

Divisão dos factos puniveis

No Direito Romano o crime dividia-se em *delicta publica*, comprehendidos nesta classe os factos que offendiam o interesse geral e dâvam margem á intervenção, em juizo, de qualquer particular; e *delicta privata*, ou as infracções que, por serem de interesse meramente individual, só auctorizavam o procedimento do offendido por meio de um processo civil.

Outras divisões ainda se encontram n'aquelle repositório inexgotavel do saber juridico.

Limitar-me-hei a tornar salientes as duas seguintes:—em *delicta communia e propria*, nos primeiros podendo incorrer todos os cidadãos, nos segundos somente os que se achavam investidos de certas funcções publicas;—em *delicta ordinaria*, previstos por uma *lex*, e *extraordinaria*, punidos simplesmente pelo uso, ou segundo o criterio do juiz.

No Direito Canonico os factos delictuosos dividiam-se, por sua vez, em *delictum ecclesiasticum, sæculare, aut mixtum*, conforme pertenciam á competencia do juizo secular, *verbi gratia*,—o de morte,—á do ecclesiastico, como, por exemplo, a heresia, o scisma,—ou a ambos, como o perjurio, sortilegio, incesto, concubinato e outros. (Berner.)

No periodo medieval os crimes dividiam-se em—*causæ majores et causæ minores*;—os primeiros auctorizando penas criminaes no pescoço e na mão, os segundos infligindo castigos civis na *pelle* e no *cabello*.

Devido á influencia dos secretários de Julius Clarus, e notadamente Carpsow, as acções puniveis dividiram-se no velho direito saxonio, desde o seculo XVII, em *delicta levia, atrociasive atrociora et atrocissima*. (Von Liszt.)

Modernamente as divisões são em muito maior numero.

Carrara distingue os crimes em naturaes e sociaes, comprehendendo na classe dos primeiros os factos violadores de um direito que existiria independente da sociedade civil, como o direito á vida e á integridade pessoal; e na ordem dos segundos os que offendem um direito universal, e, indirectamente, o individuo.

Entretanto, os chamados direitos naturaes, tanto podem estar incluídos no patrimonio juridico dos individuos quanto no da sociedade, porque, « sendo esta uma exigencia natural da vida humana, é um erro acreditar que o direito lhe seja anterior e possa existir sem ella. »

Outra divisão que, alem de ter suas raizes no direito romano, gosa de grande importancia no ponto de vista processual, é em *direitos*

publicos e privados. Foi esse erroneo modo de caracterizar os factos puniveis que auctorizou a dualidade da acção no processo penal moderno, segundo o crime é da competencia do ministerio publico ou cabe somente ao individuo offendido.

As acções puniveis tambem se dividem em delictos de acção e delictos de omissão, ou *commissivos*, que consistem na pratica de um acto legalmente prohibido, e *omissivos*, resultantes do facto do individuo deixar de agir nos casos impostos por lei; em *ordinarios* e *extraordinarios*, conforme a punição é determinada pelo direito commum ou por leis especiaes, oriundas de perturbações da ordem social carecedoras de immediata e rigorosa repressão; em *instantaneos, successivos e continuados*, segundo derivam de um acto unico, de uma só deliberação criminosa dando em resultado varios factos puniveis, como, *verbi gratia*, a bigamia, ou são resultantes de varias deliberações delictuosas, fundidas em um só intento e tendo por fim a violação do mesmo direito, como, por exemplo, o caso de um caixeiro que furta em occasiões diversas sommas depositadas no cofre do patrão; em *simples* e *complexos*, conforme se trata de um ou mais direitos violados, tornando-se preciso, nesta hypothese, que o fim seja unico e exista o nexos de causalidade entre diversos factos puniveis; em *simples* e *qualificados*, se dependem apenas de dois elementos essenciaes—o subjectivo e o physico, ou se reúnem circumstancias que tornam mais graves as alterações da ordem legal; em delictos *formaes*, se a acção é sufficiente para violar a lei, ainda que o fim criminoso

não tenha sido alcançado, como o crime de falso, e *materiaes*, se para serem consummados dependem da realização do acontecimento danoso, como no caso do homicídio; em *delictos de facto permanente*, se os efeitos anti-jurídicos permanecem, exemplo, a bigamia, e de *facto transeunte*, se não deixam vestígios, como na hypothese da injúria. (Puglia.)

