonstrativa do grau de aperfeiçoamento d'essa civilisação: um Cod. Pen. será tanto mais perfeito, quanto mais reflectido, regrado e comprehensivo for sobre esta materia. Esta é pois uma lacuna, um defeito capital do nosso Cod.

Podia a materia de crimes e delictos, não obstante a distincção de uns e de outros, ser tratada simultaneamente assim na parte geral, como na especial, mas a de *contravenções*, mormente excluida a apreciação da intencionalidade, como se caracterisaram no art. 3.º, exigia que fosse tratada distincta e especificadamente, embora, traçadas as regras communs, o Cod. se tornasse remissivo para as que não comprehendesse expressamente.

Assim o Cod. devia conter uma terceira parte ou livro, em que começasse por nos definir a *contravenção*, não em si mesma, mas em rasão da penalidade, a que se chamaria penalidade de policia; e assim se estabeleceria a distincção de penas criminaes, correccionaes e policiaes, em lugar de maiores e correccionaes que o Cod. admittiu, confundindo nas correccionaes as policiaes, em contradicção com o cit. Decr. de 10 de Dezembro, com promulgação simultanea ao mesmo Cod.

Seguia-se determinar: 1.º, quaes as penas que deviam ser

¹ «Les contraventions ont été établies pour obliger les citoyens à vivre «selon les règles de la société civile. La sagesse des lois qui les concernent «est donc le signe ordinaire d'une civilisation perfectionnée.» Rapp. au corps lég. par M. Nougarede, séance du 20 Fév. 1810.

consideradas de *policia*, como são a prisão simples e de curta duração, a multa leve, a reprehensão, a censura leve, a caução de *bene vivendo*, e outras da mesma natureza; 2.º, tratar-se com relação a ellas da materia das reincidências, e do concurso de muitas; 3.º, das circumstancias attenuantes; 4.º, da tentativa; 5.º, do concurso de crime com contravenção; 6.º, do confisco¹; 7.º, dos casos de contravenções distribuídos em classes.

Offerecemos para bom modelo a seguir a terceira parte do mod. Cod. da Prussia, que vai de accordo com muitos dos Cod. mod. das nações cultas, em harmonia com o Cod. Fr., projectos de sua revisão para a Belgica, e, com especialidade e profusão, no excellent e riquissimo projecto de Cod. elaborado pelo maior criminalista dos principios do seculo presente, Scipião Bexon.

Por este systema devem ser classificados, entre as contravenções ou infracções de policia, os factos de menor gravidade, moralmente illicitos, alem d'aquelles que somente o são por virtude da lei ou dos regulamentos administrativos, tomando-se por seu caracteristico a modicidade da pena.

Assim pertencem a esta parte da codificação os factos previstos nos art. 130.º § 2.º, 168.º § un., 189.º, 233.º, 234.º, 237.º, 253.º §§ 1.º e 2.º, 254.º, 255.º, 265.º, 274.º, 334.º, 430.º §§ 1.º, 2.º e 3.º, 479.º, 484.º § 2.º, e 485.º, todos fundados em uma offensa dos principios de moral, mas punidos com penas ou inferiores á prisão, ou em que é por dias, nunca excedentes a um mez.

D'entre estes e outros previstos no Cod., muitos, posto que alguns punidos com penas mais graves, são rigorosas contravenções, por isso que recaem sobre factos moralmente licitos, como indicámos em seus respectivos logares.

Pertencem muitos outros factos omissos no Cod., prevenidos ou não prevenidos nos regulamentos dos diversos ramos de administração ou nas posturas municipaes, que vem contemplados expressamente nos citados Cod.

¹ Precisamente no sentido: 1.º, de constituir com os objectos apprehendidos a prova material da infracção; 2.º, de não ser mais que uma precaução para retirar da circulação o instrumento de uma fraude ou contravenção. Dallos, tom. 14.º, pag. 327 n.º 68.

Tal é por exemplo a negligencia de não conservar limpas de ferrugem as chaminés, fornos ou outros logares em que habitualmente se entretem o fogo¹, assim como os factos de arremessar artefactos de fogo, de que tanto se abusa e a que tão pouco se atende.

Merecia a contravenção uma especial menção no Cod. como a mereceu no Cod. Fr., art. 471.º

Por isso que o Cod. Pen. deve ser um livro a consultar para instrução do cidadão, e que lhe importa adquirir com facilidade para saber quaes são os seus deveres sociaes, no que tem a fazer ou a deixar de fazer em conformidade com as leis de policia, a codificação não é completa, se não comprehender, não todas, por impossivel, mas, d'entre as contravenções de po-

¹ Em Roma se achava excellentemente montada a policia a semelhante respeito. Os cuidados preventivos e repressivos contra os factos e negligencias perigosas sobre fogo eram confiados nos primeiros tempos aos *trianviri*, magistrados a que se deu o nome de *nocturnos*, porque velavam e faziam sentinella de noite. Foram depois substituídos pelos *ediles*, a que se adicionaram dez adjuntos repartidos por metade nas duas porções da cidade que dividia o *Tibre*: *Decemviri, quinque cis Tiberim, quinque ultra*.

