ELEMENTOS

DE

SOCIOLOGIA CRIMINAL E DIREITO PENAL

Manuel Dias da Silva

ELEMENTOS

DE

SOCIOLOGIA CRIMINAL E DIREITO PENAL

Lições do anno lectivo de 1906-1907 na 14.ª cadeira da Faculdade de Direito na Universidade de Coimbra

COIMBRA
IMPRENSA DA UNIVERSIDADE
1906

INTRODUCÇÃO

1. Enunciado da cadeira e sua historia. — No quadro dos estudos da Faculdade de Direito, approvado por decreto de 24 de dezembro de 1901, a 14.ª cadeira, destinada ao estudo da sciencia criminal, tem a inscripção seguinte: *Sociologia criminal e direito penal,* em substituição dest'outra: *Principios geraes de direito penal e legislação penal portuguêsa,* que tinha no quadro anterior, approvado pelo conselho da faculdade em sessão de 2 de outubro de 1865 e mandado executar pelo governo em officio da Direcção Geral de Instrucção Publica de 10 de outubro do mesmo anno.

Como disciplina independente no quadro das sciencias juridicas, o direito penal é entre nós de data relativamente recente.

É certo que a jurisprudencia penal se estudava já desde o seculo XIV, como se vê dos Estatutos dados á Universidade por D. Diniz em 15 de fevereiro de 1309, mas estudava-se juntamente com os outros ramos juridicos nas collecções de direito romano e canonico, e mais sob o ponto de vista exegetico que theorico.

Só por decreto de 5 de dezembro de 1836, que no seu artigo 78.º fundiu numa só faculdade — a

de Direito — as duas de canones e leis, até então existentes, se instituiu uma cadeira tendo por objecto privativo o direito penal.

Segundo este diploma, a 10.ª cadeira inscrevia-se: *Direito criminal, inclusa a parte militar.*

Contribuiu para isso, sem duvida, o impulso dado á sciencia da criminalidade pela escola classica do direito penal, creação dos philosophos liberaes e dos soberanos illustrados do fim do seculo XVIII, iniciada por BECCARIA no seu importante livro — *Dos delictos e das penas* (1).

Por decreto de 15 de setembro de 1844, artigo 9.º, foi additado o enunciado da cadeira de direito criminal, ficando a comprehender tambem o estudo da medicina legal, mas pela já citada reforma de 1865 foi eliminada esta parte, ficando a cadeira reduzida ao estudo dos principios geraes de direito penal e de legislação penal portuguêsa.

Esta denominação, conforme, na epoca em que foi redigida, ao estado da sciencia penal, que desde 1860 a 1880, depois das luctas entre as varias escolas que se propunham estudá-la em seus fundamentos, nos deu como resultado um eccletismo espiritualista, sustentado nos differentes países pelos principaes jurisconsultos, que concentravam a sua attenção e esforço mais no estudo do crime e da pena, como entidades abstractas, do que no estudo do criminoso e da individualização da pena, deixou de o ser depois do importante movimento reformador, partido da Italia no ultimo quartel do

(1) *Dei delitti e delle pene*, Milan, 1764. Ha uma versão francêsa por FAUSTIN HÉLIE, com uma introducção e commentario pelo mesmo auctor, 2.me édition, Paris, 1870.

seculo findo, que affirmou a intenção de applicar o methodo positivo á sciencia do direito criminal e, estudando mais o criminoso do que o crime e desenvolvendo o lado sociologico das suas investigações, deu á nova orientação o nome de *Sociologia criminal.*

Este movimento, de que foram iniciadores LOMBROSO, na parte anthropologica (1), GAROFALO na parte juridica (2), e FERRI na parte sociologico-juridica (3), teve sua repercussão entre nós, sendo um dos seus principaes representantes o mallogrado professor desta cadeira, Dr. A. HENRIQUES DA SILVA, que inspirou a sua actual denominação.

Por isso ninguem se acharia mais no caso do que elle para formular, em conformidade com o pensamento do reformador, o programma desta cadeira e determinar o objecto do seu estudo.

Não existe officialmente tal programma; todavia encontramos a sua indicação e justificação em os n.os 6 a 16 das lições que elle nos legou (4) e que por isso vamos transcrever em os n.os 2 a 12 des-

(1) *L'Uomo delinquente*, cuja primeira edição appareceu no anno de 1876. Desta obra ha na Bibliotheca da Universidade a 4.ª edição publicada em Turim em 1889, e uma versão francêsa sobre a terceira edição italiana, publicada em Paris em 1887.

(2) *Criminologia. Studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressioni*, Torino, 1885. Ha desta obra uma versão francêsa, cuja 2.ª edição é do anno de 1890, e outra portuguêsa, pelo Sr. Dr. JULIO DE MATTOS, Porto, 1893.

(3) Este escriptor, tendo intitulado o seu primeiro trabalho sobre o assumpto — *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale* — Bolonha, 1884, passou na terceira edição a intitulá-lo — *Sociologia criminale* A 4.ª edição é de 1900. Ha uma edição francêsa sobre a 3.ª edição italiana, publicada em Paris em 1893 e 1901.

(4) Dr. HENRIQUES DA SILVA, *Elementos de sociologia criminal e direito penal* — Lições do anno lectivo de 1905-1906 na 14.ª cadeira da Faculdade de Direito na Universidade de Coimbra, Coimbra, 1905.

tas lições, reservando-nos para em notas fazermos alguns additamentos e observações.

2. Sociologia criminal: caracter desta sciencia e suas relações com a sociologia geral e com o direito penal. — No capitulo geral da sua obra, sob o titulo de — *O futuro da sciencia e da pratica penal,* diz FERRI que a sciencia criminal, *na base* e *nos meios de investigação,* é um ramo da sociologia, tendo por sciencias preliminares a anthropologia e a estatistica, na parte destas que se occupa do homem delinquente e da sua actividade anti-social; mas que, *nos resultados e no fim ultimo,* é ainda uma sciencia juridica.

Que o estudo dos factos sociaes, ou da actividade humana no organismo social, é, depois de AUGUSTO COMTE, a *Sociologia geral,* que, segundo a natureza dos factos sociaes, se reparte em varios ramos. E, como a lucta pela vida póde travar-se com uma actividade normal, quer dizer, coordenada com as condições de existencia dos outros e da sociedade, ou com uma actividade anormal, sob a influencia perturbadora de certas causas, as sociologias especiaes, tendo em commum o fundamento da sociologia geral, desenvolvem-se em dois campos distinctos, mas não separados, consoante ellas se occupam da actividade humana normal, social, juridica, ou da actividade anormal, anti-social, anti-juridica.

Que, do mesmo modo que na ordem organica, sobre o fundamento commum da biologia (sciencia da vida individual) distinguimos a physiologia e a pathologia, conforme se trata de phenomenos biologicos normaes ou anormaes; assim no que SPENCER denomina ordem superorganica, sobre o fundamento commum da sociologia geral (sciencia da

vida social) teremos, para o estudo dos phenomenos sociologicos normaes e anormaes, de um lado, uma sociologia economica, juridica, politica, e do outro, a sociologia criminal.

Para FERRI a anthropologia (physio-psychologia) e a estatistica criminal, bem como o direito criminal e penal, são capitulos particulares da nova sciencia — a sociologia criminal (1).

COLAJANNI, examinando as relações da sociologia geral com a sciencia do direito, diz que, uma vez concedidos direitos de cidade á sociologia na classificação das sciencias, temos de subordinar-lhe todos os ramos que se occupam dos diversos phenomenos sociaes, sendo assim injustificavel a pretenção de attribuir uma superioridade hierarchica, ou, ao menos, uma independencia completa, á sciencia do direito. Analysando a doutrina de LUCHINI, reconhece a suprema importancia desta ultima sciencia, de cujo desenvolvimento depende o maior ou menor grau de civilização, sem que todavia possa, por isso, numa classificação de sciencias, considerar-se o direito como superior á sociologia ou independente della. O direito, talvez a par com a economia social, constitue um dos mais importantes capitulos daquella sciencia que, embora modernissima, não póde deixar de comprehender cada uma das sciencias que se occupam das manifestações particulares da vida social. E nada representaria a sociologia, se não as comprehendesse. No organismo sociologico a funcção do direito póde ser tão primacial como a do cerebro no organismo individual, sem que possa dizer-se que esta *parte*

(1) *Sociol. crimin.*, ed. fr., pag. 575; 4.ª ed. ital., pag. 919.

seja independente do *todo,* só porque é suprema a sua importancia (1).

FULCI, dominado por um individualismo exaggerado, pretendeu entregar o governo do mundo social a duas sciencias autonomas: a sociologia, estudando o organismo social e as suas necessidades, e o direito, tendo por objecto a *força especifica* desse organismo, que é a *proportio hominis ad hominem,* proporção fundada na autonomia pessoal. Mas, como nota COLAJANNI, o enunciado da justiça *proportio hominis ad hominem*, suppõe a coexistencia e a vida de varios homens em contacto e em relacões reciprocas; suppõe a *Sociedade.* Pertence portanto a alludida força especifica tão legitimamente á sociologia, como a *affinidade* á chimica (2).

3. Continuação. Conteúdo proprio da sociologia geral. — A questão das relações da sociologia criminal com o direito penal liga se a outro problema, preliminar e tambem delicado, — o do conteúdo proprio da sociologia geral.

(1) COLAJANNI, *La sociologia criminale*, cap. I, pag. 29 e seguintes. Não seria estranho, pergunta COLAJANNI, que a sociologia, que deve occupar-se de todas as necessidades do organismo social, devesse separar-se ao mesmo tempo da sciencia que tracta da sua verdadeira base, da sua força especifica? Se assim fosse, tambem a chimica não poderia occupar-se das forças que determinam a combinação dos elementos nas suas varias proporções, e tudo que respeita á *affinidade* deveria constituir uma sciencia separada e distincta da chimica. Não póde ser.

Em seguida, COLAJANNI refuta a opinião de PUGLIA que não admitte que a sciencia penal seja um ramo da sociologia, refutação repetida depois por FERRI na obra e capitulo citados, e que o proprio PUGLIA abandonou em um artigo — *La sociologia criminale,* — publicado na *Rivista di diritto penale e sociologia criminale,* 1.º anno (1900), pag. 285 a 293, mas pouco coherentemente, parece, pois que affirma que a sociologia criminal é a sciencia que estuda a delinquencia como simples phenomeno social.

(2) *Ibid.,* pag. 33.

Se, por um lado, FERRI pretende que a sociologia criminal absorva o direito penal, que seria apenas um capitulo da nova sciencia, por outro parece que deixa a sociologia geral sem objecto, quando a figura scindindo-se em varios ramos, que, tendo embora um tronco commum, um *fundamento* commum, como elle diz, levam em si toda a substancia da sciencia mãe. E tanto que FERRI contrapõe á sociologia criminal, pathologica, as *sociologias* economica, juridica e politica, que estudam os phenomenos da actividade social, normal ou physiologica. De modo que a sociologia é apenas um *nome* com que se designa um grupo de sciencias, e o que ha de real são essas sciencias, embora ligadas por laços de interdependencia e de solidariedade e pela communidade de novos methodos que devem fecundá-las.

«Esta questão, diz GIDDINGS, tem dado muito cuidado aos sociologos. Contém todo o problema das relações da sociologia com as sciencias sociaes especiaes, e synthetiza a duvida dos que não admittem a necessidade, nem a possibilidade de nenhuma outra sociologia que a que jaz na collecção das sciencias sociaes. Por isso é mister examiná-la escrupulosamente em qualquer estudo do dominio da sociologia» (1).

Para SPENCER, a economia politica, a jurisprudencia, a theoria do Estado, etc., são partes differenciadas da sociologia e sufficientemente distinctas como sciencias coordenadas. COMTE, ao contrario, não as considerava sciencias, porque consi-

(1) *Principes de Sociologie,* trad. de LESTRADE, pag. 26 (Paris, 1897).

derava a vida como indivisivel, e intendia que a verdadeira sciencia só podia estudá-la como um todo; tarefa impossivel attenta a complexidade e o enorme desenvolvimento das sciencias sociaes especializadas, a ponto que, nota GIDDINGS, o mais corajoso estudante apenas poderá tentar appropriar-se de uma em toda a sua vida. Uma sociologia assim concebida não corresponde a nenhum fim pratico, e é mister, na phrase do mesmo sociologo, descobrir uma *substancia* para este substantivo. E nesse empenho cada philosopho social cria uma sociologia segundo a sua especialidade: o economista preenche-a «com uma economia politica nebulosa a abranger problemas ou factos em desaccordo com as fórmulas orthodoxas; para o alienista ou para o anthropologista criminal ella será uma pathologia social», etc. (1).

COLAJANNI, que primeiramente considerára o direito como um dos grandes capitulos da sociologia, rectificando, affirma que esta ultima sciencia occupa, em frente dos differentes ramos do saber que se incumbem distributivamente das varias categorias de factos sociaes, a posição que a philosophia em geral toma hoje em relação a todas as outras sciencias. Procedendo da necessidade de coordenar o exame dos phenomenos da vida social e de considerar as acções e reacções que incessantemente uns exercem sobre os outros, a sociologia respeita a *autonomia* de cada sciencia social, e a cada uma deixa um campo de actividade bem delimitado, permittindo o desenvolvimento congruo e facil de todas. A todas comprehende e coordena, de modo

(1) *Ibid.*, pag. 27.

a illuminar a vida, e *toda a vida* do organismo social (1).

Esta funcção coordenadora de uma philosophia das sciencias ninguem a explicou mais nitidamente que AUGUSTO COMTE. Os antigos, e particularmente ARISTOTELES, já haviam designado pala palavra — philosophia o systema geral das concepções humanas; COMTE accrescentava — *positiva,* para indicar que as theorias philosophicas deviam ter por objecto a coordenação dos factos *observados,* funcção que constituia o ultimo estadio da philosophia geral, primitivamente theologica e depois metaphysica. A philosophia positiva era assim, não o conjuncto de todas as sciencias de observação, consideradas até nas suas especialidades mais pormenorizadas, como na Inglaterra se entendia a *philosophia natural,* mas só o estudo das *generalidades* das differentes sciencias, concebidas como sujeitas a um methodo unico e constituindo as differentes partes de um plano geral de investigações.

«Formar assim, diz COMTE, com o estudo das generalidades scientificas uma secção distincta do grande trabalho intellectual é alargar a applicação do mesmo principio da divisão que sucessivamente separou as diversas especialidades. Emquanto as differentes sciencias positivas tiveram somenos desenvolvimento, as suas relações mutuas não tinham assás importancia para provocar, ao menos de modo permanente, uma classe particular de estudos, e ao mesmo tempo a necessidade delles era menos urgente. Hoje cada uma das sciencias adquiriu separadamente tanta extensão, que o exame

(1) *Obr. cit.*, pag. 37.

das relações entre ellas póde ser objecto de estudos seguidos, que, por outro lado, se tornam indispensaveis para prevenir a dispersão das concepções humanas. Tal é a fórma por que eu concebo o destino da philosophia positiva no systema geral das sciencias positivas propriamente dictas» (1).

A. GROPPALI, como COLAJANNI, estabelece o parallelo do sociologia com a philosophia, definindo aquella — o estudo geral das fórmas sociaes e das suas acções mutuas, e accrescentando que a sociologia representará assim em relação ás sciencias sociaes particulares o mesmo papel que a philosophia a respeito das diversas sciencias (2).

«A sociologia — diz RIVERA, explanando a mesma ideia — vem a ser, não só o ponto a que todas as sciencias sociologicas convergem, mais ainda, como nota VANNI, a raiz e o fundamento commum; sciencia, por um lado, synthetica e coordenadora; por outro, mãe e dirigente. Nem por isso as varias disciplinas scientificas, que se incumbem das categorias dos phenomenos, consoante os differentes aspectos, verão sacrificada a autonomia propria sobre o altar da synthese sociologica... Nada perderão da sua razão de ser, nem da sua esphera de acção, pelo facto de entrarem no plano geral de uma sociologia scientifica coordenadora». O resultado será, pela acquisição dessas leis mais universaes, que correspondem ás que na natureza physica condicionam a existencia da materia em geral, a determinação das «condições, elementos e bases imprescindiveis da sociabilidade humana nos varios aspectos que póde assumir (1).

(1) *Cours de philosophie positive*, 2.ª edit., tom. I, *avertissement*, pag. 5, 1.ª liç., pag. 28 (Paris, 1864).
(2) *L'Année sociologique*, tom. II, pag. 184.

GIDDINGS, que, como vimos, mostrou a necessidade de se submetter a um exame cuidadoso este assumpto, não se afasta sensivelmente desta doutrina. A sociologia é uma sciencia social geral; mas uma sciencia geral não equivale a um grupo de sciencias, embora o termo venha a ser ainda empregado para designar, na fórma mais breve, a collectividade das sciencias sociaes». Quando os phenomenos que pertencem a uma classe unica, e que portanto interessam a uma unica sciencia, são tão numerosos e complicados, que nenhum investigador póde aspirar a estudá-los, distribuem-se por varias sciencias particulares, mas nem porisso deixa de ser possivel conceber uma sciencia geral desses phenomenos *na sua integralidade*, uma vez que tal sciencia se circunscreva dentro dos attributos communs ás subclasses, e rejeite os attributos particulares. Attributos communs são elementares. Principios geraes são principios fundamentaes. Uma sciencia geral é pois uma sciencia de elementos e de primeiros principios (2).

Analogo é o sentido que hoje se dá ao termo — *biologia*, que LAMARCK foi o primeiro a empregar, e que A. COMTE adoptou, propondo correspondentemente o de *sociologia*, sem que todavia se generalizassem ambos senão depois de SPENCER. Não se comprehendeu a principio que pudesse haver uma biologia geral com objecto proprio e distincto do que se estudava na historia natural, na bota-

(1) CESARE RIVERA, *Determinismo sociologico*, pag. 81 e segg. (Roma, 1903).
(2) *Obr. cit.*, pag. 30.

nica, na zoologia, na anatomia e na physiologia. Os biologistas explicaram então que os phenomenos *essenciaes* da vida (estructura cellular, nutrição, desassimilação, crescimento, reproducção, adaptação ao meio, selecção natural), communs por isso á planta e ao animal, ficavam incomprehensiveis pela divisão, sendo indispensavel, para delles haver noções verdadeiras e exactas, considerá-los tanto na sua unidade, como nas suas phases especiaes. E foi pelo assenso a esta doutrina que «a biologia geral se tornou sciencia de laboratorio, activa, edificada e conduzida sobre as bases das sciencias biologicas mais especiaes» (1).

Tal é o caracter da sociologia. Todos os aspectos da vida social estão já estudados por uma ou por varias sciencias economicas, historicas e politicas; mas, se a sociedade é um todo, se a actividade social é contínua, se ha factos essenciaes, certas causas e certas leis que se verificam nas communidades de qualquer especie e de todos os tempos, ha então verdades sociologicas universaes que é indispensavel versar numa sciencia que, longe de ser a somma das sciencias sociaes, será antes a base commum, no sentido de que os seus principios são os *postulata* das sciencias sociaes, e como taes coordenam o conjuncto das generalizações destas, reunindo-as num vasto corpo scientifico.

Em ultima analyse, o conteúdo da sociologia reduz-se aos phenomenos sociaes primarios, ou aos moveis sociaes primitivos (2).

Outro sociologo, mais antigo, mas de vistas muito

(1) GIDDINGS, *obr.* e *log. citt.*
(2) GIDDINGS, *obr. cit*, pag. 31 e 33.

originaes, E. DE ROBERTY, chega a identica conclusão, embora considere as sociologias particulares, antes como processos *descriptivos,* conducentes á sociologia (que elle, como COMTE e ao contrario de SPENCER e de GIDDINGS, tem por sciencia *abstracta*), do que como sciencias autonomas.

Nas sciencias biologicas e sociaes a *experimentação* é substituida pela *descripção* que é o seu utensilio proprio, o seu methodo caracteristico, e assim «nada mais facil que explicar e justificar, pela natureza particular do processo descriptivo, a formação desses quadros, dessas classificações, desses corpos de factos e observações, *antes que de doutrinas,* que se amontoam no vestibulo da sciencia abstracta, etc.» (1).

As sociologias particulares constituem, na concepção e na terminologia de ROBERTY, a *historia natural;* a sociologia é que é a *sciencia natural* da sociedade.

É o que elle chama *theoria da estratificação,* ou antes — *da bipartição* (2).

A sociologia é uma fórma scientifica mais elevada, que as disciplinas sociaes puramente descriptivas já existentes, que devem ser conservadas, tendo em vista a preparação e desbaste dos materiaes sociologicos. «Conseguintemente a sociologia geral só se occupará dos factos e das relações já convenientemente descriptas e pormenorizadas pelos esploradores especiaes, reduzindo a sua tarefa á descripção e classificação dos typos de associa-

(1) *La sociologie*, cap. III, pag. 27 (Paris, 1881).
(2) *Obr. cit.*, cap. VII, pag. 113.

ção e dos modos de actividade social *mais essenciaes* e *mais geraes* (1).

(1) *Ibid.*, pag. 115.

A doutrina de Giddings é a que hoje tem mais sequazes. Vanni, citado por Rivera na passagem transcripta a pag. 14 do texto, procurando determinar o objecto proprio e o campo da sociologia, depois de excluir com boas razões tanto a hypothese daquelles que entendem que esta sciencia não tem assumpto proprio e que serve sómente para designar genericamente um grupo de sciencias, cada uma das quaes estudaria, com methodo positivo, um dado phenomeno social, e a hypothese contraria, isto é, que a sociologia constituia a unica e effectiva sciencia social, comprehendendo assim todas as outras, diz: «O estudo das varias fórmas da actividade social pertence a sciencias distinctas e autonomas; a coordenação geral e a synthese suprema dos resultados obtidos por cada uma dellas, a explicação unitaria da estructura e das funcções do organismo social e a determinação das leis do seu equilibrio, movimento e desenvolvimento competem á sociologia. Esta sciencia vem pois a ser não só o ponto central de referencia, para que todas as outras sciencias devem convergir, mas tambem a sua raiz e fundamento communs. Ella é, por um lado, sciencia *synthetica* e *coordenadora*, e, por outro, sciencia *mãe* e *directora*» (*Prime linee d'un programma critico de sociologia*, Perugia, 1888, pag. 21 e segg.).

«A sociologia, escreve Vaccaro, não absorve nem annulla as sciencias sociaes particulares, antes as exige como condição indispensavel da sua existencia e dos seus progressos. Na verdade, a sociologia só tem por fim verificar as leis geraes que presidem á vida e ao desenvolvimento da sociedade humana. As sciencias sociaes particulares, pelo contrario, estudam determinados phenomenos em si e nas suas relações com os outros phenomenos aos quaes estão ligados immediata e indissoluvelmente. Por isso ha um nexo necessario entre as sciencias sociaes particulares e a sociologia; as primeiras pedem á segunda as leis geraes de que precisam para orientarem as investigações particulares que formam o objecto do seu estudo; e por sua vez a sociologia recebe das sciencias particulares as generalizações a que cada uma dellas chegou, verifica-as e coordena-as com todas as outras numa synthese mais elevada. Mediante este processo contínuo a sociologia corrige e consolida melhor as leis geraes que conhece por deducção da biologia e por inducção directa e caminha á descoberta de outras leis, de que por sua vez as sciencias sociaes particulares se auxiliam para aprofundar melhor as suas investigações e assim em seguida» (*Saggi critici di sociologia e di criminologia*, Torino, 1903, pag. 161 e segg.).

Em face desta orientação, o estudo dos phenomenos que constituem a penalidade e a delinquencia não podem fazer parte da sociologia mas duma sciencia particular e distincta; e por isso a denominação de sociologia criminal inventada por Ferri e geralmente acceita não só é impropria, mas indica uma direcção errada. É uma applicação do criterio erroneo de que todas as sciencias sociaes particulares são absorvidas pela sociologia, e por isso se fizeram dellas varias especies de sociologia, como sociologia economica, sociologia religiosa, sociologia juridica, etc. É como se se dissesse: biologia zoologica ou botanica.

No entanto, a denominação é geralmente recebida, ainda mesmo por escriptores que não acceitam integralmente as doutrinas da escola, como Garraud, Alimena, Prins, Lizt, etc., e deve ser tomada como indicação da imperiosa exigencia que a sciencia do direito penal deve pedir á sociologia os criterios directivos e os principios geraes de que tem necessidade para a sua constituição.

(1) *La psychologie du raisonnement*, pag. 155.

4. Distincção entre conhecimentos theoricos e conhecimentos práticos. Caracter geral e importancia das sciencias normativas ou de applicação. — Consideradas como disciplinas *descriptivas,* constituindo a historia natural das sociedades, as sciencias sociaes particulares são essencialmente *theoricas,* mas em algumas dellas o espirito providente do homem tem enxertado sciencias *práticas,* ou *artes,* que deixaram de ser empiricas para se tornarem scientificas.

Saber para prever, prever para prover. Pelo estudo dos factos attingimos as suas leis: e a lei é para o espirito uma anticipação do futuro. Como a memoria é uma post-visão, o raciocinio é uma previsão, Diz Binet (1). Mas, visto que na ordem psycho-social o determinismo impera tão soberanamente como na ordem physica, modificados os antecedentes, a modificação ha de reflectir-se nos consequentes. Assim é que procuramos influir nos phenomenos, alterando as codições da sua producção, umas vezes para melhor os conhecer *(experimentação),* outras para os prevenir. Nas sciencias biosociologicas ha tambem esta fórma de experimentação, realizada ora para verificar, ora para dirigir e governar. Formular uma norma de proceder e instituir um preceito é experimentar uma

verdade geral theorica, procurando desviar um facto nocivo á vida. A necessidade de conservar a vida, — os intuitos beneficos é que tornam nestas sciencias o processo de experimentação unilateral e restricto.

Toda a regra pratica deve reflectir um conhecimento theorico, empirico ou scientifico, de leis naturaes.

O unico fundamento objectivo acceitavel dos principios da moral, está, como pensa ROBERTY, na organização, na estructura intima da sociedade e nas leis que regem esta estructura e o seu funccionamento natural. «A sciencia juridica, tão rotineira, tão estreita nos processos de analyse, como frequentemente escolastica nos processos de synthese, chegou emfim a comprehender a verdadeira natureza do direito, a propriedade que o distingue, de existir necessariamente *nas cousas* antes de existir na lei, e sabe que legislar não é inventar, imaginar, criar, mas achar, descobrir, — um processo de sciencia social» (1).

Isto é applicavel — accrescenta — egualmente á moral, que é o fundamento do direito, ou antes o proprio direito, visto por outra face, e sobretudo de mais alto. A moral não é solidaria de nenhuma metaphysica: é a *hygiene social*. Os seus preceitos são verdadeiros preceitos de hygiene e de conservação, não individual mas social, e neste sentido não ha, nem poderia haver moral individual. «A moral e a hygiene, tratadas como sciencias *derivadas* ou de *applicação*, reflectem exactamente, uma a organização social, a outra a organização physiologica; e as duas constituem naturalmente o ramo mais importante dos nossos conhecimentos práticos. Uma visa directamente á conservação da sociedade, e indirectamente á do que hoje se chama o *homem social;* a outra, á conservação do individuo, do *homem physiologico,* e por elle, da especie. Um principio de moral transgredido é sentido pelo corpo social como uma injustiça, precisamente como uma regra de hygiene violada é sentida pelo corpo animal como uma dor physica. Á força de ser repetida, a transgressão da moral inevitavelmente conduz a um estado permanente de corrupção social, como as regras da hygiene, á força de serem violadas, se vingam sempre produzindo a doença» (1).

(1) *La sociologie,* pag. 6 e 7.

Discutiremos noutro logar se no terreno da sciencia póde admittir-se, com fundamento em leis mais geraes, outra moral mais ampla e mais alta, que esta moral social, caracterizada pelo sociologo russo como hygiene social, e differenciada com inegualavel precisão (2).

O que por agora importa fixar é a capital importancia da parte prática das sciencias sociaes, corôa dos estudos theoricos, affirmação do *poder* humano que deriva do *saber* (3). Se a parte descriptiva,

(1) *Ibid.,* pag. 7 e 8.

(2) Vej. A. HENRIQUES DA SILVA, *Relações da justiça com a utilidade,* § IV (Coimbra, 1885).

(3) A fórmula: *saber para prever, prever para prover* é equivalente e derivada dest'outra de COMTE: *sciencia, donde previdencia; previdencia, donde acção.* Estas fórmulas exprimem dum modo exacto a relação geral entre a *sciencia* e a *arte.* Mas, por maiores que sejam os serviços prestados pela sciencia á arte, embora, segundo a energica expressão de BACAN, o *poder* seja necessariamente proporcionado ao *saber,* não devemos, observa COMTE, considerar as sciencias sómente como base das artes, perdendo de vista o seu destino

de analyse, de abstracção, de comparação, de classificação, leva, de cada aspecto dos phenomenos sociaes, a contribuição de conhecimentos positivos, profundados na especialização, para uma sciencia mais geral que fórma a synthese da vida social, a parte *normativa,* como já tambem foi designada (1), destinada a erguer sobre bases *naturaes* uma ordem *ideal,* mais perfeita, representa a contribuição com que cada ramo do saber sociologico concorre, por um dos varios caminhos da utilidade commum, para a felicidade collectiva.

5. Caracter particular das sciencias ethico-juridicas. Autonomia do direito penal ao lado da sociologia criminal. — Daqui a necessidade prática de respeitar a autonomia de cada sciencia social, não só pela lei da *divisão do trabalho,* mas ainda pelo aspecto particular sob o qual cada uma dessas sciencias que se elevaram á concepção fecunda de principios normativos estuda e garante a utilidade social; porque bem póde acontecer que uma fórma de procedimento seja util e recommendavel num sentido, inconveniente e inadmissivel noutro.

Por isso é que não é licito confundir os pontos de vista das differentes sciencias práticas: uma regra de prudencia, por exemplo, com uma regra ethica ou juridica.

A sociologia criminal, estudando a genese da criminalidade, conduz naturalmente a certas conclusões de caracter pratico, e é perfeitamente legi-

mais directo e elevado, que é satisfazer a necessidade fundamental que tem a nossa intelligencia de conhecer as leis dos phenomenos (*Obr. cit*, 2.ª lição).

(1) *L'Année sociologique*, tom. II, pag. 159.

timo que estude meios de prevenção e organizações penaes mais racionaes, por terem uma base scientifica, e mais adequadas ao effeito desejado da diminuição dos delictos: é legitimo que, depois de fazer pathologia criminal, faça hygiene criminal e therapeutica penal.

Preoccupados com a suppressão ou attenuação do *morbus* criminal, habilitados com o conhecimento de todas as influencias pathogenicas, os sociologos criminalistas deixariam inutil todo o trabalho realizado no campo da investigação, se não trouxessem para o terreno da prática legislativa e judicial a luz dos novos conhecimentos positivos, como collaboradores da utilidade social.

Mas, desde que essas providencias, firmadas embora em averiguações sérias, com o concurso de todas as sciencias auxiliares, tenham de ser applicadas *coercitivamente,* como restricções da liberdade individual, ha que indagar outro ponto: se, sendo uteis, como meios para o fim particular do triumpho sobre o crime, são socialmente uteis no sentido ethico-juridico, isto é, *justas.* E a decisão deste ponto pertence naturalmente a outro ramo da sociologia, que, estudando o problema da utilidade social sob este aspecto particular e depois de theoricamente determinar as leis da lucta pelo direito, firmou os principios fundamentaes da *ordem juridica,* que faz parte da *ordem social* (1).

(1) Este aspecto do direito penal é posto em relevo por Saleilles na sua obra — *L'individualisation de la peine* (Paris, 1898). Em conformidade com elle define direito penal — a sociologia criminal adaptada á ideia de justiça. Diz em seguida que a escola italiana, querendo reduzir o direito penal unicamente á ideia de defêsa social e não vendo nelle senão a valorização da sociologia crimi-

A justiça não é já uma concepção aprioristica, mas uma noção positiva, elaborada sobre o conhecimento da evolução humana e das condições de vida e desenvolvimento do homem no meio collectivo. O que equivale a dizer que a justiça é uma fórma de coordenação dos actos reconhecida como indispensavel á conservação e prosperidade social; é um aspecto da utilidade geral, mas um aspecto particularissimo; porque o fim das sciencias ethicas não é determinar as condições de *producção* de um certo beneficio social, mas as condições da sua *generalização,* segundo um principio de *egualdade* bem intendida, que, excluindo todo o privilegio, não exclue a graduação do merito. Uma cousa é estudar a utilidade dos actos em relação ás necessidades sociaes, communs a todos: outra estudar a utilidade dos actos em relação á egualdade natural de todos em presença dessas necessidades. «As sciencias práticas em geral approximam meios de fins; a sciencia do dever approxima homens de homens. Áquellas pertence *a parte technica,* porque assim o digamos, da utilidade geral; a esta pertence *a parte egualitaria*» (1). A umas a utilidade geral no sentido *comprehensivo;* á outra, a mesma utilidade no sentido *extensivo.*

Na lucta pela existencia a humanidade chega a realizar a *accomodação pela existencia,* de que resultam vantajosamente, em vez da eliminação dos mais fracos, limitações e obrigações mútuas entre todos (2).

«Todos os progressos na realização da justiça parece resultarem, com effeito, de uma comprehensão mais lucida e de um sentimento mais profundo da *egualdade* dos seres perante as necessidades, os soffrimentos, certas condições de vida, emfim; todos elles se caracterizam como ascensões graduaes á egualdade no goso das garantias sociaes. Todas as reclamações feitas em nome da justiça são levantadas sob a invocação da egualdade. O que é injusto é o que é desegual, como já dizia ARISTOTELES. Para justificarem a iniquidade da escravidão os philosophos precisaram de adduzir uma desegualdade natural» (3). *Humana imprudentia impares esse voluit quos Deus aequaverat,* disse CLEMENTE IV.

Os romanos identificaram o ideal da justiça com a equidade — *aequitas,* que exprimiu a principio a ideia de *nivelamento,* e mais tarde designou ainda o principio de uma distribuição *proporcional* (4). Da egualdade deriva a *proporcionalidade.*

nal, perdeu de vista este aspecto importante e esta é a sua principal lacuna.

O direito penal é politica de defêsa social: sem duvida, visto que este é o seu objectivo directo; mas politica de defêsa social adaptada ás necessidades innatas da ideia de justiça.

O direito penal é sociologia criminal: sim, mas sociologia criminal que desce das alturas duma sciencia puramente abstracta para se adaptar aos sentimentos da multidão, ás concepções que são como a seiva circulante do corpo social, isto é, á ideia de justiça, á ideia da distincção do bem e do mal.

E o que é verdade a respeito do direito penal, continúa, não o é menos a respeito do crime.

Phenomeno pathologico, dizem uns, phenomeno sociologico ou producto social, dizem outros. Sim, mas phenomeno social que constitue uma ataque á ideia que a consciencia popular faz do dever social, e que, portanto, é não só um resultado do mecanismo social mas tambem um ataque individual á ideia de justiça (*Obr, cit.*, pag. 7).

(1) *Relações da justiça com a utilidade,* pag. 60.
(2) *Relações da justiça com a utilidade,* pag. 65.
(3) *Obr. cit.,* pag. 91.
(4) SUMNER MAINE, *L'ancien droit,* pagg. 56-59.

«*Justiça* é *proporção* entre as relações humanas; e as normas juridicas que as objectivam têem por fim estabelecer essa proporção. O que importa dizer: que a evolução juridica acompanha a evolução dos outros phenomenos sociaes, para dominá-la e dirigí-la, não para sujeitar-se a ella» (1).

Os grandes principios do direito contemporaneo são as acquisições luminosas de uma longa evolução, seguida através dos despotismos do poder e da oppressão das castas, pela noite dos tempos, entre os gritos dos opprimidos e sobre os restos sangrentos dos revoltados. A nós, filhos da grande Revolução, depositarios do espirito moderno, não é licito esquecê-los.

Foi o esquecimento de um desses fundamentaes principios, foi a preoccupação *sociologica,* que levou EUGENIO FLORIAN a defender a retroactividade absoluta da lei penal, até quando o facto apparecer pela primeira vez incriminado nella, embora só theoricamente a defenda nesta hypothese (2).

«Teremos nós ainda hoje necessidade da arte dos juristas?» — pergunta LISZT num relatorio muito notavel apresentado á *União internacional de direito penal.* «Deveremos realmente continuar a olhar com respeito superstícioso esse velho monumento composto de complicadas noções, que chamamos direito penal, e escorá-lo com difficuldade para impedir a sua ruina, ou antes abater-lhe resolutamente os muros decrepitos para deixar logar ao

(1) F. PUGLIA, *La lotta per il diritto e l'evoluzioue sociale*, pag. 245.

(2) *La legge penale nel tempo*, na revista *La scuola positiva,* IV anno, n.os 11 e 12.

novo e arrojado edificio da politica criminal? Na minha opinião — responde o illustre criminalista — por mais paradoxal que ella possa parecer, o codigo-penal é a *magna carta* do criminoso. Não protege, nem a ordem legal, nem a sociedade, mas antes o individuo que se revolta contra ellas. Assegura-lhe o direito de não ser punido fóra das condições e dos limites legaes. A dupla maxima: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege,* é o baluarte do cidadão contra a omnipotencia do Estado, — contra a omnipotencia sem reservas da maioria, contra o *Leviathan.* Ha annos caracterizei eu o direito penal como o poder repressivo do Estado legalmente limitado. Posso accrescentar hoje: é a barreira inultrapassavel da politica criminal... Defendendo o direito penal, nós defendemos a liberdade individual defrontando-se com os interesses da sociedade. Será attingido pelo poder do Estado, não o que constituir um perigo para a sociedade, mas exclusivamente aquelle que houver sido agente de acções nocivas á sociedade, taxativamente determinadas, nitidamente designadas pela lei. Tal é o sentido da maxima: *nullum crimen sine lege.* E ainda esse não fica fóra da lei, sem direitos nem protecção; mas o mal que poderá ser-lhe infligido é legalmente fixado uma vez por todas. Assim tem de intender-se a outra maxima: *nulla poena sine lege*» (1).

Nós veremos em que sentido, e com que garantias, é hoje admissivel a indeterminação da pena na lei. Porque, do mesmo modo que o direito, tal

(1) *Bulletin de l'union international de droit pénal,* 4.º vol., livr. II, pag. 132 e segg.

como a evolução social o formou, e tal como elle se radicou na consciencia collectiva, reage sobre certas regras da sociologia criminal, ou da chamada politica criminal, inspiradas num utilitarismo estreito e unilateral, assim tambem as necessidades inilludiveis da defesa social podem reagir sobre os velhos aphorismos do direito penal classico, formulados para uma criminologia accentuadamente individualista e muito diversa da sciencia criminal de hoje. Mas o que importa é que os direitos que essas maximas protegiam fiquem sob a salvaguarda de outras garantias compensadoras.

E, diz justamente LISZT, a influencia das investigações criminaes, anthropologicas e sociologicas, sobre os principios fundamentaes do direito penal, em assumpto nenhum será mais consideravel e duradoura do que no capitulo da applicação de medida ás penas (1).

6. Politica criminal. — Empregámos aqui já a expressão — *politica criminal*, e é mister esclarecê-la. É uma phrase predilecta dos escriptores allemães. A politica criminal, *Kriminal politik*, considerada como um ramo da politica geral, é, consoante a define GAUCKLER, «*a arte de determinar as providencias applicaveis aos factos sociaes no que se relaciona com o crime, com as suas causas e com os seus effeitos*», ou, segundo LISZT, «*a exposição systematica dos principios* — fundados no estudo scientifico do crime em si e nas suas causas, e da pena nas suas applicações e effeitos — *pelos quaes a ordem juridica é, ou deve ser, defendida contra o crime por meio da pena e das outras instituições sociaes analogas* (1).

(1) *Ibid.*, pag. 143.

O congresso internacional de direito comparado, reünido, por iniciativa da sociedade franceza de legislação comparada e sob a presidencia de POITEVIN, em Paris, a 31 de julho de 1900, e encerrado a 4 de agosto, occupou-se, na secção de Criminologia e de Sciencia penitenciaria, das «novas tendencias em materia penal, da sua influencia sobre o movimento legislativo dos differentes paises, e particularmente da influencia da escola mixta, que considera a legislação criminal essencialmente como um processo de politica social, designado na Alemanha pela denominação de *Kriminalpolitik*».

