

A PROPÓSITO DE ALGUNS CASOS DE SUPOSTAS
INCONGRUÊNCIAS DA LEI

Discurso proferido pelo Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal
de Justiça, Dr. José Joaquim Coimbra, na sessão de abertura
do ano judicial de 1945 (1)

Senhor Ministro

Excelência:

Sr. Presidente do Supremo Tribunal de Justiça:

Meus Senhores:

EM cumprimento de determinações superiores, que sob a generosa forma de honroso convite me foram transmitidas, algumas considerações terei de fazer nesta sessão inaugural, as quais, para se não tornarem de todo insignificativas, subordinarei ao tema seguinte: — A propósito de alguns casos de supostas incongruências da lei.

Não é uma dissertação erudita, nem sequer mesmo algum ligeiro comentário sobre o que se acha doutrinado relativamente a interpretação e integração da lei que me proponho apresentar.

(1) Já no número anterior desta Revista se fez referência à sessão de abertura do ano judicial de 1945, e se publicou o discurso nela proferido por Sua Excelência o Ministro da Justiça. Não queremos, no entanto, deixar de arquivar também nas nossas páginas a magistral oração então pronunciada pelo Juiz Conselheiro Dr. José Joaquim Coimbra: modelar na forma, nos conceitos, no espírito humano que a anima.

Não estou numa academia, nem numa cátedra, mas num tribunal, cuja função não é de sistematização doutrinária, mas simplesmente de correcta aplicação das normas legais. Pretendo, por isso, apenas mostrar, com exemplos à vista, que alguns supostos casos de incongruências da lei bem poderão ser antes meras insuficiências da sua interpretação.

As leis são normas gerais e abstractas extraídas do complexo conjunto das realidades sociais e do lúcido sentimento desta sua origem deve estar possuído o intérprete para que a essência delas palpite na sua aplicação aos particulares casos ocorrentes. Cumpre examiná-las com esforçada persistência e minuciosa circunspecção. Bem conhecido e bem salutar é o velho adágio que nos manda, para evitar desacertos, consultar o traverseiro. A moderna psicologia analisa-o, explica-o e dá-lhe foros de profundíssima verdade.

E, por isso, me surpreende ver, por vezes, num ou noutro processo, decisões que, apesar de proferidas dentro dos respectivos prazos, trazem, em *post scriptum*, declarações desta espécie:

— «Os dias de ontem e ante-ontem foram absorvidos por outros serviços». Ainda há poucos dias li um despacho a cuja data se seguia, entre parêntesis, esta inscrição lapidar: — «Ontem foi Domingo».

Serão devidos, talvez, tão estranháveis pregões de diligência ao êrro de se supor que, por êles, se aquilatará do zêlo de quem os lance, mas é necessário que tamanho êrro se dissipe e se radique de vez o convencimento de que a diligência não se afere por semelhantes aparatos, que antes podem, muitas vezes, deixar a impressão de negligência do dever de consumir tempo e canseiras no escrupuloso exame dos problemas que se apresentem. E êste exame é que é indispensável que se faça com esforço aturado e pertinaz e sem também se substituir pelo fácil apêlo a citações e citações de tratadistas, num desconcertante e falacioso alarde de erudição. O julgador tem de ser diligente e culto, mas nem a diligência se traduz por corridas de velocidade, nem a cultura se revela pelo faúlhar dos fogos-fátuos de girândolas de citações. As decisões judiciais devem firmar-se no seguro chão da autoridade dos seus argumentos e não sôbre as frágeis andas de argumentos de autoridade.

E, por isso, as citações e transcrições de tratadistas só nelas poderão ter justo cabimento quando se tornem necessárias, ou quando, porventura, venham tão a propósito como agora cuido que virá a invocação do seguinte passo dos Apólolos Dialogais, Visita das Fontes, do nosso D. Francisco Manuel de Melo: «A prezada erudição tem seus têrmos e mais se deve usar para que dê ocasião de discorrer e inventar novas coisas que para acomodar ao nosso propósito as que já estão ditas».

Pelo atento e aturado exame dos problemas a resolver é que o julgador conseguirá subordiná-los ao pleno domínio dos vastos institutos jurídicos que os abranjam e é também, nesta amplidão de horizonte, que se lhe tornará visível a perfeita harmonia de normas legais que, destacadas do conjunto onde se integram, não manifestariam o seu verdadeiro significado e poderiam até aparentar de incoerentes e desconexas.