Durou este estado de policia até ao tempo de Augusto, que alterado pela multiplicidade dos incendios instituiu sete companhias commandadas por *tribunos*, distribuídas pelos quatorze bairros da cidade, e lhes deu por chefe um magistrado especial = *praefectus vigillum* =, que em nada cedia em consideração ao *praefecto da cidade*: exercia jurisdicção exclusiva sobre certos crimes, e era especialmente encarregado de prevenir, e, em caso de necessidade, de reprimir os factos de incendio a que os de negligencia podessem dar causa. Justiniano o substituiu por um *praefectus plebis*, cuquantos devesse ser tirado de certa ordem de cidadãos mais qualificada.

O isolamento dos edificios uns dos outros era uma excellentes providencia das *doce tabulas*, preventiva da propagação dos incendios, chamando-se por isso os casos de habitação = *insula* =. Mas o costume de edificação com esta condição não se manteve, a que acrescentando a estreiteza das ruas se provocou a frequencia dos grandes incendios por tal forma que Seneca dizia que não havia meio de evitar nem os perigos do fogo, nem os da queda dos edificios. *... eo ut neque aduersus ignem, neque ex ruinis ulla in partem effugium sit.*

Entre nós, na capital, se acha este serviço excellentemente desempenhado. Os socorros são tão promptos, mesmo a qualquer hora da noite, que rarissimos são os casos em que não só se evita a propagação, mas em que se não salve toda ou parte do edificio.

As auctoridades civis e militares, quando o fogo se torna serio, concorrem aos logares d'elle, e lá se encontram com o proprio monarcha, que então, a exemplo de Augusto, não manda, saber do perigo: *«... nam saltem Reipublicae tuert nulli magis credibilis convenire, nec alium sufficere ei rei quam Caesarem»*: ff. de off. juar. vig. lei 3.ª

licia, aquellas que forem as principaes, e que devam ser communs a todo e qualquer municipio.

Este conhecimento ainda é mais necessario que o dos factos considerados crimes ou delictos, como acções moralmente illicitas, porque a sociedade tem direito a combater o mal moral que lhe é nocivo, em qualquer individuo que se ache d'elle affectado, aindaque ignore as leis do paiz em que se acha; mas o mesmo não pôde com justiça dizer-se a respeito das contra-venções de policia administrativa ou municipal, porque a ninguém pôde ser imputavel a não conformidade com leis preceptivas ou prohibitivas, de que não tem ou não podia ter com facilidade a necessaria sciencia, não se encontrando no Cod. commun, e sendo tão varias como as diversas localidades, nas cidades, villas ou concelhos.

CONCLUSÃO E DECLARAÇÕES.

Com a analyse dos ultimos art. do Cod. Pen. portuguez damos por concluido este nosso trabalho, que apesar de ter merecido já, com relação aos volumes publicados, louvores manifestados pela imprensa, muito superiores ao premio das nossas fadigas¹, não pôde vir a lume senão com muitas imperfei-

¹ Alludimos ao excellentissimo, bem elaborado e bem escripto, artigo em que profundamente e pela vez primeira se encontra analysado o nosso trabalho, e que foi publicado na *Revolução de Setembro* de 2 de Julho do corrente anno, datado de 22 de Junho, na Covilhã, e assinado pelo sr. José da Cunha Navarro de Paiva.

Este artigo, reproduzido poucos dias depois em outro jornal da capital, o *Rel e Ordem*, dá uma idéa succinta, mas conscienciosa da substancia e alcance da nossa obra.

Muito desejaríamos tambem reproduzi-lo aqui na sua integra, se não fosse tão prodigo em elogios á nossa pessoa, ás nossas fadigas e ás nossas intenções humanitarias e philosophicas. Não é vicio deixar-se alguém arrastar pelos impulsos do amor proprio ao desejo e pratica do bem; dá-se então um feliz resultado do sentimento que o Supremo Creador do Universo gravou em nossos corações, mas, tendo por certo que nós disparatámos quasi sempre quando se nos toca n'esta corda, não osámos transcrever em nossa obra este juizo critico de tão distincto litterato e jurisconsulto.

Diremos sómente que o tomámos e aceitámos como o maior dos premios e galardão das nossas lucubrações e despezas porque ainda não lemos coisa semelhante em favor de publicação alguma; razão de mais para pedir e

ções, que hoje conhecemos, mas a que já não podemos dar remédio.

