

«DA INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL. UMA HIPÓTESE  
DISCUTÍVEL NOS ACTOS DE EXECUÇÃO.  
O JUIZ E O DIREITO CRIMINAL»

Pelo Dr. AUGUSTO PAES DE ALMEIDA E SILVA (1)

**A** advocacia, mester sacrossanto e pautado pelas linhas morais de que não é lícito desviar-se; que impõe serenidade no julgamento, isenção e imparcialidade na crítica, apontando os lapsos e ofensas de Direito, sem paixão e sem violência, antes, no plano superior de nobreza, honestidade e elegância, que esse mester reclama;

A advocacia livre de tutelas inconfessáveis, e que acima de tudo é colaborante da Justiça na salvaguarda reflectida, serena e enérgica daquilo que do Homem, ou dos seus interesses, pode representar o Bem da Comunidade;

A advocacia depuradora das imperfeições, dos erros ou dos desvios da função judicial; antes de tudo e acima de preconceitos anacrónicos, balofos, e até ridículos, eu quero apresentar os meus cumprimentos de Juiz.

Não daquele Juiz escravo da lei, temeroso dos prazos de conclusão, temente do tráfico de influência, ou doutros pressupostos essencialmente incompatíveis com os motivos específicos da sua função actualizada; mas antes cumprimentos daquela judicatura que, com maior ou menor consciência, procura investigar a Justiça da norma, e diàriamente sintetiza o sofrimento, constante, silencioso e por vezes quase heróico, na luta de supremacia entre

---

(1) *A Ordem dos Advogados tem sempre o maior prazer em ver na sua tribuna representantes da magistratura. O Dr. Augusto Pais de Almeida e Silva não foi o primeiro que a ocupou; mas foi, sem dúvida, dos primeiros, pelo brilho da conferência que proferiu e que gostosamente arquivamos na Revista (N. da R.).*

o Juiz e o legislador. Cumprimentos duma judicatura que, sentindo-se um poder do Estado e dinamizando a lei, nesta busca sentir e ver o pedestal — a base e não o cume — duma Justiça (micro-teleoscópica) e desvendada a que se oficia na colaboração reciprocamente respeitosa, dignificante e útil do advogado, para o Bem Comum da Nação.

Cumprimentos que emergem dum conceito de vida, em que não se confunde o autêntico, elástico e viçoso Bom senso, com a tacanhez de espírito informativa do eterno Acácio; a prudência criadora, com a cobardia ou a manha que mascara a mediocridade, o comodismo ou até a inveja.

Cumprimentos que implicam um conceito de vida em que não se confundem o espírito criador e harmonicamente generoso, com o mimetismo egoísta das aleivosas conveniências duma sociedade em decomposição, estropiada e coxa.

Cumprimentos que envolvem a justa e pública homenagem ao culto da Verdade, esteja ela onde estiver, independentemente de qualquer dogmatismo.

E assim, longe de mim a pretensão de trazer a esta casa, ou melhor e na expressão feliz do ilustre Professor Dr. Barbosa de Magalhães, a esta policlínica forense, qualquer conceito de Direito, ou dissertação metajurídica sem par, ou desconhecida, nas vossas ilustres tradições.

Apenas aqui vim pouco mais que decalcar conceitos, numa atitude provocada de presença e reconhecimento ao que vos é devido pela notável e meritória actividade do Instituto da Conferência; já que ao cultor consciente das ciências jurídicas é tão reconfortante a leitura do vosso desempoeirado boletim.

Sou, pois, eu quem agradece a possibilidade desta reunião selecta, que, emoldurando-me, aliás vos dá o primeiro ensejo de julgar um Juiz dentro da vossa alçada. E eu sinto nisto orgulho.

Colaboração; Respeito mútuo; Dignidade própria que implica homenagem à dignidade alheia; probidade mental e desejo e vontade de contribuir: é este o galhardete que se agita na vara da Justiça a que me arrimo e aqui me trouxe, como servita do grande Ideal que útilmente nos pode irmanar, ou seja na pesquisa do Direito, e na defesa e engrandecimento da Justiça de Portugal.

«UMA HIPÓTESE DISCUTÍVEL NOS ACTOS DE EXECUÇÃO, RESULTANTE DO ART. 7.º DO DECRETO-LEI N.º 29:964, PELA INTERPRETAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL NA MAIS VALIA DO ELEMENTO SUBJECTIVO DO AGENTE.»

1.º — DA INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL.

2.º — O JUIZ E O DIREITO CRIMINAL.