Existe, porém uma divisão mais ruidosa do que as supramencionadas, e em torno da qual se ouve a crepitação característica de um fogo de palha.

Sob este ponto de vista, que constitue principalmente o objectivo d'este estudo, tres são os systemas dos codigos:—o da unidade, reconhecendo apenas uma classe de infracções da lei penal, e de que nos pode fornecer exemplos o nosso de 1830:—«não ha crime ou delicto (palavras synonymas n'este codigo) sem uma lei anterior que o qualifique»; o da bipartição, que divide os factos puniveis em crimes e contravenções, conforme se vê no codigo hollandez, no italiano e no brasileiro de 1890; e o da tripartição, que os divide em tres ordens distinctas—a dos crimes, a dos delictos e a das contravenções, trichotomia de que o art. 1.º do codigo penal francez representa o typo classico.

* * *

Estudemos cada uma d'essas classes, e, como a posição dos factores não altera o resultado, comecemos pela tripartição que é a primeira na ordem chronologica.

Não é preciso grande esforço para verificar que a divisão trichotomica do codigo francez se originou do antigo criterio penalistico do velho direito saxonio.

Aos *delicta levia, atrocia sive atrociora et atrocissima* correspondem perfeitamente os *crimes, delictos* e *contravenções* do Codigo francez, por uma natural corrente das forças hereditarias nas leis, sem que seja accetavel o humorismo de Tobias Barretto, descobrindo na divisão tripartida o séstro tradicional dos legisladores a forçarem o seu assumpto até que lhes apresente tres faces.

Em verdade, a mania das *visões trinitarias* a que se referiu o Mestre, a ponto de procurar exemplos no *jus publicum* dos Romanos, consistente *in sacris, sacerdotibus et magistratibus*, não tem que ver no caso.

O legislador francez não quiz se preoccupar com a essencia do crime, a natureza intrinseca do facto, e fez a classificação decorrer de uma circumstancia accidental, de causas extrinsecas que independem dos motivos psicologicos. Não fôra outro o pensamento de Carpsow dizendo: *ex qualitate pœnœ, quœ pro delicto imponitur, qualitas et quantitas delicti cognoscitur*. Sem carecer, portanto de ir procurar as causas das *visões trinitarias*, podemos descobrir as raizes da trichotomia do Codigo francez no citado conceito de Carpsow e na velha divisão do direito saxonio, o que, aliás, o proprio Tobias Barretto reconheceu linhas adiante.

Como quer que seja, o art. 1.º do Codigo francez tem sido, no seu periodo quasi secular de vida, alvo de criticas acerbas e tambem de elogios escancarados.

Para os seus desaffectedos é arbitrario e extravagante, porque, pondo o effeito antes da causa, contraria os preceitos da logica. Para os seus thuriferarios é um modelo de sabedoria, porque se funda na utilidade, fixando de antemão a competencia dos tribunaes chamados a conhecer das acções infringentes da lei penal. Deixando de parte o incenso de uns e os odios de outros, estudemos o decantado artigo no seu triplice aspecto.

Sabe-se que para elle a contravenção é o facto punivel com as leis de policia, o delicto é a infracção reprimida por meio de penas correccionaes, e o crime é o attentado que as leis punem com o emprego de uma pena afflictiva ou infamante.

Temos, pois, antes de tudo, os factos infringentes da lei penal dispostos n'uma categoria que, incontestavelmente, possui a virtude de ser clara.

E foi isso com certeza o que seduziu o espirito de criminalistas e legisladores em quasi todo o seculo passado. Assim, adoptaram a trichotomia penal franceza diversos codigos europeus, como o napolitano de 1819, o albertino de 1839, o sardo, o belga de 1867, o prussiano, o allemão vigente.

Entretanto, desde longa data, o cõro de elogios foi interrompido pelas censuras de espiritos rebeldes á opinião generalizada. Rossi, com o peso da auctoridade que teve no seu tempo, achando a divisão absurda por ser tirada do facto material e arbitrario da pena, disse: « Existe alli um tal desprezo pela especie humana, uma tal pretensão ao despotismo, mesmo no ponto de vista da moral, que se

poderia, sem exaggero, julgar do espirito de todo codigo pela simples leitura do art. 1.º».