Não fallámos dos defeitos de redacção, de revisão, de pontuação, de impressão, porque estamos certos de que os nossos leitores são bastantes justos e indulgentes para os relevar, mesmo os provenientes de culpa nossa¹.

Por uma parte a accumulção de serviço no primeiro tribunal de justiça e no parlamento, e por outra parte a necessidade, que não podemos ver satisfeita, de auxilio intelligente, technico e estranho, que castigasse e corrigisse assim a deducção das nossas idéas, como a sua expressão, foram obstaculos invenciveis com que lutámos, e que nenhum auctor, mesmo em circumstancias ordinarias, quando desaffrontado de outros deveres publicos ou domesticos, é apto para remover completamente.

esperar mais votos de outros homens tão competentes como o sr. Navarro de Paiva, com quem todavia não podemos deixar de sympathisar desde a esportanea, e por nós não solicitada, publicação, com que tanto nos honrou.

Nunca trocámos palavras de viva voz ou por escripto com o sr. Navarro de Paiva. Para pessoalmente o conhecermos, como ansiosamente desejámos, é preciso que um encontro fortuito ou procurado nos individualise a sua presença. Mas não podemos deixar de lhe consagrar desde já a mais fervorosa amizade, aquella amizade que nasce da convicção intima sobre merecimento distincto, e sobre o irresistivel attractivo que conduz o homem de estudo para outros, que como elle pensam, e que reciprocamente se comprehendem.

Receba pois o tão eminente como modesto juríconsulto e litterato a expressão sincera de nossos acrisolados sentimentos de gratidão e estima, e liquem elles consignados n'este logar como testemunho perpetuo e indelevel.

¹ Tencionavamos dar n'este ultimo volume uma tabella de erratas, principalmente das que respeitam aos tres primeiros volumes, poisque as scrutinas, impressas na *Imprensa Nacional*, comquanto não isentos de algumas imperfeições, se podem dizer correctos na presença dos gravissimos defeitos que apparecem n'aquelles.

Desejamos porém d'este proposito: 1.º, porque como escrevemos para quem se dignar ler e comprehender a materia de que tratámos, com facilidade mentalmente restabelecerá o nosso pensamento, supprindo e corrigido de defeitos da expressão ou impressão.

2.º Pela pouca importancia e utilidade da referida tabella, collocada no fim do ultimo volume, que seria preciso, mas incommodo, ter aberto e presente sempre, durante a leitura ou consulta dos outros volumes, e por isso de nenhuma utilidade pratica, poisque raras vezes se buscaria a sua confrontação com o texto.

3.º Porque aos nossos leitores ha de acontecer o mesmo que nos tem acontecido e que acontece geralmente. Por entre o brilho ou impressão de

Quando a concepção absorve todas as potencias do espirito, mal se pôde fazer attenção ao modo, ás formas exteriores com que ella passa a ser consignada no papel. Mais tarde, já familiarizado o auctor com os resultados do seu pensamento, estremece, horrorisa-se mesmo na presença dos erros involuntarios que commetten, e por momentos desejaria que um auto de fé tivesse logar, para que tudo ficasse reduzido a cinzas, salvos alguns exemplares, para a eliminação e expurgação de erros e imperfeições.

Nós previmos este dissabor, e que só o poderíamos evitar, deixando dormir a publicação do nosso trabalho alguns annos. Mas tínhamos nós a certeza de viver esses annos?

A idade em que nos achámos, os soffrimentos e trabalhos que temos tido em uma vida publica recheada de dissabores e contrariedades; o abalo que tudo tem produzido nos elementos da nossa organização e actividade; as despesas colossaes que n'esta publicação temos feito, e empenhos que havemos contrahido, superiores aos escassos meios de fortuna de um funcionario n'este paiz em que o serviço publico tão mal se retribue; as sommas de auxilio que baviámos recebido dos nossos collegas, amigos e de outros cidadãos que, levados de puro patriotismo, julgaram conveniente a causa publica, á causa da humanidade, proteger a nossa empreza; o compromettimento em que nos constituímos para com um grande principe pela sua benigna aceitação da nossa obra, e a quem devemos já um honroso testemunho de consideração²; e finalmente o sentimento de egoismo, embora desculpavel, que revelaria qualquer

uma idéa ou demonstração que predomina exclusivamente o nosso espirito, é tão rapida a impressão da leitura material, e são tão pouco duradouros os vestigios que o orgão visual nos transmite acerca da configuração, collocção e qualidade dos signaes typographicos, que a maior parte dos erros passam impercebidos, escapam encobertos com o pensamento ou são facilmente perdoados.