A Ideia, o Sentimento e o Fim do Direito é o Bem Comum; ou melhor, Bem Comum e Justiça são ambos fins do Direito e a norma jurídica, dirigindo-se à consciência esclarecida do Juiz como um imperativo heterónimo, por reflexão harmónica, atinge e qualifica, nas relações de facto, os elementos basilares da valorização jurídica pela suprema tarefa de, intermediariamente, estabelecer a harmonia entre o sentido atribuível à norma e a sensibilidade jurídica dominante.

Assim, com toda a magnitude duma Verdade indiscutível, o problema da interpretação legal não se compadece com a ligeireza de premissas ditadas apenas pelo raciocínio vulgar; e, menos ainda, com dogmatismos de fácil apresentação, ainda mesmo que, possivelmente, se admita a avara retenção («in mente»), de razões explicativas e conducentes à conclusão final. Não.

O Juiz, ao interpretar a Lei, deve partir dos factos para a norma, do objectivo para o subjectivo, e, na hipótese do foro criminal, nunca poderá postergar as radicações ontológicas do «feito», quer pelo que respeita às pessoas, já pelo que interessa às coisas.

E, depois, e somente depois, então, deverá oferecer, na falibilidade da natureza humana, o seu conceito, integrado na realidade vibrante da Vida Social.

Doutra forma, seria confundir-se tudo, desde a grandeza quase divina da função jurisdicional, ao pretensioso «veridictum», imaginativo, do chamado «advogado de lareira»; desde a complexa indagação metajurídica (que exige o conhecimento pleno da consciência das pessoas e da logicidade das coisas, em função do Bem

Comum e da Justiça), até à exclusiva soletração do texto legal pelo singelo método de João de Deus.

Não.

O Juiz, deve, antes, procurar ser criador do Direito, elemento dinâmico das causas e dos fins que justificam e impõem a própria Lei emoldurada pelo sentimento da Equidade, já que, como afirma Cícero: um Juiz iníquo é pior do que um carrasco.

Na realidade, toda a interpretação excede a frieza seca e estática dos limites morfológicos do texto legal; e procura descortinar, na transparência do elemento gramatical, os fins da própria lei, que é apenas um meio para a consecução de determinados conditionalismos sociais, e não o fim, o ídolo a que cegamente se devote a consciência esclarecida do julgador.

Não.

O fim supremo da interpretação teleológica implica o conhecimento do Bem Jurídico em causa, as radicações que ontológica e especificamente o definem, impondo a protecção legal, conforme as necessidades da comunidade e a consciência esclarecida e criadora do julgador devoto do Direito.

E assim eu defendo o Direito Judiciário (Bulow-Gesetz und-Richterant; Köhler-Heber die interpretation der Gesetze, Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz; Gény-Méthode d'interpretation et sources), e reconheço que o desenvolvimento do Direito não obedece a um «processo mecânico», no qual o Poder — que não é instrumento passivo — represente o elemento de ligação entre a Ideia e o Sentimento do Direito e a regra jurídica em todos os seus graus de positividade; e nem tão pouco se subordine a um «processo lógico» no qual o Poder signifique o fio da coerência íntima do sistema. Mas também proclamo que a interpretação científica da Lei é uma actividade que decorre desde o ponto de partida formal à captação material do seu sentido, pelo reconhecimento de que o Bem da Comunidade é o fundamento último do Direito informador do conteúdo metafísico da jurisprudência; jurisprudência liberta do método *exageradamente* sistemático, geométrico e formal, que reduz o Juiz a simples máquina lógica, ou a mordomo do formalismo.

Contudo, por outro lado, quero defender-me dos possíveis exageros na criação voluntarista do Direito, que trazendo, sem

dúvida, uma renovação benéfica, um novo sopro vital à doutrina na interpretação, nos poderá compelir ao justo reconhecimento duma crítica objectiva e tão pejorativa como a merecida por Schlossman, ao querer reduzir a lei à letra pura e simples, e restringir a função do intérprete a conhecer o sentido verbal.

«Ne quid nimis» (todo o excesso é uma imperfeição).

Mas vamos aos assuntos indicados, já que a eles me trouxeram as razões oferecidas e a dignidade desta casa, Templo Ecuménico da Advocacia Portuguesa.

No dia vinte e sete de Janeiro último foi detido, nesta cidade de Lisboa, o arguido X, quando, desde Coimbra e sem guias de trânsito, transportava trinta litros de azeite que comprara à razão de 15\$00 o litro, com a intenção-confessa e vontade decidida de aqui o vender, a quem melhor preço lhe oferecesse, mas nunca a menos de vinte escudos o litro.