Aos adversarios parecia incongruente o criterio do legislador, fazendo a classificaçao do facto punivel derivar da gravidade da pena, em vez de ser o caracter da infracçao que determinasse a brandura ou o rigor da medida punitiva.

Nem tanto á terra nem tanto ao mar : nem a trichotomia foi a ultima palavra do bom senso penal, nem foi tambem esse monstro que se afigurou a Rossi e a seus epigonos. Se teve defeitos, tornados salientes hoje, obedeceu ao conjunto de circunstancias locais, a esse poder intangivel que é o espirito do tempo, ao impulso de organizaçao que se fez senhor n'aquelle periodo aureo do recrutamento de forças dispersas.

Antes da Revoluçao fôra uma triste realidade a phrase de Voltaire : «quando se viaja em França muda-se de leis, quanto se muda de cavallos».

Cidades e villas tinham as suas regras, os seus preceitos legais, adulterados mais ou menos segundo o capricho dos interpretes, acervo incomprehensivel de maximas, umas escriptas, outras enraizadas na praxe, fazendo da França uma «especie de taboleiro de xadrez, onde costumes diferentes, usos locais, ordenanças geraes ou particulares, dominavam de accordo com antiquadas regras que espiritos eminentes sentiam difficuldades em seguir e comprehender». (G. Rousset).

D'ahi Portalis ter dito que o regimen legal da sua patria n'aquelle tempo fazia da sciencia

do Direito—«um dedalo mysterioso de que o fio escapava a todo instante.»

Ao espirito genial do grande capitão que se assenhoreou da França no inicio do seculo XIX, não poderia ter passado despercebido o estado chaotico das leis no seu paiz.

Foi assim que, na sua proclamação de 21 *messidor*, Bonaparte prometteu um codigo civil que, «amadurecido pela sabia lentidão dos debates, protegesse as propriedades e os direitos de todos.» Verdade é que esse esforço em favor da unidade legislativa havia sido tentado por outros anteriormente, inclusive os legisladores da Assembléa Nacional, mas sem exito, e só ao 1.º consul, depois Imperador, coube a gloria immorredoura da codificação. Successivamente, sob sua inspecção immediata, foram discutidos e promulgados, em 7 annos, de 1804 a 1810, o Codigo Civil e o do processo respectivo, o do Commercio, o da Instrucção Criminal, e, por fim, o Codigo Penal. O pensamento do legislador n'aquelle periodo de ressurreição, o seu ponto de mira foi, alem de réalizar a unidade legislativa, estabelecer as bases da competencia, accentual-a positivamente, dar-lhe o vigor de que se precisava munir no intuito de apagar os ultimos vestigios da balburdia reinante. Por isso, sem duvida, o Codigo Penal veio dois annos depois do que colligira as regras do processo respectivo.

A tripartição dos factos puniveis teve por base tres ordens de tribunaes correlativos: os de simples policia para o julgamento das contravenções, os correcionaes encarregados de conhecer dos delictos, e as côrtes de assises incumbidas privativamente da repressão dos crimes.

Era, como se vê, uma engrenagem nova, que se accommodava perfeitamente á distribuição da justiça. E n'este ponto não tenho duvida em concordar com a opinião de Tobias Barretto quando, a proposito da trichotomia do codigo francez diz:—«Com effeito, se o crime é uma obra da lei, no sentido de não julgar-se tal senão o facto que a lei de antemão assim qualifica, ameaçando-o com penas, não ha melhor criterio de distincção entre os factos criminosos do que o *quantum* e o *quale* da punição cominada.»

De facto. Se, antes da adopção nos codigos, nucleos de factos immoraes, eivados de suspeição para as consciencias de *elite*, gosam da impunidade; se é preciso que a lei previamente os considere criminosos afim de que possam soffrer o freio da repressão, é claro que ao legislador cabe tambem o direito e o dever de os enquadrar na categoria propria ou na respectiva ordem hierarchica.

A classificação do codigo francez não é, pois um facto aberrante dos principios vencedores na escola classica, como se afigurou a muitos dos seus adversarios.

* * *

Não possuindo nós o acervo de leis e costumes locais da França, nem os seus privilegios anteriores á Revolução, facil foi ao legislador de 1830 destacar-se da corrente dominante nos codigos contemporaneos.

« Não ha crime ou delicto (palavras syno-

nymas n'este código) sem uma lei anterior que o qualifique, » dizia, na sua linguagem concisa, o Código Criminal do Imperio.