4.º Porque a confecção d'essa tabella nos demoraria por muitos dias a conclusão e publicação d'esta nossa obra, cuja demora tem nascido de contrariedades de toda a ordem, a que tem sido necessario contrapor uma paciencia e perseverança, a que ansiosamente desejámos pôr um termo.

² S. M. I. houve por bem não só mandar inacrever o seu augusto nome entre os dos assignantes da nossa obra, mas condecorou-nos com a Grande Dignataria da Ordem Imperial da Rosa.

arrependimento, foram para nós motivos, qualquer d'elles por si mesmo efficaz para excitar a nossa perseverança e nos fazer abandonar a idéa, rejeitada apenas concebida, de inutilisar ou de suspender a publicação que encetámos.

Fizemos mais. Sem visar de interesses nem de prejuizos pecuniarios, tendo promettido e calculado em cinco volumes os necessarios para desempenho do nosso programma, e n'esse presupposto estabelecido um preço já moderado, damos oito volumes com a mesma nitidez que annunciámos, sem exigir dos nossos assignantes mais compensação alguma.

Quanto ao modo por que desempenhámos esse programma, somos obrigados a confessar que nos conduzimos com demasiada severidade na analyse do nosso Cod. Pen.; mas, desejando pela sua confrontação com os principios que estabelecemos de theoria do direito penal, e com os logares concordantes, analogos e selectos de outros Cod.; vir a conclusões que não só facilitassem a futura reforma da nossa legislação criminal, mas deixassem para nós mesmo consignados n'esta obra os elementos ou materises de construção necessarios para um novo projecto de Cod. Pen., forçoso nos foi deixar correr livremente os bicos da nossa penna.

Todavia como escriptor tributámos ao Cod. Pen. portuguez aquelle respeito que é sempre devido a uma lei do Estado, que hoje liga a todos os individuos residentes no reino; e se algumas vezes parecemos afastar-nos d'este proposito, foi levado de outro estímulo mais preponderante, quando, ao considerarmos offendidos os principios proclamados na Carta Constitucional da monarchia, que Portugal tem a fortuna de possuir como sua lei fundamental, ou vimos postergados, aindaque involuntariamente, os dictames da moral absoluta ou relativa.

Não atacámos assim nem o pensamento, nem a intenção do legislador. Quiz elle, e quer, como nós anciosamente desejámos, o bem da sociedade, e com esse resultado conseguir o melhoramento e perfeição do homem no estado social. Combateámos sómente o que se nos antolha como armazenagem de erros gravissimos e contraproducentes, e de consequencias umas negativas, outras mais prejudiciaes e nocivas que o mal do crime que se pretendeu prevenir ou reprimir.

N'este intuito já se vê que não podemos dar por terminados os nossos trabalhos sobre este objecto. A Theoria do Direito Penal applicada ao Cod. Penal portuguez, se Deus nos conservar a vida e com ella a mesma razão que nos tem guiado, será seguida immediatamente de um novo Projecto de Cod. de Instrução Criminal ou catecismo sobre delictos, penas e regras de applicação, em que deixemos escriptas não só as indispensaveis noções preliminares e fundamentaes da theoria racional e pratica sobre tão importante materia, como as disposições preceptivas ou prohibitivas, que cidadãos e juizes de facto ou de direito devem ter em vista nas diversas relações da vida do homem com o estado social.

Entre os preceitos preliminares comprehenderemos a re-senha dos maleficios mais graves, que em si mesmos revelam maior grau de corrupção no agente, e portanto maior necessidade de cautela da parte de uns para os evitarem, de outros para os corrigirem, e de outros para se não deixarem contaminar, nem pelo exemplo, nem pelo contacto com os malfictores, enquanto se não der pela expiação e comprovado arrependimento a certeza legal da sua rehabilitação social.

No mesmo quadro offereceremos quaes são os maleficios mais leves, que por isso que o são de todos os dias, de todas as horas, são semente fecunda de mal moral que pôde pelo seu desenvolvimento progredir em gravidade até despenhar o homem negligente nas tortuosas e immundas veredas dos malficcios mais graves.

Por esta indicação de maximo o minimo na carreira da criminalidade, saberão os cidadãos, uns, a severa expiação que os espera, se a instrução lhes não aproveitar, outros, que a conservação da virtude e da innocencia depende essencialmente, como a conservação da saude, de um tratamento domestico, hygienico e preventivo, a que se não accommodam depois, perdido o equilibrio entre a razão e a actividade do homem, os remedios da penalidade, sem o emprego de violencias moraes e materiaes, que o legislador na sua solicitude e protecção paternal não pôde deixar de prescrever e de fazer executar.