Que o arguido violou o n.º 11.º da Portaria n.º 11:100, de 12 de Setembro de 1945, com referência ao art. 5.º do dec.-lei n.º 32:086, não restam dúvidas.

Mas não teria violado o disposto no art. 7.º (crime de especulação) do decreto-lei n.º 29:964, de 10 de Outubro de 1929?

Dir-se-á que tencionar vender por preço superior ao tabelado não constitui, de per si, a figura jurídica da tentativa; pois que, à intenção, falta-lhe, pelo menos, o requisito da execução, já que não há tentativa «in mente», a não ser no campo da imaginação.

Mas falta-lhe o requisito da execução, porquê?

Na hipótese figurada, além do campo imaginativo, não haverá outros elementos de facto que se imponha focar (superlativamente o do transporte conjugado com aquela intenção confessa)?

Não será nestes factos e nestas razões que essencialmente reside a solução do problema?

Vejamos o art. 7.º evocado.

Este artigo preceitua que: «comete o crime de especulação todo aquele que, sob qualquer pretexto ou usando qualquer meio apropriado, alterar ou tentar alterar os preços que do regular exercício das actividades económicas ou dos regimes legais em vigor normalmente resultariam para as mercadorias ou valores,

ou vender ou tentar vender por preços superiores aos que estiverem legalmente fixados.

§ único. A especulação é punida ainda que, com a actividade do agente, outras causas tenham também concorrido para a alteração dos preços».

É evidente que o problema em causa consiste na definição técnico-jurídica dos actos praticados pelo arguido, ou seja a possível relevância a dar-se ao facto do transporte do azeite, iniludivelmente efectuado com a intenção-confessa de tentativa de venda por preço superior ao da tabela.

Os actos praticados pelo arguido estão, ou não, abrangidos no art. 7.º referido?

Analisemos o art. 7.º «sub-judice».

Poderá parecer (a meu ver, e salvo o devido respeito, mal) — que o corpo deste artigo tem duas partes: — a primeira («comete o crime de especulação todo aquele que, sob qualquer pretexto ou usando qualquer meio apropriado, alterar ou tentar alterar os preços que do regular exercício das actividades económicas ou dos regimes legais em vigor normalmente resultariam para as mercadorias ou valores»), aplicável às mercadorias ou valores cujos preços, não estando legalmente fixados, não estão tabelados, podendo sofrer alterações pelo irregular exercício das actividades económicas ou pela violação dos regimes legais em vigor, ou seja, o lucro normal a que se refere o dec. n.º 8:724, de 21 de Março de 1923; — a segunda parte do art. 7.º («comete o crime de especulação todo aquele que vender ou tentar vender por preços superiores aos que estiverem legalmente fixados») aplicável às mercadorias ou valores cujos preços estiverem legalmente fixados, ou sejam preços tabelados.

Ora, o azeite é um produto cujo preço está tabelado; e aquele por que o arguido tinha a intenção-confessa de o vender, seria manifestamente ofensivo da respectiva tabela que, legalmente, o fixou.

Mas, em vinte e sete de Janeiro último, transportar azeite de Coimbra para Lisboa, com intenção-confessa, com vontade decidida e confessada de o vender pelos melhores preços, mas nunca a menos de vinte escudos o litro, é, porventura, «tentar vender por preços superiores aos que estavam legalmente fixados»?

Admitindo que, na expressão «tentar vender», se encerra o conceito técnico da tentativa, somos levados ao problema da classificação jurídica dos actos praticados pelo arguido, para efeitos de possível incriminação, no referido art. 7.º, como Autor da tentativa de venda por preço especulativo, alteração ou tentativa de alteração de preços.

Houve começo de execução ou simples actos preparatórios?

### «DOS ACTOS PREPARATÓRIOS»

Antes de mais, e salvo o devido respeito, afigura-se-me que, em nenhuma das doutrinas, até hoje enunciadas sobre «actos preparatórios» — na inexistência de disposição legal em que estes estejam, claramente, definidos —, se contem, com a indispensável flexibilidade, critério bastante e susceptível de resolver, satisfatoriamente, o problema, em relação a todas as figuras penais, à multiplicidade dos casos ocorrentes da vida Judiciária, mormente pelo que respeita aquelas em que (v. g. — por «autoria mediata» Winter: die mittelbare Täterschaft, ou «accessoriedade na participação» Birkmeyer Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil, V. D. A. Volume II, páginas 3, 54) a acção do agente se desenvolve por um complexo de atitudes, sob a correlação interdependente das actividades anti-jurídicas especificamente em causa.