O esforço dos congressistas, como explica o relator geral do congresso, PAULO CUCHE, professor da Universidade de Grenoble, dirigiu-se a mostrar que, no terreno da prática, as conclusões perfilhadas pelos criminalistas modernos são sensivelmente as mesmas, qualquer que seja a diversidade das convicções philosophicas ou religiosas; havendo instituições repressivas, devidas á iniciativa de criminalistas *classicos*, francamente utilitarias e *positivistas*, como a relegação dos reincidentes em França, os asylos para alcoolicos, os institutos para educação dos delinquentes menores, e chegando os positivistas, sempre que se deixam guiar pelo bom senso prático, que é o mesmo em todos os homens, a postulados que nenhuma consciencia espiritualista deixaria de acceitar. «Ha pois um vastissimo dominio de estudo e de acção em que

(1) *Bulletin de l'union international de droit pénal*, 4.º vol., livr. I, pag. 40.

todas as intelligencias podem accordar-se e todas as boas vontades unir-se. É esse o terreno que demarcamos para a politica criminal» (1).

Que vem a ser afinal esta politica criminal? É a *arte de legislar* para o crime, arte que não tem principios ou regras proprias, porque o legislador criminal tem de considerar os preceitos com que se propõe influir na criminalidade, preventiva ou repressivamente, sob aspectos já conhecidos das sciencias especiaes, particularmente da sociologia criminal e do direito penal. São as conclusões práticas destas sciencias que elle tem de coordenar nas reformas destinadas a combater o crime.

A politica criminal, não podendo assim, quer a respeito do phenomeno criminal, quer da correspondente reacção social, tomar para objectivo relações que sejam estranhas áquelles dois ramos da criminologia, é antes uma *funcção,* que uma sciencia de applicação ou uma arte. O legislador criminal tem de habilitar-se com variados conhecimentos do dominio sociologico — economicos, administrativos, juridicos, criminologicos; ha de conhecer sobretudo o direito penal na sua longa evolução e nos seus principios modernos, e a sociologia criminal nas suas investigações tão importantes sobre as causas do crime e as relações delle com as civilizações, assim como nas indicações práticas a que a observação dos phenomenos naturaes conduz, auctorizadas ainda pela observação directa dos resultados de ensaios já realizados com intuitos preventivos, ou de systemas penaes já experimentados. Mas, depois de todas estas lucubrações, não criou uma sciencia nova: aproveitou e coordenou as noções adquiridas em diversas sciencias.

Não ha pois uma *politica criminal,* como ramo destacado e especializado dos estudos sociologicos.

É certo que o legislador, uma vez de posse das conclusões da sciencia, tem ainda de adaptá-las ás exigencias e condições particulares de cada país e de cada momento historico, ou, como diz Ferri, necessita de fazer baixar as normas da sciencia criminal do ceu das abstracções á realidade terrena (1).

Mas, conforme o reparo do mesmo sociologo, nas sciencias sociaes, tratadas pelo methodo positivo, a theoria outra cousa não é que a vida prática systematicamente observada, como a prática não deve ser senão a theoria em acção. Da competencia da propria sociologia criminal é a limitação das suas conclusões geraes conforme as circunstancias de cada nação e de cada época, e para isso é natural que os sociologos de cada país, com mais cabal conhecimento das necessidades peculiares da sua patria, adaptem a essas necessidades as suas doutrinas de applicação, fazendo, por assim dizer, sociologia *nacional.* E a sociologia criminal,

(1) *Bulletin* cit., 9.º vol., livr. I, pag. 22. Ao exemplo da lei franceza de 1885 sobre a relegação dos reincidentes devia o auctor accrescentar o da lei franceza sobre a suspensão das sentenças condemnatorias. Estas duas leis são a traducção fiel, no dominio do direito positivo, da fórmula que serve como *mot d'ordre* á nova escola e que é, por um lado, vir em soccorro dos delinquentes primarios para os auxiliar a reclassificarem se, e, por outro, afastar e eliminar os profissionaes do crime, os delinquentes por natureza e pelo seu estado psychologico. Indulgencia sem limites para os desvairados de um momento, severidade impiedosa para os fundamentalmente pervertidos. Para os primeiros a lei da suspensão, para os segundos a da relegação.

(1) *Sociologia criminale,* 4.ª ed., pag. 928; ed. fr., pag. 587.

como sciencia mais geral, irá registando essas observações e estudos de varias procedencias, e em que se reflectem tradições, costumes e condições sociaes diversas, para approximar-se, quanto possivel, da realidade.

Para o mesmo effeito se organizam sociedades nacionaes ou internacionaes de sociologos, de juristas, de criminalistas, que promovem congressos penitenciarios, de anthropologia criminal, de direito comparado, etc., onde são cuidadosamente recolhidas informações de differentes países, como valiosos elementos para a constituição e para o progresso da sciencia criminal positiva em toda a complexidade dos problemas que são do seu dominio.

Praticamente, o que ha a esperar da sciencia criminal é a determinação dos meios mais *efficazes* para combater a criminalidade, como phenomeno de pathologia social, sem offensa da *justiça,* que a consciencia collectiva não recusa aos proprios delinquentes. Toda a sciencia criminal prática se reduz pois ao que se convencionou chamar sociologia criminal e ao direito criminal, e a chamada politica criminal sería uma sciencia prática *sem objecto proprio,* por muito importante que seja a politica criminal, como *funcção* de legislar para o crime.

7. Direito criminal positivo. — O producto desta funcção é a legislação criminal chamada tambem — *direito criminal positivo.*

A legislação, de qualquer natureza que seja, não obedece só a principios *juridicos,* e neste sentido póde considerar-se inexacta a synonimia entre o termo legislação e a expressão — direito positivo. Se o legislador necessita de estar de accôrdo

com a *natureza,* se o fundamento de toda a lei positiva é um complexo de leis naturaes, a legislação ha de reflectir necessariamente as inducções de differentes sciencias, e o legislador carece de enriquecer-se com um grande patrimonio scientifico antes da arriscada tentativa de regular os movimentos sociaes. Uma legislação economica, fiscal, commercial que menosprezasse as leis da economia social, uma legislação administrativa que contrariasse as tradições e as tendencias dos aggregados locaes, seria um factor de perturbação e desordem, e não teria senão uma auctoridade ephemera e facticia.

Tarde se chegou a comprehender isto, e por muito tempo, quer se legislasse, quer se applicasse a lei, procedia-se sob a influencia de necessidades urgentes, pela fórma mais empirica, ou então sob a inspiração de concepções *à priori* ou de sentimentos instinctivos. «Não podia ser de outro modo, diz GAUCKLER, emquanto se consideravam os factos sociaes como dominados pelo arbitrio e modificaveis á vontade do legislador. Methodo fundamentalmente differente se impõe, quando se reconhece que aquelles factos estão sujeitos a ineluctaveis leis, perante as quaes o proprio legislador é forçado a inclinar-se, e que tem de respeitar, se não quiser condemnar antecipadamente a sua obra a ficar mallograda» (1).

Isto veio a proposito do objecto da legislação, que não é só *materia juridica.* A legislação regula relações as mais variadas da complicada vida so-

(1) *Bulletin* cit., 4.º vol., liv. I, pag. 43.

cial, mas, regulando-as com a garantia da *coacção social,* a todas essas relações, qualquer que seja a sua natureza, imprime o caracter de relações *juridicas,* sob as fórmas correspectivas de *direitos* e *obrigações,* estabelecendo *direito privado* ou *direito público.* E por isso é que indifferentemente se diz — *legislação criminal* ou *direito criminal positivo,* não obstante dever este ser a condensação prática, não só dos principios *juridicos,* mas tambem das inducções e normas práticas da sociologia criminal, destinadas, não já á realização da justiça mas á organização dos meios de preservação social.

Se a expressão — direito criminal positivo — designa a legislação, a expressão mais generica — direito criminal — indica tanto a sciencia theorica e prática dos principios e normas juridicas, como a arte de systematizar e interpretar as regras *legaes* e de applicá-las ás especies particulares, ou a *jurisprudencia* criminal.

8. Direito criminal e direito penal. Importancia e extensão do direito criminal preventivo. — *Direito criminal* diz mais que *direito penal.*

GAUCKLER, num ensaio de systematização dos estudos criminaes, affirma que, examinando o direito, tal como elle existe, se reconhece que actualmente os estudos juridicos não têem em qualquer grau, o caracter de sciencia. Porquanto no direito se não estuda objectivamente nenhum phenomeno, não se determinam causas nem effeitos, não se investigam leis que liguem essas causas e esses effeitos, não se pratica observação nem experimentação. E, quando se appella para principios superiores, pedem-se a outros ramos dos conhecimentos

humanos, á economia politica, á moral, á metaphysica e principalmente á legislação positiva (1).

Parece-me haver aqui notavel confusão. Se os phenomenos juridicos são phenomenos universaes no tempo e no espaço, se a passagem da vida *collectiva* á vida *social* se caracteriza precisamente por um esboço de regulamentação juridica, se a lucta pelo direito é a pagina mais emocinante da vasta epopeia humana, como se comprehende que o direito seja uma sciencia experimental, e que aquelles phenomenos não tenham de ser estudados como quaesquer outros factos humanos da vida natural das sociedades! Como é que os principios superiores do direito hão de procurar-se hoje na metaphysica, que não é senão phantasia, ou na legislação, que deixou de ser a vontade do imperante, para ser o reflexo desses mesmos principios, derivados de leis naturaes! Como poderá haver uma sociologia integral sem que haja uma sociologia juridica?

Para aquelle professor o direito é apenas uma *arte,* e é só a arte da *jurisprudencia.* Assim o direito criminal terá por objecto systematizar e applicar as regras *legaes* que dominam os factos sociaes relativos ao crime, distinguindo-se em direito criminal *preventivo* (em que entram as providencias destinadas a proteger a infancia abandonada, o internato de alienados perigosos, ainda não delinquentes, e em geral todos os preceitos que directamente olham á prevenção do crime), e direito criminal *repressivo,* comprehendendo o *direito penal,* o processo criminal e a legislação penitenciaria.

---

(1) *Bulletin* cit., 4.º vol., livr. I, pag. 42.

Ha nesta doutrina a aproveitar a distincção entre o direito criminal e o direito penal, que é exacta.

Direito criminal é o direito que respeita ao crime, e comprehende assim a prevenção e a repressão; é o genero. Direito penal, a parte do direito criminal que respeita ás penas.

Diz GARRAUD que as duas expressões são frequentemente empregadas como synonymas (1), e assim é; mas isto é ainda o resultado da estreiteza de vistas da antiga escola, que só nas penas encontrava meio efficaz de combater a criminalidade pela acção do poder social. O direito criminal abrange as mais variadas relações da vida civil e economica e da administração publica, que possam, não só directamente, como ensina GAUCKLER, mas ainda de modo indirecto, influir na moralidade social; organizando as quaes, possa o orgão dirigente normalizar as actividades e fazer desapparecer o fermento social das tendencias deshonestas. E a verdadeira caracteristica do direito preventivo está exactamente em evitar a formação das más tendencias, porque as providencias chamadas repressivas tambem previnem o crime, e só com esse fim se justificam, mas neutralizando tendencias já formadas.

E não é só aos factores sociaes do crime que a acção benefica do poder social póde dirigir-se efficazmente, mas até aos factores anthropologicos.

«Experiencias muito concludentes de CH. FÉRÉ, medico de Bicêtre, mostram claramente o papel das intoxicações de toda a ordem na producção

(1) *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, tom. I, pag. 3, nota 1.

dessas lesões microscopicas, e ainda das lesões mais grosseiras, malformações faciaes e cranianas, que denominamos os estigmas da degenerescencia. Por outro lado, o estudo attento dos antecedentes hereditarios, nos frequentadores das prisões, raro deixará de revelar, na ascendencia directa, uma intoxicação, uma dessas infecções microbianas, capazes de impregnar mais de uma geração; syphilis, alcoolismo, absinthismo, tuberculose; ou que foi a mãe que, no periodo da gravidez, foi atacada de uma febre eruptiva, de uma pneumonia, etc. Estou convencido de que a rarefacção, pela simples hygiene, das doenças infectuosas, álem de diminuir a mortalidade, determinará uma diminuição da *maldade*, ou, se assim querem, da irritabilidade humana» (1).

FLEURY, que escreveu estas elucidativas palavras, resume nas seguintes indicações todo o plano de prophylaxia individual do *morbus* criminal:

1.° *Lucta contra a hereditariedade*, pela rarefacção das doenças infectuosas e das intoxicações, principalmente alcoolicas;

2.° *Desenvolvimento da instrucção*, antes de tudo prática, technica e profissional, que torne attrahente para o homem do campo a vida campestre, em logar de o embalar com esperanças chimericas;

3.° *Educação moralizadora*, subtrahindo-se as crianças aos meios de corrupção, e, se fôr preciso, ao poder dos paes indignos, para serem collocadas em aprendizagem, segundo as vocações e preferencias;

(1) Dr. MAURICE DE FLEURY, *L'âme du criminel*, pag. 152 (Paris, 1898).

4.° *Therapeutica e hygiene cerebraes,* instituindo-se nos grandes centros de população *dispensarios para crianças nervosas,* em que recebam tratamento appropriado os pequenos epilepticos, hystericos, neurasthenicos, as crianças tristes, preguiçosas, colericas ou dissimuladas, para o effeito de reparar-lhes a vitalidade, a nutrição do cerebro, a cohesão mental;

5.° Finalmente *organização de um exercito colonial de menores incorrigives,* que terão meio de empregar licitamente a sua força em demasia e satisfazer a sua necessidade organica de actos violentos, os seus appetites de pilhagem, soffrendo a acção benefica da disciplina e da fadiga em combates que não decidam da sorte da patria, é claro (1).

Estas e outras providencias preventivas da criminalidade, que têem sido propostas, mostram a extensão que hoje tem o direito criminal preventivo e as relações delle com o direito administrativo, economico, civil, etc.

9. O direito criminal preventivo não constitue uma secção differenciada da sciencia juridica. — Juridicamente taes provisões, entrando nalguma dessas divisões do direito organizador das complexas manifestações da vida politica e social, têem de moldar-se pelos principios fundamentaes que dominam o respectivo grupo de relações. Quer dizer: o direito criminal preventivo não obedece a principios juridicos privativos, como o chamado direito sanccionador.

Tem de certo a prevenção dos crimes a maxima importancia para o criminalista, do lado da sociologia; porque á sociologia criminal compete, pelo estudo scientifico das influencias que produzem a criminalidade, dar as bases para a prevenção della; não assim do lado do direito, porque o direito preventivo, sendo direito politico ou administrativo ou civil ou industrial, não offerece uma feição original para destacar-se como uma divisão especializada do organismo juridico; não comporta uma codificação, como o direito penal.

(1) *Ob. cit.*, pagg. 178, 180 e 183.

10. Objecto e complexidade do nosso estudo. — A sciencia criminal, como secção particular ou differenciada da sciencia social, abrange precisamente os dois grupos de conhecimentos indicados no enunciado official da 14.ª cadeira da Faculdade de Direito: a *sociologia criminal,* com o concurso das sciencias e processos auxiliares, — estudo do determinismo criminal, isto é, dos antecedentes causaes e da prevenção da delinquencia, assim como dos effeitos do delicto, e, entre estes, da reacção, espontanea ou reflectida, individual, social ou politica, que lhe corresponde —; e o *direito penal,* — estudo dos direitos e obrigações que nascem do delicto, *como infracção;* quer feito no campo da doutrina, quer sobre os textos legaes do direito penal positivo (*jurisprudencia penal,* neste ultimo caso).

Emquanto estudados dentro da esphera de acção da sociologia criminal, diz-se que o crime e a reacção contra o crime são encarados pelo *aspecto sociologico;* como objectos de applicação dos principios do direito penal, os mesmos factos consideram-se sob o *aspecto juridico.* Esta distincção é incorrecta, visto que o aspecto juridico não deixa de ser sociologico, sendo o direito um ramo da sciencia social; mas nenhum inconveniente resulta

das deficiencias de rigor nos termos, uma vez que o sentido delles seja sufficientemente esclarecido.

Segundo GARRAUD, o direito penal na mais larga accepção, comprehende três partes: 1.ª o *preceito* (edicto e sancção), isto é, a declaração do facto punivel e da pena applicavel; 2.ª a *organização judiciaria penal,* ou a instituição das magistraturas competentes para perseguir e julgar os delinquentes, pronunciar penas e fazê-las executar; 3.ª o *processo,* o caminho a seguir para chegar a este resultado, ou, como diz GAUCKLER, o conjuncto das condições judiciarias da applicação das penas (1). Este ultimo escriptor accrescenta — a *legislação penitenciaria,* que organiza os modos de execução ou de cumprimento dessas penas.

Estão fóra da área do nosso estudo a organização judiciaria penal e o processo, por serem materias distribuidas a outras cadeiras da Faculdade, sem que nos dispensemos, quando a relacionação natural dos assumptos assim o pedir, de indicar em que sentido a sciencia reclama a reforma desses dois elementos fundamentaes da prática penal (2).

(1) GARRAUD, *obr. cit.*, pag. 4; GAUCKLER, *Bulletin* cit., 4.º vol., livro I, pag. 42.

(2) Pelas diversas organizações dos estudos da Faculdade, tanto pela de 1836, como pelas de 1844, 1865 e 1901, o estudo do processo criminal tem andado sempre separado do direito criminal e comprehendido na cadeira de processo.

Em 1886, uma commissão nomeada pela Faculdade para tratar da remodelação dos estudos juridicos foi de parecer que o processo penal se estudasse junctamente com o direito penal, como succede na França e na Italia. O estudo conjuncto e parallelo dos dois ramos numa só cadeira seria conveniente para a boa distribuição do serviço e util pela estreita ligação e relacionação das materias. Mas a falta de tempo para a explicação de todo o objecto da cadeira, mesmo sem esta ampliação, representa um obstaculo evidente á execução daquelle parecer, a não ser que se tivesse creado curso biennal, como teria sido conveniente.

É tambem GARRAUD quem assigna á sociologia criminal este triplice objecto:

1.º Estudo do mundo da criminalidade no seu estado actual e na sua historia;

2.º Investigação das causas que produzem o crime;

3.º Indicação e organização dos meios aptos a combatê-lo (1).

A esta tripartição COLAJANNI oppõe outra, bastante analoga, e que, essencialmente, representa uma simples inversão na ordem das materias, a qual elle justifica com a conveniencia prática de reservar para o ultimo logar as doutrinas que estreitamente se relacionam com a questão do progresso moral.

Propõe a seguinte distribuição:

1.ª Génese e etiologia do delicto;

2.º Tratamento do delicto, subdividindo-se esta parte em — *prevenção* ou *hygiene social* (a que correspondem os meios que impropriamente FERRI denomina *Sostitutivi penali, equivalentes penaes*) e *repressão* ou *direito penal.* COLAJANNI dispensa-se de discutir neste logar a «separação que se vae esboçando entre o direito penal e a *penologia,* que deveria occupar-se do lado technico, hygienico, economico e moral da applicação das penas, ficando para o direito penal a apreciação puramente juridica».

3.º Historia e evolução da delinquencia, em or-

(1) *Obr. cit.*, tom. I, n.º 5, pag. 9.

dem a verificar a muita, pouca ou nenhuma efficacia dos meios preventivos e repressivos adoptados para combatê-la; «e deste modo, com o conhecimento dos resultados assim obtidos, ha occasião para expôr a parte, por assim dizer, negativa do progresso moral» (1).

Desenvolvendo o seu programma, COLAJANNI discute primeiramente a noção sociologica de *delicto,* passa em seguida a expôr, num longo capitulo, as questões de anthropologia relacionadas com a delinquencia, com os *presupposti scientifici* da anthropologia criminal, destinando os capitulos seguintes ao estudo dos caracteres dos delinquentes, á sua classificação, á discussão do typo criminal lombrosiano e á determinação do caracter da delinquencia nas suas relações com a doença, nomeadamente a nevropathia, a epilepsia e a loucura, com a degenerescencia, com a inadaptação, com o atavismo. Na segunda parte da obra é que directamente aborda a apreciação methodica dos factores do delicto, depois de um capitulo preliminar sobre *livre arbitrio* e *determinismo,* sentido do termo *factores,* etc., classificando estes em factores *anthropologicos* (caracter, edade, sexo, estado civil, hereditariedade, raça), factores *physicos* (clima, estações, temperatura) e factores *sociaes* (revoluções, ociosidade, vadiagem, prostituição, miseria, instabilidade e desegualdade economicas, guerra e militarismo, instituições politicas, religião, repressão). No capitulo final, correspondente á terceira parte indicada — historia e evolução da delinquencia, occupa-se

(1) *La sociologia criminale*, vol. I, cap. I, pag. 40.

COLAJANNI da origem, caracter e utilidade da repressão (que elle faz figurar, como fica dito, na enumeração dos factores do delicto), e da superioridade da prevenção.

Como se vê, o sociologo italiano não estuda afinal a historia e a evolução da delinquencia, limitando-se a alguns traços rapidos sobre a origem e transformações da *penalidade.*

Num curso de sociologia criminal, realizado ha annos por FERRI no *Instituto dos altos estudos* da Universidade Nova de Bruxellas, o eminente professor tratou das phases da evolução da justiça penal, e, em seguida, da *evolução da criminalidade,* discutindo, sob esta rubrica, os problemas que são objecto dos dois primeiros capitulos da sua sociologia criminal, intitulados — *I datti dell'antropologia criminal* e *I datti della statistica criminale* — problemas que se referem á *historia natural* do criminoso, estudado na sua constituição organica e psychica e na sua vida de relação com o meio physico e social, ás relações da criminalidade com a civilização e os *sostitutivi penali* ou meios de prevenção do delicto na ordem economica, politica, scientifica, administrativa, religiosa, familiar e educativa.

Não ha, com effeito, uma *historia* da criminalidade, que possa fazer-se com abstracção da civilização, de que ella é, em grande parte, o producto. Cada phase da civilização humana e cada raça tem a sua criminalidade caracteristica. Esta é violenta nas epocas em que predomina a força; astuciosa, quando prevalece a intelligencia.

De modo que a evolução do delicto acompanha a evolução humana, e na secção destinada ao estudo da *etiologia* é que tem logar a investigação

das relações naturaes de cada fórma de civilização com cada fórma historica de criminalidade.

Este é o sentido que deve ter o n.º 1.º da divisão de GARRAUD, n.º 3.º do plano traçado por COLAJANNI.

A divisão de GARRAUD fica afinal bipartida, e de facto, essencialmente, o conteúdo da sociologia criminal reduz-se ao estudo das *causas* do phenomeno criminal e ao dos seus *effeitos,* contando entre os effeitos a reacção defensiva que no meio social corresponde á acção nociva. É evidente que se torna indispensavel determinar as condições de delictuosidade do facto, ou os elementos componentes da noção sociologica de *delicto,* mas esses elementos não podem deixar de ser procurados entre os effeitos, e só por estes poderá aferir-se a anormalidade e nocividade da acção.

11. Relações da sociologia criminal e do direito penal com outras sciencias. — Numerosas são as sciencias com que a sociologia criminal e o direito penal se relacionam.

Entre ellas uma ha de importancia particular: a *anthropologia.*

Etymologicamente, designaria este termo a sciencia do homem considerado em si e em todas as suas manifestações. Nesta accepção a anthropologia absorveria todas as sciencias respeitantes ao homem, incluindo a propria sociologia; sería a reünião, sob uma etiqueta commum, de sciencias diversas, e com esta ampliação de limites ficaria sem existencia como sciencia distincta e autonoma (1).

(1) GAUCKLER, *Bulletin de l'union international de droit pénal,* 4.º vol., livr. I, pag. 38.

A anthropologia é uma sciencia constituida, e a sua esphera de acção acha-se demarcada. QUATREFAGES definiu-a: a historia dos homens considerados no ponto de vista *especifico;* e TOPINARD: o ramo da historia natural que trata do homem e das especies humanas. A anthropologia pois, diz GAUCKLER, só estuda do homem e dos phenomenos humanos o que aproveita ao proposito de caracterizar a especie humana e as suas variedades (1).

E não póde dispensar-se, para apresentar as suas conclusões num quadro completo, de acceitar os subsidios das diversas sciencias, incluindo a sociologia, que tem de fornecer-lhe os caracteres *sociaes* da especie humana. Neste sentido é licito fallar numa *anthropologia sociologica,* quando se pretenda designar esse capitulo da anthropologia que, aproveitando os resultados da sociologia, define os caracteres sociaes da especie humana e das suas variedades.

Reciprocamente, será impossivel estabelecer as leis do funccionamento de uma sociedade, conhecer as acções e reacções que constituem a dynamica social e apreciar o caracter perturbador de certas fórmas de actividade, emquanto ignorarmos os caracteres organicos e psychicos da especie e os da raça na qual surgiu essa sociedade, assim como os das variedades de individuos ou das categorias especiaes que podem encontrar-se no seio da mesma raça e da mesma sociedade.

Os criminalistas anthropologos, antes de tudo, estudam o delinquente pela observação directa nos gabinetes de anatomia e de physiologia, nas prisões

(1) *Ibid.,* pag. 39.

e nos asylos de alienados, sob o aspecto organico e psychico, comparando-o com o homem normal, com os degenerados, com os alienados. A investigação technica dos caracteres bio-psychicos do delinquente é assim a tarefa caracteristica da nova sciencia da *anthropologia criminal;* mas, para que esta possa aspirar a separar todos os caracteres que permittem definir scientificamente os criminosos, como uma *variedade* da especie humana, não é indifferente conhecer a delinquencia *em acção* no meio social, e por isso a anthropologia tem de pedir o auxilio da sociologia, que toma conta do delicto, e o aprecia como phenomeno *perturbador* da vida normal da sociedade (1).

No exame dos caracteres psychicos dos criminosos o anthropologista recorre ás conclusões da nova *psychologia,* que em nossos dias tem feito tão notaveis progressos, graças á adopção dos processos experimentaes, e assim verificará o que ha de especial na formação dos pensamentos e dos sentimentos, no modo de desenvolvimento da actividade intellectual e moral desses seres anti-sociaes; e pela *psychiatria* poderá comparar estas anomalias psychicas com outras fórmas da pathologia mental.

Ainda o criminalista terá de consultar a *medicina legal,* synthese dos conhecimentos mais importantes da medicina necessarios, não só para a observação scientifica dos accusados, mas tambem das

(1) Ferri, *obr. cit.*, pag. 71 e segg.; ed. fr., pag. 28 e segg.; Gauckler, *obr. cit.*, pag. 40.

víctimas, e assim indispensaveis para a fixação dos elementos da prova nos casos em que póde haver dúvida, quer sobre a existencia do delicto, quer sobre a sua natureza, nomeadamente nos casos de morte violenta, ferimentos e espancamentos, aborto, estupro e envenenamento.

«Os progressos da medicina legal, diz G. Vidal, principalmente na *toxicologia,* têem contribuido para tornar mais raros certos attentados, como o envenenamento, diminuindo as probabilidades da impunidade. O papel dos peritos medicos, é, dia a dia, mais importante, e cada vez se torna mais necessaria uma regulamentação melhor da pericia judiciaria» (1).

Estudando a influencia individual na génese natural do crime, é mister que o criminalista sociologo procure as influencias sociaes, e para conhecê-las recorre á *estatistica.* A estatistica, na phrase de Krohne, desempenha na lucta contra o exercito criminal, o mesmo papel que o serviço de exploracão na guerra (2). Quetelet considerava-a o *nosce te ipsum* applicado á sociedade, e Tarde encarece-a como um *sentido social* que desperta. «Ella é para a sociedade o que a visão é para os animaes, e, pela nitidez, pela celeridade, pela multiplicidade crescente dos seus quadros, das suas curvas graphicas, das suas cartas coloridas, torna-se esta analogia cada dia mais exacta, porque realmente o olho não é mais que um admiravel apparelho de registo, rapido, instantaneo, original, das vibrações

(1) *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire,* 2.ª ed., n.ˢ 57, pag. 66 (Paris 1901).

(2) Apud Ferri, *obr., cit.*, 4.ª ed., pag. 267, ed. fr., pag. 131.

opticas, que passam na fórma de quadros visuaes continuos, especie de atlas incessantemente renovado» (1).

Na estatistica se firma a convicção moderna do determinismo criminal. Agrupando methodicamente os factos sociaes que se prestam a uma avaliação numerica, ella patenteia os progressos ou a diminuição da criminalidade a par de certas mudanças nas condições da vida social, ou parallelamente a certas modificações do meio em que se encontram os individuos. As mais imperceptiveis variações, inherentes a determinadas circunstancias pessoaes, como o sexo, a edade, o grau de instrucção, ou physicas, como os logares, a temperatura, as estações, ou economicas e moraes, como as boas ou más colheitas, o numero de fallencias, o consumo do alcool, são accusadas nas ondulações das curvas estatisticas, de maneira a podermos estabelecer todas as numerosas relações da criminalidade, individuaes, territoriaes, intellectuaes, politicas, religiosas, economicas e industriaes, e a chegarmos á descoberta das leis que a regem. Instrumento de processo de observação, antes que *sciencia,* a estatistica é um admiravel *sociometro*, como a qualifica TARDE, chamado a prestar aos criminalistas serviços analogos aos que o thermometro presta aos physicos, ou conforme a comparação de GARRAUD, aos que a micrographia presta á physiologia (2).

A sciencia criminal tem ainda de viver em

(1) *La Philosophie pénale,* cap. VI, pag. 293.
(2) GARRAUD, *obr. cit.,* n.º 4, pag. 8; G. VIDAL, *obr. cit.,* n.º 55, pag. 64. Cf. ROBERTY, *La Sociologie,* pag. 116.

amiudadas e intimas relações com outras sciencias e com differentes ramos do direito.

Entre as sciencias, escusado seria mencionar, em vista do que fica exposto, a *economia politica.* Se, como pondera VIDAL, a producção, a distribuição e o consumo têem influencia certa, e por vezes consideravel, na producção dos delictos, dever é do legislador e dos que querem luctar contra o desenvolvimento da criminalidade ter em consideração as leis economicas na organização da prevenção ou da repressão.

Para uma prevenção efficaz o criminalista precisa tambem de penetrar na área da competencia da *administração* e do *direito administrativo,* que têem por objecto as condições destinadas a assegurar a satisfação das necessidades do Estado e a regular o exercicio das multiplas funcções da auctoridade social, consoante a definição de VIDAL.

Para que se torne desde logo evidente o valor das providencias administrativas relativamente ao nosso assumpto, basta considerar os serviços, progressivamente mais complexos nas nações cultas, da repartição especial da Assistencia pública.

O nosso estudo necessita ainda de illustrar-se com as lições do psssado e com o conhecimento das instituições actuaes nos países civilizados.

Tem pois de conferir-se com a *historia* e com a *legislação comparada.*

Já nos referimos ás relações da criminalidade com a civilização. A historia das civilizações habilita-nos a comprehender o movimento da criminalidade, descobrindo-nos as causas sociaes de algumas fórmas desapparecidas e as que determi-

naram o seu desapparecimento ou transformação, assim como nos explica as metamorphoses do espirito público, que reclama num periodo historico os rigores penaes para factos de que posteriormente se desinteressa, graças á mudança nas necessidades sociaes e ao progresso das ideias e dos sentimentos de tolerancia e liberdade.

Assim é que as legislacões penaes se modificam, através do tempo, nos systemas incriminatorios, como analogamente nos systemas de penalidade, consoante a evolução dos principios politicos.

E aqui se nos offerece uma relação nova da sciencia criminal: a conformidade das instituições repressivas com o caracter *do direito politico*. O respeito da liberdade individual nos seus diversos aspectos — liberdade de consciencia, de pensamento, de palavra, de imprensa, de associação, tem, como effeito natural, a eliminação de grande numero de incriminações, caracteristicas do regimen prohibitivo da intolerancia e do absolutismo. «Aos progressos do direito constitucional e politico, e não aos da moral social, é que devemos, como affirma G. VIDAL, a suppressão dos antigos crimes de heresia, de atheismo, de blasphemia, de sacrilegio, de lesa-majestade. A legislação constitucional e politica exerce egualmente influencia directa sobre a fixação dos direitos do indiciado e do accusado no decurso do processo, bem como sobre o modo de regular as formalidades no intuito de proteger os direitos da defesa e da liberdade individual» (1).

(1) *Obr. cit.*, n.º 53, pag. 63.

No final do seu extenso estudo sobre o direito penal dos romanos, escreve RENÉ ROLAND:

«Roma, como a maioria dos povos antigos, passou, quanto ao direito penal, por successivas transformações. Mas porventura o que na sua historia é mais interessante salientar é a influencia das revoluções politicas sobre a legislação criminal, e este ponto especial é o que me esforcei por esclarecer. Emquanto Roma desfructou a liberdade, e principalmente quando, pelo estabelecimento das *quaestiones perpetuae*, a democracia romana deu provas de alta sabedoria, o systema das incriminações e das penalidades era penetrado de notavel espirito de moderação e de justiça, não obstante as discordias civis, essas rivalidades entre as duas classes da sociedade, serem já então causa de muitas desordens. Mas, quando o despotismo logrou confiscar em seu proveito todas as forças vivas da nação, quando já não havia outro direito e outra equidade, que o bom prazer do principe, a noção do justo e do injusto tendia a desapparecer, multiplicaram-se ao infinito as incriminações, tornaram-se excessivas as penas. Ao sopro da tyrannia toda a justiça se apagára» (1).

É convincente este exemplo historico.

Além da *historia*, que, do mesmo modo que a estatistica não é propriamente uma sciencia social, mas antes um meio de descoberta e um modo de investigação que cabe em todas as divisões possiveis da sciencia social, sendo a descripção dos attributos

(1) *De l'esprit du droit criminel aux différentes époques, dans l'antiquité, dans les temps modernes*, etc., pag. 310 (Paris, 1880).

de *successão,* como a estatistica é a descripção dos attributos de *coexistencia* (1), mencionámos a *legislação comparada.*

É um processo ou disciplina sociologico-juridica que em nossos dias tem adquirido grande incremento, graças aos esforços da *Sociedade de legislação comparada,* publicando um Annuario de legislação estranjeira e fazendo traduzir codigos de varias nações. Tambem a *Sociedade geral das prisões* destina ás instituições penaes e penitenciarias dos países europeus e americanos uma parte da sua *Revista penitenciaria.*

É claro que, pelo estudo comparativo das legislações, tendo em consideração as differenças de costumes e de organização social e politica, o methodo experimental adquire, pela extensão do campo de experiencia, todo o seu poder de convicção, se para aferirmos pelos resultados, já verificados em países de cultura analoga, o valor dos meios preventivos ou repressivos excogitados contra a criminalidade, completarmos aquelle estudo com as informações que de toda a parte confluem aos congressos internacionaes (2).

Intencionalmente, nesta revista das sciencias e disciplinas com que a sciencia do crime tem de viver em intimidade, deixámos para o ultimo logar o *direito civil,* que sob um duplo aspecto se relaciona com o nosso estudo.

Emquanto o direito civil *organiza* as relações privadas, e *declara* os direitos inherentes á personali-

(1) Roberty, *obr. cit.*, pag. 116.
(2) Vidal, *obr. cit.*, n.º 59, pag. 67.

dade juridica, ou relativos á familia, á propriedade, ás obrigações contractuaes, ás successões, interessa á criminologia pelo mau influxo que uma viciosa organização dessas relações póde exercer sobre a formação do caracter e sobre as circunstancias que provocam ao delicto. E neste sentido as reformas do direito civil organizador são eminentemente reformas de direito criminal preventivo.

Mas o direito civil confina tambem com o direito penal pelo capitulo das sancções, isto é, como direito *sanccionador.*

O que caracteriza a infracção criminal é a comminação de uma pena; é isto que a distingue da *infracção civil* no direito *constituido.* Mas de que modo se deva chegar ao direito constituido, não tacteando pelas veredas incertas do empirismo, senão cortando a direito pelo caminho da sciencia, é uma investigação da maior delicadeza. Que elementos constituem, sociologicamente e juridicamente, sobre o terreno doutrinal, a noção de *delicto,* no sentido mais geral? Em que se baseia a *incriminabilidade* de uma acção ou de uma omissão? Sob que condições transpõe um facto os limites da sancção civil e vae caír sob a jurisdicção do direito penal? Qualquer solução é inacceitavel, se não explicar as transformações historicas do direito incriminatorio, sob a instigação dos interesses da classe prepoderante, ou sob a pressão da consciencia collectiva, que vibra ao sentimento das necessidades sociaes, e onde directamente ellas vão repercutir-se. Mais ou menos amplo será o dominio do direito penal, conforme essas influencias e necessidades, variaveis com a civilização, com a orientação do espirito publico, com a organização politico-social; e, quanto mais se ampliar o objecto

de applicação das sancções penaes, mais restricta fica a lista dos *delictos civis*.

G. VIDAL considera todas as sancções civis como sancções de *reparação*, e distingue-as em tres variedades: o restabelecimento do estado anterior, pela destruição do estado anti-jnridico; a nullidade dos actos anti-juridicos; a reparação dos damnos causados por esses actos. Accrescenta que, se as sancções civis bastam para *reparação* do mal produzido pela violação do direito, a legislação penal não tem de intervir; essa violação fica na dependencia exclusiva da legislação civil. Mas torna-se necessaria a sancção penal, quando as sancções civis são havidas por insufficientes pela gravidade do mal causado, pelos sentimentos anti-sociaes, perversos e perigosos, que o acto revela no agente, pela emoção pública determinada por esse acto, e pela impossibilidade de se prever a sua execução ou de os cidadãos assegurarem antecipadamente a sua defesa.

Desta exposição mesma se infere que é inexacto que as sancções civis sejam unicamente sancções de *reparação*. Recorre-se ás penaes, quande se reputam insufficientes as civis pela impossibilidade de prever a execução do acto lesivo e de assegurar contra elle a defesa social. O caracter subsidiario do recurso ás sancções penaes significa que as do direito civil não são estabelecidas no intuito exclusivo de *reparar* o damno causado pelo acto anti-juridico, mas tambem por um fim de prevenção directa das offensas e de protecção providente dos direitos contra futuras lesões.

Ha violações, perfeitamente *reparaveis* no ponto de vista economico, que todavia importam responsabilidade criminal, como o furto, seguido de restituição immediata. Pertencerá, como numerosas outras, ao direito penal, até quando nenhum damno haja a reparar, como no caso de não passar de simples *tentativa*. Outras lesões ha que, embora sejam irreparaveis no todo ou em parte, como a insolvencia civil sem dolo, ou a lesão resultante de impericia ou negligencia de um mandatario, não transcendem os limites do direito civil.

O chamado *direito repressivo* é, de facto, direito *preventivo, directamente da infracção*, que a lei prevê determinadamente em todos os seus elementos constitutivos, em vez da prevenção *indirecta* e *indeterminada* da criminalidade, ou, melhor, das tendencias anti-sociaes, prevenção que é o fim do denominado direito preventivo. O direito civil é, com effeito, na maior parte das suas sancções, direito *reparatorio*, e á reparação do damno proveniente da injustiça se destinam as acções de reivindicação, de manutenção e restituição de posse, de rescisão de contractos por incapacidade dos contrahentes, por causa de erro, coacção, etc., ou de actos e contractos em prejuizo de terceiro, a acção de inofficiosidade, a de perdas e damos. Mas, além de varias instituições destinadas a prevenir directa e mais ou menos determinadamente as lesões, e que ás partes interessadas, revestidas de capacidade legal, é facultativo aproveitar, como são as garantias da fiança, penhor, hypotheca e consignação de rendimentos, a separação de bens entre os conjuges, etc., outras providencias se encontram na legislação civil moderna, que são como *sancções* de um procedimento irregular e alarmante, e que offerecem caracter accentuadamente preventivo da lesão, taes como a interdicção por prodigalidade, a simples separação judicial dos bens como

defesa contra a má administração do marido, o meio comminatorio facultado ao possuidor para evitar a turbação ou o esbulho, o arresto para a segurança da divida, etc.

Inadmissivel é, conseguintemente, pretender caracterizar as sancções civis pela sua efficacia reparatoria, considerando subsidiarias as sancções penaes; porque nem as sancções penaes *reparam*, uma vez que as penas, comquanto tranquilizem o espirito publico, nada podem apagar da injustiça já consumada, e o proprio G. VIDAL reconhece o caracter preventivo do direito penal, quando o destina a combater os sentimentos perversos e *perigosos* do agente, e á defesa dos cidadãos contra actos que elles não podem prever e prevenir; nem é exacto que o direito civil não contenha sancções caracteristicamente preventivas.