Assim, tornando desnecessaria é excepção a promulgação do Cod. Pen., feita até aqui como a de outras leis, uma

única vez para sempre, para paes, filhos e netos, substituiremos a noticia legal, sem a dispensar, por outra de instrucção de catechese permanente, que com os primeiros rudimentos de ensino primario poderá ser constantemente apresentada em poucos minutos pelos respectivos mestres aos seus discipulos, e em todos os domingos á missa do dia pelos benemeritos pastores da Igreja, podendo n'essa occasião mostrar em succinta oração a harmonia do legislador da terra com o Legislador do Universo, dos preceitos penaes com os da moral evangelica, dos dictames da justiça absoluta com a justiça social, das conveniencias individuaes com os interesses da sociedade.

Como será bello o desempenho d'este dever! Tão simples e tão facil na sua execução, quantos crimes, quantos delictos, quantas contravenções não evitará! Uns, tomarão em horror toda a infracção do dever, e se conservarão ou virtuosos ou inoffensivos; outros, desviando, precisarão de instrumentos do crime, e não encontrarão quem lh'os subministre; outros, cederão de auxilio e se absterão por não encontrar cúmplices.

Longe de nós a idéa da extincção do mal moral origem do crime; mas quando a potencia d'essa causa ficar enfraquecida por estes meios, serão menos graves e menos numerosos os seus efeitos, o que produzirá já um grande allivio e tranquillidade no modo de ser social em todas as suas relações á vida, honra, propriedade e liberdade dos cidadãos.

Passando das necessidades da prevenção ás da repressão, não para abstrahir estas d'aquellas, mas para as ligar por um vinculo sempre indissolúvel, queremos que os malfeteiros sofram tanto quanto comportar a natureza e qualidade do seu maleficio, não por um calculo absurdo de talião = *dentem pro dente, oculum pro oculo* =, que exprime á falsa e immoral idéa de vindicta publica, legitima herdeira e representante da vindicta privada, mas para que em primeiro logar se torne impotente e esteril a enfermidade moral do malfeteiro, e depois para que não reverta á sociedade senão quando, tanto quanto pelos symptomas do curativo se poder presumir, com probabilidade racional, se ache extincta a mesma enfermidade.

D'estas duas idéas fundamentaes sobre a penalidade, resultam os diversos corollarios que temos ponderado:

1.º O da abolição da pena de morte;

2.º O da abolição das penas perpetuas;

3.º O da redução das penas temporarias, ou na sua duração ou na sua intensidade ou na sua qualidade, segundo as regras do systema penitenciario;

4.º O da possibilidade de conversão das penas temporarias em outras a termo indefinido, com as garantias necessarias, para que a prorrogação não degenerem em oppressão inútil;

5.º O da abolição da morte civil, e mesmo da perda dos direitos civis e politicos, reduzindo os efeitos da penalidade aos que restrictamente são d'ella inseparaveis como suas necessarias e indispensaveis consequencias;

6.º O da plena conservação d'esses direitos em tudo quanto for compativel com a execução da penalidade, podendo o condemnado exerce-los ou por si mesmo ou por legitimo procurador, com autorisação do director do estabelecimento penal, tomada em conselho de medico e confessor;

7.º O da especial consideração ao arrependimento comprovado, ou antes do maleficio no grau de tentativa, ou depois d'elle pela espontanea reparação do damno individual, quando este seja inteiramente reparavel, attenuando sempre a penalidade a reparação em parte, quando á espontaneidade acceder a impossibilidade da mesma reparação na outra parte.

Neguiremos em nosso Projecto de Cod. Pen. constantemente estes principios, estes corollarios, sem aberração nem excepção, porque os considerámos fundados em verdade moral absoluta, e adequados eminentemente ás necessidades sociaes.

As idéas não são de nossa invenção, porque as behemos nos tratados de jurisprudencia philosophica e nos diversos Cod. das nações civilisadas; mas não os encontramos coordenados debaixo de um systema preponderante sempre, achando-se disseminadas, aqui e ali, com relação a determinadas hypotheses, apparecendo-nos por vezes como a luz dos meteoros no espaço celeste.

O merito pois do nosso Projecto, se algum lhe for reconhecido, será o da coherencia. Confiámos, acreditámos com a

fê mais viva, aquella que nasce da intima e reflectida convicção, corroborada pelo rigor dos principios e pela irresistivel força dos factos de todos os tempos e logares, na efficacia do nosso Projecto, se tiver a fortuna de ser convertido em lei, no reino ou no imperio do Brazil.

O estado social tem, sob o ponto das sciencias moraes e economicas, chegado ao maior grau de desenvolvimento e perfeição; d'ahi tem resultado um subido alcance pratico em melhoramentos materiaes; porque não hão de ellas influir para que estes sejam acompanhados e seguidos dos melhoramentos moraes?