Adoptou o systema simples da unidade na enumeração dos factos puniveis, empregando ora um ora outro dos vocabulos a seu juizo considerados synonymos.

Foi talvez por amor ás virtudes da clareza que elle assim se decidiu, confiando ao futuro código do processo o cuidado de assentar methodicamente as regras da competencia jurisdiccional.

E, note-se bem, a trichotomia do código francez nem sequer mereceu as honras de figurar n'um dos dois projectos primitivos para que, ao menos, fossem apuradas as suas vantagens no correr dos debates.

O projecto de Bernardo de Vasconcellos, em 1.º lugar, admittia no art. 1.º a synonymia; o de Clemente Pereira dizia no art. 2.º: « as infracções que as leis punem com penas correccionaes são contravenções e não crimes. »

Um adoptava o systema da unidade, o outro o da bipartição.

A commissão da Camara, nomeada para estudar os dois projectos, escolhendo por norma o primeiro, acceitou a synonymia, addicionando-lhe apenas a clausula da não retroactividade.

Mantendo em mais de um lance as vistas largas de Bentham, de quem o código veio a ser um filho espiritual, o legislador julgou talvez ocioso perder tempo com uma subtileza que não constituiria objecto das locubrações do seu guia e mestre.

A linha de conducta, porem, nem sempre foi conservada.

A mim parece que a preocupação de simplicidade prejudicou a sua clareza em mais de um ponto. Foi assim que elle não destacou com precisão os contornos do dolo, deixando, por outro lado, fóra do seu plano toda serie de crimes culposos que só encontraram a devida classificação na reforma judiciaria de 1871.

Não deu tambem a feição juridico-penal das contravenções, embora as tivesse considerado nas linhas geraes da synonymia do art. 1.º

Poderia ter procedido, como fez muitos annos depois, o Codigo de Zurich :

« A presente lei é applicavel somente aos crimes, excluidas as transgressões de policia.»

Não o tendo feito, viu-se na contingencia de quebrar os moldes da unidade, dividindo as acções puniveis em *publicas, particulares e policiaes*.

Não é que eu concorde com a critica de Foucher ao Codigo do Imperio, fazendo notar que a synonymia só seria aceitavel se a mesma jurisdicção fosse encarregada de conhecer das infracções de todo genero, de qualquer especie e gravidade.

Parecendo-me inconsequente a nota do critico francez, não me preocupo com ella. O que eu julgo merecedor de reparo é a irregularidade de fugir da trichotomia por lhe parecer provavelmente questão propria do codigo processual, e cahir nas malhas de uma divisão tripartida «cujos membros não representam categorias juridicas, nem mesmo formaes, do crime e da pena.»

E a este respeito Tobias Barretto disse judiciosamente: « Que é um *crime publico*? Em

face do nosso código a resposta só pôde ser tautologica e banal; porquanto não ha outra senão esta: é aquelle que se acha mencionado sobre a rubrica dos *crimes publicos*, ou que está comprehendido entre os artigos 67 e 178 do mesmo código. Nada mais futil, nem que mais produza a impressão da puerilidade. »

Uma cousa, porem, salta aos olhos, é que o legislador reconheceu a necessidade de estabelecer categorias no systema de unidade.

E foi isto o que elle não soube fazer com o verdadeiro methodo.

Não foram traçados os pontos differencias das infracções ou a quota parte da sua criminalidade, em regras positivas, que deixassem a descoberto os contornos de cada grupo. O que eu supponho arbitrario é crear a classe dos crimes policiaes, sem lhes tornar salientes as linhas divisorias.

A divisão podia existir desde que o criterio das acções puniveis em cada grupo fosse previamente fixado em normas que assentassem sobre uma classificação scientifica, segundo as circumstancias do facto.

Seria a ordem hierarchica que não é incompativel com a unidade: seriam ramos de uma arvore vivendo da seiva de uma raiz unica.

As disposições concernentes aos vadios e mendigos, ás armas defesas, ao uso de nomes suppostos ou titulos indevidos, incontestavelmente se referem aos factos incluídos na categoria dos *crimes policiaes*, e, no emtanto, o legislador de 1830, não lhes tendo reconhecido um criterio psychologico que os tornasse confundiveis com outras infracções, bem poderia

ter-se abtido de fazer distincções casuisticas e ephemeras.