O problema fica indicado, e outro é o logar em que temos de procurar-lhe solução, que aliás o escriptor alludido parece avistar já na funcção defensiva do direito penal, funcção tão substancial, quando se torna impossivel prever a execução do acto ant-social *et de s'en garantir par avance* (1).

«Cada um de nós, escreve TARDE, traz consigo por toda a parte uma bagagem invisivel de conhecimentos e de esperanças — duas fórmas da crença — que constituem o seu pequeno thesouro de fé: está persuadido de que ha de viver, de que hão de viver os seus filhos, de que o seu dinheiro está bem collocado, de que os seus devedores não hão de fallir; sabe tudo o que lhe ensinaram na escola, na igreja ou noutra parte: certezas todas tanto

(1) G. VIDAL, *obr. cit.*, n.º 52, pag. 61.

mais inconscientes, quanto mais profundas. E a somma de todos estes thesouros individuaes é o grande thesouro nacional de fé, chamado com diversos nomes: Opinião publica. Consciencia publica, Crédito publico. Todo o delicto é uma diminuição directa ou indirecta desta immensa fortuna. Nisto está o seu perigo. Não seriam precisos muitos casos do Panamá, dos bancos de emissão ou dos fundos guelfos, para vibrar um golpe mortal ao credito publico, nem muitas explosões de dynamite para nos lançar de novo na insegurança social dos tempos barbaros» (1).

O crime é assim concebido como uma violação da *confiança pública*, considerada a confiança pública como a presumpção de certas qualidades nos membros do aggregado social — de um certo grau de previdencia, de fidelidade, de moralidade, de sinceridade, sem o qual a vida social sería impossivel; de sorte que cada um, na impossibilidade de verificar essas qualidades a cada momento, tem de suppô-las existentes nos outros, para que se não veja condemnado a viver continuamente entregue a uma inquietação angustiosa, armado sempre para a lucta (2).

A protecção penal visa a *restabelecer* a confiança pública abalada pelo acto criminoso, — não só por meio de coacção psychologica que deriva da *ameaça penal* exarada na lei, mas pela certeza que a todos dá de que o Estado invencivel se mantêm firme deante das actividades nocivas, para dominá-las, até que deixem de offerecer perigo, e ainda

(1) *Essais et mélanges sociologiques*, pag. 142.
(2) A. HENRIQUES DA SILVA, *Contravention et délit*, pag. 12 e segg

para assegurar aos offendidos, no cumprimento de um dever social e independentemente de intervenção delles no processo, a possivel reparação do damno que soffreram.

Esta ultima obrigação do Estado será dentro em breve expressamente reconhecida nas leis, mercê das reclamações da escola positiva italiana. Actualmente ainda a sancção civil de reparação conserva o caracter *privado;* foi esta escola que salientou a insufficiencia actual da protecção dos direitos da víctima de um delicto penal, impondo, como um dever da sociedade, a garantia da reparação civil, que reveste o caracter de interesse público, com o mesmo titulo que a sancção penal (1).

12. Plano geral deste curso. — Resta agora traçar o plano geral deste estudo.

Esse plano tem de comprehender o duplo objecto da sociologia criminal e do direito penal, quer doutrinal, quer positivo, tal como esse objecto deriva das noções dadas no começo do n.º 10. Da necessidade de ir entrelaçando nos problemas sociologicos as questões juridicas, e de approximar das soluções doutrinaes os preceitos do direito penal português, que, por sua vez, tambem suscitam delicadas questões exegeticas, provém a maior difficuldade. Temos simultaneamente de fazer sociologia, direito scientifico e jurisprudencia.

Mas ainda, antes disso, torna-se mistér fazer *historia.* O estudo da criminalidade não começou

(1) VIDAL, *loc. cit.*, pag. 62.

em nossos dias. A lucta contra o crime, a qual se integra na lucta pela conservação, ou sustentada entre os individuos, ou entre os aggregados, legal ou extra-legal, é de todos os tempos. É natural que se tentasse normalizá-la, torná-la mais efficaz, menos precaria e mais conforme ás necessidades da ordem pública. O phenomeno criminal foi pois estudado desde os inicios da vida social.

No direito consuetudinario, nas leis religiosas, civis e politicas é que principalmente temos de ir procurar o resultado desse estudo, até aos tempos modernos, em que a sciencia criminal se destaca da religião, da politica e do direito geral, sob a influencia dos novos principios juridico-individualistas e dos sentimentos altruistas desenvolvidos pela evolução humana, como *direito penal* e como *sciencia penitenciaria;* e mais tarde pela constituição scientifica da anthropologia, da psychologia e da sociologia, e pelas revelações da estatistica, — como *sciencia natural* differenciada, susceptivel de ser tractada monographicamente, como um ramo do saber experimental.

A antiga philosophia não descobria no problema criminal senão o aspecto politico ou theologico-ethico, e as suas ideias, expressas em tractados geraes, formam o espirito e o caracter da legislação religiosa ou politica de cada povo ou de cada época e das instituições penaes correspondentes.

Mal poderemos chegar a conclusões viaveis quanto ao presente, se não comprehendermos no seu espirito e nas suas relações essas instituições do passado.

«Os nossos reformadores — escreve TARDE, lamentando o desprezo pelas lições da historia — têem gasto menos tempo do que nós, em conside-

rações historicas, e sem curarem dos precedentes trataram *objectivamente,* como realistas, como naturalistas, o problema da pena.

Pois bem. Descobre-se que a solução que propõem até onde ella é acceitavel, é o seguimento logico das soluções anteriores tão desdenhadas, pelas quaes era provocada, chegando, como ellas, na sua hora e no seu logar proprio, o que constitue o seu grande merito e a razão do seu exito. Quando o homem julga que obedece apenas á sua razão individual, vae afinal pela mão da grande logica social. O individuo agita-se, mas o meio é que o impelle» (1).

«Tratando-se, em ultima analyse, diz tambem FERRI, de determinar a natureza de uma funcção social, como é o direito de punir, e da sua direcção no futuro, indispensavel é conhecer os elementos biologicos e sociologicos em que ella se firma; e dos dois pontos tomados para determinar a trajectoria, o presente e o passado, quanto mais longe do observador se vae fixar o ultimo, melhor e mais evidente se representa a respectiva posição e o cyclo da evolução» (2).

A historia da justiça criminal e das doutrinas penologicas é tambem eminentemente instructiva num sentido mais geral, como condensando todo o movimento do progresso moral e juridico da humanidade.

A penalidade, através do tempo e das civilizações, realiza a sua evolução por um movimento oscillatorio entre uma tendencia *utilitaria* e uma

(1) *La philosophie pénale,* cap. VIII, pag. 494.
(2) *Sociologia criminale,* 4.ª ed., pag. 505; ed. fr., pag. 293.

tendencia *mystica,* como TARDE muito bem comprehendeu (1). Estas duas tendencias mostram-se, desde a antiguidade grega e romana e ao longo da idade media e dos tempos modernos, sob as fórmas do principio theologico da *expiação* e do principio politico da *razão de Estado,* e volvem a apparecer-nos mais recentemente nas theorias ethico-juridicas da *razão prática* e da *justiça absoluta* e nas doutrinas politico-sociologicas do *contracto social,* da *utilidade geral* e da *preservação social.* A pena ora é considerada como meio de defesa, ora como meio de purificação, de rehabilitação religiosa ou moral.

Mas a defesa, de individual ou familiar, torna-se politica; de oligarchica, social; e o espirito mystico eleva-se gradualmente da religião domestica á religião da cidade, e do dogma *theologico* da fraternidade humana em Deus, um Deus já universal, ao dogma *philosophico* da fraternidade humana pela posse de uma Razão e de uma Consciencia humana.

Assim, emquanto pela evolução do principio da defesa, a historia da justiça penal manifesta um movimento de *socialização* crescente, que vae até á criação moderna de um direito penal internacional, tambem pela evolução dos ideaes mysticos nos conduz a esta phase do direito contemporaneo que, desprezando as differenças de raça, de nacionalidade, de condição social, consagra, sobre a base da unidade do genero humano, os direitos do *individuo,* confo microcosmo que em si condensa, pela qualidade de ser racional, a humanidade de que faz parte.

(1) *La philosophie pénale* cit., cap. VIII, pag. 478.

A doutrina dos philosophos será discutivel nos seus fundamentos, mas os resultados ficam definitivamente adquiridos, porque são o producto, não da especulação philosophica, mas do progresso social, que notavelmente se manifesta tambem no desenvolvimento da affectividade.

Com effeito, observamos na historia da justiça penal a victoria, dia a dia mais assignalada, da egualdade sobre o privilegio, da reflexão sobre o instincto, da razão sobre a força, da piedade sobre a ferocidade.

Eis agora as divisões principaes deste trabalho.

Tem elle de comprehender, como indicámos (1), o estudo do determinismo criminal, isto é, dos antecedentes causaes da delinquencia (a tendencia anti-social) e dos meios de a prevenir, assim como dos effeitos do delicto (o facto anti-social, cuja noção sociologica e juridica carecemos de estabelecer, determinando os seus elementos essenciaes), e, entre estes, da reacção, espontanea ou reflectida, individual, social ou politica, que lhe corresponde.

Isto, que é o objecto da sociologia criminal, ha de completar-se com o estudo dos direitos e obrigações que nascem do delicto, como *infracção* da ordem juridica, devendo este estudo ser feito sob o aspecto *doutrinal* (*sciencia* theorica e prática do direito penal), e debaixo do aspecto *legal*, nos textos do direito penal positivo português (*jurisprudencia penal portuguêsa:* exegese, systematização e crítica da nossa legislação penal).

Este complexo estudo, sociologico e juridico,

(1) *Supra*, n.º 10, pag. 39.

mas principalmente o juridico pela necessidade do exame analytico da lei penal, tem de considerar o crime de dois modos: em geral e em especial.

Assim pois três serão as partes maiores deste trabalho: A) *A evolução da justiça e da sciencia criminal;* B) *O crime em geral;* C) *Os crimes em especial.*

A) Assistiremos nesta parte, ao cabo de longo percurso da evolução, á formação do espirito juridico e do espirito scientifico contemporaneo; observaremos como nasceram as instituições penaes subsistentes no direito actual, e veremos em que sentido tendem a aperfeiçoar-se ou a transformar-se. Terminaremos com o estudo summario das origens do direito penal português, e iremos seguindo as grandes linhas da sua historia particular até ao codigo e mais legislação penal commum em vigor entre nós.

B) Passando ao *crime em geral,* começaremos por: *a) O crime nas suas causas.* Aqui vem 1) a etiologia da criminalidade e 2) a hygiene criminal.

Seguiremos considerando: *b) O crime em si,* como *facto* anti-social e anti-juridico, *e no seu objecto,* isto é, nas condições naturaes ou legaes que affecta, em ordem a determinar o seu grau de nocividade. E teremos de:

1) apurar os elementos da noção sociologica de crime e os da sua noção juridica;

2) a proposito das relações do facto com a lei penal, tratar da applicabilidade desta: quanto ao tempo, quanto ao espaço e quanto ás pessoas, acompanhando a doutrina com o exame da nossa legislação;

3) proceder a diversas classificações da infracção penal, segundo os diversos modos por que a actividade criminosa póde violar a lei, affectando mais ou menos profundamente as condições da vida social;

4) determinar as *phases* do facto criminoso e aquellas que reünem os requisitos da punibilidade, confrontando sempre as conclusões doutrinaes com os preceitos do codigo penal português.

Estudaremos a seguir:

c) O crime no criminoso, como sujeito de responsabilidade. Temos a discutir neste logar: 1) os *fundamentos* da *responsabilidade criminal,* segundo as escolas; 2) as suas *condições juridicas* (onde cabe o estudo das *circunstancias dirimentes* e a crítica das disposições legaes a este respeito); 3) a base juridica de *graduação* da responsabilidade, segundo as categorias de auctor, cumplice e encobridor (e vem aqui a proposito o estudo da *associação criminosa*) e segundo as *circunstancias* pessoaes ou materiaes, *aggravantes* ou *attenuantes;* e a base scientifica de *differenciação,* segundo as categorias anthropo-sociologicas dos delinquentes; 4) os modos juridicos de *extincção* da responsabilidade criminal.

Emfim, ainda nesta segunda parte, torna-se necessario examinar:

d) O crime na reacção que provoca e nos direitos a que dá origem.

Nesta ultima divisão occupar-nos-hemos: 1) da *legitima defesa;* 2) da *defesa social coactiva,* nas suas differentes fórmas, nomeadamente na 3) da *prevenção directa* e *determinada* pela ameaça penal;

iremos em seguida ás bases de organização, 4) da *therapeutica criminal* (clinico-penal), e fallaremos nas reformas a introduzir na doutrina legal, e 5) da *reparação do damno* causado pelo facto criminoso, procedendo, para terminar esta parte, ao exame critico 6) do *systema penal português,* na sua organização e nas regras de applicação, execução e extincção das penas.

C) A terceira parte, para percorrer a qual será sempre insufficiente o periodo de um anno lectivo, havendo-se de versar a parte historica e a parte geral, sería destinada, como fica indicado, ao estudo sociologico e juridico dos *crimes em especial.*

13. Observação. — Como se vê, é vasto o programma talhado, mas a sua execução não só nunca attingiu a ultima parte, mas nem sequer entreviu o termo das duas primeiras, mercê por ventura do demasiado desenvolvimento que lhe foi dado.

Por isso, embora orientando-nos pelas referidas lições, procuraremos synthetizar os assumptos tanto quanto nos fôr possivel em um primeiro estudo.

PRIMEIRA PARTE

A evolução da justiça e da sciencia criminal

LIVRO I

Desinvolvimento historico do direito penal em geral

CAPITULO I

Divisão

14. Phases da evolução do direito penal. — Para melhor se comprehender as condições do exercicio actual da justiça penal é mister segui-la através as phases do seu desinvolvimento historico, principalmente na Europa.

A fim de facilitar a exposição, costuma dividir-se esta historia em diversos periodos caracterizados pelas differentes maneiras de conceber a funcção social da penalidade.

Ad. Prins distingue quatro periodos essenciaes: 1.° o periodo *consuetudinario* ou de *reparação*, que vae até á Idade media; 2.° o periodo de *expiação* ou de *intimidação*, que comprehende a Idade media e a Renascença; 3.° o periodo *humanitario*, que

abrange o seculo XVIII e uma parte do seculo XIX; 4.º o periodo *scientifico* contemporaneo (1).

Não diverge consideravelmente desta divisão a de VIDAL. Distingue tambem quatro periodos, a que dá as denominações seguintes: 1.º periodo da *vingança privada;* 2.º periodo theologico-politico da *vingança divina e publica* e da *intimidação;* 3.º periodo *humanitario;* 4.º periodo contemporaneo, *penitenciario* e *scientifico.*

Note-se, porém, que, AD. PRINS refere-se na sua divisão ao direito penal na Europa, e por isso assignala a duração de cada periodo, ao passo que VIDAL refere-se ás phases que atravessa a legislação penal *em todos os países,* e por isso não assignala nem podia assignalar duração a cada um dos periodos, sendo que ainda hoje ha países em periodos atrazados. Nos povos orientaes, principalmente, o direito penal ha permanecido em um estado de infancia, quasi estacionario. A evolução de cada um desses periodos não é assim progressiva e completa, senão na Europa civilizada.

E mesmo entre estes povos, deve observar-se com o mesmo escriptor, estes periodos não são nitidamente demarcados e separados, e cada época da historia dos povos nos revela uma tal ou qual mistura destes principios differentes, limitando-se reciprocamente; o que caracteriza cada época é mais o predominio, que a influencia exclusiva de certas ideias. Todavia, no curso dos seculos, a caracteristica geral é a restricção do dominio da lei penal. Regulamentando outr'ora, sob sancções penaes, a vida da familia, a vida domestica, os usos sociaes, o cumprimento dos deveres religiosos, a lei penal recúa hoje ante o respeito da liberdade individual e cede o logar, num grande numero de casos, á lei e á sancção simplesmente civis. Além disso, por virtude do desinvolvimento do sentimento de piedade e de humanidade, e do augmento do respeito dos direitos do individuo, a penalidade adoçou-se e assumiu um caracter mais educativo e mais individualista, de modo que póde resumir-se a historia da penalidade dizendo-se com IHERING que ella é uma *abolição constante* (1).

TARDE, depois de um periodo primitivo de vindicta e composição, considera quatro phases na evolução da penalidade, correspondentes ás transformações da prova caracteristica de cada phase da evolução judiciaria, a saber: a da *expiação,* correspondente ás *ordalias;* a da *intimidação,* correspondente á *tortura;* a da *correcção* ou do *humanitarism,* correspondente ao *jury;* e a phase *scientifica da pena medicinal,* correspondente á pericia scientifica (2).

FERRI, na sua *Sociologia criminal,* distinge cinco phases na evolução da pena: a phase *primitiva,* de reacção defensiva e vindicativa, individual ou social, immediata ou differida; a phase *religiosa,* de vingança divina; a phase *ethica,* da penitencia medieval; a phase *juridica,* isto é, do direito abstracto e aprioristico da escola classica, e a phase *social,* ainda em início, em que a pena, de harmonia com

(1) *Science pénale et droit positif,* n.º 5.

(1) *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire,* 2.ª edição, n.º 13, pag. 12.
(2) *La philosophie pénale,* pag. 478.

a anthropologia e com a estatistica criminal quanto á génese do delicto, seja, não já a retribuição de uma culpa moral por meio de um castigo proporcionado, mas um conjuncto de medidas sociaes preventivas e repressivas, que, correspondendo melhor á natureza e á origem do crime, seja um meio de *preservação da sociedade,* mais efficaz e ao mesmo tempo mais humano (1).

Porém, no resumo do curso de sociologia criminal professado em Bruxellas, reduz a quatro essas phases, reünindo em uma só, que denomina *ethico-juridica,* a terceira e a quarta (2).

Não se comprehende, observa o Dr. HENRIQUES DA SILVA, porque separou a phase *ethica* da *religiosa,* tendo caracterizado aquella pela *penitencia medieval,* isto é, pela face exclusivamente religiosa, e em todo o caso deixa sem representação um periodo importantissimo, o das monarchias modernas até á Revolução francêsa, em que o direito penal tem um cunho accentuadameute *politico,* que não permitte qualquer confusão com a doutrina expiatoria da phase religiosa, e que é destacado nas outras divisões.

Em conformidade desta observação, o Dr. HENRIQUES DA SILVA admitte cinco phases, a que dá as seguintes denominações: a) *phase natural e primitiva* de reacção *espontanea;* b) *theologico-ethica;* c) *politica;* d) *juridico-sentimental;* e) *anthropo-sociologica.*

Accrescenta que estas differentes maneiras de

(1) *Obr. cit.,* 4.ª ed. ital., pag. 520; ed. fr., pag. 305.
(2) *La justice pénale — Résumé du cours de sociologie criminelle...* (Bruxelles, 1898), pag. 8.

conceber a funcção da penalidade, como correspondendo a phases differentes da organização social e politica, não servem para a descriminação nítida de periodos historicos, nomeadamente na historia que conduz á civilização moderna, e que por isso mais nos interessa conhecer — a historia da civilização classico-germanica —, não só porque as transições não se fazem de salto, de modo que arranjos sociaes diversos não tenham de coïncidir chronologicamente nas suas fórmulas attenuadas de transformação, mas ainda porque as épocas historicas são ás vezes o producto da sobreposição e da mútua influencia de differentes elementos ethnicos, representando graus diversos da progressão evolutiva. A Idade media, por exemplo, offerece especimens de todas as fórmas historicas de reacção contra o crime, assim como as monarchias absolutas do periodo moderno não são senão uma reproducção dos pontos de vista juridico-politicos do imperio romano. O que ha pois a distinguir na evolução da justiça penal é concepções fundamentaes e phases typicas e caracterizá-las-hemos, acompanhando, quanto possivel, o movimento da civilização latino-germanica (1).

(1) *Lições cit.,* n.º 18.

CAPITULO II

Phase natural e primitiva

15. Reacção espontanea como phenomeno biologico. — Uma das primeiras manifestações da vida, das manifestações mais espontaneas e necessarias, é a reacção contra o mal, e por isso, a defêsa contra o ataque doutrem.

Todo o ser vivo lucta pela existencia, diz FERRI, e assim toda a acção que lhe ameaçar ou perturbar as condições necessarias de existencia, individual ou social, determina, da parte delle, uma reacção directa ou indirectamente defensiva, confórme servir para evitar desde logo as consequencias nocivas do ataque, ou apenas, pela repressão do aggressor, prevenir a renovação futura. Eis o facto primitivo, irresoluvel, elementar, que, constituindo um dos caracteres fundamentaes da materia viva, se manifesta logo nas fórmas mais elementares da vida, e que das fórmas mais simples de sensibilidade e de movimento nos proto-organismos ás fórmas mais altas e complexas da defêsa humana, individual e social, pela progressiva complicação dos elementos physio-psychicos e portanto dos meios defensivos e dos sentimentos e ideias que os acompanham, mas conservando sempre o plasma primitivo (1).

Estas asserções, exactas pelo que respeita á *defêsa directa,* isto é, para a reacção defensiva *contemporanea* ao ataque, têem sido postas em duvida quanto á chamada defêsa indirecta, isto é, para a repressão *posthuma* do offensor, com o fim de prevenir outras offensas (e esta é a que mais interessa á funcção punitiva), pois os factos do mundo vegetal e animal que se invocam para demonstração da these não revelam defêsa indirecta, e assim falta a base biologica que se pretendia assignalar como fundamento da justiça penal (1).

(1) *Obr. cit.*, 4. ªed , pag. 506; ed. fr., pag. 293.

LOMBROSO que, no primeiro capitulo da sua obra — *O homem criminoso* —, trata do delicto nos organismos inferiores, no paragrapho em que examina *as apparencias* da delinquencia nas plantas e nos animaes, refere algumas observações de DARWIN e outros naturalistas relativamente ás plantas *insectivoras,* e conclue dizendo que cita miudamente estes factos *onde parecem entrevêr-se os primeiros alvores da criminalidade.*

Mas, observa MANZINI, como este escriptor, que recolhe e descreve as singulares aptidões de certas *especies* vegetaes, não dá a razão porque entrevê ahi os primeiros alvores da criminalidade, restanos o direito de lhe perguntar porque não foi mais longe, assignalando, por exemplo, eguaes alvores no facto do terremoto ou no das erupções vulcanicas. De facto, é evidente e o proprio LOMBROSO o reconhece aqui e além, que, qualquer que seja o conceito que se forme da delinquencia, não se poderá mais presumir descobrí-la no facto normal a *toda uma especie.*

(1) VACCARO, *Genesi e funzione delle leggi penali* (Roma, 1889), pag. 38.

O delicto, se é permittido fallar de delictos e delinquentes fóra da especie e da sociedade humana, não é nem póde ser outra cousa que um facto anormal do *individuo* em relação áquillo que na especie e na sociedade é normal.

O proprio FERRI, que aliás pertence á categoria dos escriptores que estão convencidos da utilidade das investigações criminologicas nos organismos inferiores, combate a hypothese de LOMBROSO, parecendo-lhe que aquellas mortes não são *anti-naturaes,* aliás tambem o seriam, em sentido contrario, as mortes que os animaes herbivoros dão aos vegetaes. Quando o matador e o morto pertencem a especies diversas, a morte não é senão uma condição natural de existencia e por isso não corresponde em cousa alguma á morte no sentido criminal (1).

Mais importantes são as investigações relativas á delinquencia entre os animaes.

Citam-se exemplos de pombos que roubam palhas para a construcção de seus ninhos, de cães que roubam com premeditação e em cumplicidade com gatos, de macacos que desvastam jardins e campos, de abelhas que assaltam outras colmeias, de formigas bellicosas e avidas de despojos que saqueiam os ninhos de outras, etc.

Nestes exemplos descobrem LOMBROSO e FERRI o embryão da delinquencia e da pena, limitada esta á phase da vindicta, e precisamente da vindicta por associação.

(1) VICENZO MANZINI, *Trattato del furto* (Torino, 1902), 1.º vol., n.º 2.

Mas, observa ainda MANZINI, de todos estes exemplos não resulta provado o furto do individuo em damno doutros individuos da propria especie e sociedade.

Assim como não podem chamar-se furtos nem homicidios as depravações collectivas e as mortes que as hordas e tribus selvagens praticam em damno doutras, pois são actos de guerra e uma manifestação normal da lucta pela existencia, manifestação relativa ao grau de desinvolvimento psychico, ás condições do ambiente e ás peculiares aptidões daquellas hordas, tambem não podem vêr-se furtos nem crimes de sangue nas sanguinolentas guerras que as formigas costumam mover-se entre si.

Se nestes casos se póde encontrar alguma analogia entre o facto dos animaes e o dos homens, reduz-se tudo á verificação de que algumas associações humanas primitivas, sob o estimulo de particulares necessidades, comportam-se e procedem de modo analogo a algumas associações de animaes sujeitas ao imperio das mesmas condições e circunstancias extrinsecas, o que aliás é bem natural vista a communhão de certas necessidades e de certos instinctos entre o homem e os outros animaes, e o diverso grau de desinvolvimento das varias raças humanas.

E se entre os brutos ha exemplos de factos que sejam anormaes á especie e á sociedade e offendem a propriedade commum do aggregado, e ao mesmo tempo se apresentam como normaes relativamente ás aptidões organicas e ás disposições particulares da sensibilidade do individuo que os pratica — tal é o caso, referido por LETOURNEAU, das abelhas degeneradas pela embriaguês que se tornam pre-

guiçosas e ladras—, só póde inferir-se destes exemplos, aliás não comprovados, uma apparencia extrinseca e nunca uma relação substancial entre o facto do bruto e aquelle que, realizado pelo homem, assume na sociedade o caracter de criminoso.

«Os referidos escriptores e aquelles que seguem o mesmo caminho, escreve LORIA, não obstante a sua boa vontade e a sua systematica lente de augmento, não conseguiram encontrar nas especies animaes senão agglomerados materiaes, creados pela imminencia de um perigo commum e em todo o caso inconscientes e mecanicos, nada emfim de analogo á articulada e complexa convivencia humana. *Ora se um facto biologico é commum a toda as especies, ao passo que o facto social e as relações a elle respeitantes são particulares á especie humana, é logicamente absurda qualquer tentativa tendente a explicar os factos da segunda especie como um derivado dos da primeira.* Porque é evidente que, para produzir os phenomenos sociaes, os quaes somente se dão no seio do aggregado humano, e não nos aggregados inferiores, não basta o phenomeno *biologico,* que é commum a todos, mas é necessario além disso algum facto especial e exclusivo ao ser humano» (1).

LETOURNEAU, que ha dado muita importancia aos referidos factos, afinal chega tambem á seguinte conclusão: «Para todas as grandes manifestações da actividade social estudadas nas minhas precedentes obras, para a moral, casamento, propriedade, constituição politica das sociedades, tenho conseguido encontrar sem difficuldade entre os animaes

(1) *La sociologia, il suo cumpito...* (Padova, 1901), pag. 74.

sentimentos, ideias, factos muito analogos áquelles que podem encontrar-se entre os homens; e até por vezes as sociedades animaes são muito superiores a algumas dos typos humanos pouco desinvolvidos. Mas para a justiça parece que o homem decedidamente prevalece... No estado actual dos nossos conhecimentos em materia de psychologia animal podemos dizer que os brutos são destituidos de instincto juridico» (1).

O Dr. HENRIQUES DA SILVA, que tambem dá muita importancia a estes factos, parece não estar longe desta doutrina quando transcreve estas palavras de FLEURY: «Crime e castigo são concepções do estado de sociedade. É necessario comprehender que antes da organização da vida social o individuo humano não tinha o conhecimento de deveres senão para consigo». E est'outras de LETOURNEAU: «O irreflexo irresistivelmente impelle o homem primitivo a vibrar golpe por golpe, a pagar a dôr com a dôr, e, emquanto não existe qualquer esboço de organização social, como acontece na horda anarchica, nada ha parecido com isto que nós chamamos crime, justiça penal» (2).

Parece-nos pois desnecessario saír da especie humana no nosso caso e sempre que se trate de proceder ao estudo de institutos juridicos. É á historia do homem, é a humanidade primitiva — comprehendendo nesta expressão não só as antigas gentes que a historia recorda, mas tambem as populações selvagens, semi-selvagens e barbaras, que pelas suas peculiares condições de desinvolvi-

(1) *L'évolution juridique* (Paris, 1901), pag. 13 e 15.
(2) *Lições cit.*, n.º 19.

mento podem e devem classificar-se entre os povos que vivem no seu estado primitivo — que devemos ir procurar a origem da delinquencia e da penalidade.

16. Noção geral do crime. — Muito antes da concepção do Estado e da justiça organizada, desde que existe uma agglomeração de homens com um esboço de ordem social, ainda que sómente regulado pelo costume, que é a primitiva fórma do reconhecimento público das condições de vida de uma determinada aggremiação humana, surge o crime e o direito penal.

O reconhecimento público das condições de vida, diz o Dr. HENRIQUES DA SILVA, constitue o preceito; a violação do preceito é juridicamente o crime. Mas aquelle reconhecimento público importa já a a adaptação de uma maioria ou de uma porção dominante da sociedade, uma moral preponderante mais ou menos commum, uma associacão para a defêsa, uma confiança mutua, uma *confiança pública*. Socialmente o crime é a quebra dessa confiança. Como facto de inadaptação surprehende e escandaliza; como abuso de confiança revolta e desperta o instincto da defêsa (1).

Aquelle que é rebelde ao costume da maioria, ahi é reconduzido por essa maioria que reage contra o desvio de um dos seus (2),

17. Vindicta privada. — A violação do costume é o mal; a communidade primitiva reage contra este

(1) *Lições cit.*, n.º 18.
(2) AD. PRINS, *obr. cit.*, n.º 6.

mal, e a manifestação mais antiga e mais rudimentar duma reacção social contra os actos que perturbam as relações sociaes é a vindicta privada: vindicta do individuo ou vindicta da familia; vindicta immediata ou vindicta differida.

Na origem das sociedades aquillo que entre nós representa o poder público não apparece para tirar vingança dos crimes contra os individuos, para refrear as criminosos; a communidade abandona o infractor á vingança da victima ou de sua familia.

O direito de vindicta privada é o direito penal de todos os povos primitivos, é a razão penal dos selvagens e de muitos barbaros.

O povo hebreu era governado pela vindicta do sangue; egual costume vigorava na Grecia e junto dos antigos Germanos; encontra-se na Idade-media, entrou nos costumes dos antigos Slavos, dos Francos, dos Longobardos, dos Normandos, dos Irlandêses, foi a lei antiga do Perú e do Mexico e encontra-se ainda não só nos costumes de muitos povos da Africa Equatorial, dos Indios da America do Norte, dos Fuegianos, dos Australianos, mas é ainda o costume, rival da lei escripta, entre os Circassianos, os Albanêses e muitos Slavos do Sul (1).

18. Fraternidade do sangue. Vindicta familiar. — O direito de vindicta privada, diz AD. PRINS, repousa sobre dois principios fundamentaes:

a) A ideia da fraternidade do sangue, a solida-

(1) Vej. ALIMENA, *Il limiti e i modificatori dell'imputabilità*, tom. I, pag. 41 e segg., e fontes alli indicadas.

riedade familiar. A collectividade fundada nas relações de sangue é a *unica activa,* e fórma um todo organico em que os individuos se confundem. Os membros da familia do lesado são solidarios com a victima como os membros da familia do lesante são com este solidarios; daqui essas longas guerras particulares em que familias inteiras são exterminadas.

b) O restabelecimento do equilibrio rompido pelo ataque. A responsabilidade não é individual no sentido moderno da palavra. Responde-se á morte com a morte, mas aquelle que se mata nem sempre é o culpado; mata-se um membro da familia inimiga com que acaso se deparou, ainda que seja uma criança. Mata-se o proprietario do tanque em que a victima se afogou. Ha, numa palavra, uma lucta entre duas familias, e esta lucta chega, quer á satisfação do sentimento da vingança, quer a uma transacção pecuniaria, *compositio.* O preço da transacção é o *wehrgald* (1).

A vindicta, pondera TARDE, é o unico modo de repressão onde falta uma fôrça pública; é tambem um dos mais efficazes remedios que jámais foram imaginados para combater o delicto, e não sei se os criminalistas *utilitarios,* em vez de tanto desacreditarem a usança barbara, deveriam logicamente propôr o seu restabelecimento. Emquanto na Algeria, ainda depois da nossa conquista, estes costumes dominaram, gosou-se, com pequena despêsa, diz M. SEIGNETTE, competentissimo neste assumpto, de uma segurança muito satisfatoria para as pessoas e para os bens (2).

(1) *Obr. cit.*, nos. 11, 12 e 13.
(2) *Les transformations du droit*, pag. 17, nota.

Se a regressão á pratica da *vendetta* é uma *boutade* do espirito caustico de TARDE, quando referida ás nossas sociedades, não ha duvida de que uma sociedade em que se perdesse o sentimento da segurança pela quebra da confiança, quer na moralidade social, quer na efficacia da protecção do Estado, teria de voltar ao systema da defêsa por esforço do proprio individuo e dos seus parentes ou amigos (1).

19. O talião. — A vingança não tem limites: está muito sujeita á indole variavel, injusta ou perversa do vingador; é escrava das paixões, aconselhada pelo odio e não conhece regras. Por isso a maior parte das vezes redobrava o mal e era causa de novos delictos e novas vinganças; por isso tambem, á medida que o poder social se foi fortalecendo, foram por este estabelecidas varias limitações, e este facto representa o primordio das leis penaes (2).

A primeira limitação ao exercicio da vingança privada é a fixação do grau de mal que seria permittido causar a titulo de represalia. É a lei do *talião.* Esta é uma vingança, mas uma vingança inteiramente egual á offensa: *talis esto.*

A lei do talião teve o seu periodo classico entre os hebreus, que cedo a substituiram á vindicta. A medida era a perfeita identidade entre a offensa e a defêsa: *Qui irrogaverit maculam cuilibet civium suorum, sicut fecit, sic fiet ei: fracturam pro factura,*

(1) *Lições cit.*, n.º 22.
(2) TARDE, *Les transformations du droit* (Paris, 1893), introducção; VIDAL, *obr. cit.*, n.º 14.

oculum pro oculo, dentem pro dente restituet; qualem infixerit maculam talem sustinere cogetur (1).

Com relação ao falso testemunho, diz-se no *Deuteronomio: Reddant ei sicut fratri suo facere cogitavit... Non miserebis ejus, sed animam pro anima, oculum pro oculo, dentem pro dente, manum pro manu, pedem pro pede exiges... Ut audientes ceteri timorem habeant et nequaquam talia audeant facere* (2).

No codigo babylonico de Hammurabi (3), anterior cinco seculos ás leis deMoysés, de que o Levitico faz parte, ao lado de um systema penal variavel, que por vezes era destinado a proteger e fomentar os mais nobres sentimentos, apparecem entre as provas os juizos de Deus, por exemplo, a *prova do rio,* e, entre os meios repressivos, o *talião,* reconhecido para alguns casos especiaes de offensas corporaes (4):

«Se um filho vasa um olho a um homem livre,

(1) *Levitico*, cap. XXIV, vv. 19 e 20.
(2) Cap. XXIX, vv. 18, 19 e 21.
(3) Viveu pelos annos de 2285 a 2242 antes de Christo. As leis de Manu não remontam além do seculo XI antes de Christo, as de Lycurgo, de Dracon e Solon pertencem aos seculos VIII e VII antes de Christo, e as das XII Tabuas ao seculo III. Este codigo, que é pois o mais antigo, e de longos seculos, entre os codigos primitivos da humanidade, foi descoberto em Susa em dezembro de 1901 e janeiro de 1902 pela missão Morgan e decifrado depois em Paris por Scheil, professor da *École pratique des hautes-études.* Delle ha uma versão portuguêsa pelo Dr. Alves de Sá, *Codigo das leis de Hammurabi*, Lisboa, 1903.
(4) São 282 as disposições que chegaram até nós. Contém disposições de direito civil, commercial e penal. Encontran-se disposições a respeito da *feitiçaria, suborno de testemunhas, prevaricação de juizes, furto, roubo de crianças, reivindicação de mobiliarios, prescripção, mutuo, aguas, córte de arvores, relações entre negociantes e commissarios, prisão por dividas, diffamação contra a honra da mulher, matrimonio, segundas nupcias, regimen de amas de criação, offensas ao pae, regimento para medicos e veterinarios, roubo de objectos agricolas, aluguer de animaes e carros de carga,* etc.

vasar-se-lhe-ha um olho. Se alguem quebra um membro a um homem livre, quebrar-se-lhe-ha um membro. Se alguem quebra os dentes de um da mesma condição, quebrar-se-lhe-hão os dentes (artigos 196.º, 197.º e 200.º).

Na Grecia vigorou tambem esta pena até ao tempo de Solon que, mantendo-a, todavia a reformou (1), e encontra-se na lei das XII Tabuas: *Si membrum rupit ne cum eo pacit talio est* (2).

Della nos apparecem alguns vestigios na Idademedia, não só no Islamismo que a purificou, mas ainda nas leis magiares, nas leis wisigothicas, em um caso do edicto de Theodorico, e em alguns países foi mantida durante muito tempo, como um privilegio. Sobrevive ainda em muitas sociedades selvagens ou barbaras, entre os Esquimaus e os Pelles Vermelhas, na Nova Zelandia, no Dahomey, na Uganda, no Sudan e outras tribus africanas.

Triumfam neste periodo as penas «expressivas» ou penas «fallantes». Ao ladrão cortava-se a mão, ao incontinente o membro com que peccára, os incendiarios eram lançados nas chammas, o moedeiro falso era obrigado a beber metal fundido (3).

Bentham, caracterizando o *talião,* considera-o admiravel sob o ponto de vista da sua *comprehensibilidade* ou da sua relação directa com o delicto. *Olho por olho, dente por dente...*, a intelligencia mais rudimentar é capaz de ligar estas ideias.» Conclue, porém, que o talião é raramente pratica-

(1) V. Thonissen, *Le droit pénal de la République Athénienne,* Paris, 1875.
(2) Tab. VII, fr. 53.
(3) Alimena, *obr. cit.*, pag. 45 e 46.

vel. Sem duvida a intensidade de uma dor só póde ser avaliada por quem alguma vez a soffreu. Só sabe apiedar-se o que algum dia sentiu a ferrea pressão da desgraça. E, se ao mundo moderno não é licito exemplificar na pena a ferocidade do criminoso, corre-lhe o dever de aperfeiçoar os systemas penaes no sentido de tornar cada vez mais comprehensivel ao condemnado a grandeza do mal que causou (1).

20. Composição pecuniaria. Origem. — É uma pena pecuniaria privada, que consiste na indemnização que o delinquente é obrigado a pagar á víctima e que esta é obrigada a acceitar renunciando á vingança.

Á *identidade* material que caracterizava o *talião*, substituiu-se um equivalente — o dinheiro.

Mas, assim como o talião começa quando a vindicta não tenha terminado, assim tambem apparece a composição quando aquellas penas ainda não tinham desapparecido, realizando-se aqui bem nitidamente a lei, a que já noutro logar alludimos, sobre a successão das phases de um phenomeno social: não são sucessivas de um modo absoluto, antes coexistem, surgindo uma quando a anterior não está inteiramente extincta; no mesmo logar, o predominio variavel das fórmas coexistentes resolve-se numa successão relativa.

Nos primeiros tempos a composição substituiu a vindicta e o talião, só excepcionalmente, como privilegio, e depois, pouco e pouco, criou-se o costume que se incarnou no direito posterior; a principio

(1) Bentham, *Traités de legislation civile et pénale — Principes du code pénale*, 3.º partie, chap. VI.

era tambem facultativa e só mais tarde se tornou obrigatoria.

Na *Lei dus XII Tabuas* o talião era condicionado pela composição — *ne cum eo pacit* —, o que revela que a composição era facultativa. Comparando a *Lei das XII Tabuas* com a *Lei Aquilia*, nota-se esta evolução que transformou a composição de *facultativa* ou *opcional* em *obrigatoria* ou *compulsoria*.