Suponho que, pelo contrário, em número bastante elevado de figuras penais (complexas ou mesmo simples), há que aplicar critérios doutrinários diversos para a determinação dos respectivos «actos preparatórios», na salvaguarda decisiva de que — como verdade fundamental e irrefragável —, a vontade criminal (provocando, como efeito reflexo, um sentimento social de intranquilidade), é o fenómeno contra o qual a Lei penal se dirige (Edmundo Mezger — Tratado de Direito Penal — 2.º volume, páginas 213) não se compadecendo com os imperativos sociais da Lei, a especulação doutrinária, por demasiado eivada de preocupações intellectuais que, tantas vezes, informam conceitos oferecidos.

Não cabe, porém, nos estreitos limites desta palestra o comentário desenvolvido do que se acaba de enunciar, sentindo-nos, aliás, reconfortados na recordação de Hippel quando afirma «Es

gibt überhaupt Keine Begriffsbestimmung die all Zweifel in grenzfällen ausehilissen Könnt. Wer das erwartet, verlangt Unmögliches. Deutsches Strafrecht, vol. 2.<sup>o</sup>, § 29.<sup>o</sup>, pág. 400. Hippel. (Não há conceito algum que possa remover todas as dúvidas dos casos fronteiriços. Quem tal esperar, pretenderá o impossível).

No entanto, a verdade é que o Direito, acima de tudo, deve ser a garantia da Realidade, e como bem diz o Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira «o objecto do Direito, o objecto própria-mente do Direito, é o dever ser o sentido daquilo que existe, a realidade referida a valores, ou, se quisermos, a «realidade cultural: o sentido dos factos, não apenas os factos em si».

E o Juiz, ao definir o Direito, como realidade teleológica, — se tanto for necessário —, remoçará a vitalidade das Razões da Lei que, sendo um produto de circunstâncias cronológicas, éticas, de temporalidade, e étnicas, implica a sua consequente, lógica e imperativa adaptação às supremas e dominantes necessidades do Equilíbrio social que, actualizadamente, a justificam para o Bem da Comunidade.

Antes, o Direito deve ter como fundamento último, o Bem da Comunidade, que também o deverá ser da Soberania; pelo que não pode postergar a conjugação obrigatória dos esforços de Todos, sem distinção de classes, de sexos, de religião, de partido, etc., etc.; e de tal modo que a Organização do Bem Público, sistema de valores a realizar, não deixe de revestir a forma de uma sociedade por sua vez Universal e necessária, contendo assim, em potência, a Ideia de Soberania, exigência do Bem Comum; Bem Comum que, como «Valor Objectivo», a Lei considera necessitado de Protecção. Assim, da determinação e do consequente conhecimento do «Bem Jurídico» com referência à figura penal que interesse, irradia um importante pressuposto de interpretação dos seus elementos jurídicos, em toda a evolução subjectiva ou real da figuração, que, animada pela vontade consciente e intenção do Agente, nos conduz — já como formação «conceptual jurídica», como formação «conceptual teleológica», — à plena compreensão da «gestação», realidade social e jurídica do delito e suas consequências.

E, se é certo que todas as Leis são emanação positiva do Direito e esta é sòmente possível com relação a determinados

pressupostos, verdade é também que a Lei, não esgotando a «totalidade do Direito», necessita e impõe, no uso útil do seu próprio preceito, um total complexo de cultura metajurídica informadora do sentido profundo da «Idea» e do conteúdo metafísico da Jurisprudência, para que se não confirme o conceito de Cícero quando afirma não haver diferença entre um Juiz perverso e um Juiz ignorante. Bem disse V. Ex.<sup>ª</sup>, Senhor Professor Dr. Barbosa de Magalhães: nem só jurisprudência de conceitos, nem só jurisprudência de interesse; temos de procurar contribuir, quanto em nossas forças caiba, para se atingir a velha e famosa aspiração de realizar, no quadro da Lei, o equilíbrio entre o Direito e a vida.

Com efeito, para a determinação dos «actos preparatórios» de cada infracção, na justa relevância formal do respectivo preceito penal, deve atender-se ao sentido real, à logicidade das coisas, e ao espírito prático da disposição; de maneira que, ao definirem-se os «actos executivos» ofensivos desse objecto jurídico, se não postergue o Fim da Lei, objecto de tutela penal e Razão da sua própria existência.

É que o mesmo facto ou acto pode ser «preparatório» quando a intenção do agente se dirige a determinado crime, devendo já revestir a natureza de «acto ou facto executivo» quando a intenção do agente seja dirigida a outro crime.