E será, talvez, por falta dum tal alargamento do campo de análise que se tem considerado o disposto no art.º 7.º do Decreto de 15 de Fevereiro de 1911 em desarmonia com prescrições do art.º 379.º do Código Penal, afirmando-se que, em face dêstes dois textos legais, é crime público o ameaçar alguém de lhe dar uma bofetada e é crime particular a efectivação de uma tal ameaça.

Decidiu, porém, que semelhante incoerência é meramente suposta, um acórdão da Relação do Pôrto, de Junho de 1939, proferido em recurso de sentença que condenava determinado indivíduo como autor do crime previsto e punido no § único do art. 379.º do Código Penal, por ter ameaçado outro de o esbofetear, ou, como no processo também se dizia, de lhe partir o focinho, frase a que a minuta de recurso aludia para observar que se tornava impossível dar realidade ao enunciado em semelhante expressão por no corpo humano não existir focinho.

Como o acórdão se não tornou conhecido, reproduzirei textualmente a sua fundamentação, que é a seguinte:

«...A ameaça é de esbofetear e a impropriedade da palavra focinho não lhe modifica o significado e alcance e só lhe acrescenta a característica que trescala dêsse empêgo dum grosseiro plebeísmo. Semelhante ameaça apenas poderia constituir o crime do art.º 379.º do Código Penal e nunca o do seu § único, o qual,

fique desde já consignado, só por manifesto êrro de técnica não figura como disposição autónoma, pois é perfeitamente independente do corpo do artigo e prevê e pune crime de elementos constitutivos bem diversos.

A ameaça de esbofetear anuncia uma ofensa corporal normalmente insusceptível de produzir doença ou impossibilidade de trabalho, mas vexatória, pelas suas especiais circunstâncias, que a fazem roçar as fronteiras da injúria. Ora o crime de ofensas corporais simples, previsto e punido no art.º 359.º do Código Penal, foi declarado particular pelo art.º 7.º do Decreto de 15 de Fevereiro de 1911 : «Não poderá ter lugar o procedimento judicial pelo crime do art.º 359.º do Código Penal senão mediante acusação do ofendido, salvo sendo êste menor de 18 anos ou incapaz». E, como afirma o Sr. Procurador da República, em sua magistral resposta de fls. 72, há, segundo o nosso Código e como mais patentemente se revela da disposição correlativa do Código de 1852, «uma relação implícita de dependência entre a ameaça e o crime com que se ameaça; representam aos olhos do nosso legislador escalões ou estádios progressivos da ofensa ao mesmo bem jurídico e, se o crime que constitui o conteúdo da ameaça é um crime particular e representa um estádio superior da ofensa ao interêsse jurídico, seria contrário ao senso comum admitir que não fôsse também particular o crime da ameaça que se lhe refere».

Já o Sr. Dr. Luís Osório (Notas ao Código Penal Português, págs. 701 da edição de 1917) comentava : «O facto de êste crime ser público e de ser particular o do art.º 359.º dá lugar à anomalia de ser crime público o ameaçar alguém de lhe dar uma bofetada e não o ser o dar efectivamente a bofetada».

¿Mas tratar-se-á dum irremediável contra-senso, como pretende o Sr. Dr. Luís Osório, ou apenas da sua removível aparência?

É freqüente dizer-se, mas bem inexactamente, que não é admissível, em Direito Criminal, o emprêgo da analogia. Os princípios gerais de interpretação a que se refere o art.º 16.º do Código Civil são aplicáveis à legislação criminal sempre que esta os não exclua. E só quando se trate da qualificação de qualquer facto como crime é que o art.º 18.º do Código Penal estabelece a

regra da inadmissibilidade da analogia, ficando ainda, em tais condições, excluído, pelo mesmo artigo, o recurso à interpretação extensiva, que da analogia difere em constituir meio de determinar o pensamento da lei, ao passo que esta é forma de integração das suas lacunas.