Como se operou esta evolução que devia repugnar, tratando-se das offensas mais graves, ao impulso natural da vingança e ao sentimento brioso do desaggravo da familia?

Por um lado a influencia dos poderes constituidos, e, por outro, as desegualdades economicas da população, a triste condição do trabalho e o alto valor da propriedade nos primeiros tempos deviam concorrer para este resultado.

O primeiro aspecto é posto em relevo por Ad. Prins.

«O correctivo da vingança do sangue é, diz elle, a reconciliação do sangue, que põe termo á lucta e dá direito á reparação do damno causado. A auctoridade, que vae fortalecendo-se, tenta moderar as paixões individuaes que têem livre desafogo nas guerras privadas; defronta-se com o direito de vindicta; começa por favorecer a reconciliação; limita a duração das luctas pelas treguas, de modo a dar tempo aos resentimentos para que se acalmem. Acaba por obrigar o culpado a pedir a reconciliação e o lesado a acceitar o preço della. Assim vae substituindo, pouco e pouco, o elemento ethnico da vingança pelo elemento economico da *compositio*» (1).

(1) *Obr. cit.*, n.º 14.

Acêrca do segundo factor da evolução exprime-se IHERING pela fórma seguinte:

«Quando a fortuna sóbe tão alto na estima do povo, que a lesão della arrasta para o ladrão a pena da liberdade e para o devedor insolvente a perda da vida; quando, partindo de considerações pecuniarias, se chega a comminar as penas mais graves, é comprehensivel que se invertam os papeis, e que se redúza a pena merecida ao pagamento de uma quantia. O lesado renunciava á pena de talião, mediante o pagamento de uma somma consideravel. A sua sêde de vingança aplacava-se tão facilmente, quando o adversario era forçado a abandonar-lhe o que tinha de mais precioso no mundo, como se elle proprio lhe inflingisse alguns ferimentos graves. Actualmente, por cúpida e avara que seja a nossa época, o laço da propriedade com a personalidade é infinitamente mais frouxo, do que habitualmente o é nas phases primitivas da civilização. O valor que um individuo ou uma época attribue á fortuna determina-se experimentalmente pelas difficuldades da adquisição. O que um homem adquiriu á custa do seu corpo e da sua vida, ou com o suor do reu rosto, torna-se como uma parte de si mesmo. O que ataca essa propriedade, pague; se não póde restituir, o seu corpo é que responde pelo prejuizo. Sob este respeito não é para admirar que contra a *pessoa* se reclame a satisfação por uma *lesão pecuniaria,* ou que a *fortuna* do adversario seja trazida a pagamento da pena de uma *lesão pessoal.* Em vez de dinheiro, os membros do corpo *(in partes secare);* em vez dos membros do corpo, o dinheiro» (1).

(1) *Obr. cit.,* § 12, pag. 135.

Esta transformação pecuniaria e privada da pena é a fonte da classe muito numerosa, em certas legislações, nomeadamente em Roma, dos delictos privados, a qual constitue o assumpto das principaes leis dos povos germanicos. Vamos pois referir-nos de modo especial á composição no direito romano e no germanico, transcrevendo nesta parte as referidas lições (1).

21. O systema compositorio no direito romano. — Na época da vindicta a composição pecuniaria afastava por vezes o exercicio effectivo da vingança, variando segundo os casos a importancia desse regate, para cujo pagamento se cotizariam, em caso de necessidade, os parentes e os amigos. A fixação do resgate era então objecto de um debate entre as partes. Esta negociação exprimia-se entre os romanos pelos verbos — *pacere, pascici, depescici* (raiz sanscrita *pac,* ligar). O accordo era um *pactum,* contracto da paz *(pax),* porque punha termo ás discordias.

Se originariamente a composição resultava de um debate livre entre as partes, que chegavam a accordar-se sobre o preço da paz, tendo porventura recorrido para esse effeito aos bons officios de um mediador, ou que se compromettiam numa arbitragem, é natural que no decurso do tempo alguns costumes se fossem estabelecendo, fixando pelo menos algumas normas geraes de indemnização dos crimes mais frequentes, como — tantos bois ou carneiros, ou o duplo, o quádrupulo do damno.

Quando emfim uma jurisdicção criminal nasceu, e o juiz, em vez de pronunciar a pena de talião,

(1) Dr. HENRIQUES DA SILVA, *Lições cit.,* n.os 34 e 35.

fixava o preço da paz, sem dúvida se regulava por esses costumes, seguidos e respeitados entre particulares. O resgate fixado pelo juiz era o que, na accepção primitiva, se designava em Roma pelo substantivo — *poena,* e neste sentido devem ser intendidas as phrases latinas: *poenas dare, solvere, pendere, petere, exigere, sumere, capere* (1). É tambem esse direito consuetudinario o que as primeiras leis escriptas vêem depois firmar, precisar e completar. Nas XII Tabuas o direito á vindicta é ainda expressamente reconhecido para alguns delictos, embora subordinado, quanto ao exercicio, á auctorização do magistrado (pena de talião para o *membrum ruptum,* a addicção para o *furtum manifestum*). Em relação a outros delictos, uma remissão fixada pela lei devia substituir a vingança.

Pouco e pouco todas as lesões criminaes foram passando, em Roma como em todos os povos em analoga phase de civilização, para a categoria dos *delictos civis.* No periodo da vindicta as lesões que nós consideramos hoje como delictos ou quasi-delictos civis, não sendo apreciadas senão pelo lado exterior e objectivo, davam direito a actos de força sobre o lesante. O sentimento juridico brutal via, como nota IHERING, em toda a contestação ou retenção do direito, uma lesão *pessoal,* um delicto que reclamava, portanto, não só o reconhecimento e restabelecimento do direito, mas ainda uma *satisfação pessoal:* a punição do adversario. Era punido o devedor insolvente; em Roma o possuidor de boa fé que decaísse na acção de reivindicação era punido, como se fôra ladrão dos fructos de que se

(1) IHERING, *obr. cit.,* pag. 134 e segg.

tinha appropriado, com a pena do duplo, exactamente do mesmo modo que o auctor de um furto, quando não surprehendido em flagrante *(fur nec manifestus);* e identica pena tinha o vendedor de cousa evicta, que era sempre tratado como se fraudulentamente subtrahisse o preço da venda. Estas penas pecuniarias recordam um periodo anterior em que aquellas penas eram motivo para represalias violentas.

Se no systema da vindicta todas as lesões ou contestações tinham caracter criminal, no systema compositorio posterior todas eram comprehendidas sob o principio exclusivo da responsabilidads civil. As offensas que estamos acostumados a considerar como crimes, eram tidas por meros delictos civis, dando origem a uma obrigação ou *vinculum juris,* a que se satisfazia pelo pagamento de uma somma de dinheiro. «O offendido ataca o offensor por uma acção civil ordinaria, e, se vence, obtém uma compensação na fórma de perdas e damnos» (1).

22. O systema compositorio no direito germanico. — As collecções de leis das tribus germanicas, que foram noutro tempo objecto da admiração de varios sabios allemães, nada offerecem de original sobre este assumpto. O systema das composições pecuniarias, diz LETOURNEAU, e as tarifas penaes acham-se universalmente vulgarizadas no mundo, mas poucos povos, de facto, fizeram deste systema uso tão geral como os germanos, traço que aliás não denota nenhuma superioridade (2).

(1) SUMNER MAINE, *L'ancien droit,* cap. X, pag. 350.
(2) *L'évolution juridique,* etc., pag. 428.

«Na lei anglo-saxonia, escreve KEMBLE, a vida do homem livre era estimada numa quantia, variavel segundo a sua classe; uma quantia era a compensação dos ferimentos que lhe fossem infligidos, assim como de todos os damnos que elle podia soffrer nos seus direitos civis, na honra e na tranquilidade, augmentando a quantia conforme as circunstancias que acompanhavam a offensa» (1).

Já antes do apparecimento das *Leges barbarorum* a composição era largamente usada como meio de restabelecer a paz entre as familias. As informações de TACITO sobre a Germania assignalam essa phase de civilização em que começa já a manifestar-se a acção da *cidade* ou do poder publico. Nas assembleias geraes podiam instaurar-se accusações capitaes, sendo o genero da pena accomodado á natureza do crime: os traidores e os desertores eram enforcados nas arvores; os covardes e os infamados por torpeza immergiam-nos nos pantanos e enxurdeiros, sob enredados espinhaes. Queria assim a lei, com a diversidade dos supplicios, tornar visivel a punição dos crimes e sepultar no esquecimento os vicios infames. Mas aos delictos mais leves, á maneira de penas, applicavam-se multas, pagaveis em cabeças de gado ou em cavallos, parte para o rei ou para a cidade, outra parte para o proprio que se desaggravava ou para os seus parentes (2). TACITO que nos dá esta resenha do systema penal dos Germanos, accrescenta que cada um fazia tão necessariamente suas as inimizades de seu pae ou de um parente seu, como as

(1) Apud MAINE, *obr. cit.*, pag. 350.
(2) TACITO, *Germania*, cap. XII.

amizades ou allianças; sem que todavia os odios fossem implacaveis, pois que o homicidio mesmo se pagava com numero certo de cabeças de gado grosso ou miudo, que toda a familia recebia como satisfação; e ainda bem no ponto de vista do interesse publico, pelo grave perigo que havia nas inimizades ao sabor de impulsos livres (1).

Estes notaveis trechos da *Germania* de TACITO revelam que o poder social intervinha já nas guerras privadas para terminá-las por uma composição, que restabelecia a paz entre as familias e na cidade; que o rei, onde estava estabelecido o regimen monarchico, ou a cidade recebia uma parte da multa, como sendo o garante da paz; que o systema compositorio se ia generalizando a todas as offensas *particulares*, incluindo o homicidio, e que isto se considerava um progresso sobre o systema anterior das luctas entre familias, o que mostra que o poder social, interprete dos interesses sociaes, devia ver com sympathia o desenlace da composição; emfim que havia *crimes públicos*, e eram aquelles em que não havia parte particularmente offendida, e que directamente affectavam a segurança pública, como a traição e a deserção; ou o brio e o decoro da raça, como a covardia e a torpeza de corpo *(corpore infames)*. É para notar-se, diz PÉREZ PUJOL, vermos assim incluir na categoria de crimes públicos os factos que denunciam uma condição abjecta e vil (2).

(1) *Suscipere tam inimicitias seu patris seu propinqui quam amitias necesse est. Nec implacabiles durant. Luitur enim etiam homicidium certo armentorum ac pecorum numero, recipitque satisfactionem universa domus; utiliter in publicum, quia periculosiores sunt inimicitiae juxta libertatem. — Germania*, cap. XXI.
(2) *Obr. cit.*, tom. I, pag. 569.

Salienta-se tambem, nesta phase do direito germanico, o caracter collectivo e familiar das offensas e dos desaggravos. A solidariedade na defêsa ligava comtudo os parentes em geral, ainda que estranhos ao grupo da familia. *Suscipere tam inimicitias seu patris seu propinqui quam amicitias necesse est.*

Propinquitates eram os grupos dos parentes, as gentilidades, em que todavia não apparecem vestigios do culto dos antepassados e dos *sacra gentilicia* (1). A *gens* ou *sippe* germanica teve a propriedade collectiva; no tempo de Cesar ainda não era conhecida a propriedade territorial privada; os magistrados procediam annualmente á divisão dos campos pelas familias da mesma origem que fizessem vida em commum. No tempo de TACITO apparece já a propriedade individual da terra; mas as *propinquitates,* que este historiador distingue na expressão —*familiae et propinquitates* (2), continuaram solidarias nas luctas privadas, nas inimizades, e congregavam-se na guerra, para que os parentes se animassem e soccorressem mutuamente. Os delictos *interiores* que affectavam a honra da familia eram punidos na presença da *sippe* ou *gentilitas* familiar *(coram propinquis).* O adulterio, segundo o testemunho de TACITO, era caso muito raro em tão numerosa raça. Era punido de prompto pelo marido, que na presença dos parentes cortava os cabellos da criminosa, e desnudada a punha fóra de casa, levando-a por todas as ruas da aldeia debaixo de pancadas (3).

(1) PÉREZ PUJOL, *ibid.*, pagg. 512 e 604.
(2) TACITO, *ibid.*, cap. VII.
(3) *Ibid.*, cap. XIX — *Paucissima in tam numerosa gente adulteria; quorum poena praesens, et maritis permissa. Accisis crinibus nudatam coram propinquis expellit domo maritus, ac per omnem vicum verbere agit.*

25. Caracter do direito penal nesta phase. — Antes de proseguirmos, detenhamo-nos um pouco para volver os olhos sobre o caminho percorrido e procurarmos caracterizar o direito penal nesta phase primitiva.

Segundo as fórmulas geralmente usadas, o direito penal nesta phase é um direito penal *todo objectivo* e de caracter puramente *privado.*

Objectivo, porque a pena, o *wergeld,* é uma somma fixa a pagar, tarifada legalmente conforme a entidade material da offensa, independentemente de qualquer consideração individual. As mortes têem um preço, os ferimentos são taxados de modo diverso segundo o comprimento a largura e a profundidade. Se neste inicio do direito penal ha como que um ensaio de individualização da pena, é uma individualização feita sómente sob o ponto de vista da víctima e não do delinquente. Com effeito, por vezes o preço do homicidio, as taxas dos ferimentos variam conforme a posição e situação que o offendido occupa e a funcção que desempenha. É que o mal soffrido póde bem variar segundo a posição da víctima, mas não muda com a personalidade do auctor do facto.

A esta concepção objectiva e materialista da offensa corresponde um direito penal todo objectivo.

Privado, porque a pena é a composição offerecida á víctima. Ha aqui, em proveito do offendido, uma transformação da vingança privada e do talião. A sociedade desinteressa-se da pena; trata-se duma questão a regular entre particulares.

Todavia esta concepção da vingança privada é insufficiente para fazer perceber toda a complexidade dos pontos de vista que encerra e sobretudo para revelar o caracter sociologico e o caracter juridico que a pena revela já neste periodo do seu apparecimento na historia.

Mesmo na sua origem a pena tem um caracter social.

Primeiro porque, além das penas privadas — o *wergeld* —, havia verdadeiras penas publicas pelos factos que importavam attentado contra a segurança da tribu ou da cidade, por exemplo, a traição, a deserção em combate, que eram punidos com a morte.

As indicações mais completas que temos do systema do *wergeld* respeitam aos Germanos e datam do VI e VII seculos; e todavia TACITO, quando descreve os costumes dos Germanos do II seculo, falla, como já vimos, de muitas penas públicas pronunciadas pela assembleia da tribu, por factos de traição ou covardia militares.

Em segundo logar, porque o proprio *wergeld* era uma pena social no sentido mais amplo da expressão.

Com effeito, nestas épocas primitivas o Estado ainda não existia e a propria *tribu* apenas constituia um laço politico para as expedições e defêsas guerreiras. O que correspondia sobretudo á ideia do organismo social era o *clan*. Este é que era a *associação juridica* da familia primitiva; era elle que mantinha as regras consuetudinarias sobre o casamento e a adopção; que regulava a partilha das terras, a industria e o commercio commum a varias familias; que interpunha a sua auctoridade a todas as disputas pessoaes de certa gravidade,

prohibindo vinganças privadas entre os seus membros, mas animando-as e assumindo até este encargo quando o offensor e o offendido pertenciam a clans distinctos.

No caso de homicidio, o clan da victima reunia-se em conselho preparando a vingança, o clan do culpado celebrava egualmente as suas sessões para se occupar da composição a propôr, recorrendo por vezes aos bons officios de outros clans da mesma phratria, se o homicida e a victima, além de serem de differentes clans, pertenciam tambem a differentes phratrias, pois neste caso as negociações verificavam-se entre differentes phratrias, não obstante esta associação ter especialmente attribuições religiosas (1).

---

(1) O grupo social mais restricto — a familia, organiza-se como sociedade *economica*, para a cultura em commum do lote domestico, que é uma porção da terra collectiva do clan, distribuida a cada *casa*, na qual não raro residem, como acontece nalgumas tribus de indios americanos, varias familias associadas para a producção e consumo.

O *clan* é um grupo de individuos, que se consideram parentes entre si, mas que reconhecem o parentesco exclusivamente por um signal particular — o *totem* —, isto é, um ser animado ou inanimado mais geralmente animal ou vegetal, de que o grupo se reputa descendente e que lhe serve simultaneamente de emblema e de nome collectivo, tendo uma constituição social ou propriamente juridica. Por esta instituição familiar e religiosa a creança recebia um nome e uma religião, com o conjuncto de direitos e deveres inherentes a um certo parentesco e á participação de um certo culto, sobresaíndo entre os da primeira origem os direitos patrimoniaes e o dever de vingar a offensa feita a um parente.

A *phratria* é o grupo de clans prevenientes de um clan primario que se desdobrou em varios que se tornam independentes pela mudança de *habitat*, conservando o sentimento da primitiva solidariedade e representando a organização religiosa.

A *tribu* é uma corporação consideravel, formada de elementos variados, em grande parte homens, a quem um laço puramente ficticio de parentesco liga ao chefe e á multidão dos mais membros, e organizada militarmente (GIDDINGS, *obr. cit.*, pag. 252 e segg.; DURKEIM, *A prohibição do incesto*, memoria publicada no 1.º anno de *L'anné sociologique;* Dr. HENRIQUES DA SILVA, *Lições cit.*, n.os 23 a 31).

O *wergeld* apparece pois como um resgate de um clan para outro, como a indemnização de um tratado, ou transacção de guerra entre dois clans, e não como a pena de um individuo em proveito de outro.

Assim a pena apparece-nos no seu começo com uma funcção mais social do que individual, como um facto de defêsa contra os inimigos do exterior, como *pena externa,* se assim póde dizer-se.

Mas, além da pena externa, na familia o chefe, como o *pater-familias* em Roma, exerciam em materia penal um poder illimitado, podendo infligir todas as penas, incluindo a morte, aos escravos, á mulher ou aos filhos, embora nos dois ultimos casos o costume lhe impuzesse a consulta de um conselho de familia, cujo parecer todavia não era obrigado a seguir (1); e o clan exercia tambem para com os proprios membros, refractarios ás condições da vida collectiva, uma justiça penal, que se traduzia ao menos nas penas de exclusão do culto do consocio indigno e na expulsão do grupo. IHERING, referindo-se á *gens* romana, affirma a existencia ao menos destas duas penas e accrescenta que, embora nenhum testemunho atteste a existencia de outras, as duas referidas permittem suppor outras como possiveis. Exemplificando com as multas, diz que, na hypothese de o culpado se não submetter á condemnação, a gens tinha sempre o direito de declarar que os consocios não estavam dispostos a tolerar a assistencia delle ás cerimonias do culto, ou ainda a sua presença naquelle gremio; que esta

(1) GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain,* 2.ª ed., pag. 11.

disposição negativa seria um expediente indirecto de coacção para a execução da pena positiva (1).

A respeito dos Ossetas do Caucaso, que ainda vivem no estado de *gens,* diz DARESTE:

«Temos visto que todo o assumpto criminal é uma questão entre duas familias. Donde resulta que os crimes commetidos no *seio de uma mesma familia* não podem importar o direito de vindicta, o que todavia não é razão para que fiquem impunes. O ancião, o que exerce o governo da familia, exerce tambem um direito de policia interna: póde *expulsar* o que perturbou a paz e obrigá-lo a exilar-se pela destruição da sua morada; póde tambem embargar-lhe os bens e lançar sobre elle mesmo um *interdicto,* por uma especie de excommunhão que suspende todas as relações com os outros membros do grupo. O culpado póde evitar o confisco resgatando-se por uma somma, que não é uma indemnização do damno que causou, pois que por vezes se eleva a vinte e sete vezes o valor desse damno; é antes o equivalente da pena» (2).

Havia pois tambem uma pena no interior do grupo, uma pena interna, representando um facto de verdadeira reacção social contra os elementos familiares refractarios ás condições da vida collectiva e applicavel por decretos da assembleia, senão por decisão de um magistrado singular.

Em toda a parte que nos apparece um grupo organizado, ou seja o clan, a gens, a tribu, apparecem estas duas fórmas de pena; a pena protecção do lado externo para os crimes inter-familiares ou

(1) IHERING, *obr. cit.,* pag. 191 e segg.
(2) *Études d'histoire du droit,* (Paris, 1889), pag. 140.

inter-gentilicios, e a pena expiação e expulsão do lado interno para os crimes intra-familiares ou intra-gentilicios; e no dia em que os grupos chegam a federalizar-se sem se confundirem, estes dois aspectos da pena encontram-se reünidos conservando todavia suas funcções distinctas.

Além do seu caracter social, a pena revela tambem nesta phase caracter juridico.

Não é um simples facto de reacção social.

Pelo menos a pena externa, a que mais se approxima da ideia dum puro facto de guerra, tem um caracter transaccional, e por conseguinte contractual, bem accentuado. Se em algum tempo a sancção penal se approximou mais da ideia duma dívida civil, foi certamente a composição pecuniaria dos codigos germanicos.

A ideia duma sancção pública revela-se sobretudo no systema que prevaleceu duma partilha da composição pecuniaria entre a víctima duma parte e a communidade da outra, que levantava uma parte — o *fredus* — como equivalente á perturbação da paz.

Não é menos sensivel o aspecto religioso que a pena revela desde os seus primordios e com elle a ideia de expiação.

A applicação da pena torna-se um facto de ordem religiosa; rodeia-se de formalidades solemnes consagradas tradicionalmente ou pela lei, solemnidades para a applicação e solemnidades para a execução. É a assembleia da tribu que se reüne para pronunciar a pena e, pronunciada ella, executa-se como um sacrificio expiatorio. O culpado não é um inimigo que se mata é uma víctima que se immola e que os deuses reclamam.

Mistura de ritos religiosos e de fórmas juridicas a pena primitiva não é, pois, simplesmente um meio de defêsa; é já uma sancção do mal realizado, uma equivalencia entre o mal commettido e o mal infligido.

Mas nem por isso este direito penal primitivo perde o seu caracter puramente objectivo; sómente se attende ao facto realizado, só o damno é tomado em consideração, e para nada se attende á vontade do agente.

Seja, ou não, culpado moralmente, pouco importa: ha um damno material, é preciso uma víctima. Se o damno é individual, o offendido reclama o *wergeld* sem se importar de averiguar se o offensor quiz ou não o mal realizado. Se o damno é público, é a collectividade que o reclama, são os deuses que querem uma expiação, uma víctima expiatoria, qualquer que fosse a vontade e a intenção do seu auctor.

Ser auctor material do facto é quanto basta; nada da ideia de culpa nem da de responsabilidade no sentido moderno da palavra.

CAPITULO III

Phase theologico-ethica

24. A justiça penal na phase religiosa. — No paragrapho precedente alludimos já á expiação, coexistindo com a vindicta privada, e é natural que assim succedesse.

Qualquer que seja a origem psychologica, ou a veneração do espirito dos mortos, como quer SPENCER, ou o terror que os phenomenos naturaes, como o raio, o vento, os vulcões, os terremotos lhes inspiraram, é certo que em todos os povos primitivos como nos povos que ainda hoje vivem no estado selvagem, se encontra sempre a crença em seres sobrenaturaes dotados de poderes extraordinarios.

Por isso, ao lado do sentimento, ou antes instincto, da vingança, cedo surgiu a ideia de que o delicto, sendo uma acção contraria aos preceitos dos antepassados divinizados, e portanto da divindade, fosse tambem e principalmente uma offensa a esta, a qual devia ser applacada com um sacrificio.

E este realizava-se, não simplesmente immolando o réu á divindade irada, pelo que a vingança adquiria o caracter de dever sagrado da parte da familia e da tribu offendida, mas, considerando o delicto como uma mancha da propria familia, ou da tribu, do offensor, que era necessario lavar a todo o custo, esta ou obrigava o reu a soffrer a vindicta, ou ao menos offerecia uma *victima expiatoria* á divindade offendida.

E aqui apparece já um outro indicio do principio que a punição não é cousa que respeite sómente ao individuo ou á sua familia, mas a toda a sociedade, principio que depois attingirá seu desinvolvimento na doutrina platonica da expiação, e na moderna escola que desta ideia toma o nome.

Assim pois, vindicta por um lado e expiação por outro, taes são os preceitos informadores da pena desde os primeiros tempos.

Isto, que ainda hoje se manifesta nos povos selvagens, é confirmado pelas lições da historia.

No povo hebreu, como em todos os povos antigos, o exercicio do direito de punir é uma delegação do poder divino. É o proprio Deus quem formula os preceitos, quem define os delictos e determina as penas. Todo o delicto é um peccado que os magistrados reprimem como logar-tenentes do Eterno.

No direito hellenico, tal como elle se colhe nos poemas de Homero, direito que mais de perto representa as condições sociaes dos Italos primitivos, o delicto apparece como uma perturbação da ordem divina no universo. Deus, divindade suprema e tutellar, é, pelas suas diversas personificações, o vingador dessa ordem universal. O homem que por si e pelos seus exercia uma represalia violenta era um instrumento da justiça divina. As cidades onde o criminoso ia procurar asylo contra uma perseguição atroz, apezar da commiseração havida para com o estrangeiro, porque, diz a Odysseia: «é sempre veneravel o misero errante», sujeitavam-no por vezes a uma expiação religiosa, embora nunca o punissem nem expulsassem.

FERRINI, recorrendo ás origens gregas do direito penal romano, insurge-se contra a affirmação de

Abbegg de que na Italia appareceu primeiramente a vindicta privada, vindo depois a doutrina da expiação religiosa. «A vindicta privada, diz elle, não se comprehende bem, se a suppuzermos reacção unica contra a culpa e não a integrarmos com o conceito da expiação religiosa. Erra tambem Rein, no seu livro sobre direito criminal romano, quando, para explicar a incontestavel coexistencia dos dois institutos na Roma primitiva, attribuiu ás tribus dos Sabinos e dos Latinos o da vindicta privada, e á dos Luceres ou Etruscos o systema primitivo fundado na expiação religiosa... Deve comprehender-se, conclue Ferrini, que um instituto não se oppõe ao outro, antes se combinam perfeitamente, e que a união dos dois conceitos offerece o systema mais efficaz para refrear a criminalidade nos povos primitivos. Já o direito mosaico deveria considerar-se testemunho sufficiente (1).

A palavra *poena,* que significou a composição ou satisfação privada, etymologicamente contém a ideia de pureza, como *castigatio (castum agere).* O *incastus (incestus),* o homem maculado, purifica-se pela punição, e *luere,* expiar (donde *poenas luere),* é *lavere, lavare,* lavar (conf. *lustrum, lustratio*). *Supplicium* conduz etymologicamente á ideia de pacificação dos deuses (conf. *subplacare, supplex*) (2).

Sendo assim, porque fallar-se da phase religiosa como uma phase distincta da justiça penal?

23. Direito theocratico ou sacerdotal. — Do que fica exposto em o numero precedente é manifesto que

(1) *Diritto penale romano,* no *Completo trattato theorico e pratico di diritto penale,* de P. Cogliolo, vol. I, pag. 6.
(2) Ihering, *obr. cit.,* pagg. 278 e 279.

só podemos fallar da phase religiosa como uma phase distincta da justiça penal referindo-nos ao predominio do conceito expiatorio sob a influencia dos sacerdotes.

Ferri explica este predominio pela delegação que o chefe do clan, que a principio tinha o duplo caracter militar e sacerdotal, fez da funcção judiciaria aos guerreiros sacerdotes que o rodeavam e pela separação entre os juizes-sacerdotes e os guerreiros.

Os sacerdotes, conquistando esse predominio, que é um caracter sociologico da humanidade primitiva em todas as variedades ethnicas, avocam a si a repressão, primeiramente dos actos anti-religiosos, depois dos actos anti-sociaes ou criminosos. E então a reacção defensiva ou repressiva, que no individuo offendido tinha o caracter de vingança privada, na familia deste a de vingança do sangue, na collectividade e no chefe da tribu o de vingança pública, toma, quando exercida pela classe sacerdotal, o caracter de vingança divina, convertendo-se de funcção meramente defensiva, em funcção religiosa e moral, com o sequito, natural a todas as religiões, de um formalismo rigoroso e do espirito mystico de penitencia e purgação. A justiça penal exercida pelos sacerdotes torna-se vingança da divindade; o crime converte-se em peccado; a pena em expiação e penitencia (1).

Durante o periodo theocratico a jurisprudencia faz parte da categoria das sciencias sagradas e os juizes e homens de lei chamam-se sacerdotes de Themis, ou *sacerdotes justitiae.*

(1) *Résumé du cours de sociologie criminelle...* pag. 8; *Sociologia criminale,* 4.ª ed. ital., pag. 519; edit. franc., pag. 304.

A justiça é administrada sob os auspecios da divindade; os juizos executam-se com formas theocraticas e supersticiosas, e como expiação para com os deuses offendidos chamam-se supplicios. Os delictos dependem em grande parte da constituição religiosa; as penas com as quaes devem ser expiados são retribuição divina, revestem um caracter symbolico e sagrado.

A concepção religiosa do delicto e a penalidade destinada á expiação delle apparece claramente em todos os povos antigos, no Oriente mystico e cruel, nas leis da India e da China, do Iran, da Judea, do Egypto e de Carthago, no que é conhecido das civilizações mexicana e peruviana, nos costumes gaulêses, emfim no quadro da historia de todos os povos antigos, o que não é para admirar, pois, como faz notar GARRAUD, foram os sacerdotes os primeiros civilizadores dos povos, porque os homens se submetteram mais voluntariamente áquelles que lhes fallavam em nome de um Deus vingador, do que se submetteriam a algum outro poder humano. Intérpretes da vontade dos deuses, tiveram meio de assumir a direcção moral dos instinctos do homem e conseguiram fazer prevalecer sobre os impulsos naturaes, que levavam á prática da vindicta privada, a noção mais alta da vingança divina (1).

Entre os proprios romanos, onde aliás o sacerdocio não teve a preponderancia governativa que é conhecida noutros povos antigos, foi enorme a sua influencia. Era o sacerdote quem dava ás sen-

(1) GARRAUD, *obr. cit.*, n.º 45, pag. 87; Dr. HENRIQUES DA SILVY, *Lições cit.*, n.os 45 e 46.

tenças condemnatorias da justiça real ou comicial a sancção suprema, quando pronunciava a fórmula terrivel da *consecratio*: «*Sacer esto Jovi Capitolino*», pela qual o condemnado era votado á vingança da divindade que ultrajava, excluido de todo o convivio humano, privado dos seus bens, podendo ser morto por quem quer que fosse, que deste modo bem merecia dos deuses. Todos os delictos, ainda os menos graves e que não tinham a comminação da *consecratio*, eram um ultrage aos deuses e o fim das penas, menos a *consecratio*, era purificar o criminoso e conciliá-lo com os homens. Havia crimes que maculavam a cidade, e todos os cidadãos deviam então purificar-se consoante os ritos expiatorios, lavando no sangue das victimas o sangue humano que houvesse corrido (1).

Quanto aos Germanos, o cunho *theocratico* da repressão apparece bem sensivel na obra de TACITO, a que por mais de uma vez nos temos referido. Infligir penas é uma attribuição sacerdotal. Os sacerdotes, punindo, diz este escriptor, não pretendem satisfazer á justiça nem executar as ordens do general, mas os decretos do deus tutelar dos exercitos, decretos que por vezes se revelam aos ministros dos deuses pela voz dos animaes e por outros presagios (2).

26. Coexistencia do caracter privado do delicto dentro

(1) Veja se RENÉ ROLAND, *De l'esprit du droit criminel*, pagg. 257 e 258; IHERING, *obr. cit.*, pag. 280; FERRINI, *obr. cit.*, pagg. 11 e 12.

(2) *Ceterum neque animadvertere, neque vincire, neque verberare quidam nisi sacerdotibus permissum; non quasi in poenam, nec ducis jussu, sed velut deo imperante, quem adesse bellantibus credunt* (*Germania*, cap. VIII). *Proprium gentis, equorum quoque praesagia ac monitus experiri* (*Ibid.*, cap. X).

do systema compositorio com o caracter publico que deriva do conceito religioso. — Assim como, quando o direito de punir tirava a sua origem da vindicta individual, *ab humano jure,* geralmente incluía em si ainda a ideia de expiação religiosa com a qual o offendido ou a sua familia se conformava para applacar a ira dos deuses, assim tambem quando o mesmo direito passou a basear-se na vingança divina, *in divino jure,* não excluiu de facto a vindicta individual nem o talião e a composição pecuniaria.

No povo hebreu, em pleno dominio da auctoridade sacerdotal, em pleno vigor do conceito religioso, apparece-nos a vindicta na fórma do talião e as composições pecuniarias coexistindo com penalidades expiatorias, como a morte, ordinariamente por lapidação popular, tambem pelo fogo e pela espada (pelos crimes de apostasia, magia, sortilegios, prostituição, adulterio, violação, sodomia, brutalidade, certos incestos), a mutilação e a flagellação.

O talião applicava-se ao homicidio, ás mutilações, aos ferimentos e ao falso testemunho; mas, apesar da fórma imperativa da lei do talião, que parece excluir a possibilidade da remissão do culpado por composição com o queixoso, vê-se do confronto com outras disposições que o talião só era obrigatorio quanto ao homicidio (1), podendo quanto aos mais crimes compor-se o offensor com o offendido.

(1) Numer. XXV, 31 e 33. «*Non accipietis pretium ab eo qui reus est sanguinis, statim et ipse morietur... nec aliter expiari potest, nisi per ejus sanguinem, qui alterium sanguinem fuderit*».

A par destas penas, porém, achavam-se organizados os sacrificios expiatorios, a que era obrigado todo o hebreu não condemnado á pena capital, mas á de açoutes ou ao talião, e com que devia expiar o seu delicto, antes de reentrar na sociedade.

A expiação, pois, accumulava-se com a pena ou com a composição. Até para o furto, que obrigava á restituição e a uma composição, a expiação era imposta.

Em Roma o furto não era considerado como simples damno, mas como uma infracção á lei divina. Bem podia a parte desistir da perseguição vindicativa, contentar-se com a composição ou mesmo renunciar a ella perdoando a offensa. Não era por isso menos necessario applacar os deuses irritados, a não ser que estes perdoassem tambem pela voz dos sacerdotes.

Era este o resultado necessario da doutrina criminal theologica, que, vendo no delicto, além da lesão á parte queixosa, uma offensa aos deuses protectores da tribu ou da cidade, *desparticularizava* em certo modo o delicto, como diz o Dr. HENRIQUES DA SILVA, ou antes o *socializava* considerando-o como um ataque á constituição religiosa, e sujeito sempre á expiação.

Mais tarde o poder politico emancipa-se do poder sacerdotal; a ideia de estado, ideia abstracta em que se personifica o interesse de todos, desinvolve-se e este assume a si o encargo do *desaggravo social,* embora extensivo ainda a determinados crimes religiosos previstos como crimes publicos nas leis das nações em que uma raligião é protegida pelo Estado, ficando aos sacerdotes o *desaggravo divino* por meio de sancções religiosas, de que o

Estado se desinteressa completamente, e até a protecção dos opprimidos por este (1).

E nisto está a differença capital entre o mundo moderno e as antigas sociedades theocraticamente organizadas.

Mas, ao passo que o desaggravo divino perde toda sua importancia como desaggravo social, o desaggravo social exercido pelo Estado fica, durante muito tempo ainda, limitado ao *desaggravo do offendido,* por uma *desaffronta* permittida dentro da medida do talião, ou por uma composição obrigatoria para o delinquente, como entre os Germanos, e uma multa em bedeficio do Estado, em paga da garantia da paz.

27. Principio ethico da expiação. — Este principio, segundo o qual o auctor do delicto deve ser punido, porque é justo que quem pratíca o mal seja castigado e expie a sua falta, e que se concretiza na fórmula — *punitur quia peccatum est* —, não representa uma concepção moderna da delinquencia e da justiça penal, como parece dar a entender FERRI na sua classificação, assignando-lhe o seu logar na escola classica do direito criminal depois de BECCARIA.

(1) Quando se realiza a separação entre o poder politico e o sacerdotal dá-se este phenomeno caracteristico do egoismo das collectividades, do orgulho cioso das soberanias em frente de outras soberanias: *a soberania vencida para a preponderancia attribue-se uma funcção sympathica de protecção dos opprimidos perante a soberania rival.* É ainda manifestação de força, mas em sentido benefico. Os sacerdocios, crueis e por vezes ferozes, emquanto dispõem da jurisdicção e dos tormentos, reservam-se o amparo dos fracos contra a auctoridade politica, desde que deixam de poder opprimí-los.

Os deuses de Roma, diz IHERING, vingavam com uma das mãos as injurias que recebiam, mas estendiam a outra para proteger quem era perseguido e sem defêsa. Havia logares e épocas sagradas em que a persegnição e a pena eram suspensas... Quando um sacerdote de Jupiter *(flamen dialis)* entrava numa casa em que um homem se achava preso, o *fas* (direito religioso) mandava tirar-lhe as algemas e fazê-lo saír pelo tecto; quando um condemnado, conduzido á flagellação, encontrava esse sacerdote e se lhe lançava aos pés, devia suspender-se a execução. A religião abria assim caminho, em outros casos ainda, através da ordem rigorosa do direito e da vida civil, e um raio de humanidade, reflectido da imagem dos deuses, vinha aquecer a superficie gelada do mundo juridico de Roma. (IHERING, *obr. cit.,* pag. 289 e 290; Dr. HENRIQUES DA SILVA, *Lições cit.,* n.º 49).

É certo que este ponto de vista foi desinvolvido com grande força intellectual e verdadeira eloquencia pelo philosopho KANT, em 1797 (1), mas a concepção é muito antiga.

Á exposição deste principio dedicou o Dr. HENRIQUES DA SILVA algumas das mais brilhantes paginas das suas *Lições,* infelizmente as ultimas que escreveu sobre este capitulo do programma (2), e para não lhe tirarmos o sabor original vamos transcrevê-las em seguida.

«Do direito sacerdotal a doutrina da expiação passou para o campo das theorias, onde teve notaveis defensores. Simplesmente os philosophos substituiram a divindade pelo *principio moral,* e em vez do desaggravo dos deuses assignaram como fim ás penas o restabelecimento da ordem moral.

Ha quem, no movimento philosophico da civilização greco-latina, encontre na escola socratica, interpretada pelos Dialogos de PLATÃO, os traços caracteristicos da theoria expiatoria. Com effeito, no *Protagoras* e no *Gorgias* encarece-se o proveito que o proprio criminoso póde tirar da punição,

(1) *Élements métaphysiques de la doctrine du droit,* vers. frac. por BARNI, Paris, 1853.

(2) *Lições cit.,* n.º 50, pag. 175.

como meio de rehabilitação e purificação interior, e ainda de pacificação da consciencia perturbada pelos remorsos.

É em parte a these de alguns psychologos modernos, como DOSTOÏEWSKY. O criminoso, atormentado pela tempestade interior, chega a sentir, imperiosa, irreprimivel, a tentação de denunciar-se, pela necessidade de restabelecer o seu equilibrio psychico, como um devedor opprimido aspira a tranquilizar-se saldando as sua dividas e restabelecendo o seu equilibrio economico.

Isto é, porém, na doutrina de PLATÃO um simples *effeito* moral e interno da pena, muito recommendavel aos condemnados, para que se conformem com as durezas da punição; outro é o *fim* exterior e social, recommendavel ao legislador. Esse fim é meramente politico: prevenir a reincidencia dos que uma vez prevaricaram, e a imitação por parte de quantos possam vir a prevaricar.

Punir o auctor de uma injustiça só porque elle a commetteu, é brutal e contrario á razão. Quem a razão escutar não castiga por causa da falta passada, indestructivel como facto realizado, mas sim por causa das faltas futuras. Tal é a ideia de um trecho do *Protagoras,* depois reproduzida por SENECA no seu livro *De ira* (1): *Nam, ut Plato ait: «Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur; revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur»*, etc.

Differentes passagens de DEMOSTHENES *(Oratio in Neaeram)* e de PLUTHARCO *(De exilio)* parece

(1) I, 16. Vej. *Des délits et des peines,* por BECCARIA, trad. de FAUSTIN HÉLIE, introducção, pag. XXI e segg.

comtudo attribuirem como fim ás penas a expiação dos crimes.