Temos por impossivel que assim deixe de acontecer, e sentimos grande prazer em contemplar o futuro das nações, com quanto não sejamos destinados para o presenciar e para o gozar. É esta a sorte dos que ao mundo vem primeiro; mas tendo esposado a defeza da causa da tão opprimida humanidade, a pretexto do crime, essa causa que tem preterito que horrorisa, presente que lamentámos, e futuro de lisonjeiras esperanças, não se compadece com a sustentação de qualquer systema exclusivo em favor da actualidade, quando se reconheem os seus vicios, e embora o terror da vindicta publica tenha algumas vezes parecido diminuir a maior progressão de certos e determinados maleficios.

Ainda, como complemento d'este nosso trabalho, não limitaremos a um Projecto de Cod. Pen. a publicação que tem de seguir-se.

Para auxiliar o leitor da nossa Theoria de Direito Penal applicada, nos propomos a ultimar e incessantemente fazer imprimir:

1.º Uma synthese ou resumo, por ordem alphabetica, de todas as materias que tratámos e observações que adduzimos, com referencia aos volumes e paginas respectivas.

2.º O texto do Cod. Pen. portuguez concordado com os art. dos Cod. estrangeiros apontados na mesma Theoria, e a designação das referidas observações, com a mesma referencia.

Estas duas publicações facilitarão a consulta da nossa Theoria para o estudo parcial de qualquer incriminação e regras de applicação sobre a penalidade respectiva.

Não acompanharemos o novo Projecto de Cod. Pen. de relatório algum que sirva como de exposição de motivos; porque também a cada art. citaremos os logares da Theoria que lhe servem de fonte e de fundamento proximo.

INDICE

DA

THEORIA DO DIREITO PENAL

APPLICADA

AO

CODIGO PENAL PORTUGUEZ.

VOLUME I.

DEDICATORIA AO SR. D. PEDRO II,

IMPERADOR DO BRAZIL V a XI

DISCURSO PRELIMINAR.

CAPITULO 1.º—Theoria do direito

penal. XVI a XXIV

CAPITULO 2.º—Retrospecto sobre
o direito penal nos ultimos qua-
torze seculos das nações mo-
dernas. XXX a XLIV

CAPITULO 3.º—Retrospecto sobre
o direito penal portuguez até
á publicação do novo Cod.
—Fim da obra.—Conclusão XLV a LXV

RELATORIO DA COMMISSÃO, 30 de Setem-
bro de 1852. LXVII a LXX

RELATORIO E DECRETO DE PROMULGAÇÃO,
10 de Dezembro de 1852 LXXI a LXXV

LIVROS, TITULOS, CAPITULOS E SECÇÕES

DO

CODIGO PENAL

LIVRO I.

Disposições geraes.

TITULO I.—Dos crimes em geral, e dos
criminosos. 1 a 314

CAPITULO 1.º—Dos crimes. 1 a 94

TOL. III.

16

CAPITULO 2.º—Das circumstancias que
aggravam ou attenuam os crimes. . . 95 a 208

CAPITULO 3.º—Dos criminosos 209 a 314

VOLUME II.

TITULO II.—Das penas e de seus effeitos. 5 a 315

CAPITULO 1.º—Das penas. 5 a 207

CAPITULO 2.º—Dos effeitos das penas 208 a 315

VOLUME III.

TITULO III.—Da applicação e execução das penas 5 a 201

CAPITULO 1.º—Da applicação das penas em geral 5 a 48

CAPITULO 2.º—Da applicação das penas nos casos em que concorrem circumstancias aggravantes ou attenuantes 49 a 78

CAPITULO 3.º—Da applicação das penas nos casos de reincidencia e accumulção de crimes, complicitade e tentativa 79 a 114

CAPITULO 4.º—Da execução das penas. 115 a 201

TITULO IV.—Da responsabilidade civil e da extinctão dos crimes e penas. 202 a 296

CAPITULO 1.º—Da responsabilidade civil 202 a 238

CAPITULO 2.º—Da extinctão dos crimes e penas. 239 a 296

VOLUME IV.

INTRODUCCÃO CRITICA E SYNTHETICA ao Livro 2.º
do Cód. Pen. Port. V a XIX

LIVRO II.

Dos crimes em especial.