O caso dos autos não envolve matéria de incriminação, que é aquela para que o citado art.º 18.º do Código Penal proíbe o recurso à analogia e até mesmo à interpretação extensiva. Trata-se apenas de determinar o espírito da disposição que deu a natureza de particular ao crime do art.º 359.º do Código Penal. E se, pela nossa legislação criminal, há, como já ficou notado, entre o facto de se ameaçar e o do mal com que se ameaça a dependência de formarem graus progressivos da ofensa ao mesmo bem jurídico, de tal forma que, realizado consecutivamente à ameaça o mal por ela anunciado, o crime constituído por aquela ficaria absorvido pelo da efectivação dêste mal, necessariamente terá de se entender que o preceito legal que declara particular o crime com que se ameaça, envolve, em sentido e alcance, a infracção consistente na ameaça dêsse crime. E, assim, o preceito que mandou considerar como particular o crime do art.º 359.º do Código Penal não pode deixar de abranger na mesma qualificação a ameaça de causar o mal dêsse delicto.

E quando a acção penal depende de querela, acusação ou requerimento particular, é necessário que o ofendido ou as outras pessoas a quem a lei confere a faculdade de acusar promovam o andamento do processo (art.º 7.º do Código de Processo Penal), carecendo pois o Ministério Público de legitimidade para, desacompanhado de parte acusadora, deduzir acusação.

Assim, pelos fundamentos expostos, revogam a sentença recorrida e, declarando o Ministério Público parte ilegítima para acusar na presente causa, absolvem o réu da instância».

Perdoe-se-me esta longa reprodução do acórdão, mas só assim poderia mostrar como nêle se procuraram remover as aparências de desarmonias entre textos legais tão estreitamente correlacionados.

Também se têm notado vícios de incoerência nos preceitos que se referem à agravação, para os reincidentes, das penas de furto, pois que, segundo alguns pretendem, apenas abrangeriam

o crime simples ou, pelo menos, conforme outros sustentam, sempre as penas dos n.ºs 4.º e 5.º do art.º 428.º do Código Penal se teriam de considerar fora da alçada do disposto nos §§ 1.º e 2.º do art.º 421.º.

Mas êste problema do domínio de aplicação das normas dos §§ 1.º e 2.º do art.º 421.º depende de um outro bem mais complexo, que é o da determinação da pena em casos de concurso de circunstâncias qualificativas.

Ora também um acórdão da Relação do Pôrto, do mesmo ano de 1939, decidiu que, havendo concurso de circunstâncias qualificativas, não se somam as agravações correspondentes a cada uma delas, mas agrava-se o crime simples em função da circunstância qualificativa mais grave e apreciam-se as outras como agravantes de carácter geral.

Aceite esta doutrina, que se me afigura simples corolário da orientação que o nosso Código Penal manifesta em seu art.º 102.º contra o adição de penalidades, removidas ficam, como é manifesto, as aparentes incongruências atribuídas aos textos legais relativos a reincidência em crime de furto.

Êste acórdão da Relação do Pôrto não ficou tão desconhecido como o primeiro a que me referi e várias decisões adoptaram a sua doutrina, havendo porém outras que, embora aceitassem o princípio do não adição de penalidades resultantes de circunstâncias qualificativas, dêle excluía as inerentes ao agente, por entenderem que não eram qualificativas do crime, mas apenas da personalidade do criminoso.

Mas a uma tal consideração logo se poderia contrapor a de que todos qualificam de doméstico o furto que um criado faça a seu amo e, assim, cá teremos uma circunstância bem inerente ao agente a qualificar o crime.

Circunstâncias qualificativas são as agravantes a que a lei predetermina o valor de agravação e, conseqüentemente, pelo simples facto de serem agravantes, tanto podem pertencer à categoria das objectivas como das subjectivas e o efeito último de umas e outras é exactamente o mesmo, pois consiste, como expressamente declara o art.º 30.º do Código Penal, em agravarem a responsabilidade criminal e correlativamente a pena.

E repare-se em que as circunstâncias qualificativas inerentes

ao facto apenas, em regra, actuam agrupadas e, portanto, o coucurso de circunstâncias qualificativas só, normalmente, se vem a estabelecer entre um grupo das desta categoria e alguma ou algumas das inerentes ao agente e, desta forma, a ecléctica solução de se não somarem as agravações resultantes de circunstâncias qualificativas, mas com exclusão das inerentes ao agente, redundaria no estranho paradoxo de se afirmar um princípio a que simultâneamente se negava qualquer virtualidade.