Em Roma, como já na Grecia, o principio *politico* e utilitario da defêsa do Estado pela justiça penal cedo se desinvolveu na legislação, á custa da influencia sacerdotal e dos direitos dos particulares aggravados pelo delicto.

Em concordancia com a orientação do legislador vinha a doutrina preconizada pelos philosophos.

SENECA adoptava os principios politicos do *Protagoras,* como acabamos de ver. O fim supremo das penalidades é a segurança social: *ut securiores caeteri vivant* (1). Para conseguí-lo, deve a punição mirar á emenda do delinquente e ao exemplo: *ut eum quem punit, emendet, aut ut poena ejus caeteros meliores reddat;* e, quando estes effeitos se não produzam, o que a paz publica impõe é a eliminação dos scelerados *(sublatis malis)* (2).

CICERO (*De officiis*) tambem formalmente proclama, como fundamento de qualquer especie de castigo, a utilidade da republica: *Omnem animadversionem et castigationem ad reipublicae utilitatem pertinere.* No mesmo sentido escreveram QUINTILIANO e AULO GELLIO.

Os jurisconsultos romanos, esses attendiam unicamente ao effeito intimidativo das penas; a sua preoccupação era a defêsa da ordem pública pelo terror. A reforma moral do criminoso, a qual SENECA inculcava a par com o exemplo, os jurisconsultos mais práticos, desprezavam-na. Foram estes os inspiradores dos legistas medievaes que prepa-

(1) *De clementia,* I, 22.
(2) *Ibid.* e *De ira,* I, 16.

raram a concentração monarchica dos tempos modernos, e que accenderam a ferocidade real na defêsa da religião e da auctoridade majestatica, nesse ominoso e sombrio periodo, vergonha da humanidade, que terminou tragicamente pela mais alta e mais fecunda affirmação das consciencias revoltadas, que jámais a Historia tem visto até á formidavel crise do momento actual (1). Unicamente num fragmento de PAULO, escripto no intuito de estabelecer que a pena não passa aos herdeiros, se lê: *Poena constituitur in emendationem hominum.* Mas, como interpreta G. VIDAL, refere-se provavelmente á emenda do público pelo exemplo da condemnação do accusado (2).

Com o christianismo resurgiu, como refere GARRAUD, nos Padres da Igreja e nos theologos a doutrina da expiação na fórma religiosa.

SANTO AGOSTINHO equipara a pena á penitencia, e define a pena, propriamente dita, um soffrimento que expia a má acção.

TERTULLIANO e outros Padres consideram o delicto como uma especie de *divida* exigivel em juizo (3).

Sob a influencia das mesmas ideias escreveu, nos meados do seculo XVI, o monge de Salamanca ALPHONSO DE CASTRO o seu livro — *De potestate legis poenalis,* em que attribue caracter identico á penitencia imposta ao peccador e ao castigo infligido ao delinquente. Contrariamente a SENECA, affirma que a pena imposta é vindicta e punição *propter peccatum praeteritum,* devendo ter por effeito o regresso *á mesma ordem* que o delinquente abandonára pelo delicto (1). Apparece já aqui, ainda pouco explicita, a ideia de *ordem moral,* metamorphose ethica de uma noção theologica. Nos principios do seculo XVII, GROTIUS caracterizava a pena como retribuição do mal pelo mal: *malum passionis quod infligitur ob malum actionis* (2).

Para SELDEN, que veio quasi logo depois, a pena é um meio de reparação ou de retribuição, e, além disso, de expiação e purificação, comquanto deva ser simultanea e socialmente medicinal (3).

Segundo LEIBNITZ, esta retribuição é reclamada por um sentimento moral de *harmonia,* analogo ao sentimento esthetico. Não é só o offendido que fica satisfeito pela applicação da pena merecida: todo o espirito bem formado participa do mesmo prazer, como quando se ouve uma bella musica ou se admira uma boa architectura. A *harmonia das cousas* exige um mal de paixão ou de soffrimento que faça sentir ao espirito a sua culpa no mal da acção voluntaria em que puséra as suas complacencias. Este restabelecimento da harmonia moral pertence a Deus, que se reserva, com effeito, em muitos casos a justiça *vindicativa,* sem deixar tambem de a communicar áquelles que têem o direito de gover-

(1) *Quod quidem faciendum est, ut exemplo deterriti, minus delinquant* — D. de poen., 48, 19, § 1.º (fr. Ulp.). Os imperadores tiravam as illações desta doutrina: *Cum vehementia corrige... Acerbe punito, ut paucorum hominum supplicio omnes reliquos continuae castiges.* — Nov. XVII, cap. V; XXX, cap. XI.

(2) *Obr. cit.,* n.º 15, pag. 14.

(3) FAUSTIN HÉLIE, *obr. cit.,* pag. XXV e XXVI.

(1) *Ut ad eundem ordinem per poenam redigatur quem peccando deseruerat — De poteste leg poen.,* pag. 37 e segg. (Lugduni, 1556); F. HÉLIE, *obr. cit.,* pag. XXIX.

(2) *De jure belli et pacis,* lib. II, cap. XX.

(3) *De jure naturali et gentium,* lib. I, cap. IV, apud FAUSTIN HÉLIE, *obr. cit.,* pagg. XXX e XXXI.

nar os outros, comtanto que a exerçam segundo a razão e não ao sabor das paixões (1).

Onde porém o principio ethico da expiação teve o seu córte mais geometrico, por assim dizer, foi no systema do grande metaphysico de Koenigsberg, KANT.

JOSÉ DE MAISTRE é um sombrio ultramontano, que malbaratou o seu talento e a sua eloquencia selvagem, como a qualifica AD. FRANCK, na defêsa da Inquisição, do direito divino dos reis e dos privilegios hereditarios da nobreza, isto é, da sua casta. A admiração de que foi objecto deve-a quasi só á sua imaginação, fertil no colorido phantastico á REMBRANDT, aos movimentos energicos e sacudidos da sua eloquencia desgrenhada, ao seu estylo inconfundivel.

MAISTRE reviveu o velho conceito theologico de SANTO AGOSTINHO e TERTULIANO.

A Providencia, affirma elle, não se manifesta no mundo moral sómente pelas faculdades que deu ao homem; a sua acção é directa e constante na ordem civil e politica, e a humanidade debater-se-á numa impotencia absoluta, emquanto se não submetter com inteira renúncia á vontade divina. Os reis legitimos, representantes e ministros de Deus, têem como primeira attribuição ferir com penas os que o merecerem, ordenar supplicios, exercer severamente o direito de vida e morte (2). O carrasco é um instrumento providencial, expressamente

(1) *Essais de théodicée*, § 73; notas ao livro *Origem do mal*, pag. 60, apud FAUSTIN HÉLIE, *obr. cit.*, pag. XXXI e XXXII.

(2) AD. FRANCK, *Philosophie du droit pénal*, 2.ª ed., chap IV, pag. 29.

criado para facilitar aos principes a sua tarefa de sangue e exterminio; seria incomprehensivel que alguem escolhesse similhante profissão, se não fôra uma vocação especial e extraordinaria. «Para que este ser monstruoso exista na familia humana, é mister um decreto particular, um *fiat* do poder criador (1). A *expiação* é a lei suprema, fóra da qual o mundo não póde subsistir; é forçoso que esta lei se cumpra, ou pela mão dos homens, ou pela mão de Deus. Todo o mal é expiado neste mundo; nenhum fica nem deve ficar impune. O sangue tem uma virtude purificante, e por isso é que o sangue criminoso póde ser remido pelo sangue innocente. Ferir sempre, como dizia um legado de Roma na matança dos Albigenses; Deus saberá reconhecer os seus».

Se abstraíssemos das circunstancias que convulsionavam os espiritos nesse fim do seculo XVIII, que é tambem o fim de um periodo plurisecular de privilegios, diriamos hoje que J. DE MAISTRE não passava do um epileptico com faíscas de genio e com um poder terrivel de suggestão.

Se MAISTRE baseava a lei da expiação na absorpção completa do homem em Deus, KANT, ao contrario, deduzia-a de um principio individualista, que procurava assegurar, até na justiça punitiva, a autonomia da pessoa humana.

Eis, muito summariamente, as ideias expostas nos *Principios metaphysicos do direito*, 2.ª parte, § 49:

As penas *judiciarias*, que devemos distinguir das penas *naturaes*, não podem ser consideradas

(1) *Soirées de Saint-Pétersbourg*, tom. I, pag. 38 e segg. (Lyon, 1845); FRANCK, *obr. cit.*, pag. 31.

como *meios,* mas devem sê-lo como *consequencias juridicas* do crime. O delinquente não é uma *cousa,* e, ainda que perca a sua personalidade civil, conserva a sua personalidade *natural.* Um homem não póde tomar-se como instrumento de outro homem, para a realização de qualquer *utilidade,* ainda que esta reverta em beneficio do primeiro ou da sociedade. A justiça tambem não é cousa que se sujeite a preço. Faz-se justiça porque o é; na utilidade pensa-se depois. A retribuição do mal pelo mal é um *imperativo categorico,* isto é, uma ordem absoluta com que a razão domina a vontade humana. Se uma illha habitada estivesse para ser abandonada, e a sociedade nella estabelecida estivesse para dissolver-se, o ultimo condemnado devia, apesar disso, ser executado, para que o crime não ficasse impune, e para que o povo que deixasse escapar o criminoso se salvasse da vergonha de tornar-se cumplice delle. Desgraçado do que se perder pelos atalhos tortuosos do *eudemonismo* (isto é, da utilidade, ou ainda da piedade), para alliviar o culpado da pena merecida! O interesse é consideração de phariseus. Desde que a justiça é desconhecida, os homens não têem já razão de viver. Ora antes pereça um homem, do que todo um povo (1).

A expiação é assim o mal retribuido pelo mal no interesse da ordem universal, ou da harmonia eterna que a razão categoricamente impõe entre o mal moral e o soffrimento, como entre a virtude e a felicidade. Como é porém que ha de achar-se a

(1) Vej. J. Wilm, *Histoire de la philosophie allemande depuis Kant jusqu'à Hegel,* tom. I, pag. 455 (Paris, 1846); Ad. Franck, *obr. cit.,* pag. 80.

dóse de pena precisamente correspondente á quantidade de mal contido no delicto? Quando diremos que está integralmente satisfeita a justiça retributiva, sem falta que deixe o delinquente na insolvencia, e sem excesso que perverta essa pretendida justiça em oppressão?

Kant atacava de frente a difficuldade: a relação entre a culpabilidade e o castigo deriva de um principio tão absoluto e tão evidente como o dever de punir; esse principio é o da *egualdade,* que na historia, onde elle nos apparece bem proximo, escreve Franck, do berço da sociedade humana, tem o nome de lei do *talião.* «O mal não merecido que a outrem fazes, diz com clareza o philosopho, fáze-lo a ti mesmo; se o deshonras, a ti proprio deshonras; se o roubas, roubas-te; como se o ferires ou fizeres morrer, é a ti que feres ou matas. Só o direito de talião póde determinar de modo preciso a qualidade e a quantidade da pena nos tribunaes de justiça... Todos os outros direitos são oscillantes e, em razão das considerações estranhas que os complicam, insusceptiveis de harmonizar-se com o dictame de uma justiça pura e rigorosa».

A unica relação justa entre o castigo e o delicto é pois, segundo Kant, a perfeita egualdade, uma similhança material entre a lesão que se fez, ou que se intentou fazer a outrem, e o damno que o culpado deve soffrer a titulo de expiação.

Inutil é accentuar como nesta parte do seu systema o metaphysico allemão, perdendo-se nas regiões do abstracto, se afastava dos caminhos planos do simples bom senso, esquecido das condições práticas da vida social, no papel que nella desempenha o sentimento, das necessidades criadas pela civilização. É um cabeçudo philosopho que,

no seu gabinete, seguindo o traço rectilineo da logica inflexivel, deslembrado dos movimentos tortuosos de que resulta o progresso humano, e das épicas luctas que custou a civilização interiormente reflectida nessa *razão prática* que lhe dicta o dever desinteressado, a qual erradamente elle suppõe ser oraculo infallivel e universal da humanidade, tem a ingenua pretenção de estabelecer na terra o equilibrio moral, por uma perfeita equivalencia entre os actos de cada um, criações do livre arbitrio, e o grau de felicidade que cada um desfructa!

Herculea emprêsa essa a que a sociedade votaria os seus esforços! Collossal e cyclopica fábrica que o Estado tomaria sobre os seus hombros! Porque, se é verdade que o Estado deve, *sem pensar sequer nos interesses públicos,* decretar o soffrimento para todo o que fez mau uso do seu livre arbitrio, incumbe-lhe, por igual, outorgar a felicidade a quem rectamente empregou essa livre actividade! Uma justiça de expiação e de castigos sería uma impostura philosophica, mera dissimulação do sentimento de conservação e de defêsa, se não fosse tambem justiça de remuneração e de premios. Tanto triumpharà o mal no mundo, se a maldade se refocillar, impune e jactanciosa, com os lucros do proprio maleficio, como se a virtude estanciar, esquecida e obscura, nos recantos da miseria, ou andar, corrida e perseguida, entre os precipicios do desespero.

Equilibrar a felicidade com o mérito! Estranha e ridicula pretenção num mundo em que tanta vez a insignificancia audaz e a improbidade sem escrupulos sobem triumphantes ás culminancias do poder e da riqueza, emquanto o talento modesto e o altruismo desinteressado vagamente se arrastam

na sombra da via da amargura num lidar sem descanço para a conquista do pão! Se Deus confiou a alguem na terra a justiça retributiva, a quem foi que a confiou, e que meios deixou para que se realize? aos sacerdotes que só têem a inquisição e a fogueira? aos reis, que só dispõem da tortura e do cadafalso? aos governantes, que só sabem fechar sobre os maus as portas dos carceres e abrir para os bons as guelas do Fisco em proveito de oligarchias absorventes?

Mas, se essa justiça retributiva, confiada ao poder social, é justiça unilateral, que só tem balança para a pesagem dos maus, e não tem desafogos para a recompensa dos bons, é mister que esse olho austero penetre tambem nos segredos da vida privada, que lhe não escapem os actos de immoralidade mais pessoal, porque nenhuma infracção á lei moral, de qualquer natureza que possa ser, pondera Ad. Franck, deve ficar impune. É necessario variar ao infinito os supplicios para realizar uma punição proporcional a crimes igualmente variados. «O parricida, morrendo, deve soffrer mais que o incendiario, o incendiario mais que o assassino vulgar, o que matou a fogo lento mais que o que matou de um só golpe». «Desde que se passa álém ou se fica, pouco ou muito, áquem da quantidade de carne que a lei do talião nos permitte arrancar ao nosso inimigo, desde que esta não realiza a estricta, a absoluta igualdade, cáe na iniquidade e no arbitrio» (1).

E esse talião que sería, se não a exemplificação repellente da ferocidade, do egoismo e da immo-

(1) Ad. Franck, *obr. cit.*, pagg. 73, 83 e 91.

ralidade dos criminosos, aos olhos da sociedade horrorizada, que retrogradaria para a barbarie, á plena luz do sol, em nome de uma lei eterna de justiça?

Por todos os lados, consequencias absurdas e monstruosas».

Termina aqui a exposição feita nas referidas *Lições*.

Resumindo a doutrina exposta, diremos com VIDAL (1), que a ideia de *expiação*, que se synthetiza na formula —*punitur quia pecatum est*—, conduz a esta conclusão: o auctor dum delicto deve ser punido porque é justo que aquelle que fez o mal seja castigado e expie a sua falta; a pena deve ser proporcionada á gravidade desta falta e não deve attingir senão os delinquentes responsaveis na medida da sua culpabilidade.

Esta concepção é muito exclusiva e como tal *falsa e perigosa*. Falsa, porque não pertence ao poder social fazer reinar, pela força, a ordem moral ou a ordem divina sobre a terra, antes é sua missão garantir a liberdade de todos, protegendo os direitos de cada um; deve pois respeitar a liberdade dentro de certos limites, emquanto o exercicio desta liberdade não é compromettedor para a segurança geral. Perigosa, porque a ideia de que toda a falta deve ser punida conduz facilmente á confusão da lei positiva com a lei moral e religiosa e á violação da liberdade individual essencialmente respeitavel.

28. Caracter do direito penal nesta phase. — Retribuição, medindo-se o castigo pela culpa, tal é a concepção fundamental da justiça penal nesta phase da sua evolução.

(1) *Obr. cit.*, n.º 48.

Mas esta caracteristica convém sobretudo á phase ethica, e não á theologica, e o proprio Dr. HENRIQUES DA SILVA, que aliás conjugou numa só phase os dois aspectos, rejeita a doutrina de FERRI, que descobre a origem historica do criterio subjectivo da culpabilidade no espirito mystico de penitencia do direito sacerdotal, e considera a doutrina da culpa como um residuo deste direito (1).

«Não ha duvida, diz o Dr. HENRIQUES DA SILVA, de que as ideias de culpa, castigo, expiação, as recebemos da educação religiosa. Os sacerdocios, não podendo elevar-se acima das concepções anthropomorphicas, concebem deuses colericos e irritados como o homem, quando recebe uma offensa. Esses deuses vingam-se, como o homem, e, como elle, são sedentos de sangue. O povo receia calamidades publicas infligidas pela colera divina em razão da culpa de um só (concepção collectivista) e para applacarem a divindade offendida os sacerdotes sacrificam o culpado e recommendam penitencias públicas de desaggravo. Mas a culpa não é ainda, no theologismo primitivo, um estado da alma conspurcada por um mau pensamento; vem da prevaricação exterior, do contacto vedado com certos objectos, da prática de certos actos, embora accidental e de nenhum modo voluntaria.

. . . . . .

«A diminuta importancia que o direito sacerdotal, nos primeiros tempos historicos, attribuia aos

(1) *Obr. cit.*, 4.ª ed. ital., pag. 519; edit. franc., pag. 304; *Résumé du cours de sociologie criminelle...* pag. 8.

elementos subjectivos do crime, salienta-se bem no facto de que, segundo a *Illiada,* aquelle cuja razão estava offuscada, e cujo coração era inclinado ao mal pela irresistivel Ate, ficava ainda assim exposto á vindicta e ao castigo. Já quando o espirito grego concebia o delicto como effeito do livre arbitrio, a Ate irresistivel era considerada como uma pena infligida por Zeus e pelas Eumenides por uma culpa anterior.

. . . . . .

«A ideia de *imputabilidade subjectiva*, e sobretudo a ideia opposta de *irresponsabilidade subjectiva,* não são productos essenciaes das concepções theologicas: como o egoïsmo primitivo, insoffrido e brutal, as desconhece, tambem o theologismo grosseiro e feroz, que considera o louco como um precito, é impotente para elevar-se até ellas. Emquanto a justiça está entregue á paixão impulsiva do offendido, ao espirito interesseiro do particular lesado, ao fanatismo obcecado dos sacerdotes, á crueldade desconfiada dos reis, põe sempre, ou frequentemente, de lado todas as condições essenciaes da imputabilidade.

«A ideia de culpa *interior,* tal como veio até nós por intermedio da escola classica de direito penal, é um producto da psychologia espiritualista, dominada pela doutrina do livre arbitrio, e foi humanizada pelo christianismo com as maximas do perdão e com o valor que attribuiu ao arrependimento e á penitencia voluntaria. Mas a efficacia prática do principio da culpabilidade na administração da justiça, emquanto este conduz ao reconhecimento de certas circunstancias dirimentes ou modificadoras da responsabilidade, tem como condição na historia o apparecimento de magistraturas, que, em vez de representarem o papel de uma das partes, pelo seu interesse na causa, fiquem acima destas e iguaes entre o accusador e o accusado» (1).

Sendo assim, parece não haver motivo para considerar como uma phase distincta da justiça penal a chamada phase theologica, que se foi buscar á classificação de FERRI.

Por outro lado, não deve confundir-se a noção de imputabilidade e de responsabilidade que a philosophia espiritualista designou mais tarde com o nome de livre arbitrio, com a noção de responsabilidade baseada no acto voluntario, existente desde muito antes e reconhecidas nas leis e pelos philosophos.

29. Continuação. Noção da responsabilidade. Concepção subjectiva do crime. — E é precisamente esta ideia de responsabilidade que, dando ao direito penal um caracter subjectivo, constitue para alguns escriptores, nomeadamente ALIMENA, um estadio distincto na evolução da penalidade (2).

Mas, como a respeito das outras phases, já nos estadios anteriores se revelam tambem indicios do elemento subjectivo como requisito do delicto. ALIMENA cita muitos exemplos.

Na legislação de Manú tomam-se já em consideração algumas causas que eliminam ou attenuam a responsabilidade, como a involuntariedade, o caso fortuito, a legitima defêsa, a compensação das injurias, a moralidade do motivo determinante.

---

(1) *Lições cit.*, n.º 44, pagg. 152 a 155.
(2) *Obr. cit.*, tom. I, pagg. 51, 77 e 78.

As leis do Egypto fazem menção da legitima defêsa, e as hebraicas fallam, além desta, da involuntariedade, das rixas e da morte do ladrão nocturno.

Na Grecia encontra-se expressamente previsto, na legislação de Creta, o caso da impunidade da morte do injusto aggressor. Lycurgo exige como primeiro requisito da imputabilidade a vontade, de modo que o homicidio voluntario era punivel com a morte, o involuntario com o exilio, e o casual não era punido. E, finalmente, na legislação atheniense dava-se um grande desinvolvimento á doutrina da imputabilidade, fundada nos diversos graus de intensidade do querer: assim, a legitima defêsa das pessoas ou dos bens, a provocação, a involuntariedade são causas eliminadoras ou attenuantes da imputabilidade, e as pancadas e ferimentos com o *fim de matar* consideravam-se como homicidios e puniam-se com a morte.

Como na legislação se encontravam consagrados estes principios, não podiam elles ter passado desapercebidos aos seus philosophos que primeiro estudaram as acções humanas e abriram a era da philosophia juridica. PLATÃO baseia a imputabilidade na vontade delictuosa; pelo que a demencia, a imbecilidade, a doença e a velhice destroem a imputabilidade; a immediata reacção contra uma offensa diminue-a ou elimina-a quando seja seguida de arrependimento; aquelle que fere com intenção de matar deve ser considerado e accusado como homicida.

Estes conceitos não podiam deixar de ter uma grande influencia no direito penal posterior, e quando se considere que elles triumpharam em Roma depois da elaboração e transformação por que passaram na philosophia stoica, facilmente se comprehenderá coma elles reapparecem no direito penal dos romanos.

A vingança dos tempos de ROMULO e o talião da lei das XII Tabuas cedo desappareceram completamente e os jurisconsultos passaram a considerar o delicto como constituido por dois elementos essenciaes: um elemento subjectivo, interno, que chamaram o *dolus malus, conscientia sceleris,* ou *consilium malignum,* e um elemento objectivo, externo, chamado *exitus, effectum sceleris eventum,* ou *factum.*

Todo o direito penal romano se apoia nas duas maximas: a de ULPIANO — *cogitationis poenam nemo patitur* (1) —, a qual, assegurando a impunidade do puro pensamento, mostra a necessidade do elemento objectivo, e a de CALLISTITO — *consilium uniuscujusque non factum puniendum est. In maleficiis voluntas spectatur non exitus* (2) —, a qual, declarando a impunidade do puro facto material, mostra a necessidade do elemento subjectivo.

Estas duas maximas, que alguns escriptores consideram, sem razão, como inconciliaveis, completam-se numa synthese admiravel que foi formulada pelo jurisconsulto PAULO nos termos seguintes: *Sane post veterum auctoritatem eo perventum est, ut nemo ope videatur fecisse, nisi et consilium malignum habuerit; nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit* (3).

Por isso a theoria das causas dirimentes ou attenuantes recebeu um grande desinvolvimento,

(1) *Dig.*, XLVIII, 19, frag. 18.
(2) *Dig.*, XLVIII, 8, frag. 14.
(3) *Dig.*, L, 16, frag. 53.

especialmente no que respeita á menoridade, ao sexo, á loucura, á ignorancia e ao erro, á legitima defêsa, á coacção, á embriaguês e ao impeto das paixões, devendo notar-se que é no direito romano que pela primeira vez apparece uma noção concreta da loucura como derimente da imputabilidade: *furiosi nulla voluntas est* (1).

O elemento subjectivo era caracterizado, como já se disse, pelo *dolus,* ou *dolus malus* no dizer dos textos mais antigos, o qual, por um lado, se differenciava da *fortuna* ou *casus,* que indicavam a mera accidentalidade, e, por outro, da *negligencia* e da *culpa* em sentido restricto, que indicavam a involuntariedade punivel, que dava logar aos quasi-delictos e contravenções policiaes. A *culpa lata* ou *nimia negligentia* muitas vezes se equiparou ao dolo, e nos tempos anteriores ao fim da Republica a palavra *culpa* tinha um significado mais amplo, pois indicava a *imputabilidade* ou a *culpabilidade em geral* (2).

Com quanto o crime se fundasse na *voluntas,* não se deu importancia, diz ainda ALIMENA, á questão sobre o livre arbitrio.

Com o apparecimento do christianismo tambem não se modificou esta concepção do direito penal.

É certo, diz SALEILLES, que desde o começo do christianismo a questão do livre arbitrio levantou sérias difficuldades; mas foi no campo theologico e religioso, no seu conflicto com o dogma christão da graça, com a ideia de predestinação, que a questão se agitou, e não em materia penal.

No campo do direito penal não se suscitou a

(1) *Dig.*, L, 16, frag. 40 (Pomponius).
(2) ALIMENA, *obr. cit.*, tom. I, pag. 54.

questão nem se pôs de parte a ideia de responsabilidade, antes se considerava toda o facto de vontade como um facto de responsabilidade. Não se perguntava se este facto de volição fôra determinado, ou não, se tinha sido, ou não, condicionado por uma série de phenomenos psychologicos não deixando mais logar á intervenção dum acto de soberania interior que lhes fosse estranho. Estabelecia-se a equação seguinte: vontade igual a liberdade, e por conseguinte vontade identifica-se com responsabilidade.

O que se discutia era mais a applicação da fórmula, que o seu fundamento e a sua justificação. Não se tratava de averiguar se a vontade que quís o acto teria sido capaz, não em si mas na manifestação especial, de não o querer e de resistir ao instincto ou ao motivo que a inspirava; averiguava-se unicamente se ella tinha bem previsto e querido todas as consequencias do facto que tinha em vista (1).

Mesmo mais tarde, quando por influencia da theologia e mais ainda do direito canonico a doutrina do livre arbitrio se converteu no fundamento philosophico do direito penal, nem os legisladores nem os tribunaes se preoccuparam *na realidade* com este fundamento.

As leis, os codigos, subordinam em muitas circunstancias a existencia do delicto ao *conhecimento,* ao *dolo,* á *vontade,* á *intenção,* á *culpa,* etc., mas em parte nenhuma fallam do livre arbitrio, ou empregam *expressão* equivalente. Áquellas expressões deram-se subtis interpretações, mas nunca

(1) SALEILLES, *L'individualisation de la peine,* pagg. 39 e 40.

ninguem lhes deu concretamente o sentido de que o delicto era subordinado ao livre arbitrio.

Os tribunaes procedem de modo similhante. Numnca uma sentença condemnatoria foi precedida de um considerando tendente a demonstrar no accusado a circunstancia do livre arbitrio; muitas vezes a habilidade capciosa do defensor consegue impôr ao ministerio publico a pesada missão de provar que o accusado procedeu dolosamente, com intenção malefica, ou de má fé; mas, mesmo nestes casos, não é da essencia deste elemento, cuja prova se vae buscar mais ou menos ás circunstancias de cada especie, depender em cousa alguma da liberdade da vontade (1).

Mais tarde voltaremos a este assumpto.

Podemos, pois, concluir que nesta phase, sobretudo na concepção ethica, o crime é concebido subjectivamente; que a subjectividade do agente é o aspecto dominante e que a esta concepção do crime corresponde um direito penal subjectivo.

---

(1) Luchini, *Le droit pénal et les nouvelles théories*, vers. franc., Paris, 1892, pagg. 93 e 94.

CAPITULO IV

Phase politica

30. A justiça penal na phase politica em geral. — A ideia de pena com seu fim social, no interesse público, surge quando a sociedade adquire uma certa organização e uma certa fórma. Então a vindicta ou satisfação privada, passa a ser vindica pública, e separada do elemento theocratico predomina nella o conceito de utilidade pública.

Mas o direito de punir, como direito pertencente ao Estado, ao poder público, não se comprehende, durante longo tempo, senão como uma cousa toda de facto, inexpugnado e inexpugnavel, cuja legitimidade e fundamento não se investiga nem se discute. O seu caracter é despotico e feroz.

O Estado, ora é representado na pessoa do Principe, a cuja vontade e poder tudo dever ser submettido, ora se revela como um ente proprio, a cuja auctoridade e imperio tudo deve ceder. O Estado é tudo, Briareu de cem braços, Saturno que devora os filhos; tudo impõe, tudo exige, tudo justifica para o seu pretendido legitimo interesse, para a sua pretendida necessidade de segurança.

Por conseguinte, os crimes de lesa-magestade, de rebellião e de desobediencia são reprimidos com penas severas, indeterminadas e crueis, impostas por um processo despotico e arbitrario. Pretende-se sobretudo que prevaleça a chamada razão de Estado, a necessidade politica, que se resume no famoso principio — *salus publica suprema lex esto.*

Nesta phase da justiça penal legisladores e juizes inspiram-se num conceito informado pela crueldade das penas e pelo arbitrio funesto nos juizos.

As penas têem um só fim: a defêsa social pelo terror — *Quod quidem faciendum est ut exemplo deterriti minus delinquant* (1) — ou — *ut unius poena metus possit esse multorum* (2).

Por isso a esta phase chamam alguns escriptores a phase da intimidação. As necessidades desta, levaram legisladores e juizes a uma exaggeração de severidade que fez multiplicar os supplicios, ferir de morte numerosos attentados, como o furto domestico e o furto simples no caso de reincidencia, e a assegurar pelos meios mais diversos e mais repugnantes, forcas, pelourinhos, etc., a publicidade das execuções capitaes (3).

Em face da resenha da legislação penal de diversos povos apresentada por ALIMENA (4) sería facil mostrar como esta phase da evolução da justiça penal é uma das mais distinctas e caracteristicas; limitamo-nos, porém, a dar, quanto aos povos antigos, algumas indicações a respeito dos Romanos, dada a singular influencia que o seu direito exerceu sobre igual phase das monarchias europeas dos fins da Idade-media e da Renascença.

31. A justiça penal na phase politica em Roma.— Por mais alto que possa remontar-se na sua historia, vê-se o direito romano separar os factos illicitos

(1) ULPIANUS, frag. 6, § 1.º, *D. de poenis*, XLVIII, 19.
(2) Const. 1, Cod., IX, 27.
(3) G. VIDAL, *obr. cit.*, n.º 15.
(4) *Obr. cit.*, tom. I, pag. 51 e segg.

chamados — *delicta privata,* porque davam logar sómente a uma acção penal privada (1), como o *furtum*, a *rapina*, a *injuria,* doutros factos illicitos que formavam o objecto do direito penal propriamente dicto, e que, comprehendidos sob a denominação generica de *crimina,* davam logar a verdadeiras penas corporaes, ou doutras especies, que nada aproveitavam ao lesado, e que eram infligidas em nome da sociedade por meio de acção penal, a qual podia ser intentada por qualquer cidadão, seguindo-se as fórmas e as regras do processo criminal.

Estas nórmas e regras variavam e com ellas o direito penal. Como os Inglêses de hoje, os Romanos ligaram sempre ás regras da perseguição e á organização das jurisdicções penaes uma importancia decisiva. Era tal a dependencia em que o direito penal estava do processo penal, que a divisão ordinariamente seguida pelos escriptores na exposição historica das evoluções do direito penal romano é a das transformações das instituições judiciarias repressivas: 1.º direito anterior ás *quaestiones*

(1) A acção era *penal,* porque tinha por fim obter para a victima do delicto uma somma de dinheiro, representando por vezes o simples prejuizo causado, mas muitas vezes o *dobro*, o *triplo*, o *quádruplo* deste prejuizo. Era *privada,* porque só o lesado ou seus herdeiros tinham o direito a intentar a acção para exigir a reparação ou a pena pecuniaria, acção que seguia os termos e as regras do processo civil.

O excesso de reparação, nos casos em que o havia, constituia uma pena, mas a pena era instituida no interesse dos lesados e dependente da sua acção perante os tribunaes civis, fazia de algum modo parte da reparação civil, era o complemento da divida contrahida pelo delinquente, uma ampla satisfação concedida ao lesado, tanto pela perda material que soffreu, como pela lesão pessoal resultante da violação do seu direito, a cuja vingança renunciou (SAVIGNY, *Traité de droit romain,* vers. franc., (Paris, 1846), tom. V, § CCXI).

perpetuaę; 2.° direito das *quaestiones;* 3.° direito posterior ao abandono das *quaestiones.*

A principio os reis *ex officio,* e mais tarde o povo reünido em comicios por uma lei especial, eram quem punia as offensas contrárias á segurança e paz públicas, aos interesses da sociedade, como os attentados contra a honra e independencia da patria, as conspirações, revoltas, usurpações, traição, deserção, etc.

Não havia lei que declarasse crimes estas offensas e fixasse as penas; mas a criminalidade destes factos inferia-se da sua propria natureza contrária aos interesses da cidade, pelo que deviam ser reprovados pelo sentimento de cada um (1), e a punição fazia-se por uma lei especial para cada caso. Em vez de os deixar julgar pelo tribunal civil ou religioso, o Estado promulgava um *privilegium* ou *privata lex* (lei especial) contra o offensor. É esta a primeira concepção do *crimen.* O processo para a sua punição não divergia daquelle que se seguia para fazer uma lei; era dirigido pelas mesmas pessoas e revestido das mesmas formalidades, mas a decisão só constituia lei para o caso particular a que respeitava.

Assim o julgamento de cada crime constituia um facto extraordinario, irregular e independente de regras fixas ou de condições definidas. Não havia nesta época nem lei contra os crimes, nem tão

(1) *Civis scire debet ex notione reipublicae cui adscriptus est, quae peccata sint fugienda, si in poenam incurrere nolit. Legem hic omnino deesse dici nequit, verum enim vero lex, qua poena infligitur, est illa omnium civium communis conscientia, quae cum unoquoque quasi nascitur et adolescit, ita ut a nemine ignorari possit, qui vinculo reipublicae illigatus teneatur* (Platner, *Quaestiones de jure criminum romano,* quaest. I, pag. 8).

pouco jurisprudencia criminal, porque não era possivel classificar os actos prescriptos ou prohibidos e porque o tribunal que julgava era o proprio soberano, cumulava o poder legislativo e o judiciario.

Perante os comicios por centurias ou por tribus, o direito de accusação não era ainda um direito geral que pertencesse a todos os cidadãos. Só os magistrados que convocavam e reüniam os comicios, os consules, os pretores, os tribunos, tinham o direito de accusação, salvo aos cidadãos o direito de se dirigirem a estes magistrados para lhes denunciarem os factos.

Este systema da intervenção do povo e dos *judicia publica,* para julgar as accusações, desinvolve-se muito nitidamente antes das leis das XII Tabuas e deu ao direito penal romano o caracter profundamente politico que por muito tempo conservou.

Por um lado, não são unicamente os crimes de alta traição que vão motivar a intervenção popular. Além da morte dum cidadão romano *(parricidium)* (1), as leis das XII Tabuas qualificam de *crimes capitaes* o incendio, o falso testemunho, a corrupção, o furto á mão armada ou roubo *(furtum manifestum),* e tambem certos casos determinados de injuria. Por outro, preceituam as mesmas leis das XII Tabuas que as penas capitaes só podiam

(1) O *parricidium ou paricidium* não era, como á primeira vista poderia suppôr-se, a morte do pae, mas a de qualquer cidadão. Festus exprime-se assim: *Parricida non utique is, qui parentem occidisset dicebatur, sed qualemcumque hominem indemnatum; ita fuisset indicat lex Numae Pompilii regis, his composita verbis: si qui hominem liberum dolo sciens mortum duit parricidas esto* (apud Garraud, *obr. cit.,* tom. I, pag. 97, nota 14).

ser pronunciadas pelo *comitiatus maximus* (comicio por centurias), e, comquanto em alguns casos mencionassem as *leges* e os *mores* como bases de accusação, não é menos certo que o proprio modo por que o povo exercia esta funcção mostra que em geral elle não se considerava sujeito a regras e que se abandonava ás influencias politicas e á inspiração do momento. O mesmo crime importava por vezes penas muito differentes: se se tratava de um cidadão odiado, o povo vingava-se asperamente dum crime relativamente leve; se, pelo contrario, se tratava dum crime grave, mas commettido por um cidadão popular, o povo mostrava-se benigno e descontava na pena a lealdade das intenções do culpado e os serviços por elle prestados ao Estado. O povo, com a sua soberania legislativa, mas tambem com as paixões inherentes ás multidões, com a sêde de dominação e o desejo ardente de igualdade, que nem sequer admittia a supremacia da lei, conservára nas suas funcções de juiz os seus instinctos de omnipotencia.

Daqui uma immobilidade incessante em instituições que, mais do que quaesquer outras, exigem principios fixos e dados certos; daqui a incerteza da lei criminal e a arbitrariedade das penas, consequencia fatal a que leva a confusão dos poderes legislativo e judiciario (1).

32. Continuação. A phase politica do direito penal romano

(1) Faustin Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, tom. I, §§ 7, 8 e 9; Iihering, *obr. cit.*, tom. II, § 30; Sumner Maine, *L'ancien droit*, vers. franc., (Paris, 1874), pagg. 352 e segg.; Ortolan, *Histoire de la législation romaine*, tab. IX, § 2; Dias da Silva, *A responsabilidade civil connexa com a criminal* (Coimbra, 1886), tom. I, n.os 9, 10 e 11.

no periodo das «quaestiones». — O reconhecimento da inconveniencia exposta e tambem a impossibilidade de reünir tão frequentes vezes os comicios para exercerem a funcção judiciaria, fizeram com que a breve trecho se delegasse a investigação e conhecimento dos crimes em commissões especiaes *(quaestiones)* (1), a principio temporarias, nomeadas *ad hoc* para conhecerem e julgarem um determinado crime, e depois com caracter de permanencia e estabilidade a fim de que a repressão dos crimes fosse mais prompta e efficaz. Assim surgiram as *quaestiones perpetuae,* que eram permanentes e encarregadas de julgar e punir, segundo a fórma de processo e com as penas estabelecidas nas leis que as instituiam, certos e determinados crimes tambem especificados e definidos pelas mesmas leis (2).

Foi a lei *Calpurnia de repetundis* (anno de Roma 605), assim chamada por ser proposta por Lucio Calpurnio Pisão e por ter por fim fazer embolsar os habitantes das provincias do dinheiro indevidamente percebido pelos governadores geraes, a que

(1) *De quaestio* — conhecimento. *Quaestores* se chamavam os presidentes destas commissões.

(2) Embora permanente quanto á organização e competencia, o tribunal quanto ao pessoal da sua composição era sómente annual, segundo a regra geral das magistraturas romanas. Era presidido por um pretor e composto por juizes cidadãos, juizes jurados, em grande numero, de trinta e dois até cem, conforme a lei que regula a *quaestio perpetua* de que se trata, nomeados para cada causa, com intervenção maior ou menor das partes, de entre os individuos contidos na lista dos jurados, que, sendo a principio restricta aos membros do Senado, foi successivamente ampliada.

O direito de accusação, que no periodo anterior só pertencia aos magistrados a quem competia convocar e reünir os comicios, no periodo das *quaestiones* tornou-se direito de qualquer cidadão; todo o cidadão podia ser accusador; constituia-se parte na causa e era obrigado a fornecer a prova (Ortolan, *obr cit.*, n.os 273, 278 e 279).

primeiro criou uma *quaestio perpetua* para conhecer e julgar do crime referido. Seguiram-se muitas outras, como a *Lex Plautia de vi*, a *Lex Fabia de plagio*, as *Leges Corneliae repetundorum, majestatis, de sicariis, de falsis*, as *Leges Juliae* (CAESARIS) *repetundorum, de vi majestatis*, a *Lex Pompeia de parricidiis*, as *Leges Juliae* (AUGUSTI) *judiciorum publicorum, de sacrilegio, de peculatu et de residuis, de vi publica, de vi privata, de adulteriis, de fraudata annona*, etc., que ao lado da organização do processo penal contêem tambem disposições sobre o direito penal propriamente dito (1).