Eu creio que em cada relação da vida delitual ou transgressiva, há uma sucessão lógica de perspectivas que sedimentarmente se entrelaçam e nos arrastam do sub-consciente volitivo do agente, à consumação da infracção, passando-se de permeio pelos «actos preparatórios» e, depois, ao início da execução.

E perante a realidade irrefragável de que não há crimes mas criminosos — (o agente é o criador do seu crime — julgam-se homens e não actos — dec. n.º 26 :643), nesta sucessão etiológica que remata na figura penal consumada, variam, de crime para crime, (compare-se a figura do crime de «perigo abstracto» com a do crime «material», ou crime «complexo»), e até de pessoa para pessoa, as coordenadas definidoras, a posição jurídica nos elementos da série, da fase preparatória à consumação da ilicitude penal.

É assim que, em meu entender, na maior valia do elemento

subjectivo, e sem que se postergue a Realidade das Coisas, se deve enraizar o critério definidor de «actos de execução», servindo-nos, conseqüentemente, do «acto em si», é certo, mas também, e valorativamente, doutros elementos de natureza subjectiva, em que predomina a prova da vontade ilícita do agente, como que a apontar, na sua actividade, aqueles factos em que apenas prepara o seu crime, e aqueloutros em que começa a execução deste. Bem dizia Juvenal — «A intenção oculta do crime é já o crime.»

De resto, se examinarmos a série de actos que decorre desde a simples expressão do pensamento criminoso até o fim da execução, no fundo só notaremos uma diferença quantitativa de perigo, de gravidade, revelados pelo agente, em função do Bem Jurídico em causa, do sentimento de tranquilidade social, e da potencialidade ilícita do autor.

Isto é: «o meio» reage, responde, por acusação de toque, ante o perigo emergente e crescente da conduta do agente, ou, mais além, da sua plena ilicitude.

Assim, para determinarmos se um acto é ou não executivo, podendo parecer discutível a supremacia absoluta da valia intencional do agente sobre o exame objectivo do acto ilícito, e mais ainda, a deste sobre aquela, (discordando pois de Garraud e Beleza dos Santos), afigura-se-nos antes, que, de «clima» social para «clima» social, de figura penal para figura penal, de Bem Jurídico para Bem Jurídico em causa, e, dentro da mesma ilicitude ou figuração, de *agente para agente*, é na justa concorrência interdependente e por interlação de todos estes elementos informativos, que podemos buscar e colher o conceito respectivo.

Efectivamente, em determinadas figuras penais é de reconhecer que a indagação subjectiva sobreleva, na intenção do agente, a valia do acto em si mesmo, para a classificação deste como preparatório ou executivo.

Note-se a hierática e quase esfíngica atitude do agente nos crimes de comissão por omissão culposa.

E tanto o próprio Direito Positivo o confirma, quanto é certo não reconhecer nalgumas figuras criminais a possibilidade de ilicitude sem intenção; até ao ponto de definir como notável circunstância agravante, para efeitos de qualificação de crime, a premeditação definida no art. 352.º, e de equiparar a autoria ma-

terial ao autor moral, colocando este como elemento decisivo para a prática do crime (vide n.ºs 3.º e 4.º do art. 20.º; e ainda, com referência à *preparação do crime*, o n.º 1.º do art. 21.º).

Ora, se o agente confessa a intenção do seu empreendimento criminoso, não será ilógico, dum modo geral, e até prejudicial naquelas figuras, subalternizar esse elemento subjectivo ao simples, frio e inexpressivo acto material?

Que relevância tem a voluntariedade animadora e expressiva do facto declarado punível pela lei, ou seja o crime?

Que significado tem a autoria prevista no n.º 5.º do art. 20.º do Código Penal, referente à preparação da execução criminosa?

Quantas vezes a intenção do agente é o melhor, senão o único facho luminoso e esclarecedor da sua conduta *ilícita*?

Quantas vezes é a confissão da intenção do agente, o ponto, mas tardio e penoso ponto de partida, para a construção jurídica justificativa da incriminação?

Por isso, bem diz Francisco Carnelutti, na sua Teoria Geral do Direito, quando afirma que «a evolução do Direito Penal consagra, *cada vez mais*, relevância ao elemento psicológico informador da vontade do acto».

Tudo isto é um problema de indagação psicológica que impõe ainda, como necessidade emergente da própria natureza humana e da realidade da vida, o uso prudente do arbítrio judicial que, no seu juízo e acima de tudo e todos, deve procurar, superlativamente, a salvaguarda do Bem Jurídico em causa.