Não censuro o seu systema, julgo somente que elle não soube se manter nas raias da coherencia.

* * *

O codigo de 1890, esse producto teratologico da ingerencia de ministros forasteiros em assumptos de que não entendem, abandonou a rota do seu antecessor, adoptando a bipartição ou dividindo os factos puniveis em duas categorias :—crimes e contravenções.

Seguiu, ao que parece, o vigente Codigo Penal da Italia, que, além do exemplo da legislação toscana, se inspirou no Codigo da Hollanda, na opinião dos competentes digno de ser tomado por norma.

Ganhámos com a mudança de systema ? Em principio não ha duvida que se afigura preferivel a bipartição por ser mais synthetica do que a trichotomia franceza e mais ampliativa do que o conceito da unidade.

Na sua relação ministerial, dizia Zanardelli ao parlamento italiano : « são delictos aquelles factos que occasionam uma lesão juridica, e contravenções os que, apesar de poderem ser em si mesmos innocuos, ameaçam a tranquillidade publica e os direitos individuaes. »

E', em outros termos, o mesmo que a proposito das contravenções dizia Carmignani : —« Accções não oppostas ao direito natural e aos principios da Ethica Universal, e por isso em si mesmo indifferentes ; entretanto conside-

radas contrarias áquillo que as leis para maior garantia da sociedade ordenam ou vedam. »

De modo harmonico, diz um criminalista moderno, estão ahi comprehendidos os dois caracteres especificos das contravenções :—«o character subjectivo que nos lembra a maxima do Direito Romano, a dos crimes—*quædam natura turpia sunt, quædam civiliter et quasi more civitatis*;—e o character objectivo, isto é, que nos delictos é atacado um direito concreto (lesão real ou potencial), emquanto nas contravenções não se verifica o ataque, e apenas se prevê a possibilidade de um perigo eventual e mediato. » Os exemplos esclarecem as regras e, por isto, segundo a opinião dos criminalistas citados, é util dizer que *matar alguém*, na linguagem deselegante do codigo, é crime, porque no caso é directamente lesado o direito á vida, de modo real; emquanto o uso de armas defensivas sem licença da auctoridade policial, comprehendido no art. 377, é considerado contravenção, porque apenas faz surgir o receio de um perigo indeterminado.

Foi esse modo de ver que serviu de criterio ao nosso legislador, quando no vasconço dos arts. 7.º e 8.º disse: 1.º Crime é a violação imputavel e culposa da lei penal; 2.º contravenção é o facto voluntario punivel que consiste unicamente na violação, ou na falta de observancia das disposições preventivas das leis e dos regulamentos.

No 1.º dos arts. citados, não resistindo ao desejo de definir o crime, abandonou o conselho cauteloso do velho brocardo: *omnis definitio juris periculosa*—e esqueceu que o seu guia e mestre—o codigo italiano—se limitou a

dar o conceito generico do crime nos termos :
«*nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente prevaduto come reato dalla lege, né compene che non siano da essa stabilite*».

Deixou de lado a definição do código de 1830 e atirou-se ás aventuras do conceito firmado nos adjectivos *imputavel* e *culposa*, dos quaes infelizmente não posso dizer como o poeta—*entre les deux mon cœur balance*.

E não posso dizer, porque o termo *imputavel*, tanto deve ser exigido, segundo o proprio código, nos crimes como nas contravenções, e ainda mais por entender que o conceito da culpa ou já está comprehendido nos limites da imputabilidade ou refere-se apenas aos crimes commettidos por negligencia, impericia etc., e n'este caso é um entrave n'um dispositivo em que deveria, antes de tudo, occupar a attenção do legislador o elemento principal do crime, que é o dolo.

Mil vezes o § 1.º do art. 2.º do velho código que na sua concisão lapidar se limitava a dizer do facto punivel: «*E' toda a acção ou omissão voluntaria contraria á lei penal*».

E' que o legislador de 1890 preferiu á louça de casa as *japonneries* do código portuguez, de onde copiou o art. 3.º com excepção das palavras—*independente de toda intenção malefica*, que alli servem para completar o conceito da contravenção.