TITULO I.—Dos crimes contra a religião
do reino, e dos commettidos por abuso
das funcções religiosas..... 5 a 123

CAPITULO 1.º—Dos crimes contra a re-
ligião do reino..... 5 a 64

CAPITULO 2.º—Dos crimes commettidos
por abuso das funcções religiosas... 65 a 123

TITULO II.—Dos crimes contra a segu-
rança do Estado..... 124 a 350

CAPITULO 1.º—Dos crimes contra a se-
gurança exterior do Estado..... 124 a 209

CAPITULO 2.º—Dos crimes que offen-
dem os interesses do Estado, com
relação ás nações estrangeiras 210 a 274

CAPITULO 3.º—Dos crimes contra a se-
gurança interior do Estado..... 275 a 350

Secção 1.ª—Do attentado e offensas
contra o Rei e sua família 275 a 311

Secção 2.ª—Da rebelião 312 a 350

VOLUME V.

TITULO 3.º—Dos crimes contra a ordem
e tranquillidade publica..... 5 a 265

CAPITULO 1.º—Das reuniões crimino-
sas, sedição e assuada. 5 a 24

Secção 1.ª—Disposição geral..... 5 a 13

Secção 2.ª—Da sedição 14 a 20

Secção 3.ª—Da assuada..... 21 a 24

CAPITULO 2.º—Das injurias e violen-
cias contra as auctoridades publi-
cas, resistencia e desobediencia... 25 a 71

Secção 1.ª—Das injurias contra as
auctoridades publicas..... 25 a 33

<i>Secção 2.^a—Dos actos de violencia contra as auctoridades publicas.</i>	34 a 43
<i>Secção 3.^a—Da resistencia.</i>	44 a 52
<i>Secção 4.^a—Da desobediencia</i>	53 a 71
CAPITULO 3.^o—Da tirada e fugida de presos, e dos que não cumprem as suas condemnações	72 a 112
<i>Secção 1.^a—Da tirada e fugida de presos</i>	72 a 103
<i>Secção 2.^a—Dos que não cumprem as suas condemnações</i>	104 a 112
CAPITULO 4.^o—Dos que acolhem malfeitores	113 a 119
CAPITULO 5.^o—Dos crimes contra o exercicio dos direitos politicos	120 a 140
CAPITULO 6.^o—Das falsidades	141 a 287
<i>Secção 1.^a—Da falsidade da moeda</i>	141 a 172

<i>Secção 2.^a—Da falsificação dos escriptos</i>	173 a 222
<i>Secção 3.^a—Da falsificação dos sellos, cunhos e marcas</i>	223 a 237
<i>Secção 4.^a—Disposições communs ás secções antecedentes d'este cap.</i>	238 a 240
<i>Secção 5.^a—Dos nomes, trajos, empregos e titulos suppostos ou usurpados</i>	241 a 257
<i>Secção 6.^a—Do falso testemunho e outras falsas declarações perante a auctoridade publica</i>	258 a 287
CAPITULO 7.^o—Da violação das leis sobre inhumações, da violação dos tumulos, e dos crimes contra a sanidade publica	288 a 303
<i>Secção 1.^a—Da violação das leis sobre inhumações, e da violação dos tumulos</i>	288 a 293
<i>Secção 2.^a—Dos crimes contra a sanidade publica</i>	294 a 303

CAPITULO 8.º—Das armas, caças e pescarias defezas. 304 a 317

Secção 1.ª—Das armas prohibidas 304 a 308

Secção 2.ª—Das caças e pescarias defezas 309 a 317

CAPITULO 9.º—Dos vadios e mendigos, e das associações de malfeitores 318 a 353

Secção 1.ª—Dos vadios 318 a 334

Secção 2.ª—Dos mendigos 335 a 345

Secção 3.ª—Das associações de malfeitores 346 a 353

CAPITULO 10.º—Dos jogos, loterias, convenções illeitas sobre fundos publicos e abusos em casas de emprestimo sobre penhores. 354 a 400

Secção 1.ª—Dos jogos 377 a 389

Secção 2.ª—Das loterias 377 a 389

Secção 3.ª—Das convenções illeitas sobre fundos publicos. 390 a 396

Secção 4.ª—Dos abusos em casas de emprestimo sobre penhores. 397 a 400

VOLUME VI.

CAPITULO 11.º—Do monopolio e do contrabando. 5 a 40

Secção 1.ª—Do monopolio. 5 a 29

Secção 2.ª—Dos contrabandos e descaminhos 30 a 40

CAPITULO 12.º—Das associações illeitas 41 a 62

Secção 1.ª—Das associações illeitas por falta de auctorisação. 41 a 50

Secção 2.ª—Das associações secretas 51 a 62

CAPITULO 13.º—Dos crimes dos empregados publicos no exercicio de suas funcções. 63 a 265