Não basta, assim, um critério formal, sendo antes indispensável como que vivificar os elementos legais através dos interesses que a Lei se propõe proteger, não podendo ser alheia à essência do «acto executivo» a noção de perigo, de causa adequada que, por efeito reflexo, provoca um sentimento comum e social de intranquilidade, lógica e naturalmente emergente duma conduta que traduz a realização de um plano criminoso.

Por via disto, à descrição legal do facto criminoso, há que associar as Causas e o Fim da Lei, o interesse que a descrição legal pretende proteger, na íntima conexão com a conduta típica do agente, a sua vontade expressa de praticar o acto (ilícito).

Tudo isto deve estar sempre presente no espírito do julgador que, se tanto for necessário, adoptará um critério menos formal,

é certo, mas predominantemente valorativo das realidades sociais; isto na hipótese em que a forma vinculativa da conduta antijurídica do agente se afigure mais esbatida; já que todos os bens jurídicos são como que encarnações de valores de natureza jurídica que, nas ocorrências da vida real, se nos oferecem com determinável e variável aparência de índole objectiva e subjectiva, em função do seu próprio clima social, do Todo em que, etiologicamente, se define a relação jurídica respectiva, desde as pessoas às coisas.

Ora, se é certo que a simples intenção do agente não basta para a vinculação ao ilícito penal (medida de segurança?), verdade é também que, se o agente foi mais além, praticando um facto que, nas circunstâncias em que é cometido, segundo o critério geral, segundo a experiência comum, é já a realização de um empreendimento criminoso — então, já, segundo a opinião geral e corrente, está a executar o crime.

Na realidade, entre os actos que correspondem aos elementos constitutivos do crime e os de simples preparação, há uma zona intermédia constituída por actos que devem ser considerados executivos.

E o nosso velho Código Penal, ao definir a tentativa e crime frustrado, não exige que os actos de execução que os constituem representem a prática do próprio crime, tal como o define a Lei.

Por isso, bem diz o Ilustre Professor Doutor Beleza dos Santos «que há diferentes noções de Direito Criminal, que tem de integrar-se com elementos estranhos a este Direito; elementos que podem colher-se nas suas normas e que até, algumas vezes, por disposições destas, têm de ir buscar-se fora delas, embora depois, por fazerem parte de conceitos jurídicos, revistam formalmente esta qualidade».

Assim, a culpa é, segundo o Código, a omissão voluntária dum dever (art. 2.<sup>o</sup>).

Ora, este dever, se em certos casos pode ser um imperativo jurídico expressamente estabelecido na Lei, noutros é o dever geral de previsão ou prevenção, que o legislador não encontra legislado em normas jurídicas, mas que tem de ir buscar à consciência comum do meio social do seu país e da sua época; como são de natureza extra-jurídica os elementos que permitem deter-

minar o conteúdo de certas regras de incriminação como as que defendem a moral ou o pudor público (arts. 420.<sup>a</sup> e 390.<sup>o</sup> do Código Penal), a honra e consideração (art. 407.<sup>o</sup> e seguintes daquele Código), etc., etc.)»

Nesta ordem de ideias, salvo o devido respeito, em parte não concordamos com o ilustre Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira, se bem compreendemos o seu ponto de vista, quando — ao tratar dos actos preparatórios e repudiando o critério subjectivo — *afirmava* que «é só ao Direito, à norma jurídica que compete determinar em que momento a actividade do agente (embora tenha revelado fortuita, mas claramente, a intenção do criminoso) constitui crime.

E dizemos que em parte não concordamos, visto haver diferença entre norma jurídica e Direito e existirem figuras penais em que a conduta (elemento objectivo do agente) é definida somente em função da causalidade relativa a determinado evento; ou melhor, em função da sua idoneidade para a produção do evento.

No entanto, parece-nos que o ilustre Professor já dá superlativa relevância ao elemento subjectivo, quando, ao versar aquela matéria, afirma que os mesmos actos podem ser preparatórios, quando a intenção é dirigida a determinado crime, e deverão já constituir actos executivos quando a intenção seja dirigida a outro crime.

Isto é: a intenção, o elemento subjectivo, é superlativamente decisório na relevância e classificação do acto, elemento objectivo.

Partimos, pois, do subjectivismo com que o agente actua em correlação às características objectivas e típicas da figuração penal, já que, como verdade evidente, a resolução, a resolução específica do infractor, (dolosa ou culposamente conforme as exigências legais), constitui o fundamente da punição da tentativa; o que equivale à enunciação do problema de que a interpretação científica da lei, é uma actividade que decorre desde o ponto de partida formal à captação material do seu sentido.