Do meticuloso esforço empregado na confecção dos arts. 7.º e 8.º a ponto de apropriar-se do alheio, resalta o desejo do nosso legislador penal em não confundir os dous typos de factos puniveis, ou em tornar bem salientes

as balisas que os separam. Parece fora de duvida, portanto, que, se na algaravia do art. 7.º, se faz cabedal do criminoso designio, da má intenção, na lenga-lenga do art. 8.º, ao contrario, o que se exige é *unicamente* a falta de observancia ás leis e regulamentos.

Entretanto, essas barreiras dos elementos constitutivos dos factos puniveis desaparecem em mais de um ponto na parte especial do codigo, verificando-se por vezes a incursão de uns no terreno murado de outros.

Referindo-se aos crimes contra a boa ordem e administração—malversações, abusos e omissões dos funcionarios publicos—o codigo include a falta de exacção no cumprimento do dever, facto que requer somente frouxidão, indolencia, impericia e outros caracteristicos dos crimes culposos. Ora, salta aos olhos que os crimes d'esse jaez consistem unicamente na inobservancia das leis, sem o appendice de má intenção ou do designio criminoso. Têm litteralmente o conceito das contravenções exigido no art. 8.º, e, no emtanto, figuram na categoria dos factos que produzem «violação imputavel e culposa da lei penal.»

Por outro lado encontramos, na classe das contravenções, factos em que o dolo se patentea, ás claras, em que o caracteristico penal não consiste simplesmente no elemento *unico* da violação de leis preventivas, como, *verbi gratia*, no caso do art. 365: « Profanar cadaveres, praticar sobre elles, antes ou depois da inhumação, qualquer desacato tendente a quebrantar o respeito devido aos mortos ; violar ou conspurcar as sepulturas. » A' parte a fealdade da construcção vernacula, onde, entre outras cousas,

topamos quasi em *cadaveres mortos*, dizer que na hypothese do art. citado existe apenas a voluntaria falta de observancia de leis e regulamentos, sem intenção malefica, é dizer uma tolice.

E não foi só em relação ao elemento psychologico e material dos crimes e contravenções que o Codigo esqueceu os limites traçados nos art. 7.º e 8.º

O mesmo fez no tocante á natureza e gravidade das penas.

Foi assim que, tratando do roubo, impoz no art. 361 aos que fabricarem gazuas, chaves, instrumentos eapparelhos para roubar, guardando-os ou trazendo-os comsigo, de dia ou de noite, a pena de prisão celllular por seis mezes a tres annos; ao passo que, referindo-se, sob a rubrica das contravenções em especie, aos que fizerem uso de meios fraudulentos para assegurar a sorte do jogo ou o ganho na aposta, os pune com a pena de prisão celllular por um a quatro annos.

Melhor teria procedido se, não podendo manter rigorosamente os limites dos crimes e contravenções, se houvesse contentado com a simples divisão do art. 2.º evitando assim, os inconvenientes de uma definição que não poude abranger todo o definido e não attingiu os seus fins.

*
**

A divisão tripartida vae sendo posta a um canto pela generalidade dos escriptores e pelos codigos mais modernos.

En su lugar, diz o criminalista hespanhol Dorado, se ofrece la biparticion em delictos y contravenciones, considerando que no es, como la triparticion, artificiosa sino antes bien perfectamente cientifica y racional. Podrá todavia reconõcerse la utilidad practica de la triparticion, pero es casi unanime la idea de que solo la biparticion responde a la naturaleza de las cosas.

O ultimo codigo que adoptou o systema da trichotomia foi o allemão, que considera *verbrechen* (crimes), os factos puniveis com a pena de morte, casa de força ou fortaleza, alem de cinco annos: *vergehen* (delictos) as infracções punidas com prisão, não excedente de cinco annos, em fortaleza, em carcere, ou com multa superior a 150 marcos; *uebertretungen* (contravenções) contra as quaes commina pena de detenção ou multa inferior a 150 marcos.

Entretanto, em relação ás contravenções e ao logar que lhes cabe não se mostram uniformes os codigos. Tres são os grupos em que elles se dividem: os que as excluem absolutamente do seu mechanismo,—embora as reconheçam na ordem juridica; os que fundindo-as com os crimes lhes dão, no emtanto, penas especiaes; e os que têm a seu respeito noção clara e completa.