Foi com estas leis, a que se faz referencia nos livros XLVIII do *Digesto* (2) e IX do *Codigo*, que os *delicta publica*, ou, segundo a expressão technica, os *crimina publica* receberam uma regulamentação mais completa e que se inicía uma evolução scientifica do direito penal romano.

«Cada commissão judiciaria *(quaestio)*, diz GARRAUD, só tinha sido estabelecida para julgar uma especie de crime; mas estabeleceu-se logo a jurisprudencia de que a sua competencia, embora assim limitada, se ampliava a todos os factos da mesma natureza e até a factos differentes quando fossem punidos com a mesma pena. Cada crime teve assim seu codigo e tribunal distinctos, seu processo e provavelmente tambem sua jurisprudencia proprios. A maior parte das leis judiciarias tiveram um caracter pronunciado de leis de occasião; mas

(1) ORTOLAN, *obr. cit.*, n.os 275 e segg. e 323; F. HÉLIE, *obr. cit.*, tom. I, §§ 12 e 13; SUMNER MAINE, *obr. cit.*, pagg. 361-363, 368-371.

(2) Este livro intitula-se *De publicis judiciis*, e o XLVII *De privatis delictis*. São, no dizer do proprio JUSTINIANO, os *libri terribiles*.

os principios directores dos jurisconsultos que souberam inspirá-las e commentá-las permitte estabelecer entre ellas um accôrdo íntimo. Distinguem-se facilmente os grupos seguintes: 1.° os crimes dos *empregados publicos*, qualificados de *crimen repetundarum (ambitus, crimen soladiciorum, crimen peculatus*, e *de residuis)*; 2.° o *crimen magestatis*, que, pouco a pouco, substituiu a antiga accusação de *perduellio*; a *vis publica et privata*, considerada sob um aspecto especialmente politico e como uma perturbação da ordem pública; 3.° o *plagium* ou rapto de pessoa (frequente, por causa da escravidão e da servidão da gleba, no direito romano sucessivo e durante a Idade-media até ao fim do seculo XVI, mas raro em nossos dias), e o *falsum*, cujo conceito penal era muito amplo; 4.° os crimes de sangue, *crimen sicariorum et veneficorum*, e o *parricidium*; 5.° as *injuriae atroces (pulsare, verberare, domum vi introire)*; 6.°, finalmente, o *adulterium*, o *stuprum*, o *lenocinium*, o *incestus*, factos que foram punidos pela primeira vez pela *Lex Julia de adulteriis*» (1).

Adverte o mesmo GARRAUD que a expressão *crimes capitaes* não era synonyma de «crimes punidos com pena de morte», e que mesmo nos raros casos em que se impunha a pena de morte, esta era, de facto, substituida pelo exilio *(aquae et ignis interdictio)*; que esta ultima pena, provavelmente fórma adoçada da antiga excommunhão *(sacratio capitis)*, foi considerada durante muito tempo como a sancção regular de quasi todos os crimes públicos; que esta pena, assim como o exilio voluntario pelo qual o culpado se escapava ao julgamento, faz-nos

(1) *Obr. cit.*, n.° 53, pag. 98.

como que attingir com os dedos o caracter politico do direito penal romano (1).

O desapparecimento da pena de morte do systema penal da republica romana, frequentemente lembrado pelos theoricos do abolicionismo como um notavel exemplo historico da moderação das democracias, é considerado por SUMNER MAINE como uma anomalia, que não mereceu á antiguidade a mesma sympathia com que tem sido encarecida pelos modernos, e explicado historicamente pela criação das *quaestiones perpetuae*. Emquanto a jurisdicção criminal, diz elle, pertenceu ás assembleias, e os comicios das centurias e das tribus exerceram poderes coordenados, era facil instaurar os processos pelos crimes mais graves perante os *comitia centuriata*, que representavam a cidade como corpo militar e que assim tinham a latitude de poderes de um general commandando um exercito, e, entre elles, o de submetter os culpados ás severidades penaes applicaveis ao soldado por quebra de disciplina, inclusivamente á pena capital; ao passo que os *comitia tributa*, limitados pelo caracter sagrado attribuido pela religião e pelo direito ao cidadão romano dentro dos muros da cidade, apenas impunham multas. Nos ultimos tempos da republica tinham porém as tribus substituido quasi inteiramente as outras assembleias, e do seu seio sahiam as commissões judiciarias investidas da jurisdicção criminal, as quaes, pela auctoridade limitada do corpo delegante, que não podia em sessão ordinaria punir de morte um criminoso, ficavam incompetentes para infligir a pena capital.

(1) *Obr. e log. cit.*, pag. 97.

Em seguida, commenta MAINE: «É duvidoso que esta anomalia contribuisse para melhorar o caracter romano, e de certo foi nociva á constituição de Roma. Como todas as instituições que acompanharam o género humano no curso da sua historia, a pena de morte é uma necessidade social em certo estado de civilização... A incapacidade dos tribunaes romanos para pronunciarem a pena de morte foi a causa evidente e directa desses horriveis expedientes revolucionarios conhecidos pelo nome de *proscripções*, durante os quaes toda a lei era suspensa, simplesmente porque a violencia dos partidos não achava outro meio de satisfazer a sua vingança... Se a prática dos tribunaes pudesse dar satisfação á paixão popular, as fórmas do processo seriam com certeza prevertidas, como aconteceu em Inglaterra no reinado dos ultimos Stuarts, mas o caracter da nação não seria tão profundamente affectado, nem a estabilidade das instituições romanas tão seriamente compromettida» (1).

33. Continuação. A phase politica do direito romano no periodo posterior ás «quaestiones». — As ultimas commissões judiciarias com o nome de *quaestiones* foram criadas pelo imperador AUGUSTO e a partir de então começaram a declinar e a caír em desuso, passando todo o seu poder para magistrados de nomeação imperial que conheciam dos crimes por si mesmos e sem intervenção de cidadãos jurados, com appellação para os imperadores ou antes para o conselho privado imperial.

Assim se formou insensivelmente a doutrina,

(1) *Obr. cit.*, cap. X, pag. 366 e segg.; FERRINI, *obr. cit.*, pag. 13.

depois vulgarizada e de que se resentem ainda hoje algumas *constituições politicas,* de que o soberano é a fonte de toda a justiça e o depositario de toda a graça, não tanto por effeito da adulação e servilismo para com os reis como por effeito da centralização então consumada.

No entanto a historia das *quaestiones* mostra bem claramente que a primeira origem dos tribunaes criminaes foi essencialmente democratica.

«Se as *quaestiones perpetuae* tivessem uma historia mais longa, diz MAINE, acabariam, sem dúvida, por ser consideradas como uma instituição distincta e as suas relações com os comicios não teriam sido mais estreitas do que as dos nossos tribunaes de justiça com o soberano que, theoricamente, é a fonte de toda a justiça. Mas o despotismo imperial destruíu as *quaestiones* antes que a sua origem tivesse sido completamente obliterada e os romanos consideraram-nas sempre como depositarias de um poder delegado. Considerava-se o conhecimento dos crimes como um attributo do poder legislativo e o espirito do cidadão viu sempre por trás das *quaestiones* os comicios que as tinham organizado para lhes confiar algumas das funcções legislativas».

A esta transformação do poder politico correspondem importantes transformações no direito penal, tanto a respeito das incriminações como do systema das penas.

Quanto ás incriminações, tres factos caracterizam esta evolução: 1.º amplia-se consideravelmente o conceito do *crimen majestatis;* 2.º augmenta-se o numero de delictos sujeitos á perseguição *ex officio* pelos proprios magistrados; 3.º cria-se uma nova ordem de crimes, os *crimina extraordinaria,*

isto é, muitos dos numerosos factos que durante muito tempo foram considerados como *delicta privata* passaram por varias constituições imperiaes a ser considerados tambem como crimes, a que se deu o nome de *extraordinarios (extra-ordinem),* já por serem perseguidos e punidos *ex officio* por funccionarios imperiaes, já porque se concedeu aos offendidos a faculdade de os perseguirem criminalmente por uma fórma de processo excepcional e differente da do processo civil. Succedeu isto particularmente com numerosos casos de roubo, como o commettido em banhos publicos, o de animaes, o de cousas pertencentes a uma herança, com o estellionato, etc., e acabou-se mesmo por admittir na maior parte dos *delicta privata* a escolha entre a acção civil ex-delicto e a *accusação criminal* (1).

O systema penal transformou-se completamente.

Ao antigo exilio *(aquae et ignis interdictio),* que no tempo da Republica era a sancção ordinaria dos crimes e que agora sómente subsiste de nome, substituiram-se penas corporaes e privativas da liberdade com ou sem trabalho forçado, penas privativas da honra e penas privativas dos bens.

A principal divisão emergente dos textos é em penas capitaes e não capitaes.

As primeiras ainda se subdividem em duas categorias:

a) Penas capitaes que importam a *maxima capitis*

(1) *Meminisse opportebit,* diz ULPIANO, *nunc furti plerunque criminaliter agi, et eum qui agi, in criminem subscribere, non quasi publicum sit judicium, sed quia visum est temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione coercendam. Non ideo tamen minus, si qui velit poterit civiliter agere (Dig.,* XLVII, 2, frag. 92). — ORTOLAN, *Explication historique des Institutes,* tom. II, n.os 2349 e segg.; SUMNER MAINE, *obr. cit.,* pag. 372; DIAS DA SILVA, *obr. cit.,* n.º 13.

deminutio, ou escravidão da pena e privação do direito de ter um patrimonio, e são: a *pena de morte* sob variadas fórmas (ora sob a de simples *capitis amputatio, decollatio* ou *gladii poena,* ora sob as de supplicio, como a *damnatio ad bestias* ou *ad ludum gladiatorum,* a *damnatio ad crucem* ou *ad furcam* (esta última substituindo, depois de CONSTANTINO, a crucificação), o *salto da Rocha Tarpeia,* a *vivi crematio* e a *poena culei* para os parricidas) (1), e a *condemnação ao trabalho de minas (damnatio in metalla)* dividida até CONSTANTINO em *poena metalli* e *poena operis metalli.*

b) Penas capitaes que importam uma *capitis deminutio media,* isto é, a privação dos direitos de cidade e de todos os demais direitos a que serve de base o *jus civile,* e são a *deportatio* e a *opus publicum.*

Das penas não capitaes, umas são afflictivas, a saber: a amputação da mão, a flagellação para os escravos e a fustigação para os *humiliores.* Depois vem a *relegatio in insulam,* que importa a privação da liberdade com trabalho forçado, o *confisco* e a *multa.*

A prisão não se impunha a titulo de pena, mas como uma simples medida de guarda policial: *Carceres ad continendos homines non ad puniendos haberi debet* (2).

Resumindo os caracteres salientes do direito penal dos ultimos tempos do imperio, diz GARRAUD:

«Estes caracteres são a *desigualdade,* a *arbitrariedade* e a *crueldade.* Para o mesmo delicto a pena

(1) Eram encerrados num sacco com um cão, um gallo, um macaco e uma vibora e deitados á agua (*Cod.,* liv. IX, tit. 17).
(2) *Dig.,* XLVIII, 20, frag. 8, § 7.

é differente segundo a condição social do culpado; e é sob o ponto de vista do direito criminal que se manifesta uma das consequencias mais nítidas da distincção entre os *honestiores* e os *humiliores.* As penas reservadas para os segundos e poupadas aos primeiros são, naturalmente, mais duras e humilhantes. A repressão é obra de funccionarios que perseguem e punem conforme o seu capricho e sem mais verificação que a resultante da organização hierarchica do Imperio. Emfim, as penas corporaes tomam cada vez mais o primeiro logar no systema penal; a morte substitue o exilio como processo de eliminação dos criminosos perigosos» (1).

A estes defeitos podem, todavia, contrapôr-se algumas virtudes.

No direito romano imperial os crimes foram melhor classificados e determinados, e, em geral, deu-se maior relevo ao elemento moral, intencional. Sobretudo na imputação, teve-se mais consideração para com a vontade do que para com o facto, e o elemento subjectivo occupou o primeiro posto na theoria da tentativa e da cumplicidade. A culpa, que, no periodo republicano era equiparada ao *casus,* no direito imperial passou a constituir crime e a dar logar á applicação de penas especiaes em certos casos mais graves, de maior damno, como quando importassem a perda de vida. A idade infantil e as doenças mentaes são causas eliminadoras ou attenuantes de imputação, porque o infante *innocentia consilii tuetur* e o furioso *infelicitas fati excusat* (2).

(1) *Obr. cit.,* tom. I, n.º 54, pag. 101.
(2) *Dig.,* XLVIII, 8, frag. 12.

Na propria distincção entre a tentativa de crime e o crime consumado tem-se na devida conta o arrependimento do agente, porque esse *suffragio justae sententiae absolvitur* (1). O aggredido tem direito de repellir o aggressor com a força (justa defêsa), porque *vim enim vi defendere omnes leges, omniaque jura permittunt* (2).

Estas e outras regras formuladas pelos jurisconsultos romanos sobre a imputação dos crimes, embora para casos especiaes e sem pretenção a relacioná-las com principios racionaes a fim de formar uma theoria penal, passaram por não interrompida tradição para as leis dos tempos posteriores e ainda hoje são fundamentaes na sciencia do direito penal.

34. A phase politica no direito germanico. — A ausencia quasi completa do aspecto politico e social na organização da penalidade e o predominio do aspecto individual e privado, é a principal caracteristica qne distingue do direito penal romano o direito penal germanico, sobretudo nos costumes que immediatamente precederam a invasão barbara e que resistiram até uma êpoca já avançada da Idade-media.

Os documentos barbaros que se seguiram á invasão, isto é, as *leis,* as *capitulares* e as *fórmulas* reflectem bem estes costumes primitivos. Todos consagram a maior parte do direito penal e tratam quasi exclusivamente de regular a vingança privada, isto é, das violencias contra as pessoas e das

(1) *Dig.,* XLVIII, 10, frag. 19.
(2) *Dig.,* IX, 2, frag. 45, § 4, e XLIII, 16, frag. 1, § 27.

offensas contra a propriedade (1). O numero de delictos reprimidos por uma pena publica é diminuto, e bem limitado é o caracter penal que póde descobrir-se na parte da composição ou preço da paz que o culpado é obrigado a pagar ao rei e á justiça *(fredum* ou *fredus)* e que mais tarde se transformou, num grande numero de casos, em uma multa obrigatoria sob o nome de *bannus* ou *bannus regius.*

Do caracter privado que o direito germanico attribuia ás offensas contra as pessoas e a propriedade resultava outra caracteristica differencial entre o direito romano e o germanico, isto é, attender sómente, a fim de apreciar a gravidade do delicto, ás consequencias prejudiciaes que deste resultavam, sem attenção ás circunstancias em que o delinquente se encontrasse, ao contrario do que succedia, como vimos, no direito romano.

Daqui resultava que a composição e as multas e as penas públicas tanto se impunham no caso de damno intencional, como no de damno casual; factos culposos eram punidos com graves penas, e a tentativa, que nenhum prejuizo causasse, escapava inteiramente á repressão.

Se com a invasão dos Barbaros o mundo latino não retrogradou inteiramente para a phase primitiva da composição pecuniaria, foi porque o direito romano continuou a manter nos vencidos a sua influencia e porque, auxiliado pelo elemento christão, conseguiu oppôr-se e supplantar o germanico, cuja importancia como fonte legislativa do direito penal moderno é quasi nulla.

(1) De 408 artigos que a lei Salica tem, 343 tratam de questões penaes e sómente 65 se occupam doutras materias.

33. Direito penal canonico. — Bem mais consideravel é a influencia que o direito penal da Igreja exerceu sobre o desinvolvimento do direito penal secular. É sabido que as jurisdicções ecclesiasticas chamaram para a esphera da sua competencia todos os processos que mais ou menos respeitassem aos interesses religiosos, e que assim passaram para o foro ecclesiastico muitos crimes, como aquelles que fossem commettidos em logares santos, igrejas, capellas, cemiterios e conventos; os sacrilegios; os crimes contra a fé, heresia, bruxaria, magia; a blasphemia, a simonia, o adulterio, a usura, o perjurio, etc., constituindo-se por esta fórma um direito e processo penal distinctos do secular (1).

Ao elemento objectivo do direito germanico contrapôs o direito canonico a preponderancia do elemento subjectivo, exigindo um exame minucioso da *culpabilidade* do delinquente, mesmo para a avaliação das composições pecuniarias; o furto tentado, não interrompido por vontade do agente, era considerado como crime ideal consumado (2); cada um responde, tanto pelo facto, como pelo conselho (3); tanto póde matar-se com a espada, como com a vontade (4).

Combateu ainda o elemento germanico estabelecendo o asylo religioso como refugio contra a vindicta; contra as ordalias e o duello judiciario exigiu a prova directa do crime; e estabeleceu o principio da igualdade das pessoas perante a penalidade (1).

(1) Garraud, *obr. cit.*, n.º 59.
(2) Can. 29, caus. 33, quaest. 3, *De poenitentia*, Dist I: *Furti teneris.*
(3) Can. 22, idem: *Ex consilio autem, velut ex facto, aliquem teneri Augustinus probat.*
(4) Can. 25, idem: *Licet gladio non occidat, voluntate tamen interfecit.*

Quanto a esta, dando-lhe em geral o caracter de *expiação* e *reparação,* que toma a fórma religiosa de reconciliação com Deus, admittiu ao mesmo tempo o *melhoramento* do criminoso como fim e effeito da penalidade, sendo expressiva, sob este ponto de vista, a divisão principal das penas da Igreja em: *poenae vindicativae* e *poenae medicinales* (2).

Mas não é sem sombras o quadro.

Adulterando a funcção punitiva, que é funcção eminente do Estado, a Igreja tomou parte na administração da justiça penal, exigindo em seu proveito por certos crimes penas pecuniarias (3), e comquanto proclamasse a repugnancia pelo sangue e pelos tormentos nas penas (4), parece não se ter mantido firme neste sentimento, entregando frequentes vezes os delinquentes ao braço secular, o que ordinariamente tinha por consequencia a applicação da pena de morte numa das suas fórmas mais horriveis, e estabelecendo um processo absolutamente inquisitorio com a tortura para os réus e as testemunhas, por meio de supplicios horrendos, que ficaram celebres na historia.

(1) Can. 6, caus. 26, quaest. 7: *Sacerdos poenitentiam imploranti absque personarum acceptione poenitentiam secundum leges injugat.*
(2) Guizot, *Histoire de la civilisation en Europe,* 6.ª lição, pag. 169.
(3) Cap. de Carlos Magno, 806, legib. add., c. 2: *Duas partes eidem Presbytero, tertiam pro fredo ad Ecclesiam et insuper bannus noster.* Apud Garraud, *obr. cit.*, pag. 27, nota 1.
(4) Can. 7, caus. 23, quaest. 5: *Reos sanguinis defendat Ecclesia, ne effusione sanguinis particeps fiat.*

Por outra parte concorreu ainda a Igreja para se augmentar notavelmente o dominio do direito penal ampliando-o aos *delicta carnis,* e foi ella que armou o braço secular contra os crimes religiosos, a heresia, a bruxaria, a magia, a blasphemia, a possessão demoniaca ou dèmomanía, que fizeram numerosas víctimas e enviaram ás fogueiras milhares de infelizes (1).

36. A phase politica do direito penal nas monarchias absolutas — Foi a feudalidade que iniciou a transformação do systema germanico da composição pecuniaria, substituindo-lhe as multas.

Os senhores feudaes, diz PRINS, depois de haverem percebido sob o nome de *fredus* o terço da composição como garantia da segurança do culpado que transigia, começam, entre os seculos XII e XIII, a converter em seu proveito a totalidade da composição. Affirmam-se como parte lesada pelo delicto e impõem ao condemnado a obrigação de lhes pagar integralmente a composição, que assim se transforma em multa ou pena pública. Mas esta penalidade, sómente realizavel em épocas de igualdade primitiva, torna-se insufficiente a breve trecho.

O movimento das cruzadas, provocando a passagem de vadios e de bandos errantes, e o desinvolvimento das relações commerciaes, promovendo a prosperidade das cidades, aonde começaram a affluir os *déclassés* e os aventureiros, fizeram apparecer, com novas condições de vida, novas classes, as classes criminosas ou perigosas, formadas por pobres e insolventes, que nenhuma incidencia

(1) GARRAUD, *obr. ct.,* n.os 59 e 60.

offereciam ás penas pecuniarias. Impunha-se, pois, a criação de penas corporaes, e o poder aproveitou por toda a parte esta situação para transformar o direito penal fazendo triumphar a noção da vingança pública e o principio da intimidação (1).

A favorecer este resultado concorreram a tradição romanista, o direito canonico com a sua ideia da expiação, a legislação imperial romana, que desde o seculo XII começou a ser estudada e conhecida, dando logar á formação da classe dos legistas, e a centralização de todos os poderes nas mãos dos monarchas, unicos que, em virtude dos poderes recebidos de Deus, podiam exercer por seus officiaes a vingança.

Procurando apprehender nas suas linhas geraes a evolução penal nas monarchias absolutas, vê-se que o principio nella dominante era o da reacção contra o principio da individualidade que havia produzido a desordem e a anarchia da sociedade medieval e o predominio do Estado.

Então, diz PESSINA, tudo se fazia em nome da *razão de Estado,* desde que fosse directamente contra os inimigos da tranquilidade pública. As penas reflectem no seu caracter todo o rigor deste principio. Puniam-se severamente os accusados por simples suspeita e até os actos internos que offendessem a moral.

Só o *Inferno* de DANTE, continúa PESSINA, nos póde dar ideia das penas desta época, as quaes eram empregadas como instrumento de vindicta social e de terror. Era uma prodigalidade de supplicios entre os quaes se contava a morte pelas fogueiras, o garrote, o azeite a ferver, o chumbo

(1) *Obr. cit.,* n.os 16 e 17.

derretido, o esquartejamento, a roda, as mutilações, a marca de ferro em brasa, a exposição no pelourinho sob os remoques da multidão, etc.

A esta atrocidade juntava-se ainda o confisco, pelo principio de que «quem confisca o corpo confisca os bens», e como corôa de tudo isto admittia-se a *pena de infamia* como annexa a uma pena principal (1).

Além das penas estabelecidas na lei, havia ainda as chamadas *penas extraordinarias,* applicadas a arbitrio do juiz, castigos horrorosos que a implacavel crueldade do julgador sabia variar indefinidamente até aos requintes mais atrozes (2).

«O réu de crime de lesa magestade, diz RENÉ ROLAND, era punido ainda mesmo que não tivesse consciencia do seu acto. Não se tinha em conta a sua idade; não bastava a morte do culpado; procedia-se ainda contra o seu cadaver e puniam-se os seus filhos e sua familia» (3).

«Em Gand, diz PRINS, HESSELS, o commissario do duque de ALBA; em Paris, LAUBARDEMONT, o agente de Richelieu; em Berlim, CARPZOW, que julga no reinado do grande eleitor de Brandeburgo FREDERICO GUILHERME; em Londres, JEFFREYS, o grande chanceller de JAQUES II, passariam hoje por tyrannos freneticos attingidos de loucura sanguinaria; eram simplesmente magistrados obedecendo ás ideias do seu meio e applicando o direito repressivo do seu tempo» (4).

(1) ENRICO PESSINA, *Elementi di diritto penale,* 3.ª ed. (Napoles, 1871), pag. 52.
(2) GARRAUD, *obr. cit.*, n.º 64.
(3) *Obr. cit.,* pag. 335.
(4) *Obr. cit.,* n.º 19.

VIDAL, procurando resumir os principaes caracteres da legislação penal deste longo periodo, que se prolonga até á Revolução Francêsa, fá-lo pela maneira seguinte:

«Incerteza nas leis; contradicção frequente de suas disposições; *incerteza das penas* pelo *arbitrio* deixado ao juiz para preencher as lacunas da lei; *severidade* e *crueldade* das penas; *desproporção das penas* com a gravidade dos delictos; *rigor excessivo* para os crimes contra a religião do Estado ou antes contra o soberano; *barberia* da penalidade na sua natureza, exaggerada ainda por numerosos e atrozes modos de execução; *desigualdade* das penas conforme a condição social dos condemnados; *penas aberrantes* ferindo innocentes; o delicto considerado mais sob o *aspecto material* que sob o *aspecto intencional,* porque o fim unico da pena era a intimidação e o exemplo para impedir a renovação do delicto» (1).

37. O processo penal na phase politica.—Pela sua íntima relação com o direito penal e porque reflecte as transformações deste informando-se nos mesmos conceitos, convém apresentar aqui algumas indicações sobre a transformação do processo penal nesta phase.

Nas phases anteriores áquella que estamos estudando o *processo penal* era accusatorio; qualquer pessoa, para ser condemnada, devia ser primeiramente accusada.

Em Roma, como já dissémos, a accusação perante os comicios era formulada pelas proprias

(1) *Obr. cit.,* n.º 17.

auctoridades que os convocavam e reüniam, seguindo-se ahi o mesmo processo que para a feitura duma lei; mas depois que foram criadas as *quaestiones* o direito de accusação passou a ser exercido por qualquer cidadão, seguindo-se o processo criminal estabelecido nas leis que as criaram, e que, conquanto divergisse de umas para outras, era fundamentalmente o mesmo, revestindo os caracteres proprios do chamado processo accusatorio.

Estes caracteres são os seguintes:

a) Quanto á *acção penal,* é ella um direito da sociedade, que póde ser exercido por qualquer cidadão mediante a livre accusação, não havendo ainda um accusador público e official que desempenhe esta funcção, como hoje o ministerio público.

b) Quanto ás *provas,* a sua investigação, producção e discussão fica a cargo das partes, e a sua apreciação pertence ao julgador; mas sobre o modo de organizar e apreciar as provas exerce grande influencia o grau de cultura e de civilização dos povos, pelo que, permanecendo fundamentalmente o mesmo o systema, apparecem contudo a este respeito divergencias consideraveis, chegando por vezes o processo accusatorio a admittir as ordalias, o duello judiciario e a conspurgação.

c) Quanto á *organização,* havia nítida distincção entre o juizo e as partes, sendo aquelle diverso segundo as circunstancias e o grau de civilização (1),

(1) Em Athenas os juizes eram os *eliastas,* assembleias de milhares de cidadãos convocados pelos *arcontes.* Em Roma foram os *comicios,* o *senado* e depois as *quaestiones,* a cuja organização já nos referimos. Entre os Germanos era a assembleia de homens livres *(mallum),* reünida em logares designados *(mat, ding, malberg),* e presidida em nome do Principe por um chefe *(graf, grafian, vice-*

e havendo quanto a estas perfeita igualdade de direitos e deveres entre o accusador e o accusado. E tão longe se levava esta igualdade que, se se provasse que o accusado não tinha commettido o crime que se lhe attribuia, o accusador incorria na pena que áquelle caberia no caso contrario. Era a pena de talião applicada aos accusadores nos termos em que o direito hebraico a applicava ás testemunhas falsas.

d) Quanto ao *processo,* havia *publicidade* nos actos e nas fórmas, *oralidade* no seu desinvolvimento e *discussão contradictoria* entre as partes, ficando o juiz passivo e neutral no processo até á pronuncia da sentença.

e) Quanto á *execução,* a sentença devia, em regra, cumprir-se inexoravelmente, não se admittindo indultos nem perdões.

Esta fórma de processo, propria de regimens populares e democraticos, offerece contudo alguns inconvenientes, nomeadamente o de transformar o processo numa questão pessoal, dando assim, por um lado, origem a odios profundos, e, por outro, á impunidade por falta de accusadores que ousassem provocar a punição e correr o perigo das graves penas a que ficavam sujeitos no caso de insuccesso.

A necessidade que havia de tutelar mais efficazmente os interesses da sociedade, conjugada com a concentração do poder nas monarchias absolutas

comites). Os homens livres, assim reünidos em assembleia, nomeavam muitas vezes commissões para conhecer de cada questão, compostas de notaveis *(seniores, leoni-homines, rachinburgi),* que se assentavam ao ar livre em quatro bancos de pedra dispostos em quadrado.

e com a influencia do direito romano imperial, onde se achavam consignados os principios fundamentaes do systema inquisitorio, e do direito canonico, que, tendo começado a empregá-lo timidamente para a perseguição dos crimes de heresia e de scisma e doutros, o consagrou abertamente nas decretaes de INNOCENCIO III, conduziram á substituição do processo accusatorio pelo inquisitorio, cujos caracteres principaes são os seguintes:

a) Quanto á *acção,* é ella uma prerogativa do Principe e o seu exercicio é commettido a funccionarios delegados delle, que procedem em seu nome e *ex officio.*

b) Quanto ás *provas,* incumbe ao juiz procurá-las e recolhê-las no periodo instructorio, analysá-las e apreciá-las no julgamento segundo o *criterio legal,* visto que a lei prestabelece e regula o seu valor, determina quando as provas devem considerar-se sufficientes para a condemnação.

c) Quanto á *organização,* os julgadores são, já não juizes populares e recusaveis, mas delegados do Principe, representantes do seu poder e em nome delle administram justiça, e desapparece o dualismo das partes no processo e a igualdade de tratamento entre ellas. O juiz desce para accusador, e a defêsa é excluida e subordinada por tal fórma ao predominio da accusação e ao arbitrio do juiz, que não passa quasi de uma ficção.

d) Quanto ao *processo,* os actos são escriptos e secretos, a contradicção entre as partes é excluida e substituida pela actividade do juiz inquisidor, admittindo-se quando muito, e nem sempre, a defêsa a apresentar memoriaes escriptos.

e) Quanto á *execução,* o caso julgado soffre neste systema graves derogações, quer a respeito da

condemnação, mais facilmente sujeita ao arbitrio da clemencia, isto é, ao arbitrio soberano, quer a respeito da absolvição pela faculdade deixada ao magistrado ou á auctoridade policial de applicar sancções coercivas extraordinarias (1).

Tal é a fórma de processo que, passando da justiça canonica para a secular, invadiu todos os tribunaes regios, perpetuando-se na justiça monarchica europeia desde o seculo XVI em diante até aos tempos modernos.

Esta fórma de processo, propria dos regimens theocraticos e despoticos, onde domina o arbitrio e não ha garantia alguma para a liberdade individual, era, sem dúvida, a mais adequada ao systema penal da intimidação seguido pelas monarchias absolutas.

O mesmo espirito de rigor, inspirado pela razão de Estado e pela necessidade da defêsa da auctoridade real e da religião estreitamente unidas, que animava o direito penal, animava tambem o processo penal.

O delinquente, diz VIDAL, era considerado como um inimigo da sociedade e todos os meios empregados para o ferir revestiam o caracter duma verdadeira e excessiva hostilidade; emprego da tortura para lhe arrancar a confissão da sua culpabilidade, segredo da instrucção e de todo o processo, ausencia de defensor, etc. (2).

É sobretudo o emprego da tortura, a torto e a

(1) LUIGI LUCCHINI, *Elementi di procedura penale* (Florença, 1895), n.os 30 e segg.; FAUSTIN HÉLIE, *obr. cit.*, tom. I, pagg. 87 e segg.; PUGLIA, *Manuale di procedura penale* (Napoli, 1890), pagg. 20 e segg.

(2) *Obr. cit.*, n.º 17.

direito e por todas as fórmas e feitios os mais barbaros e crueis, que mais infama o processo deste tempo. Como no processo inquisitorio não bastava para a condemnação que o juiz chegasse a convencer-se pessoalmente de que o perseguido era verdadeiro culpado, mas era necessario, segundo o systema de provas preestabelecido, o depoimento conteste de duas testemunhas, ou a confissão do proprio accusado, e aquella prova nem sempre se podia obter, não restava ao juiz outro recurso para condemnar senão o de forçar o accusado á confissão por meio da tortura a qual, começando a applicar-se no seculo XIII, esteve em vigor até fins do seculo XIX.

A tortura (em francês *question*), que no regimen feudal apenas se applicava aos escravos, generalizou-se depois applicando-se tambem aos homens livres. Os instrumentos de tortura variavam muito segundo os países e até segundo as provincias do mesmo país (1), mas os principios eram por toda a parte os mesmos. Applicava-se em jejum para evitar que o paciente podesse servir-se de algum liquido que lhe minorasse o horror do soffrimento; podia ser *preparatoria* ou *definitiva*, conforme se applicava antes da condemnação para obter a confissão do accusado, ou depois da condemnação para obter a declaração dos seus cumplices, e uma e outra podia ser *ordinaria* ou *extraordinaria*, segundo

(1) Sobre o emprego da *tortura* e das outras provas entre os Hebreus, os Indianos, os Egypcios, os Gregos e os Romanos veja-se GENTIL, *Essai historique sur les preuves*, Paris, 1863. Sobre a tortura na Idade media e nos povos modernos veja-se SEIGNOBOS, *Histoire de la civilization*, Paris, ed. de 1887; JOUSSE, *Instruction criminel et justice criminel de la question;* MANZINI, *Tratatto del furto*, (Torino, 1902), parte I, vol. II, pag. 819 e segg.

a intensidade e duração dos tormentos empregados.

VOLTAIRE, diz PRINS, chamou aos magistrados do seu tempo «barbaros de toga» e, tendo em consideração as leis da imitação, póde perguntar-se até que ponto o poder judiciario, habituando o povo aos supplicios e ao despreso do soffrimento e da vida humana e convertendo-se numa escola de crueldade, teve a sua parte de influencia nas orgias sangrentas de 1793 (1).

38. Principaes criminalistas e codificações penaes deste periodo e elementos aproveitaveis que passaram para a phase seguinte. — Até ao XIV seculo os legistas contentavam-se em commentar as diversas partes das collecções do direito romano, e se então começaram a apparecer alguns tratados especiaes sobre o direito penal são elles de pequeno merecimento.

É só na ultima metade do seculo XVI que a jurisprudencia criminal, participando do movimento scientifico que caracteriza este periodo historico, principia a destacar-se dos velhos textos e assume um caracter scientifico que mais se affirma no seculo XVII.

Os principaes criminalistas, cujas obras ainda hoje são consultadas, foram:

Na Italia, JULIO CLARO (2) e FARINACIO (3) no seculo XVI; na França, AYRAULT (4), no seculo XVI,

(1) *Obr. cit.*, n.º 21.
(2) *Sententiarum receptarum libri V* (1575), dos quaes o último contém o direito criminal.
(3) *Opera omnia, cons. et decis. Rothae, praxis et theoria* (1597).
(4) *L'ordre, forme et instruction judiciaire.*

e MUYART DE VOUGLANS (1) e JOUSSE (2), no seculo XVIII; nos Países Baixos, JOSSE DAMOUHDER (3), no seculo XVI; na Allemanha, CARPZOVIO (4) e A. MATHAEUS (5), no seculo XVII, e BOEHMER (6), no seculo XVIII.

Como principaes codificações escriptas do direito penal desta época, menciona PRINS a *Carolina*, sob CARLOS V, em 1532, obra de SCHWARZEMBERG, e a *Ordenance criminelle* de LUIZ XIV, em 1670, devida a COLBERT, as quaes constituiram um notavel progresso por terem introduzido a ordem legal onde reinava o cáos (7).

A *Carolina*, sobretudo, foi uma obra de conciliação e de moderação.

Com effeito, esta constituição fundiu o individualismo germanico com o unitarismo romano; unificou o direito romano e o germanico, mantendo subsidiariamente os direitos particulares. Formou o direito germanico, e depois de haver estendido a sua influencia a quasi toda a Europa, permaneceu em vigor na Allemanha até ao seculo XVIII, quando foram publicadas collecções de leis mais systematicas, como o *Codex Bavaris criminalis*, 1751, a cruel *Constitutio criminalis Theresiana*, 1768, o codigo de JOSÉ II, de 1787, e o de FREDERICO O GRANDE, 1794.

(1) *Institutes au droit criminel* (Paris, 1747). *Institutes criminelles suivant les lois et ordenances du royaume* (Paris, 1762).
(2) *Traité de la législation criminelle de France* (Paris, 1771).
(3) *Praxis rerum criminalium* (1577).
(4) *Pratica nova imperialis Saxonica rerum criminalium in partes tres divisa* (Witemberg, 1635).
(5) *De criminalibus*, ad lib. XLVII et XLVIII (do *Digesto*).
(6) *Elementa jurisp. criminalis — Meditationes in costit. criminalis Carolina.*
(7) *Obr. cit.*, n.º 20.

Apesar do que ha de repugnante e defeituoso, prea o moderno criminologista, na organização da justiça criminal neste periodo, ha ainda assim alguma cousa que aproveitar.

Os elementos apreciaveis que o direito penal e o processo penal desta época legaram aos tempos posteriores são os seguintes: 1.º estabeleceu-se o principio de que a perseguição e punição dos crimes é uma attribuição e um dever do Estado em nome da defêsa de todos; 2.º instituiram-se tribunaes permanentes e ao seu lado a magistratura do ministerio público; 3.º accentuou-se a distincção entre o juiz que julga e o accusador que recolhe as provas, isto é, que prepara a accusação, se bem que a principio os juizes confundiam e reüniam em si estas duas attribuições; 4.º A instrucção escripta e secreta que ainda hoje se mantém em certo modo no processo penal.

Foram estes os elementos destinados a sobreviver ao naufragio das velhas instituições, como condições necessarias da justiça penal e da sua recta administração.

«Cada um delles, se se tivesse conservado sem as limitações que as épocas posteriores lhes introduziram, teria dado origem a males bastante graves; mas ao contacto de novos institutos juridicos que o progresso da civilização trouxe consigo, produziram consequencias salutarissimas, satisfazendo as mais justas exigencias» (1).

(1) PESSINA, *obr. cit.*, pag. 56.

CAPITULO V

Phase juridico-sentimental

39. Reacção da philosophia do seculo XVIII contra o empirismo e o rigor do antigo regimen. — Ao movimento philosophico, que assignala a segunda metade do seculo XVIII, deve-se a revolução nas ideias, que abre na historia do direito criminal o início duma nova phase.

Foram, com effeito, os philosophos e os encyclopedistas, DIDEROT, D'ALEMBERT, HELVECIO, HOLBACH, VOLTAIRE e MONTESQUIEU, na França, KANT e FICHT, na Allemanha, HOBBES, LOCKE e BENTHAM, na Inglaterra, BECCARIA e FILANGIERI, na Italia, etc., que, protestando, em nome da humanidade e dos principios da utilidade, contra os horrores da doutrina da intimidação, abriram esta phase que PRINS e VIDAL chamam *humanitaria* por proclamar o respeito da dignidade do homem como ser livre e pensante e a integridade da sua pessoa.

HOBBES e LOCKE faziam derivar o direito de punir do contrato social, e ROUSSEAU, desinvolvendo esta doutrina no *Contrato social,* proclama a libertação do individuo da omnipotencia do Estado, reduzindo aos estrictos limites da necessidade o abandono pelo individuo da sua liberdade ao poder social.

Desde 1721, que MONTESQUIEU se explicava nas suas *Cartas persas* sobre a natureza e efficacia das penas, e depois na sua monumental obra o *Espirito das leis,* publicada em 1749, trata differentes problemas de direito penal, refuta os systemas então em vigor sobre a penalidade e recommenda moderação nas penas (1). Foi, porém, um seu discipulo italiano, o marquês CESAR DE BECCARIA, quem, com o seu livro *Dei delitti e delle pene,* publicado em Milão no anno de 1764, dando uma fórmula precisa ás criticas e propondo um plano de reforma, determinou a revolução da legislação penal em nome da justiça e da humanidade. Eis como VIDAL resume a sua doutrina:

«O direito de punir é o direito de defêsa que o individuo cede ao poder social entrando em sociedade; este direito tem por limite a justiça e a utilidade social e as penas não podem ultrapassar, sem se tornarem injustas, os limites da necessidade da conservação da segurança pública; o fim da penalidade não é atormentar e affligir, nem apagar um delicto commettido, mas impedir o culpado de praticar novos delictos e afastar os outros de seguir seu exemplo. Em nome da justiça e da utilidade social combate a tortura, o juramento imposto ao accusado, a pena de morte, a atrocidade das penas, a prodigalidade dos supplicios, e proclama a necessidade da certeza das penas, da sua personalidade, da sua brandura, da sua proporção com o delicto, etc.» (2).