<i>Secção 1.ª—Da prevaricação</i>	63 a 105
<i>Secção 2.ª—Dos abusos de auctoridade.</i>	106 a 145
<i>Secção 3.ª—Do excesso de poder e desobediencia.</i>	146 a 162
<i>Secção 4.ª—Da illegal anticipação, prolongação e abandono das funcções publicas.</i>	163 a 180
<i>Secção 5.ª—Do rompimento de sellos e descaminho de papeis guardados nos depositos publicos ou confiadados em rasão de emprego publico</i>	181 a 189
<i>Secção 6.ª—Do peculato e concussão</i>	190 a 220
<i>Secção 7.ª—Da peita, suborno e corrupção</i>	221 a 249
<i>Secção 8.ª—Disposições geraes</i>	250 a 265

TITULO 4.º—Dos crimes contra as pessoas 266 a 352

CAPITULO 1.º—Dos crimes contra a liberdade das pessoas.	266 a 294
---	-----------

<i>Secção 1.ª—Das violencias contra a liberdade</i>	266 a 277
<i>Secção 2.ª—Do carcere privado</i>	278 a 294
CAPITULO 2.º—Dos crimes contra o estado civil das pessoas.	295 a 352
<i>Secção 1.ª—Da usurpação do estado civil e matrimonios suppostos e illegaes</i>	295 a 309
<i>Secção 2.ª—Dos partos suppostos</i>	310 a 318
<i>Secção 3.ª—Da subtracção e occultação de menores.</i>	319 a 328
<i>Secção 4.ª—Da exposição e abandono dos infantes.</i>	329 a 352

VOLUME VII.

CAPITULO 3.º—Dos crimes contra a segurança das pessoas.	5 a 209
---	---------

<i>Secção 1.ª—Do homicidio voluntario simples e aggravado, e do envenenamento</i>	4 a 53
---	--------

<i>Secção 2.^a—Do homicidio voluntario aggravado pela qualidade das pessoas</i>	54 a 78
<i>Secção 3.^a—Do aborto</i>	79 a 87
<i>Secção 4.^a—Dos ferimentos, contusões e outras offensas corporaes voluntarias</i>	88 a 123
<i>Secção 5.^a—Do homicidio, ferimentos e outras offensas corporaes involuntarias</i>	124 a 129
<i>Secção 6.^a—Das causas de attenuação nos crimes de homicidio voluntario, ferimentos e outras offensas corporaes</i>	130 a 150
<i>Secção 7.^a—Do homicidio, ferimentos e outros actos de violencia que não são qualificados crimes</i>	151 a 154
<i>Secção 8.^a—Das ameaças e introdução na casa alheia</i>	155 a 164
<i>Secção 9.^a—Do duello</i>	165 a 207

<i>Secção 10.^a—Disposição commum ás secções d'este capitulo</i>	208 a 209
CAPITULO 4.^o—Dos crimes contra a honestidade	210 a 307
<i>Secção 1.^a—Do ultraje publico ao pudor</i>	210 a 213
<i>Secção 2.^a—Do attentado ao pudor, estupro voluntario e violação</i>	214 a 263
<i>Secção 3.^a—Do adulterio</i>	264 a 292
<i>Secção 4.^a—Do lenocinio</i>	293 a 307
CAPITULO 5.^o—Dos crimes contra a honra, diffamação, calumnia e injuria	308 a 371

VOLUME VIII.

TITULO V.—Dos crimes contra a propriedade	5 a 218
CAPITULO 1.^o—Do furto, do roubo e da usurpação de coisa immovel	5 a 116

<i>Secção 1.ª—Do furto</i>	5 a 60
<i>Secção 2.ª—Do roubo</i>	61 a 101
<i>Secção 3.ª—Da usurpação de cousa imovel e arrancamento de mar- cos</i>	103 a 108
CAPITULO 2.º—Das quebras, burlas e outras defraudações	109 a 173
<i>Secção 1.ª—Das quebras</i>	109 a 121
<i>Secção 2.ª—Das burlas</i>	122 a 138
<i>Secção 3.ª—Dos abusos de confian- ça, simulações e outras especies de fraude</i>	139 a 173
CAPITULO 3.º—Dos que abrem cartas alheias ou papeis, e da revelação dos segredos	174 a 178
CAPITULO 4.º—Dos receptadores, en- cobridores, e dos que se aproveitam dos effeitos do crime	179 a 183
CAPITULO 5.º—Do incendio e damnos	184 a 216

<i>Secção 1.ª—Do fogo posto</i>	184 a 197
<i>Secção 2.ª—Dos damnos</i>	198 a 214
<i>Secção 3.ª—Do incendio e damnos causados com violação dos regu- lamentos</i>	215 a 216
TITULO VI.—Da provocação publica ao crime	217 a 218
TITULO VII.—Das contravenções de poli- cia	219 a 228
CONCLUSÃO E DECLARAÇÕES	229 a 237