No 1.º grupo B. Alimena distingue tres *aspectos*:

O 1.ª é assignalado pelos codigos que, não referindo-se propriamente ás contravenções exaradas em leis especiaes, as comprehendem, todavia, por excepção, na categoria dos delictos, podendo servir de exemplo os da Dinamarca, Suecia e Noruega.

A este grupo pertencem o direito inglez, o canadense e norte americano. *Basta dire*, constata o operoso Alimena, *chè il codice di New York, sotto la nozione generica de crimes, comprehende anche i matrattamenti contre gli animali.*

O 2.º é assignalado pelos codigos que falam das contravenções, mas simplesmente para determinar-lhes o logar que lhes é reservado nas leis de policia, como se pode verificar nos de Grizões, Argovia, Lucerna e Obwalden.

Em 3.º logar figuram os que tratam das contravenções em leis especiaes ou em Codigos á parte, e de que nos fornecem exemplos os de Thurgovia, Waadt, Zug e Zurich ou os da Hungria e dos Cantões de Shiaffuza e Baziléa.

Como se vê, os codigos estão longe de aceitar sem discrepancia as idéas vencedoras na doutrina a respeito das contravenções.

A escola positivista, no emtanto, não admite que entre delicto e contravenção haja essa differença absoluta e substancial que, entre outros, reconhecem Zanardelli, Lucchini e o proprio Alimena.

Segundo Ferri, ambos são acções anti-sociaes e anti-juridicas, não existindo entre um e outro senão uma differença de gráo e fórma.

Não é exacto que o delicto produza invariavelmente uma lesão de direito, directa e immediata, e seja portador constante da malvadez intencional, ao mesmo tempo que a contravenção nunca se apresente com os elementos essenciaes do dolo.

Ha delictos involuntarios, como existem contravenções dolosas.

Não é também exacto que os crimes sejam sempre mais perigosos do que as contravenções, porque a experiencia nos demonstra que na categoria d'estas se encontram factos bem mais graves (como por exemplo, sobre caminhos de ferro) do que alguns delictos minusculos, *verbi gratia*, os pequenos furtos campestres. (Ferri.)

Sendo assim, não existem poderosos motivos scientificos que auctorizem a separação radical, por sua essencia, dos factos puniveis, collocando-os em duas categorias irreductiveis. E, sob este ponto de vista, afigura-se-nos tão inaceitavel a doutrina da bipartição posta em voga pelo Codigo Hollandez, quanto a trichotomia franceza.

Em que, *substancialmente*, se differencia uma contravenção de um delicto, pergunta o citado professor de Salamanca?

Qual a razão, accrescenta elle, por que um facto punivel ha de ser *sempre* delicto, *sem poder deixar de o ser*, enquanto outro deve ser *em todo caso* considerado contravenção? Eu não vejo a característica indefectivel de um e outro, nem creio que exista, responde o distincto criminalista.

E de facto. Desfibremos um a um os varios criterios de distincção que têm procurado estabelecer entre as duas ordens de factos puniveis, e ser-nos-ha facil provar que, não correspondendo á realidade das cousas, nenhum satisfaz.

Os delictos são factos *dolosos*, dizem, ou praticados com o designio criminoso, ao passo que as contravenções consistem unicamente na violação ou na falta de observancia das dispo-

sições preventivas das leis e dos regulamentos. E' falso o conceito, porque não só existem delictos meramente culposos, de que nos podem fornecer exemplos os praticados nos termos largos do art. 21 do nosso código, como existem contravenções em que a indole dolosa não pode ser desconhecida, conforme é dado ver no caso do art. 372: *usar de violencia para constringer a alguém a jogar ou manter o jogo.*

Igualmente se pode responder aos que assestam a distincção na indole dos delictos—*intrinsecamente malos ô immorales*, ao passo que as contravenções, sendo *indifferentes* do ponto de vista moral, o legislador crê, em todo caso, de bom alvitre reprimil-as.

Ora, não é possível considerar pelo primeiro prisma os crimes em defeza dos escrupulos de honra, ou mesmo de simples susceptibilidades do caracter; do mesmo modo que se não pode, por exemplo, ver com *indifferença a damnificação de mausoléos, lousas, inscripções e emblemas funerarios.*

« *Que no existe differencia essencial entre delictos e contravenciones, sino una differencia facticia, lo demonstra este doble hecho: por um lado, la posibilidad de que un legislador haga pasar actos que figuran en el libro de las contravenciones al de los delictos, ô, al contrario, segun está ocurriendo con suma frecuencia; por otro, el ensanchamiento incessante que en las legislaciones observamos de la esfera de las primeras á expensas de la esfera de los segundos (Dorado).*

Em summa, segundo o parecer do illustre professor de Salamanca, entre contraven-

ções e delictos existe apenas uma differença *quantitativa* e não *qualitativa*. E', em outros termos, a opinião de *Ferri*, quando accentua que a distincção entre as duas ordens de factos puniveis se reduz a uma questão de *forma e grão*.