Foi geral e profunda a impressão produzida por este pequeno livro, que pouco excedia os limites de um pamphleto, e foi muitas vezes traduzido e reimpresso (3); podendo dizer-se que delle sahiu a

(1) *Esprit des lois,* liv. VI, cap. 9, 12, 16 e 17, e liv. II, cap. 4 e 19.
(2) *Obr. cit.,* n.º 19.
(3) Entre as versões francêsas, ha uma de FAUSTIN HÉLIE, *Des délits et des peines,* prefaciada e annotada pelo traductor, da qual a 1.ª ed. é de 1855 e a 2.ª de 1870.

escola classica, sem embargo da guerra que lhe moveram os jurisconsultos, em geral, e nomeadamente os francêses JOUSSE e MUYART DE VOUGLANS, que chegaram a chamar doido ao seu auctor (1).

A influencia das novas ideias fazia sentir-se por toda a parte. CATHARINA II, imperatriz da Russia, anima os philosophos e escreve instrucções para a redacção de um codigo penal; FREDERICO II, rei da Prussia, inicía o seu reinado pela abolição da tortura, e JOSÉ II, imperador da Austria, promulga, em 1787, um codigo penal, de que desapparece a pena de morte, excepto para os crimes militares; em Napoles promulga-se em 1774 a *Pragmatica,* que impõe aos juizes a obrigação de fundamentar sempre as sentenças condemnatorias, e na Toscana é promulgado pelo grão-duque LEOPOLDO I um codigo em que tambem é abolida a pena de morte e se adoptam outras reformas importantes.

Na França, sob a mesma influencia, successivas modificações se fazem á legislação criminal. Assim é que por uma *Ordenança* de 24 de agosto de 1780 é abolida a tortura preparatoria, e nas vesperas da Revolução, em 8 de maio de 1788, apparece um Edito Regio annunciando uma reforma geral do processo penal, concedendo aos accusados absolvidos uma reparação honorifica e revogando desde logo muitos abusos, como o uso do môcho, as sentenças não motivadas, a tortura definitiva, a execução da pena de morte sem ter decorrido um mês desde que a sentença transitasse em julgado.

(1) GARRAUD, *obr. cit.,* n.º 69 e nota 7 da pag. 124; ESMEIN, *Histoire de la procedure criminelle en France,* pagg. 372 e 373.

Nas actas (cahiers) dos Estados Geraes propugnam-se já reformas importantes, que GARRAUD reduz a oito, a saber: 1.º, igualdade, personalidade e adoçamento do systema penal; 2.º, suppressão do arbitrio do juiz, tanto na determinação dos delictos, como na das penas; 3.º, abolição dos delictos contra a religião e os costumes; 4.º, publicidade do processo; 5.º, assistencia de um advogado para defêsa da causa; 6.º, abolição do juramento imposto ao accusado; 7.º, obrigação de fundamentar as sentenças e de as publicar; 8.º, instituição do jury (1).

Mas a tempestade fez sossobrar, antes de chegar á vista do porto, a nau que promettia desembarcar tantas e tão preciosas cousas. Foi a Revolução francêsa que effectuou estas reformas, que serviram de base ao novo direito criminal.

40. A Revolução francêsa e as suas reformas em materia penal. — A Revolução francêsa iniciou o seu grande caminho com a abolição do regimen feudal e a declaração dos direitos do homem nas sessões de 4 e 20de agosto de 1789, pela Assembleia constituinte, em que se havia transformado a Assembleia nacional, constituida pelos deputados do terceiro Estado, por haver jurado dar uma constituição á França.

No dominio do direito penal a obra da Assembleia constituinte é dupla. Por um lado, proclama os principios novos formulados em materia de penalidade pela philosophia do seculo XVIII; por outro lado, trata de codificar esses principios fazendo-os entrar na orbita da nova legislação.

(1) *Obr. cit.,* n.º 69.

Na celebre *Declaração dos direitos do homem*, reproduzida na Constituição de 3 de setembro de 1791, affirma-se, no artigo 2.°, que o fim de toda a associação politica é a «*conservação dos direitos naturaes e imprescriptiveis do homem*».

Deste principio, derivado das theorias do contrato social, segundo o qual o poder público não póde nem deve preoccupar-se senão com a *boa ordem* nas relações dos homens entre si, derivam duas consequencias importantes, uma relativa ás incriminações e outra relativa ás penas.

Quanto ás incriminações: «*a lei não tem o direito de prohibir senão as acções prejudiciaes á sociedade*». Consequentemente foram abolidos todos os «*crimes de lesa-magestade divina*», como a blasphemia, a heresia, a feitiçaria, etc.

Quanto á penalidade: «*a lei não póde estabelecer senão penas estrictamente e evidentemente necessarias*».

Para harmonizar o systema penal com estes principios, a Assembleia constituinte faz desapparecer os vicios da antiga legislação criminal contrapondo-lhe a doutrina opposta.

Assim, contra o *arbitrio* das penas, proclama ella, no artigo 8.° da Declaração, que «*ninguem póde ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delicto, e legalmente applicada*» (1); contra a *desigualdade*, decreta ella, no artigo 1.° da lei de 21 de janeiro de 1790, «*que os delictos da mesma especie serão punidos com a mesma especie de penas, sejam quaes forem a classe*

(1) Conf. a nossa Carta constitucional, art. 145.° § 10, e o codigo penal, artt. 1.°, 5.°, 15.° e 84.°

social e o estado do culpado», preceito a que o artigo 1.° da citada Constituição de 3 de setembro de 1791 dá o caracter de regra constitucional; e, finalmente, contra a *impersonalidade* das penas, a lei de 21 de janeiro de 1790 declara que «*o supplicio de um culpado e quaesquer condemnações infamantes não transmittem á sua familia nenhuma ignominia*», que «*a honra daquelles que lhe pertencem nada soffre*» e que «*os parentes do criminoso continuarão a ser admissiveis a todas as especies de profissões, empregos e dignidades*».

Prohibiram-se tambem os processos e a execução sobre o cadaver do delinquente, que será entregue á familia no caso de reclamação desta, e o confisco geral do patrimonio (1).

Como se vê, reconheceu-se o principio da personalidade das penas, em virtude do qual a responsabilidade penal recáe unica e simplesmente sobre o agente do crime, tomando esta palavra no sentido que lhe attribue o artigo 19.° do nosso codigo penal. Este principio, altamente humanitario, passou para todas as constituições politicas modernas, incluindo a nossa (2).

41. Codificação destes principios. Codigo penal de 6 de outubro de 1791 para os crimes, e lei de 22 de julho de 1791 para os delictos. — Depois de haver proclamado os novos principios de direito penal, a Assembleia constituinte tratou de os pôr em prática na sua obra legislativa de 1791. Estabelecendo uma tríplice divisão da policia em *municipal, correccional*

(1) Garraud, *obr. cit.*, n.° 71.
(2) Carta constitucional, art. 145.° § 19.°, e Codigo penal, artt. 28.° e 123.°

e de *segurança,* á qual correspondem tres ordens de infracções — delictos de policia municipal, delictos de policia correccional e delictos de segurança—, a Assembleia constituinte, para assignalar *materialmente* esta divisão, fez dois codigos distinctos: *a)* um para os delictos, a lei de 21 de julho de 1791, conhecida pelo nome de *organização de uma policia municipal e de uma policia correccional,* na qual se trata dos delictos de ordem inferior, quer de policia municipal, quer correccional, tanto sob o ponto de vista da infracção e correspondente penalidade, como sob o ponto de vista da jurisdicção e do processo, de modo que póde dizer-se um codigo de direito e processo penal ao mesmo tempo; *b)* o codigo penal de 6 de outubro de 1791, destinado aos delictos de segurança, ou propriamente crimes.

Compõe-se este codigo de duas partes, subdivididas em titulos e secções: a primeira parte intitula-se *Das condemnações* e comprehende o direito penal geral; e a segunda intitula-se *Dos crimes e da sua punição* e abraça a parte especial do direito penal.

As principaes innovações que se encontram neste codigo são as seguintes:

1.ª Estabelecimento do jury com o caracter que offerece modernamente;

2.ª Abolição do direito de graça, pela qual o rei tinha a faculdade de perdoar e commutar penas;

3.ª Abolição de algumas penas mais graves e atrozes, taes como: as mutilações, a marca, o confisco geral dos bens e as penas perpetuas privativas da liberdade;

4.ª Uniformidade no modo de execução da pena capital, cuja applicação foi notavelmente diminuida, visto que os casos da sua applicação foram reduzidos de 115 a 32. Para a sua execução applicou-se depois a *guilhotina,* nome derivado do do medico GUILLOTIN, deputado á Assembleia constituinte e professor da faculdade de medicina, que propusera a sua adopção em 1789.

5.ª Fixidez das penas temporarias, isto é, sem *maximum* e sem *minimum,* cohibindo-se assim o arbitrio que a legislação romana deixava aos juizes na applicação das penas.

As penas estabelecidas por este codigo, titulo I, são as seguintes: 1.° pena de morte pela decapitação; 2.° ferros temporarios (24 annos no *maximum*), que importavam a privação da liberdade e a obrigação de o condemnado trabalhar em obras públicas, trazendo presa aos pés uma argola de ferro; 3.° reclusão em uma *casa de força* (parecida com as nossas casas de correcção); 4.° *gène,* ou prisão isolada com trabalho obrigatorio; 5.° detenção, ou prisão em companhia doutros; 6.° degradação civica, correspondente á nossa suspensão de direitos politicos; 7.° *carcan,* de origem persa, que consistia em amarrar o condemnado a um poste por uma longa cadeia de ferro, na extremidade da qual havia uma colleira que se fechava em volta do pescoço do paciente com um cadeado; 8.° deportação para fóra do territorio da França, correspondente ao nosso degredo (1).

42. A Convenção. Codigo dos delictos e das penas. — Após a dissolução da Assembleia constituinte co-

(1) GARRAUD, *obr. cit.*, tom. I, n.° 73; RENÉ ROLAND, *obr. cit.*, pagg. 347 e 348; G. DE POITTEVIN, *Notions sommaires d'histoire du droit pénal français,* no *Boletim da união internacional do direito penal,* vol. VII, pag. 167.

meçou a funccionar a Assembleia nacional legislativa, que durou desde 1 de outubro de 1791 a 21 de setembro de 1792 e que nada de importante produziu para o nosso estudo.

A esta succedeu a Convenção nacional, que, logo no dia 22 de setembro de 1792, aboliu a realeza e proclamou a Republica, mandando instaurar contra o rei um processo de que resultou a sua condemnação á morte.

Sobre legislação penal promulgou a Convenção, em 3 brumaire do anno IV (25 de outubro de 1795) (1), o *Code des délits et des peines,* em que se nota pela primeira vez o systema da enumeração dos artigos por uma série ininterrompida desde 1 a 646. Este codigo, devido a MERLIN e votado pela Convenção em duas sessões, é, primeiro que tudo, um *Codigo de processo criminal,* pois é muito restricto o logar ahi occupado pelo direito penal. Apenas o livro II, intitulado *De la justice*, encerra algumas disposições sobre os delictos contrarios ao respeito devido ás auctoridades constituidas (artigos 555.º a 559.º), e no livro III, intitulado *Des peines,* se limita: 1.º a classificar dum modo preciso as penas em diversas categorias — penas de simples policia, correcionaes, afflictivas ou infamantes (artigos 599.º a 604.º)—; 2.º a enumerar as infracções puniveis com as penas de simples policia (artigos 605.º a 608.º); 3.º a reprimir certos crimes contra a segurança interior do Estado e contra a Constituição (artigos 612.º a 646.º), remettendo quanto ao mais para a lei e para o codigo de 1791, que declara em vigor (artigos 609.º e 610.º).

(1) Por decreto de 5 de outubro de 1793 tinha sido abolida a era christã e substituida pela fundação da Republica, isto é, 22 de setembro de 1792, adoptando-se esta data para começo do anno, que se dividia em quatro estações de três meses cada uma, com nomes apropriados aos meses.

Por um decreto do dia immediato ao da promulgação do codigo a Convenção encerrou seus trabalhos determinando que, a datar do dia da publicação da paz geral, a pena de morte sería abolida em toda a Republica franceza — disposição que nunca passou de uma delaração platonica com que a Convenção encerrou a sua gerencia. A pena de morte continuou a subsistir.

43. O Directorio e o Consulado. Legislação avulsa. — Foi o Directorio, instituido pela Constituição do anno III (22 de agosto de 1795), quem ficou governando a França, após a dissolução da Convenção nacional em 27 de outubro de 1795, e foi tambem a partir desta data que começou vigorando essa Constituição. O Directorio dura até ao golpe de estado do 18 brumaire (9 de novembro de 1799), dado por NAPOLEÃO, em virtude do qual foi abolido aquelle creando-se em seu logar o Consulado, e substituindo-se a Constituição do anno III pela do anno VIII, assim como esta o foi pouco depois pela do anno X.

Durante este periodo, que vae até á proclamação de NAPOLEÃO como imperador (18 de maio de 1804), diversas leis avulsas vieram completar ou modificar o *Codigo dos delictos e das penas,* que vigorou até 1810.

Assim, a lei do 22 prairial do anno IV equiparou a tentativa ao crime consumado e a do 25 nivôse do anno VI estabeleceu um systema especial de repressão contra os roubos commettidos, ou com vio-

lencia nas estradas e vias públicas, ou com arrombamento e escalamento nas casas habitadas. A lei do 25 frimaire do anno VIII estabeleceu um *maximo* e um *minimo* para cada pena; a do 23 floréal do anno IX restabeleceu a pena de marca, e o Senatus consulto do 16 thermidor do anno X restabeleceu o direito de graça, concedendo-o ao primeiro consul (1).

44. Imperio. Codigo penal de 1810. — Uma das principaes preoccupacões do primeiro Imperio, diz LE POITTEVIN, foi rever, unificar e codificar a legislação (2).

Ao *Code d'instruction criminelle* de 1808, segue-se o Codigo penal de 1810, que é uma obra de reacção e de reconstituição, onde se reflecte o espirito da nova fórma politica estabelecida em França — a monarchia sob a fórma de imperio.

A excepcional importancia deste codigo, pela influencia directa e indirecta que exerceu em varias nações da Europa, merece que delle digamos mais de espaço.

A fonte proxima deste codigo é um projecto elaborado por uma commissão nomeada, sob o consulado, por decreto do 27 germinal do anno IX, da qual foram relatores M. TARGET e M. OUDARD. Este projecto, que comprehendia o direito e o processo penal em 1169 artigos, foi submettido á apreciação do Tribunal de Cassation, dos tribunaes de appellação e dos tribunaes criminaes que sobre elle emittiram suas observações, as quaes são, em

(1) GARRAUD, *obr. cit.*, n.os 73 e 75.
(2) *Obr. cit.*, pag. 168.

geral, pouco favoraveis á legislação da Assembleia constituinte e da Convenção e manifestam tendencias para o regresso ao antigo direito criminal.

Iniciada a discussão deste projecto pelo Conselho de Estado em 16 do prairial do anno XII, tomando-se para base da discussão uma série de questões fundamentaes que o Imperador havia proposto sob a fórma de questões prévias (1), adiou-se logo depois, até que se estabelecesse accôrdo sobre a organização da nova ordem judiciaria. Esta difficuldade (2), junta a outras, suspendeu a discussão durante três annos. Quando se renovou a discussão, em janeiro de 1808, tinha-se separado já o direito do processo penal, sendo apresentados dois projectos, um do *Code d'instruction criminelle,* que foi approvado no fim de 1808, e outro do *Code pénal,* que foi approvado no fim de 1810.

Para serem postos em vigor estes codigos esperou-se que a magistratura, organizada pela lei de 20 de abril de 1810, estivesse regularmente instituida, pelo que os dois codigos só começaram a vigorar em 1 de janeiro de 1811.

Pelo que respeita ao merecimento do codigo penal ouçamos o que diz GARRAUD.

(1) Eis algumas destas questões: *Deverá conservar-se a pena de morte? Deverá haver penas perpetuas? Deverá haver confisco em alguns casos? Deverão ter os juizes alguma latitude na applicação das penas? Haverá maximo e minimo que lhe deixe applicar mais ou menos segundo as circunstancias? Poderão sujeitar-se á vigilancia policial certos condemnados depois de terem cumprido a pena e poderá exigir-se-lhes que prestem caução á sua conducta?* (GARRAUD, *obr. cit.*, pag. 134, nota 4).

(2) A principal causa da demora havida na approvação da legislação criminal proveio da antipathia de NAPOLEÃO para com o jury, que por vezes tentou eliminar, sem o poder conseguir. O jury teve energicos defensores na elite dos jurisconsultos (GARRAUD, *obr. cit.*, pag. 134, nota 5).

O Codigo penal de 1810, diz elle, é ao mesmo tempo uma obra de reacção e de reconstituição. Teve por base os principios da *escola utilitaria* e por fim organizar a *defêsa social* por meio da intimidação. As ideias de justiça apenas preoccuparam o legislador na medida restricta duma certa proporcionalidade judiciaria entre a pena e o delicto (1). O codigo penal admittiu a divisão tripartida das infracções, das penas e das jurisdicções. Quanto ás *incriminações,* é sobretudo pelo excesso de severidade que elle se distingue. Assim, encontram-se nelle incriminações injustas, como o delicto de não descobrimento de uma conspiração e assimilações exaggeradas, como a da tentativa ao delicto consumado e a do cumplice ao auctor principal. Quanto ás *penas,* o codigo penal preoccupa-se exclusivamente em ferir o culpado, sem se importar com a ideia de o emendar pela repressão. Prodigalizam-se a pena de morte e as penas perpetuas, castigos excessivos e barbaras mutilações, e penas injustas pelas suas consequencias, como o confisco geral e a morte civil. Infli-

(1) A influencia de KANT ainda não se havia feito sentir a este tempo em França, ao menos nas espheras officiaes. Pelo contrario, o *Traité de legislation civile et penale* de BENTHAM, o eminente systematizador da theoria utilitaria, era já conhecido em França desde 1802, por ter sido vertido para francês e publicado nesse anno por DUMONT. As outras obras do philosopho inglês sobro o assumpto, a saber: *Théorie des peines et des recompenses* e *Traité des preuves judiciaires* só mais tarde foram vertidas e publicadas pelo mesmo publicista, a primeira em 1811 e a segunda em 1823. A influencia da doutrina de BENTHAM no codigo penal francês de 1810, não sómente se revela comparando-se as suas doutrinas com as disposições do codigo, mas tambem com as *observações* de TARGET, collocadas á frente do projecto do codigo criminal, nas quaes expressamente se declara que é a *necessidade da pena que a torna legitima; que a gravidade dos crimes se mede, não tanto pela perversidade que elles revelam, como pelos perigos que elles arrastam* (CHAUVEAU ADOLPHE e FAUSTIN HÉLIE, *Théorie du code penal,* tom. I, cap. I).

ge-se a mutilação da mão ao parricida antes da execução da pena de morte, a marca a certos condemnados e o *carcan.* Seu systema de penalidade pela privação da liberdade não passa de uma ficção, porque não ha estabelecimentos penitenciarios para corresponder á distincção das penas. Três são os principaes defeitos deste codigo. Mas, sob outros aspectos, realizou e conservou alguns progressos importantes, a saber: 1.° como obra de codificação, está redigido com muita simplicidade, clareza e ordem; os crimes e delictos, factos da mesma natureza posto que de gravidade differente, não estão separados, mas reünidos no livro III, sendo o IV consagrado ás contravenções; 2.° restabeleceu-se o direito de graça e as penas perpetuas; 3.° as penas temporarias deixaram de ser fixas, sendo introduzida a importante innovação dum *maximum* e dum *minimum*, acompanhada de uma organização embryonaria das circunstancias attenuantes, cujo beneficio é limitado aos delictos que tenham causado um prejuizo não superior a 25 francos (1).

43. Influencia do codigo penal francês de 1810 em varias nações da Europa. — O codigo penal francês de 1810, o primeiro viavel saído da influencia das ideias revolucionarias, foi não só a fonte da legislação penal de uma grande parte dos Estados europeus, mas tambem foi elle proprio posto em vigor nos países aonde se estendeu a conquista Napoleonica.

Sob a influencia dos principios proclamados

(1) *Obr. cit.* n.° 78. Veja-se tambem ROLAND, *obr. cit.*, pag. 350.

pela Revolução francêsa e consignados nos seus codigos criminaes, algumas nações reformaram a sua legislação penal, codificando-a e tomando mais ou menos aquelles para modêlo.

Além do codigo penal prussiano de FREDERICO o GRANDE, 1794, a Suissa promulga em 1799 um codigo penal tirado do codigo francês de 1791, codigo que depois foi substituido por outros especiaes para cada cantão, como os de Basileia e Zurich de 1835, o de Lucerna de 1836, o de Vaud de 1843, etc., os quaes ainda hoje vigoram, pois, apesar dos trabalhos para isso emprehendidos, a federação ainda não logrou unificar a sua legislação penal. Apparecem mais: o codigo penal austriaco de 1803, mais tarde substituido pelo de 1852; o codigo penal da Baviera de 1813, mais tarde substituido pelo de 1848 e por fim pelo codigo imperial allemão de 31 de janeiro de 1870, revisto pela lei de 26 de fevereiro de 1876 (1); o codigo hespanhol de 1822, substituido pelo de 1848 e este pelo de 1870; o codigo da Louisiania de 1825; o brasileiro de 1831, hoje substituido pelo de 11 de outubro de 1890; o codigo grego de 1834, o português de 1852, o turco de 1858, etc.

Nos Estados conquistados por NAPOLEÃO foram acolhidos os codigos criminaes francêses sem repugnancia, e até em alguns logares com enthusiasmo, porque continham a affirmação dos principios da grande revolução.

Assim succedeu na Hollanda e na Belgica, nos Estados Rhenanos, no Ducado de Varsovia e em toda a Italia, primeiro no Piemonte e Liguria

(1) Publicada no *Annuaire de législation étrangère*, 1877, pag. 135.

(1800), e depois na Lombardia e Venecia (1805), nos Estados Pontificios (1809), no Reino da Etruria (1808) e no das Duas Sicilias (1812).

Na Belgica e na Hollanda, que, pelo Congresso de Vienna de 1815, ficaram constituindo uma unidade politica sob a designação de Países Baixos, continuou ainda em vigor por muitos annos o codigo penal de 1810, e apesar de algumas reformas parciaes e de os trabalhos de revisão se emprehenderem logo depois da separação das duas nações pela revolução de 27 de setembro de 1830, só chegaram a termo, na Belgica pelo codigo penal de 8 de junho de 1867 (1), e na Hollanda pelo codigo penal de 3 de março de 1881, que é considerado por alguns jurisconsultos como a expressão mais avançada da sciencia do direito criminal, tal como a conceberam os classicos (2).

No Grão Ducado de Luxemburgo o codigo penal de 1810 esteve em vigor até ao anno de 1879, anno em que foi substituido por um novo codigo moldado pelo codigo belga de 1867.

Na Italia, com a quéda de NAPOLEÃO, cessou logo o imperio do codigo penal de 1810.

Segundo a restauração politica estabelecida pelo Congresso de Vienna, o reino das Duas Sicilias foi restituido á casa de Bourbon; a Lombardia e a Venecia ficaram pertencendo á Austria; o Piemonte e

(1) Os trabalhos relativos a este codigo foram colligidos por NYPELS na obra intitulada: *Législation criminelle de la Belgique ou commentaire et complément du code pénal belge*, Bruxelles, 1869, 4 vol.—É importante o commentario deste codigo por HAUS, intitulado: *Principes généraux de droit pénal belge*, 1879, 3.ª éd., 2 vol.

(2) Ha deste codigo uma versão francêsa, 1883, que faz parte da collecção dos codigos estrangeiros publicada pela *Société de législation comparée*.

Genova, que pelo tratado do Campo Formio (1797) constituiam a Republica Liguriana, foram dados ao rei da Sardenha; o Ducado de Parma coube á imperatriz Maria Luiza, e a Santa Sé recuperou os seus antigos dominios.

Todos estes Estados se subtraíram ao dominio dos codigos francêses, mas nem todos seguiram o mesmo caminho, pois ao passo que uns os supprimiram para restabelecer os antigos codigos e estatutos italianos, outros procuraram modificá-los logo sob a influencia dos modernos principios proclamados pela Revolução francêsa.

Entre os Estados italianos em que a legislação francêsa foi posta inteiramente de parte, podem enunciar-se a Sardenha, onde foram restabelecidas as constituições existentes antes de 1793, a Lombardia e a Venecia, onde foi implantado o codigo penal austriaco de 1803, os Estados Pontificios, onde foram restabelecidos os antigos estatutos da cidade de Roma e os editos dos Pontifices, tendo como subsidiarios o direito romano e o canonico.

Entre os Estados italianos que procuraram por meio de nova legislação melhorar os codigos francêses e harmonizá-los com as tradições juridicas nacionaes e a indole dos povos, merece menção especial o reino das Duas Sicilias, onde foi promulgado em 1819 um codigo penal, que teve por fonte o codigo penal francês de 1810, mas que representa, relativamente a este, um grande progresso, pois contém institutos especiaes que depois foram adoptados por outras nações, incluindo a propria França. Assim aboliram-se nelle as penas tradicionalmente mais crueis, como as penas corporaes da marca e da mutilação, as penas infamantes, a morte civil e o confisco. Tambem se legislou melhor sobre as condições da imputabilidade e sobre os crimes de sangue e contra a propriedade. Estas reformas foram seguidas de outras sobre processo penal com a oralidade e publicidade dos julgamentos, a motivação das sentenças, o criterio moral dos provas e a divisão do poder judiciario entre as diversas magistraturas.

No Ducado de Parma, sob Maria Luiza de Austria, tambem se melhoraram, sem se voltar ao antigo systema, as leis penaes e depois promulgaram-se em 1820 dois codigos, um de direito penal, cuja fonte proxima foi o codigo penal austriaco de 1803, e outro de processo penal, que acolheu as instituições judiciarias da França, exceptuadas algumas para que ainda não se considerava devidamente preparado o povo, como o jury.

Os proprios Estados italianos, que em 1814 restabeleceram a sua antiga legislação, em breve se viram obrigados a reformá-la, obedecendo assim, não só ao movimento liberal impulsionado pela Revolução francêsa, mas ainda ao de novas doutrinas philosophicas que levaram á adopção na legislação penal de mais humanidade e de uma mais exacta concepção da realidade da vida, do que a do codigo penal de 1810, e que por isso determinaram tambem uma profunda reforma deste codigo.

46. Caracter juridico do codigo penal de 1810 e reformas posteriores até á terceira Republica. — Fazendo a apreciação do codigo penal de 1810 e appropriando-lhe a crítica que Prins faz a respeito de toda a escola classica ou humanitaria, e que por isso é mais ou menos applicavel a todos os codigos penaes

influenciados por esta escola (1), diz VIDAL: «Este codigo é uma construcção juridica, obra de juristas, na qual predominam as regras abstractas, as ficções e as fórmulas juridicas; considera o criminoso como um typo abstracto, imaginado pela razão e estranho á realidade da vida, e não como um ser real, vivo, activo e obedecendo a paixões e variados motivos; concebe o delicto, não como obra do criminoso manifestando as paixões, o caracter e o temperamento do homem, mas como uma entidade juridica abstracta e tendo uma natureza propria, invariavel; a responsabilidade penal é, por conseguinte, exclusivamente objectiva, calculada segundo o mal do delicto, e não segundo o estado da alma do delinquente; a pena deve ser consequentemente a mesma e igual para todos os auctores do mesmo delicto; partindo do typo ficticio e convencional do homem razoavel e procedendo por via de generalização, a lei suppõe todos os delinquentes fundidos no mesmo molde, identicos em face dum mesmo crime e susceptiveis de serem reprimidos ou emendados pela mesma pena. — Esta concepção abstracta não tardou a esbarrar-se contra as realidades da vida e a ser batida pelo jury que, senhor soberano do seu veredictum não motivado e operando, muitas vezes sem methodo nem logica, mas instinctivamente, a individualização da pena, não hesitou em absolver os culpados quando considerou como excessiva e falsa a responsabilidade e a penalidade estabelecida *à priori* pela lei. Uma primeira concessão a esta situação fê-la o governo da Restauração pela lei de

(1) *Obr. cit.*, n.º 27.

25 de junho de 1824, que ampliou a instituição das circunstancias attenuantes aos crimes; mas a concessão foi insufficiente, porque o direito de declarar a existencia destas circunstancias e de determinar o abaixamento da pena não era concedido ao jury, mas ao tribunal de *assises*, e por isso o jury, como no momento em que deliberava não podia prever qual seria a decisão do tribunal, posterior ao seu veredictum, continuou a absolver e a realizar a seu modo a individualização da pena (1).

Tornava-se, pois, necessaria uma reforma do codigo penal que ampliasse e modificasse a doutrina das circunstancias attenuantes, concedendo ao juiz o direito de determinar, dento de certos limites, a moralidade juridica dos actos de que reconhecia culpado o accusado e de estabelecer uma proporção mais exacta entre a pena e a gravidade do facto.

Esta reforma realizou-a a lei de 28 abril de 1832, que ampliou o beneficio das circunstancias attenuantes a todas as infracções, confiando ao jury a sua declaração e ao juiz a graduação da pena, sendo aliás os poderes deste muito limitados em materia de crimes, mas quasi illimitados quanto aos delictos e contravenções.

Não se limitou porém a isto a reforma effectuada por esta lei.

A este tempo era conhecida já a doutrina de KANT, que, como vimos, desinvolvera de novo e com brilho nos seus *Elementos metaphysicos da doutrina do direito* (1797) a ideia mystica da expiação sob a fórma de justiça moral, principio que con-

(1) *Obr. cit.*, n.º 22. SALEILLES, *obr. cit.*, pag. 52 e segg.

trapôs ao da utilidade e que levou até ao extremo considerando a justiça como unico fundamento do direito e do dever de punir. Assim como para BENTHAM este fundamento estava no principio do util, tambem para KANT a justiça era a unica base do direito de punir.

O embate destas duas correntes oppostas deu logar a que alguns philosophos e jurisconsultos notaveis, como DE BROGLIE, GUIZOT, COUSIN, JOUFFROY, ROSSI e outros, propugnassem um systema ecletico, em que se combinava a ideia da justificação com a da defêsa social expressa por BENTHAM e pelos philosophos utilitaristas (1). A lei póde e deve punir certos actos quando e porque isso é *necessario* á conservação da segurança social, sendo a ameaça do castigo de natureza a impedir a prática destes actos; mas não póde nem deve punil-os senão quando isto fôr conforme *á justiça e nos limites desta justiça.* A pena é duplamente limitada: *nada mais do que é necessario e nada mais do que é justo.*

(1) Entre os escriptores que procuram combinar os dois systemas da utilidade e da justiça absoluta ha divergencias conforme a preponderancia que dão á justiça moral, ou á justiça social. Para os primeiros as penas devem ser essencialmente justas sem contudo serem inuteis á sociedade; para os segundos devem ser essencialmente uteis á sociedade sem deixarem de ser justas.

Referindo-se a estas escolas, diz A. FRANCK: «Aqui encontramos uma nova classe de systemas que, perfeitamente de accordo entre si quanto aos principios, differem todavia nas suas applicações». Em seguida analysa FRANCK estes systemas, não pela ordem chronologica do seu apparecimento, mas segundo a maior importancia que têem sob o ponto de vista da legislação e da justiça. Estas theorias são as de VICTOR COUSIN, GUIZOT, DE BROGLIE, PASTORET, REMUSAT, ROYER, COLLARD, ROSSI e mais modernamante MANCINI, ORTOLAN, HÉLIE, HAUS, CARRARA, etc. (*Philosophie du droit pénal,* pag. 56 e segg.).

RENÉ ROLAND, referindo-se a esta doutrina, diz que escolheria o segundo systema se fosse obrigado a escolher, mas que ha entre elles uma maneira de ver mais satisfactoria e é ajuntar aos dois principios da justiça e da utilidade, que segundo elle devem ter uma parte igual no fundamento da pena, um terceiro — o interesse do criminoso —, que deve limitar, embora subsidiariamente, os dois primeiros Segundo elle, a fórmula deste principio será a seguinte: «As incriminações e as penas devem ser em primeiro logar justas e uteis á sociedade, e em segundo logar e subsidiariamente devem ser dictadas e applicadas no interesse material e principalmente moral do criminoso, sendo este último fim subordinado aos primeiros» (*Obr. cit.*, pagg. 356 a 358).

Este systema philosophico era completado pelo fim da *emenda moral,* com insistencia reclamado na organização das penas por M. LUCAS em differentes escriptos (1).

Foi sob a influencia destas ideias e doutrinas, cuja expansão a Revolução de julho de 1830 favoreceu, que se effectuou a reforma de 1832.

Além das modificações relativas ao instituto das circunstancias attenuantes, esta reforma, que abrangeu 162 artigos do codigo penal de 1810 e se ampliou tambem ao codigo do processo penal, realizou outras importantes.

A penalidade foi notavelmente adoçada na sua applicação aos diversos crimes e delictos; aboliu-se a pena de morte para muitos crimes e supprimiram-se inteiramente muitas penas, como a mutilação da mão do parricida, a marca e a golilha *(carcan);* muitos crimes passaram para delictos e estabeleceu-se uma separação fundamental entre os crimes politicos e os de direito commum, organizando-se duas escalas distinctas de penas para cada uma destas categorias de crimes; estabeleceram-se algumas incriminações novas, como a subministração de substancias prejudiciaes á saude,

(1) *Du système pénal et repressif* (1827). *Du système pénitentiaire* (1831).

a violação do domicilio por parte de um simples particular, o desvio ou destruição de objectos arrestados ou penhorados ou confiados para um trabalho não salariado.

Desta fórma a legislação penal francêsa que, depois de um retrocesso ás velhas instituições em que havia a preoccupação de dar força ao poder e garantir a ordem, entrou afoitamente no caminho aberto pela Revolução, firmando a liberdade e protegendo a individualidade.

Por influencia da philosophia allemã defrontam-se dois principios, o da conservação, dominado pela razão de Estado, e o da clemencia sob a fórma de reclamação da justiça racional ou social, principio vago que impõe a punição como uma necessidade logica e ao mesmo tempo a suavisa sob a influencia do sentimento da piedade desinvolvido pela cultura moral. Os utilitaristas consideravam o criminoso como um inimigo. Os philosophos allemães sustentam que elle nunca perde o seu caracter de ser racional e que por isso tem de ser respeitado.

De todas as innovações feitas por esta reforma a obra capital foi a ampliação das circunstancias attenuantes a todos os crimes da mesma maneira que aos délictos de policia correccional.

Bonneville attribue a este instituto um effeito desastroso sobre a criminalidade em geral e vê nelle uma das causas do augmento dos crimes (1). Mas René Roland, vendo nas circunstancias attenuantes simplesmente um meio de ter em consideração as diversas circunstancias de facto, que o legislador não podia prever, considera-as como um complemento indispensavel da lei. O que merece censura, accrescenta, é a faculdade que a lei deu ao jury, a proposito da cumplicidade, da reincidencia e da pena de morte, de poder corrigir a lei, quando considerasse muito severa a pena legal, admittindo circunstancias attenuantes ainda mesmo que as não houvesse na causa. Isto é conferir ao juiz poderes de legislador; é um mal, mas o unico da instituição cuja applicação foi assim falseada(1).

(1) *Amélioration de la loi criminelle* (Paris, 1885), introd. e pagg. 33 e 34.

Outras reformas avulsas foram operadas posteriormente, tanto sobre as incriminações, como sobre o systema da penalidade, nomeadamente no que respeita ao systema penitenciario. Mencionaremos aqui sómente as que se fizeram até á terceira Republica, reservando ainda para outro logar as relativas ao systema penitenciario.

Em 1834 foram supprimidas algumas incriminações injustas ou inuteis, como as da não revelação das conspirações ou dos crimes projectados contra a segurança do Estado e a não revelação dos crimes de falsa moeda; e pela lei de 13 de maio de 1863, que recaíu sobre 65 artigos do codigo penal, foram correcionalizados muitos crimes que passaram a ser delictos, e, pelo contrario, foram accrescentadas pela mesma lei algumas novas infracções, como a relativa ao delicto de *chantage*.

Quanto ás penas, a Constituição de 4 de novembro de 1848 aboliu a pena de morte por crimes politicos e a lei de 8 de junho de 1850 substituiu-a pela deportação para um presidio fortificado e ao

(1) *Obr. cit.*, pag. 366 e 367.

mesmo tempo regulou a deportação simples; a lei de 12 abril de 1848, no intuito de não prejudicar a emenda do condemnado, supprimiu a exposição pública. Sob o Imperio devemos citar, afóra a lei de 1863 acima referida, mais a lei de 30 de maio de 1854, que regulou a execução da pena de trabalhos forçados, e a de 31 de maio do mesmo anno, que aboliu a morte civil.

São muitas e importantes as reformas parciaes effectuadas na legislação penal francêsa durante a terceira Republica, proclamada em 4 de setembro de 1870, ao ser conhecido em Paris o desastre de Sedan.

E o conhecimento da maior parte desses diplomas interessa-nos, não só porque são elles a fonte principal a que se tem soccorrido o nosso legislador para effectuar analogas reformas, mas tambem porque elles nos indicam o sentido em que se tem operado a reforma das instituições penaes francêsas, que é o da individualização das penas, via em que hão de embrenhar-se os codigos do futuro.

Mas, sendo essas reformas em grande parte o resultado da orientação da sciencia criminal na última phase da justiça penal, a sua exposição agora sería extemporanea.

Reservando-a por isso para outro logar, passamos desde já a completar a indicação do movimento das codificações penaes nos diversos povos.

47. Codificações penaes posteriores a 1830. — A Revolução francêsa de 1830, a reforma penal de 1832 e as novas theorias ecleticas sobre a funcção punitiva fizeram sentir o seu influxo nas codificações penaes posteriores a 1830.

E importante foi e está sendo este movimento

de codificação, pois quasi todas as nações civilizadas codificaram já, ou estão codificando de novo o seu direito e processo penal revendo e substituindo velhos codigos.

Já indicámos em o n.º 45 algumas dessas codificações posteriores a 1830, nomeadamente as da Belgica e Hollanda, em que nitidamente transparecem as influencias referidas.

Do codigo hollandês de 1881 dissémos ser considerado por muitos jurisconsultos como a expressão mais avançada do direito penal classico. Desta opinião é GARRAUD, que sobre elle dá as indicações seguintes: «O codigo penal hollandês comprehende 471 artigos. Concebe de um modo novo o systema das infracções, o systema das penas e o poder de apreciação do juiz. Só admitte duas ordens de infracções que separa absolutamente: *delictos* e *contravenções*. Pelo que respeita á penalidade, repelle a complexidade das antigas legislações, supprime a pena de morte e funda todo o seu systema penal na privação da liberdade. Finalmente, quanto ao direito de apreciar a quotidade da pena, o juiz é senhor absoluto. O codigo estabelece um *maximum* da pena, mas não fixa *minimum*. Qualquer que seja a infracção, o juiz póde applicar só um dia de prisão e um florim de multa. É o systema da *individualização* da pena, levada até aos seus últimos limites, mas sem instituição de jury, que não ha neste país» (1).

É realmente para notar-se a singularidade relativa ao maximo da pena e á falta de minimo. Precisamente o contrario é o que hoje se está reclamando.

(1) *Obr. cit.*, n.º 85.

Do codigo belga (1867) diz PRINS: «É uma obra de optimismo e de humanidade, de esperança e de fé na perfectibilidade do homem. Suavisou todas as asperezas do codigo de 1810» (1).

Na Austria, o codigo de 1803, que era juntamente codigo de direito e de *instrucção criminal* (2), foi substituido, quanto ao direito penal, pelos codigos de 1850 e de 1853 e desde 1891 que está pendente a approvação de um novo codigo penal, e, quanto ao processo, pelos de 1850, 1853 e pelo de 1873, em vigor, e que é considerado como um dos mais liberaes, sobretudo pelo desinvolvimento que dá ao systema accusatorio (3). A Hungria tem tambem um codigo penal promulgado em 29 de maio de 1878 (4), que veio substituir diversos diplomas por onde se achava disperso o seu direito criminal, e um codigo de processo penal de 4 de dezembro de 1896 (5), tambem um dos mais liberaes do nosso tempo.