A tudo isto há ainda que juntar o potencial de criminalidade que define a própria pessoa do agente, em função do seu passado de ilicitude penal ou policial e do próprio ambiente que o radícula, ou em que se revela.

«Ora, como é dos autos e pelo conhecimento da vida real, o arguido X, pensou na prática do crime de especulação; e, não sendo comerciante, trouxe o azeite, de Coimbra para Lisboa, com peremptória intenção e vontade decidida de o vender, tão intencionalmente que, em acumulação de infracções, nem sequer se muniu da guia de trânsito indispensável para o respectivo transporte ou circulação.

No caso apresentado, a confessada intenção criminosa e vontade decidida do agente, com toda a sua força subjectiva mas real, porventura, não dará projecção e relevância ao transporte do azeite como acto inicial de execução criminosa?

«Por outro lado, não seria injusto que, por limites de critério, demasiadamente estreito, independentemente da transgressão por guia de trânsito, se deixassem impunes estes factos em que, o agente-confesso, manifesta iniludivelmente que entrou no caminho do seu empreendimento criminoso?

Repare-se que o *legislador*, — no art. 7.º «sub-judice», se refere, *com a mais vasta amplitude*, a qualquer pretexto ou uso de qualquer meio apropriado.

Bem diz Garraud, quando afirma que «a tentativa não consiste apenas no começo do próprio acto que constitui o crime, tal como é definido por Lei, mas no começo da execução do crime por actos distintos que são mais que a preparação».

E de igual modo concordamos com Frank ao reconhecer que: «Ein anfang des Ausführung ist in allen Tätigkeitsakten zu finden, die vermöge ihnen notwendigem Zusammenghörigkeit mit der Tatbestandhandlung, für die natürliche Auffassung als deren Bestandteile erscheinen Strafgesetzbuch § 43, páginas 86. (Deve encontrar-se um começo de execução em todos os casos que, graças à sua necessária ligação com elementos do crime, aparecem à compreensão natural como partes integrantes desses elementos).

Contudo e na interpretação que vamos dar ao discutido art. 7.º, a actividade confessa do arguido X, situa-se, evidentemente, no âmbito da primeira parte deste artigo.

Em meu entender, o referido art. 7.º, tendo, na realidade, duas partes, refere-se na primeira à tentativa de alteração de preços; e na segunda, à tentativa de venda ou venda de mercadorias ou valores por preços superiores aos legalmente fixados;

sendo esta fixação correlativa à referida na primeira parte pela expressão «regimes legais em vigor.»

E, já agora, acrescentaremos que o decreto n.º 8:724, de 21 de Março de 1923, no nosso entender, refere-se em geral ao lucro líquido, ao lucro que se obtiver nas vendas, repete-se, nas vendas, por grosso ou a retalho, de artigos sem preço tabelado.

Ora, o arguido X, com a sua actividade-confessa — , pelo menos, tentou alterar os preços, trazendo, sem guias de trânsito, com esta intenção, o azeite de Coimbra para Lisboa, onde, mais fácil e lucrativamente do que ali, o poderia transaccionar, o que tudo se contém «em qualquer daqueles pretextos, ou uso de qualquer meio apropriado» referido (como actos preparatórios de venda, puníveis) na primeira parte do referido art. 7.º.

Se assim não fora, como se poderá concretizar; com que actos do agente se poderá objectivar a figura da singela tentativa de alteração de preços?

Não será a referida primeira parte relativa, como que aos actos preparatórios de especulação que, quando é já tentada ou consumada na venda, se pune pela segunda parte do mesmo artigo?

É evidente que, quem comete a tentativa de venda especulativa, antes disso, pode tentar alterar ou alterar, simples e efectivamente, os respectivos preços, para depois (perdoe-se a redundância), tentar vender (ou vender mesmo) especulativamente; e toda aquela tentativa de alteração de preços precede, bem longinquamente, o momento em que o agente inicia a execução da venda, podendo até dar-se a hipótese do agente, tentando alterar ou alterando os preços, nunca chegar a tentar a venda. Porém, toda esta actividade ilícita é punida igualmente.

E, assim a figura penal do crime de especulação não encerrará um duplo sentido de ilicitude desenvolvida e punível, desde a protecção do respectivo «bem jurídico» ante o simples perigo, (independentemente da realização da lesão por presunção «juris et jure»), até à exigência de um resultado objectivo revelador da lesão anti-jurídica? Admitamos que sim.

O que equivale a reconhecer-se que, no crime de especulação, o legislador não exige um certo resultado para que possa considerar-se consumado, bastando antes e apenas, para verifi-

cação da ilicitude do agente, a simples conduta deste (como crime que será de «consumação antecipada»).