*
**

Por tudo isso penso que o assumpto carece de importancia, e tem feito grande ruido por ser proprio dos antigos processos de escolasticos levantar a poeira da erudição a proposito de todas as nugas estereis, e arvorar-as em pontos de doutrina.

E foi pensando assim que *Enrico Ferri* disse no parlamento ao discutir-se o actual Código Penal da Italia :— «Falando francamente, tal questão, se tiver um certo valor no sentido da eurythmia architectonica do Código, não tem, crêde-o, importancia alguma para defeza dos honestos contra os delinquentes.»

E' a minha opinião. Será uma questão de ponto de vista da arte nas linhas architecturaes do Portico.

Se uns preferem as columnas jonicas ás doricas, o systema de ogivas ao da Renascença, uma capella-mór do tempo do Sr. D. João V a um portal do seculo XVI, cantarias de estylo romano ao marmore pentelico do Parthenon, outros preferem, no portico dos codigos penaes, o systema da *trichotomia*, habilmente disposto, ao *estylo* singelo da unidade.

Simples questão de esthetica.

Quanto a mim entendo, que, dentro da

unidade dos factos puniveis, despresada talvez por deselegante na apparencia, pode-se encontrar perfeita solução á controversia.

A differença hierarchica que não é absolutamente incompativel com o systema, precisa basear-se na pena imposta, depois de apurada criteriosamente a gradação dos intuitos criminosos. No systema de repressão devem ser de antemão traçados os limites.

Todos os actos que revelem perigo para a ordem social ou, segundo a expressão de *Ferri*, « são determinados por motivos individuaes e antisociaes que rompem as condições de existencia e offendem a moralidade media de um povo n'um momento dado », precisam ser submettidos, conforme a sua intensidade, a um systema de repressão adequado.

A escola positivista, ao mesmo tempo que faz applicação do methodo experimental ao estudo dos delictos e das penas, levando ao recinto murado da technologia juridica o sopro vivificante das novas inducções, representa, por outro lado, uma nova phase na evolução da sciencia social.

Isto quer dizer que é preciso alterar profundamente o mechanismo da repressão.

A fallencia geral dos systemas de penas em vigor ou o resultado negativo de sua applicação diz bem alto que é necessario desmontar o velho apparatus e dar-lhe uma nova organização:

Desde a revolução franceza tem sido feita uma deslocação de factos puniveis do dominio dos crimes para o das contravenções e vice-versa.

Factos considerados com o maximo rigor

no antigo regimen, passaram a ser vistos por outro prisma nos modernos codigos, isto é, perdendo o caracter de delictos tornaram-se simples transgressões da lei penal ou mesmo deixaram de merecer as honras da referencia.

Por outro lado, simples transgressões penaes e até mesmo factos considerados innocuos entraram para o nucleo dos crimes.

A differença, portanto, deve principalmente repousar na ordem das penas applicadas, evitando-se o mais possivel a prisão, sempre que o facto delictuoso não indicar o residuo de perversidade latente no animo do transgressor.

N'estas condições, quer me parecer que a controversia dos criminalistas será em pura perda de palavras e de tempo, emquanto se não fizer a reforma do systema penal que, em face dos progressos da criminologia, é um anachronismo.

Para esse ponto é que devem convergir as observações dos legisladores e penalistas.

Quando a acção proficua e simultanea de uns e outros houver conseguido systematizar o regimen das penas, alargando a esphera dos meios preventivos; quando, na variedade de suas formas, a pena obedecer á classificação anthropologica dos delinquentes, com suas taras organicas e psychicas, hereditarias e adquiridas, de preferencia ao delicto, que deve ser punido de accordo com aquelle criterio, a these ruidosa da divisão dos factos puniveis terá de todo perdido os seus encantos fallaciosos.

PHAELANTE DA CAMARA.