E assim é que, praticados dois crimes de furto, do simples valor de 2.050\$00 cada um, por mais de uma pessoa, de noite e com arrombamento, escalamento ou chaves falsas em casa não habitada nem destinada a habitação, os seus autores incorreriam, em razão dêste grupo de circunstâncias, nas sanções do n.º 5.º do art.º 421.º, mas, se algum dêles fôsse reincidente, embora em consequência de furto do mais ínfimo valor, já se lhe tornavam applicáveis as dos n.ºs 3.ºs dos art.ºs 55.º e 57.º e, em virtude da acumulação de crimes, teriam finalmente de se aplicar as dos n.ºs 2.ºs dos mesmos artigos (prisão maior celular por 8 anos seguida de degrêdo por 12 ou, em alternativa, degrêdo por 25 anos), que são as estabelecidas no art. 349.º para os assassinos. E, se se tratasse de segunda reincidência, logo, por tal motivo, as penas seriam as dos n.ºs 2.ºs dos citados arts. 55.º e 57.º e a acumulação de crimes determinaria a applicação das dos n.ºs 1.ºs dêstes artigos que são as mais graves de tôda a escala penal, as que o art. 355.º comina para os parricidas.

Em face de tal resultado, logo o simples bom senso há-de tocar a rebate e clamar: não pode ser; entre a bolsa e a vida cumpre distinguir; são valores radicalmente diversos.

Tão singular resultado viria a causar alarme superior ao dos próprios furtos aludidos, que, afinal, são dos daquela espécie de ladrões que a celebrada ARTE DE FURTAR já considerava fracos officiais de semelhante officio ao excluí-los, dos capítulos intitutados DOS QUE FURTAM COM UNHAS INVISÍVEIS, DOS QUE FURTAM COM UNHAS SABIAS, DOS QUE FURTAM COM UNHAS DE PRATA, DOS QUE FURTAM COM UNHAS DOBRADAS, para só dêles se ocupar em capítulo relativo a ladrões de pouca monta, sugestivamente denominado DOS QUE FURTAM COM UNHAS SINGELAS.

E não se invoque, em defesa da doutrina que àquêles resultados conduz, o cansado aforismo, vindo de era anterior à de Cristo, «*dura lex, sed lex*», porque tôda a questão está em se averiguar se a dureza vem da lei se da sua inadequada interpretação.

E se, porventura, se não quiser conceder que a única interpretação admissível é a que não leva a tão clamorosos extremos, não se esqueça, então, o antigo, mas sempre actual princípio, que já o nosso velho jurista Manuel Lopes Ferreira, na sua *Prática Criminal*, impressa em 1742, assim formulava: «...e quando se trata de imposição das penas se deve tomar e seguir a mais benigna interpretação».

E cumpre não deixar de dizer que a doutrina do não adicionamento das penalidades resultantes do concurso de circunstâncias qualificativas tão conforme estará com o sistema do nosso Código Penal e tão adequada às realidades sociais se deve considerar, que o aludido acórdão da Relação do Pôrto, ao decretá-la, não fêz mais do que seguir o parecer de quem então desempenhava as funções de Procurador da República junto dessa Relação e que, como fiscal da lei e como representante da sociedade, sustentou essa doutrina, fadada, assim, a aparecer sob o signo da autoridade de tão eminente criminalista.

Se tal acórdão, bem como o outro relativo ao crime de ameaças, se podem alcunhar de revolucionários, como creio que já lhes aconteceu, perdoe então Sua Excelência, o Sr. Ministro da Justiça, que um dos signatários dêsses julgados o tenha estado aqui a denunciar como patrono de revoluções.

Vários outros casos de supostas incongruências da lei poderiam citar-se, mas êstes, que propositadamente fui buscar ao campo do Direito Criminal, onde os seus efeitos serão mais perturbantes, bastam para mostrar que as leis têm de ser examinadas demoradamente e à luz dos valores éticos e jurídicos que as informam e que os julgadores valem e têm de ser avaliados, não pela sua mecanização em mordomos do formalismo, mas pela maneira como sintam e vivam e animem êsses valores supremos.

E é esta a conclusão das difusas e talvez confusas conside-

rações esboçadas e que nada mais são, afinal, do que atabalhoadas glosas ao seguinte verso, pobre de ritmo, mas rico de conceito, dos Poemas Lusitanos do nosso Dr. António Ferreira:

«Boas são as leis, melhor o uso bom delas».

Olvidem-se as glosas, mas não se esqueça o mote.

José Joaquim Coimbra