Na realidade, não será absolutamente compreensível que assim seja, ante a gravidade que esta infracção, de natureza excepcional e temporária, reveste, nas circunstâncias anormais do momento que passa? Sem dúvida.

É que, de resto, para o Direito, como regra da vida prática, é relevante, não apenas a realidade do desenvolvimento causal do facto, mas também a possibilidade de produção de um desenvolvimento causal e esperado.

Com efeito, um determinado sucesso pode, em relação à experiência geral e às concepções da vida prática, ser «geralmente» apropriado para a produção de um resultado determinado; e por mais que este se não tenha produzido no caso concreto, no entanto, pode revestir relevância jurídica, pois que é incorrecto suspeitar que «o perigo» só pode ser algo de puramente subjectivo.

É subjectivo sim, superlativamente subjectivo, em relação ao agente do crime; mas também é objectivo em relação ao juiz que, aliás, como é óbvio, na geometria da figuração criminal, entrelaçará todos os elementos do curso causal *possível*, para a definição da conduta subjectiva, mas real e palpável do agente.

Refleta-se, uma vez mais, em todos os elementos da hipótese figurada e na primeira parte do citado art. 7.º, mormente na expressão «sob qualquer pretexto ou usando qualquer meio apropriado, para a tentativa de alteração de preços».

Lembremo-nos que a fonte próxima do art. 7.º se encontra no art. 276.º do Código Penal, cujo âmbito o decreto n.º 29:964 pretendeu nitidamente alargar, pela exclusão da exigência da «fraude» e equiparação do crime consumado à simples tentativa.

É que, como bem diz o Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira, quanto aos meios de efectuar a alteração de preço, eles são inúmeros, dependendo o preço normal e legal, em grande parte, das actividades dos próprios comerciantes, sem prejuízo da medida em que estes abusivamente modificam os pressupostos económicos e lógicos do preço.

Partindo-se daqui, por regressão «à simples à tentativa de modificação dos pressupostos económicos e psicológicos do preço»

mais fàcilmente se poderá comprehender o ponto de vista que defendo.

Uma vez mais com o Professor Cavaleiro de Ferreira, realçarei que o decreto n.º 29:964 suprimiu a necessidade da conduta do agente produzir erro alheio, bastando que aquela conduta, embora em si mesma não determinante do citado erro, cause ou possa causar alteração de preços; alteração que pode ter lugar pela modificação, por qualquer modo ainda que indirecto, dos factores que entram na composição do preço normal, com o fim de efectivar qualquer alteração.

Por tudo o exposto, o arguido X, tendo tão estranhamente adquirido o azeite que trouxe, sem guias de trânsito, de Coimbra para Lisboa, com intenção e vontade decididas e confessadas de o vender aqui a quem calhasse pelos melhores preços, mas nunca a menos de vinte escudos o litro, não estaria, pelo menos, por meio indirecto, a tentar alterar o preço legal da mercadoria?

Eu já respondi, ainda que reconheça a oportunidade de, como Horácio, se dizer «Ad huc sub iudice lis est» (a questão acha-se ainda pendente).

\*

\* \*

Vou terminar.

Mais duas palavras.

Disse V. Ex.<sup>a</sup>, Senhor Professor Doutor Barbosa de Magalhães, ao tomar posse da direcção dos trabalhos do Instituto da Conferência, com toda a autoridade que lhe assiste, que bem vindos são sempre a esta casa todos os magistrados; e, num requinte de gentileza demonstrativo do seu notável estofo de jurisconsulto, fez, então, votos por que se estreitem, cada vez mais, os laços de camaradagem e solidariedade entre a Magistratura e a Advocacia.

Quis a Providência que, com a concordância de Sua Excelência o Ministro da Justiça, fosse eu, *quem*, como Juiz, desse mais um passo, como que um novo aspecto a essa camaradagem, trazendo, nesta curta palestra, o significado dum bem intencionado, mas aliás singelo contributo.

É que, o meu intento, Ex.<sup>mos</sup> Colegas, foi apenas e exclusiva-

mente, com este pretexto, testemunhar-vos a minha respeitosa camaradagem e solidariedade profissional ; e nestas, quanto prazer sinto ao constatar a sublime grandeza da missão confiada ao Advogado, porque, cada vez mais, creio nestas Verdades» : A Advocacia é essencialmente indispensável para que exista uma Magistratura Judicial esclarecida e dignificante do Homem, da Nação e do próprio Estado. Sem grandes advogados não pode haver grandes juízes.