Na Allemanha existem para todo o imperio, além do codigo penal de 31 de maio de 1870, que, sendo a principio da confederação da Allemanha do Norte, passou a ser desde 1 de janeiro de 1872 o codigo imperial federal germanico e foi objecto

(1) *Obr. cit.*, n.º 60.

(2) Este codigo está vertido para francês, constituindo o tomo I da collecção francêsa de codigos penaes modernos publicada sob a direcção de VICTOR FAUCHER.

(3) Deste codigo ha uma versão francêsa — *Code d'instruction criminelle autrichien* — pertencente á collecção da *Societé de legislation comparée*. Como se vê, adoptou a denominação inexacta do codigo francês de 1808, que é pouco adoptada.

(4) Deste codigo tambem ha versão francêsa, pertencente á collecção da *Societé de législation comparée*.

(5) Vertido para italiano e publicada no vol. III da *Collezione legislativa della Rivista penale*, pag. 226 e segg.

de uma revisão importante em 1876 (*supra*, n.º 45), o codigo de processo penal de 1 de fevereiro de 1877 e o de organização judiciaria de 27 de janeiro de 1879 (1).

Na Russia, o codigo penal de 1845, revisto em 1853, foi substituido por um de 1885, ainda em vigor, apesar de ter sido approvado um novo codigo por ukase de 12 de março de 1903, mas cuja promulgação foi adiada *sine die* por falta de organizações necessarias para a sua execução, nomeadamente penitenciarias (2). Tem um codigo de processo penal de 1883.

Na Finlandia vigora um codigo penal privativo, de 1889, que só obteve sancção do governo central em 1894; na Suecia um codigo penal de 1864; na Noruega um codigo penal de 22 de março de 1902, que substituiu outro de 1842 e varias leis especiaes precedentes, e é precedido duma lei preambular que contém 10 artigos interessantes sobre a responsabilidade civil (3), e um codigo de processo penal de 1 de julho de 1887 (4), modificado por uma lei de 22 de maio de 1902 (5); na Dinamarca, um codigo penal de 1866; na Bulgaria um codigo penal de 1896 e um de processo penal de 1897 (6);

(1) Todos estes codigos estão vertidos para francês e fazem parte da citada collecção da *Societé de l. c.*

(2) Veja se o *Annuaire de législation étrangère*, 1904. Tambem foi vertido para francês por EBERLIN e pertence á citada collecção, Paris, 1906.

(3) Delle se encontra nma desinvolvida noticia no cit. *Annuaire*, 1903, pagg. 557 e segg.

(4) Ha delle uma versão italiana sob o n.º 88 da *Nuova collezione di opere jiuridiche*.

(5) Veja-se o cit. *Annuaire*, 1903.

(6) Veja-se o cit. *Annuaire*, 1897, pagg. 690 e segg., e 1898, pag. 809 e segg.

na Servia um codigo penal de 1866 e na Romania um codigo penal de 1864.

Na Suissa, que possue uma legislação penal federal para todos os cantões (1870), mas só applicavel aos delictos commettidos por ou contra os funccionarios federaes, havendo varios codigos penaes e de processo especiaes para cada cantão, sendo alguns recentes, como os do cantão de Ticino (penal, 1874, e processo, 1895), Neuchâtel (penal, 1891, processo, 1893), Glaris (penal, 1899, e processo, 1899), etc., procura-se unificar todo o direito penal, achando-se já organizado por STOOS um importante projecto, que tem encontrado difficuldades da parte do espirito particularista do povo suisso (1).

A Italia só em 1889 conseguiu unificar o seu direito penal. Os Estados que, depois da quéda de NAPOLEÃO, em 1814, haviam voltado á sua legislação penal (*supra* n.° 45), em breve se viram obrigados a operar algumas reformas em virtude das condições criadas pela dominação francêsa e pelas influencias a que nos referimos no começo deste numero.

A Santa Sé procedeu logo em 1830 á reforma da sua legislação criminal, promulgando em 1831 o regulamento do processo penal e em 1832 o regulamento dos delictos e das penas, que foram moldados pelos codigos francêses e pelos de Napoles e de Parma. Na Sardenha, promulga-se em

(1) Por dois decretos federaes de 30 de junho de 1898 foi modificado o art. 64.° da Constituição federal de 1874, dando-se á Confederação o poder de regulamentar o direito penal e o civil substantivo, unificando-se assim a legislação sobre estes dois assumptos. A organização judiciaria, o processo e a administração da justiça foram expressamente exceptuados (*Annuaire cit.*, 1899, pagg. 518 e 529).

1839 um codigo penal e em 1847 um codigo de processo penal. Na Toscana, promulga-se em 1848 um regulamento do processo penal e em 1853 o classico codigo Leopoldino, do qual disse MITTERMAIER ser «a ultima palavra da sciencia pelo conteúdo e pela fórma».

No systema penal admittiu este codigo o regimen penitenciario e, comquanto admittisse tambem a pena de morte, para a qual exigia todavia unanimidade de votos, a mesma pena nunca se executou por ser repugnante á civilização do país e foi abolida definitivamente em 1859.

Foi o conflicto entre esta legislação e os codigos napolitano e sardo, que ainda admittiam a pena de morte, a principal causa que demorou por muitos annos a unificação do direito penal italiano fazendo sossobrar successivos projectos.

Em 1859, a Lombardia, auxiliada pela França, sacudiu o jugo austriaco, sendo incorporada pelo tratado de Zurich no Reino da Sardenha, que se estendia do Piemonte á Lombardia. Publicou-se neste mesmo anno um novo codigo penal sardo, que admittia a pena de morte. Este codigo foi successivamente promulgado nos diversos Estados italianos á medida que elles foram sendo annexados á Sardenha, menos á Toscana e ás Duas Sicilias.

Em 1860, o Rei de Sardenha, VICTOR MANUEL, annexa aos seus dominios os Ducados de Parma e de Modena e a Romanha e a Toscana, ficando a vigorar nos tres primeiros Estados o codigo sardo e na Toscana o de 1853; em 1861 annexa o Reino das Duas Sicilias, sendo no mesmo anno promulgado para este Estado um novo codigo penal, que era o sardo de 1859, modificado; em 1866, pelo

tratado de Praga, a Italia obteve os territorios que a Austria ainda possuia na Venecia, e em 1870 conquista os Estados Pontificios, consumando assim a unificação da Italia.

Nesta altura vigoravam na Italia tres codigos penaes: o toscano de 1853, o sardo de 1859 e o napolitano de 1861. Destes, o primeiro, modificado por uma lei de 1859, tinha abolido a pena de morte, e os dois restantes conservavam-na, de modo que, para se unificar a legislação, ou se havia de restabelecer a pena de morte na Toscana, ou revogá-la no resto da Italia.

Além desta difficuldade, havia ainda a da existencia de tres tribunaes de cassação correspondentes aos tres codigos.

Desde 1862 até 1887 foram apresentados ao parlamento, por differentes ministros, 11 projectos de codigo penal (1), na maioria dos quaes se estabelecia a pena de morte. Neste breve espaço de tempo commissões, estudos e projectos succederam-se a commissões, estudos e projectos, divergiram as opiniões e os pareceres, sobretudo ácêrca da magna questão da pena de morte, estabeleceu-se conflicto entre conservadores e liberaes, universidades e magistrados, o senado e a camara baixa. Por fim, logrou vingar o projecto de ZANARDELLI, apresentado em 1887, approvado por decreto de 20 de junho de 1889 para começar a vigorar em 1 de janeiro de 1890. Com a sua approvação foi abolida a pena de morte (2).

(1) Foram os de MIGLIETTI, 1862, PISANELLI (livr. I), 1863, DE FALCO, 1864 e 1868, DE FILLIPO, 1869, PIRONTI, 1869, VIGLIANI, 1874, MANCINI, 1876, SAVELLI, 1883, TAJANI, 1886, ZANARDELLI, 1887.

(2) Sobre a historia deste codigo póde consultar-se a obra já citada de COGLIOLO, a de ALIMENA — *Le projet du code pénal italien* — Paris et Lyon, 1888, e a introducção ao *Codice penal del Regno d'Italia*, edição dos *Manuali Barbèra*, série pratica, II. Pode consultar-se tambem a introducção da versão franceza por JULES LACOINTA — *Code pénal d'Italie*, Paris, 1890, pertencente á collecção da referida sociedade.

Inspira-sê este codigo nas ideias da escola classica, mas com tendencias innovadoras que lhe tem merecido a qualificação de obra ecletica (1).

Por lei de 22 de novembro de 1888 foi o governo italiano auctorizado a introduzir no proprio texto do codigo as modificações que, tendo em consideração os votos emittidos pelo parlamento, fossem necessarias para emendar e coordenar as suas disposições com as de outros codigos e leis do reino. Porisso, o governo fez seguir á publicação do codigo a de um longo decreto de 1 de dezembro de 1889, no qual se estabeleceram não só disposições transitorias e outras necessarias para a execução do codigo, mas ainda muitas outras eliminadoras ou modificadoras de leis especiaes e, nomeadamente, do codigo de processo penal de 26 de novembro de 1865, ainda em vigor.

Este último codigo, que foi promulgado pelo governo no uso da auctorização concedida pela lei de 2 de abril de 1865 para ampliar a todo o reino o codigo de processo penal sardo de 26 de novembro de 1859, com as modificações indicadas na mesma lei e as mais que se reconheceram necessarias, é uma imitação do codigo francês na sua primeira maneira, e está muito longe de satisfazer ás exigencias actuaes e de corresponder aos progressos que os estudos do direito penal têem tido na Italia. Porisso, desde o projecto de DE FALCO, de 19 de abril

(1) Veja-se *Appunti al nuovo codice penale* (LOMBROSO, BERENINI, FERRI, GARCFALO, etc.), Torino, 1889.

de 1866, até hoje, varios e diversos projectos de reforma, parcial ou total, têem sido redigidos, sendo o mais homogeneo e completo o redigido pela commissão instituida pelo ministro FINOCHIARO APRILE por decreto de 4 de outubro de 1898 (1), e sobre o qual tem recaído innumeros trabalhos de jurisconsultos e de tribunaes (2), sendo de esperar que em breve seja uma obra completa e esclarecida, digna do país que occupa um logar primacial nos estudos de direito criminal e na historia da legislação.

Na Hespanha, vigoram o codigo penal de 1870 e o codigo de processo penal *(Ley de enjuiciamento criminal)* de 14 de setembro de 1882. Desde ha muito que se pensa na reforma daquelle codigo, tendo sido apresentado em 1884 um projecto, que todavia ainda não logrou ser convertido em lei.

Na Turquia vigora o codigo penal de 1858, que é em grande parte reproducção do codigo penal francês de 1810, e o codigo de processso penal de 1880.

De entre as nações europeias é a Inglaterra a unica nação em que a legislação penal, como de resto a maior parte da sua legislação, ainda não está codificada; pelo que, sendo como é, constituida por uma copiosa farrapagem de costumes, de estatutos e de leis particulares, é por vezes difficil a missão dos jurisconsultos e dos tribunaes. A necessidade, porém, de uma codificação, a par da de

(1) Vejam-se os *Atti della commissioue istituta con decreto 3 ottobre 1898*, 3 vol., Roma, 1900.

(2) Vejam-se os *Studi di procedura penale*, por BERNARDINO ALIMENA, Torino, 1906.

largas reformas penaes, se tem feito sentir tambem e sente vivamente neste país, e o trabalho iniciou-se com a promulgação de algumas leis especiaes e reforma das antigas sobre alguns assumptos mais urgentes. Tal é, por exemplo, a lei de 11 de agosto de 1879 sobre a *Jurisdicção summaria* (processo correccional), mais tarde ampliada á materia penal por lei de 29 de agosto de 1899 (1), e a lei de 19 de julho de 1887 para melhoramento das leis penaes e do processo penal na Irlanda (2). O governo teve ainda a ideia de um codigo de direito e de processo penal para os crimes mais graves *(Indictable offences)* e fez formular um projecto, que não chegou a ser discutido e que parece não ter sido desejado a serio (3).

Entre as penas principaes deste direito não codificado figura a pena de morte, que, sendo comminada para um grande numero de casos, tem tido nos últimos tempos uma restricta applicação e se executa pelo enforcamento no recinto da prisão. A reclusão ou *servitude penal,* que é a pena immediatamente inferior á de morte e desde 1857 substituiu a deportação, é regulada por muitas leis, reünidas sob a denominação de *The pénal servitude acts 1853 to 1891,* que distinguem tres especies de prisão: prisão com trabalho obrigatorio; prisão com trabalho livre e prisão mitigada. A execução destas diversas disposições penaes deu origem a ensaios de reforma penitenciaria que se realizaram, em condições differentes, na Inglaterra e na Irlanda. Entre as penas accessorias figuram a

(1) Cit. *Annuaire*, 1901, pag. 7.

(2) Cit. *Annuaire*, 1888, pag. 33.

(3) Póde ver-se sobre este projecto um artigo de G. LOUIS no *Bulletin de la Societé de lég. comp.*, 1877-1878, pag. 549.

collocação numa casa correccional, a degradação civica, a fustigação, a sujeição á vigilancia policial, e a obrigação de ter um bom procedimento. Por esta última pena, que é de frequente applicação, o condemnado é forçado a assignar um termo no qual se obriga a pagar uma certa somma no caso de não ter boa conducta ou de perturbar a paz pública.

É, porém, quanto ao processo que a legislação penal inglêsa offerece mais singularidades, que convêm assignalar. Segundo GARRAUD, os principios fundamentaes, que ainda hoje dominam o processo penal inglês, são os seguintes: 1.° o direito de accusação privada; 2.° a faculdade concedida ao accusado de limitar o terreno do debate deduzindo, ou não, a excepção de não culpabilidade *(not guilty)*; 3.° o exame oral; 4.° a publicidade em todas as phases do processo; 5.° o concurso do povo na administração da justiça pela organização de um duplo jury, o jury de accusação e o jury de julgamento. Este systema de processo, que recorda o do direito romano no periodo das *quaestiones perpetuae*, tende a transformar-se, quer por uma nova organização das jurisdicções criminaes, quer pela introducção da instituição do ministerio público (1).

É para notar-se que a Inglaterra, não tendo conseguido codificar ainda a sua legislação penal, estabeleceu todavia codigos para algumas das suas principaes possessões.

(1) *Obr. cit.*, n.° 84. Sobre o direito e processo penal inglês póde consultar se a reputada obra de HARRIS — *Principles of the criminal law* — ou antes a versão italiana desta obra sobre a 7.ª edição inglêsa, por E. BERTOLA — *Principii di diritto e procedura penale inglese* — Verona, 1898. A obra divide-se em quatro livros: I introducção e parte geral do direito penal; II crimes em especial; III processo penal; IV juizos summarios.

Assim é que na India inglêsa vigora desde 1860 um codigo penal privativo *(Indian penal code 1860)*, e em 1861 foi approvado e promulgado um codigo de processo penal substituido depois por outros (1871 e 1882), sendo o último approvado pelo act. XI de 21 de outubro de 1898 (1).

No Canadá ha o *Criminal code* de 1892 e um codigo de processo penal da mesmo data.

Nos Estados-Unidos Norte Americanos não está unificada a legislação penal, mas muitos dos Estados da União tem conseguido codificá-la. Entre estas codificações merece menção especial a do Estado de New-York, onde ha desde 1891 um codigo penal e outro de processo criminal, tendo sido este ultimo revisto por uma lei de 17 de abril de 1901 (2).

Todos os Estados da America latina têem codificado o seu direito e processo penal, em geral sob a influencia da legislação hespanhola, e tambem sob a do codigo penal italiano ou dos projectos deste codigo pelo que respeita ás codificações mais recentes, como são, as de Venezuela, cujo último codigo

(1) Cit. *Annuaire*, 1899, pag. 968.

(2) Deste último codigo ha uma versão franceza — *Code de procédure criminelle de l'État de New York* — por ANDRÉ FOURNIER, Paris, 1893, annotado e precedido duma introducção sobre o processo criminal nos Estados-Unidos pelo mesmo auctor. Este codigo é muito importante para os juristas sob o ponto de vista da legislação comparada, não só porque é dos mais modernos dos codigos de processo dos diversos Estados da União, mas tambem por ser um dos mais completos, senão o mais completo e o que deixa menos margem á applicação do direito commum *(common law)*. Contém assim uma exposição completa e official do processo inglês e americano, que não póde encontrar-se noutra parte. Além disso, é methodico no seu plano, claro e preciso na sua redacção, e accomodado aos progressos realizados em a nossa época no direito criminal, soffrendo por isso bem o confronto com os codigos europeus mais notaveis.

penal é de 8 de abril de 1904 e da mesma data é o seu último codigo de processo criminal (1). E quasi todas estas nações têem revisto e substituido modernamente os seus codigos.

Na Republica Argentina vigora o codigo penal de 1886 e o de processo penal de 1889; no Uruguay o codigo penal de 1889 e o de processo penal de 1878; no Brasil o codigo penal de 11 de outubro de 1890 e o de processo criminal de 1832, profundamente modificado por legislação posterior (2); na Colombia o codigo penal de 1890; no Mexico o codigo penal de 1894 e outro de processo penal da mesma data, que contêm a singularidade de admittir recurso contra a decisão do jury.

Na Asia deve mencionar-se o codigo penal do Japão de 1880 e o codigo de processo penal de 1894, de ambos os quaes ha traducções officiaes em francês.

No Egypto ha o codigo penal de 1883, que é uma edição revista e corrigida do codigo penal ottomano de 1858, e o codigo de processo penal do mesmo anno de 1883, modificado por varias leis posteriores, sendo a última de 9 de fevereiro de 1901. No Sudan ha um codigo penal e outro de processo penal, ambos de 2 de outubro de 1899.

(1) Póde ver-se desinvolvida noticia destes codigos no cit. *Annuaire de législation étrangère*, 1904, pag. 735. E bem assim quanto aos mais codigos, apparecendo estas noticias, em geral, no volume immediato ao do anno em que foram approvados. Para a apreciação do direito penal e dos codigos penaes europeus é preferivel o primeiro volume de *La législation pénale comparée*, publicado pela União internacional de direito penal, sob a direcção de Liszt, com o titulo: *Le droit criminel des États européens* (Berlim e Paris, 1894).

(2) Veja-se a *Classificação das leis do processo criminal e civil do Imperio do Brasil* pelo Conselheiro Alencar Araripe, Rio de Janeiro, 1884.

48. Consequencias da codificação em materia penal. — Com raras excepções, os codigos que ficam referidos pertencem ao seculo XIX, e comquanto alguns dos mais recentes traduzam já em suas disposições algumas das reformas preconizadas pela moderna orientação da sciencia criminal, as quaes noutros países têem sido e estão sendo objecto de reformas parciaes por leis especiaes, é certo que todos elles assentam fundamentalmente nas doutrinas preconizadas pela escola classica.

Pessina, resumindo os resultados geraes do movimento legislativo nas instituições criminaes realizado nó seculo XIX, indica os seguintes:

1.° As leis tendem a coarctar o arbitrio do juiz quanto á severidade das penas (1), deixando-lhe mais largueza para a sua diminuição (2).

(1) Hoje em materia de incriminações não têem os juizes liberdade alguma. Segundo o art. 5.° do nosso codigo penal, nenhum facto, ou consista em acção ou omissão, póde julgar-se criminoso sem que uma lei anterior o qualifique como tal. E, segundo o art. 18.°, não é admissivel a analogia ou inducção por paridade ou maioria de razão, para qualificar qualquer facto como crime; sendo sempre necessario que se verifiquem os elementos essencialmente constitutivos do facto criminoso que a lei penal expressamente declarar. Assim, por exemplo, o codigo penal, art. 421.°, define furto «a subtracção fraudulenta de cousa alheia». São pois necessarios para haver este crime os elementos seguintes: 1.° subtracção; 2.° fraude nessa subtracção; 3.° que a cousa subtraída não pertença a quem a subtraiu. Faltando qualquer destes requisitos, ninguem póde ser condemnado por crime de furto. Póde, por exemplo, o apprehensor estar na persuasão que a cousa lhe pertence e, por consequencia, não ter havido fraude; póde, por outro lado, haver intenção fraudulenta e verificar-se que a cousa subtraida pertence ao apprehensor. Em qualquer destes casos não ha furto por faltar um dos elementos constitutivos delle. Não póde o juiz argumentar por analogia nem mesmo por maioria de razão para incriminar e punir esse facto; é preciso para isso que uma lei anterior o tenha declarado punivel.

(2) O nosso codigo penal fixa no art. 41.° as circunstancias dirimentes da responsabilidade criminal, e nenhuma mais, além das enumeradas neste artigo, póde ser allegada. Pelo que respeita ás circunstancias aggravantes, o nosso codigo de 1852, art. 19.° n.° 22,

Como já tivemos occasião de dizer (*supra*, n.º 41), o codigo penal francês de 1791, reagindo contra os abusos do antigo regimen, procurou pôr limite á liberdade que até ahi os juizes tinham na applicação das penas, estabelecendo uma fixidez absoluta destas, sem maximo nem minimo. Depois, no codigo penal francês de 1810 appareceu de um modo embryonario a theoria das circunstancias aggravantes e attenuantes, entendendo os auctores deste codigo, e bem, que a fixidez absoluta das penas mal se coadunava com a differença de circunstancias em que um crime podia ser praticado, quer em relação ao facto criminoso em si, quer com respeito ao agente deste. Todavia neste codigo as circunstancias attenuantes não se estendiam a todos os generos de infracções, e sómente se applicavam aos delictos a que correspondiam penas diminutas. Mais tarde a reforma de 1832 ampliou o beneficio das circunstancias attenuantes a todos os delictos. Esta disposição tem sido imitada por todas as nações civilizadas (1).

ainda dava ao juiz poder para declarar algumas não mencionadas na lei; mas o codigo de 1886 já não lhe concede essa faculdade, visto que são circunstancias aggravantes *unicamente* as mencionadas no art. 34.º Porém, pelo que toca ás attenuantes, já o codigo dá ao julgador mais liberdade, pois que, além das mencionadas no art. 39.º e seus numeros, consideram-se ainda como taes quaesquer outras circunstancias que precedam, acompanhem ou sigam o crime, se enfraquecerem a culpabilidade do agente, ou diminuirem por qualquer modo a gravidade do facto criminoso ou dos seus resultados (art. 39.º, n.º 23).

(1) As modernas escolas condemnam esta doutrina, que vigora nos codigos penaes, restrictiva da liberdade do juiz e propugnam que se lhe dê o maior arbitrio na escolha das penas, a fim de poder individualizar a pena, apropriá-la ao delinquente, conforme as tendencias deste, o seu temperamento criminal, variando assim de therapeutica criminal conforme a natureza do delinquente e não a natureza do delicto. Pelo que respeita ao quantitativo da pena, tambem as modernas escolas defendem a sua fixação, não pela lei, mas

2.º As legislações têem chegado a um conhecimento mais exacto do acto criminoso em geral e dos seus varios accidentes em ordem á qualidade e quantidade da materia punivel (1).

3.º O systema penal perde cada vez mais o caracter grosseiro e quasi feroz qne tinha nas instituições do antigo regimen, como se vê das restricções sempre maiores da applicação da pena de morte, que vae sendo substituida pelo systema penitenciario, e da abolição de muitas penas crueis e infamantes.

4.º Quanto ao processo tambem se conseguiu distribuir melhor a jurisdicção criminal de modo a construir-se um organismo completo para a administração da justiça e reconheceu-se a necessidade de um tribunal supremo que, sem examinar as questões de facto e sem se pronunciar *de merito*, fizesse entrar na observancia da lei os julgamentos que della se afastassem.

pelo juiz, visto não poder saber-se de antemão qual será o periodo necessario para que o criminoso se readapte ao meio. Esta possibilidade de readaptação verificada durante a reclusão, inapplicavel aos criminosos loucos, dará ao réu a liberdade provisoria e, dadas certas circunstancias, a definitiva (Vid. Ferri, *Sociologie criminelle*, introd., chap. IV, pag. 429 a 574 da edição franceza, e pag. 714-917 da 4.ª edição italiana).

(1) Pelo que respeita ao acto criminoso em geral a evolução tem-se feito no sentido de ampliar a noção do crime público, dando-se este caracter a muitas infracções que a principio eram consideradas sómente como offensas particulares, e restringindo-se aquella noção quanto ás infracções de caracter religioso. Quanto aos accidentes da acção punivel, estão elles previstos em grande parte nos codigos modernos, existindo uma graduação de penas correspondente dentro dos limites maximo e minimo; mas nem o estabelecimento de um typo unico de penas, nem a graduação dentro do maximo e minimo, satisfazem ás exigencias da moderna escola, a qual ensina que, assim como a applicação do mesmo remedio na mesma doença a enfermos differentes póde produzir resultados diversos, assim tambem deve applicar-se a cada criminoso uma pena adequada, rejeitando se um typo unico de penas.

5.º A instituição do jury foi-se desinvolvendo de modo que póde dizer-se um elemento commum ás varias legislações criminaes hodiernas.

6.º As fórmas judiciarias garantiram o direito individual e social, sendo estabelecido o triplice principio da oralidade, da publica discussão e da necessidade do juizo contradictorio como base indispensavel para uma condemnação (1).

49. Systema penitenciario. *a)* **Conceito e fundamentos.** — Durante o estudo do direito penal na phase juridico-sentimental por mais de uma vez nos temos referido, quer a proposito das doutrinas, quer dos codigos, a um outro principio novo introduzido na theoria da penalidade e mais ou menos incarnado nas instituições modernas: o systema penitenciario, o qual representa a phase humanitaria ou sentimental do direito no seu mais elevado gráu.

Um systema penal, que, sem offender a justiça, comporte mais humanidade para com o condemnado e que seja ao mesmo tempo mais proprio para o corrigir e para servir de util exemplo aos outros, é por si mesmo o mais util á sociedade e deve obter todas as suas preferencias.

Tal é o principio que domina o systema, cuja introducção no systema repressivo moderno se tem feito através de inumeras difficuldades e de não poucas decepções, força é confessá-lo.

A sua adopção é devida, não ao conhecimento scientifico-anthropologico do criminoso, mas a um conhecimento mais profundo da solidariedade social, aos progressos do direito público e ao desinvolvimento dos sentimentos altruistas. A philosophia pouco teria influido para isso se o direito penal não se inspirasse já nos principios do novo direito público, nesses sentimentos de fraternidade e de piedade que são o apanagio mais elevado da civilização moderna. É á doçura de costumes dos povos civilizados, ao espirito de reacção contra a enorme putrefacção physica ou moral dos presos nos carceres e nas galés em commum, ao exemplo da vida monastica e ás práticas penitenciarias da Igreja que se deve o principio do regimen penitenciario. Assim o sustenta GUIZOT (1), com o qual concorda VIDAL (2).

A palavra *penitenciaria* é de origem inglêsa — *penitenciary house*. Pela sua origem philosophica ligam-se estas palavras á ideia de pena e sobretudo á de arrependimento. Assim *casa penitenciaria* é casa destinada á reforma moral do criminoso. O regimen que ahi se segue e o espirito da instituição respiram mais piedade que colera; a moral e a beneficencia parecem ter invadido uma parte do logar reservado á justiça.

Ao interesse do individuo, ao interesse da familia, ao interesse da divindade, ao interesse da sociedade e, finalmente, ao interesse da justiça, que sucessivamente têem informado o conceito da incriminação e da penalidade e inspirado o legislador, parece succeder hoje o interesse do proprio criminoso, que revindica seu direito e pretende assumir uma preponderancia muito pronunciada e quasi exclusiva.

(1) *Obr. cit.*, pagg. 63 e 64.

(1) *Histoire de la civilisation en Europe*, 6.ª lição.
(2) *Obr. cit.*, n.º 18.

Mas, adverte RENÉ ROLAND, é necessario não conceder importancia demasiada ao sentimento que esta instituição representa; adoçar a pena além da medida seria enervá-la, encorajar os maus e prejudicar os bons; haveria deshumanidade nesta excessiva humanidade. A sympathia não deve ir até á fraqueza se não quiser ficar em contradicção consigo mesma. A emenda do culpado deve ser o fim accessorio do systema penal (1).

50. Continuação. *b)* **Principaes especies e sua origem.** — Assentando fundamentalmente na prisão cellular, ou isolamento, e na sujeição ao trabalho, o regimen penitenciario reveste duas fórmas distinctas e rivaes, conhecidas pelos nomes de systema de *Auburn* e systema de *Philadelphia,* ou systema *Auburniano* e systema *Philadelphiano* ou *Pensylvaniano.*

a) Consiste o primeiro essencialmente na prisão cellular, com isolamento do criminoso durante a noite, e trabalho em commum durante o dia sob a lei do silencio;

b) O segundo consiste na prisão cellular com isolamento contínuo, tanto de dia como de noite, e obrigação de trabalho.

Geralmente vai buscar-se á America a origem dos dois systemas rivaes; erram, porém, os que assim pensam.

Na America tentou-se, com effeito, desde o começo do seculo XVIII substituir a pena de morte pela de prisão solitaria; mas o systema penitenciario devidamente organizado só apparece muito

(1) *Obr. cit.*, pag. 445.

mais tarde sob a fórma de Auburn (1819-1828) e de Philadelphia (1820-1829).

É á Europa que pertence a invenção do regimen e foi nella que se fizeram as primeiras applicações.

A origem do systema de Auburn é attribuida ao regimen cellular do hospicio de S. Miguel em Roma, criado por CLEMENTE XI, em 1703, para os jovens criminosos, cuja inscripção collocada na sala de honra indicava sufficientemente o fim e o regimen: *Parum est coercere improbos poena nisi probos efficias disciplina* (Pouco vale a repressão penal se não se procurar a regeneração do criminoso). De Roma passou, segundo TARDE (1), para a America, sendo aqui desinvolvido pelos quakers da Pensylvania.

Porém, a primeira applicação prática e rigorosa deste systema com regulamentos disciplinares e construcções apropriadas só a encontramos na casa de força de Gand, fundada em 1775 pelos Estados de Flandres.

O systema penitenciario de Philadelphia costuma filiar-se no *carcere duro* ou *durisimo* do codigo penal de JOSÉ II de Austria, de 1787, e na *gène* do codigo penal francês de 1791 (*supra,* n.º 41).

Todavia, alguns annos antes destes codigos, já o parlamento inglês tinha decretado a prisão com isolamento diurno e nocturno para a penitenciaria de Milbank (em 1776), sendo posta em prática desde 1790 na penitenciaria de Glocester, onde se manteve durante dezasete annos.

Por este tempo, um celebre inglês HOWARD, per-

(1) *La philosophie pénale,* pag. 523.

corre as prisões dos diversos países da Europa, e depois de haver constatado por toda a parte, salvo algumas raras excepções, a condição deploravel dos prisioneiros, proclama as bases necessarias da reforma material das prisões e do regimen dos condemnados.

Em 1791 BENTHAM traçou as bases da concepção penitenciaria moderna na organização de um estabelecimento, a que dava o nome de *panoptica* e a cuja descripção consagrou uma parte das suas obras (1), que enviava á assembleia nacional francêsa propondo encarregar-se elle proprio da direcção.

«Deixae-me, escrevia elle dirigindo-se aos membros do *comité* francês, construir uma prisão sob este modêlo e eu serei o carcereiro; vereis que este carcereiro não quer salario e nada custará á nação».

A *panoptica* era um estabelecimento com parte central e de fórma *radiante*, adoptada por um grande numero das prisões modernas, destinado a guardar os prisioneiros com mais segurança e economia e a realizar ao mesmo tempo sua reforma moral com meios novos, como a organização do trabalho com a educação profissional do condemnado, a instrucção moral e religiosa, a separação por pequenos grupos, o patronato dos libertados.

Por estes principios sabios e práticos, diz VIDAL, mostrava-se BENTHAM, cujas ideias têem sido muitas vezes mal comprehendidas e mal apreciadas, á al-

(1) *Traité de législation civile et pénale*, tom. III, pagg. 1 e segg. *Traité des peines et des recompenses*, livr. II, cap. XII (versões francêsas por DUMONT).

tura dos progressos mais modernos das escolas penitenciarias e sociologicas dos criminalistas contemporaneos (1).

Este movimento de reforma passou da Inglaterra á Europa e á America do Norte. Aqui, foi depois da independencia dos Estados-Unidos (4 de junho de 1776) que o movimento penitenciario mais se accentuou, sobretudo na Pensylvania, cuja Constituição de 1776 preceituára a reforma das leis penaes, restringira a applicação da pena de morte e ordenára que se construissem casas de força com trabalho obrigatorio para os crimes não capitaes. Em conformidade destas disposições constitucionaes, differentes actos legislativos procederam á reforma indicada, sendo para notar-se um de 1794, que restringiu a pena de morte aos crimes de homicidio em primeiro gráu, isto é, com certas aggravantes (premeditação, traição, envenenamento e incendio) e substituiu para os outros crimes mais graves esta pena pela *prisão solitaria*.

Ao mesmo tempo introduzia-se na prisão de Philadelphia *Valnet Street* um melhor regimen interior de trabalho e de disciplina. É daqui que data o movimento que tem como consequencia as reformas penaes e a criação de penitenciarias nos Estados da Federação.

Depois de muitas vacillações e experiencias, chega-se a precisar e a fixar, duma parte na penitenciaria de Auburn no Estado de New-York, e, doutra parte, na penitenciaria de Cherry-Hille, no Estado da Pensylvania, as duas especies de prisão

(1) *Obr. cit.*, n.º 21.

e regimen penitenciario que depois nos apparecem como rivaes.

31. Continuação. c) Seu desinvolvimento na Europa. — No entanto o movimento reformador, que da Europa passára á America, reflecte-se de novo sobre aquelle continente, construindo-se casas apropriadas para prisões solitarias.

De 1815 a 1822 estabelece-se na Inglaterra a penitenciaria central de Milbank; na Suissa construem-se as penitenciarias de Genebra (1822 a 1825), de Lausanne (1822 a 1826) e mais tarde a de Berne (1830), todas com prisão cellular durante a noite, e com certas communicações, exercicios ou trabalhos em commum durante o dia.

Em França, por um decreto de 9 de setembro de 1814, o ministro do interior do governo da Restauração (abbade de Montesquieu) ordena a criação de uma prisão de ensaio tomando para modelo a prisão de Philadelphia, mas a crise dos cem dias fez abortar o projecto. Pouco depois, por uma ordenança de 9 de abril de 1819, é criada uma *Societé royale des prisons* e um *Conseil générale des prisons*, que foi encarregado de centralizar os inqueritos, organizar projectos de melhoramento e redigir regulamentos geraes fixando o regimen interno e disciplinar das prisões.

Como trabalho preparatorio, a *Societé* referida procedeu a um inquerito sobre o estado das diversas prisões, chegando por toda a parte a conclusões desoladoras. O estado das prisões era péssimo e a reforma dellas urgente.

A Sociedade traçou então o seu programma adoptando as bases seguintes: 1.° applicação do codigo penal e do de instrucção criminal quanto á distincção de casas *d'arrêt, de justice, de correction* e *de force* (1); 2.° separação rigorosa dos detidos em categorias; 3.° garantias a exigir aos directores das prisões; 4.° organização do trabalho dos detidos; 5.° organização do ensino moral e religioso; 6.° melhoramento do regimen hygienico e alimentar; 7.° organização do patronato dos libertados.

«Não se póde enumerar, diz ORTOLAN, o numero de brochuras ou de livros publicados em França depois desta data sobre o regimen das prisões» (2).

Foi, porém, depois de se terem publicado em França os projectos e relatorios sobre a lei penal e sobre o codigo disciplinar das prisões, apresentados em 1825 na legislatura da Luisiania, por LIVINGSTON, mais tarde eleito membro da Academia das sciencias moraes e politicas, e depois da presença do seu auctor em Paris, que estes trabalhos tomaram mais incremento.

«Desde então, diz ainda ORTOLAN, as palavras *penitenciarios* e *penitenciaria* entraram em moda, e o que até então se chamava em França *melhoramento ou reforma das prisões*, passou a chamar-se *estabelecimento do regimen ou do systema penitenciario*» (3).

(1) As casas *d'arrêt* eram destinadas á detenção preventiva dos *suspeitos*, as casas de *justiça* á detenção preventiva dos *accusados*, as casas de *correcção* á incarceração dos condemnados a *prisão correccional* e as casas de *force* ao cumprimento da pena de *reclusão*. Mas, como já notámos, isto não passava de uma ficção, porque não havia edificios adequados para a separação dos prisioneiros, nem as despesas com as guerras do Imperio permittiram dispôr de receitas para isso. E apesar de uma lei de 1811, a fim de desonerar o orçamento do Estado, ter transferido para os departamentos as casas *d'arrêt* e de *correcção*, que ficaram sendo designadas *prisões departamentaes*, nem por isso melhorou a situação.

(2) *Eléments de droit pénal*, 4.me édit., tom. II, n.° 1510.

(3) *Obr. cit.*, tom. II, n.° 1512.

BOURMONT e TOCQUEVILLE, que o governo francês enviou em 1831 a estudar *in loco* os systemas penitenciarios dos Estados americanos, publicam em 1833 um trabalho em 2 volumes, que intitularam *Do systema penitenciario nos Estados-Unidos e da sua applicação em França,* e em 1836 CHARLES LUCAS, que já em 1831 tinha publicado a sua obra, em 3 volumes, *Do systema penitenciario na Europa e nos Estados-Unidos,* e que foi depois nomeado inspector das prisões com missão de as reorganizar, publica em 1836 a obra: *Da reforma das prisões e da theoria do aprisionamento,* que póde considerar-se a primeira theoria da reforma penitenciaria, assim como a sua anterior póde considerar-se como a sua primeira historia.

Esclarecido com este e outros trabalhos, o governo francês apresentou, em 1840, á camara dos deputados um projecto de reforma penitenciaria baseada sobre o systema *Auburniano,* contra que se declarou a commissão parlamentar incumbida de estudar o projecto, a qual pediu o isolamento individual de dia e de noite. O governo apresentou então outro projecto adoptando o systema *Pensylvaniano* relativamente a todas as penas, prisão correccional, reclusão e trabalhos forçados, mesmo para os jovens detidos e para a duração integral da pena, excepto para os septuagenarios e para os condemnados que tivessem soffrido 12 annos de prisão cellular, para os quaes se adoptava o systema *Auburniano.* A camara dos deputados approvou o projecto em 18 de maio de 1844, substituindo todavia para os que tivessem soffrido 10 annos de prisão cellular o systema Auburniano pela transportação.

Submettido o projecto á aprovação do Senado, não julgou este o assumpto sufficientemente esclarecido,

e só depois de quatro annos de estudos e de consultas aos tribunaes superiores é que a commissão da referida camara apresentou um projecto adoptando o systema *Pensylvaniano* puro para todas as penas e para toda a sua duração, sem excepção nem adoçamento de transportação nem de trabalho em commum.

Quando estava este projecto para ser discutido sobreveio a revolução de fevereiro de 1848, que determinou a quéda de LUIZ PHILIPE. Mas o governo republicano seguiu o movimento favoravel ao systema cellular, e uma circular de M. DUFAURE, de 20 de agosto de 1849, confirmando outras circulares de 1836 e de 1841, que haviam prohibido que se construissem prisões que não estivessem em harmonia com o regimen penitenciario, ordenou a continuação dos trabalhos começados nas prisões para nellas se estabelecerem cellas e a construcção de novas prisões cellulares. De modo que em 1852 estavam construidas e occupadas 47 prisões departamentaes cellulares e havia 15 em construcção.

Porém, todo este movimento foi bruscamente sustado, sob o segundo Imperio, por uma circular de M. DE PERSIGNY de 17 de agosto de 1853, revogando as circulares anteriores, prohibindo para o futuro a construcção de prisões cellulares e substituindo ao regimen do isolamento individual a separação por classes ou categorias, vivendo em commum os presos de cada classe.

Os motivos em que se pretendeu fundamentar esta inesperada mudança eram a necessidade de reduzir as despêsas e de facilitar tambem a reforma penitenciaria, tornando-a simultaneamente mais rapida e mais economica. Foi grande o espanto que

esta circular causou em França e no estranjeiro, e para justificar o procedimento do governo foram publicadas varias brochuras semi-officiaes tendentes a considerar a prisão cellular como perigosa para a saüde e para o estado mental dos doentes, nota que ainda hoje se repete e exaggera frequentes vezes.

As consequencias foram deploraveis; cessaram novas construcções, e as construcções já effectuadas foram em muitas partes estragadas demolindo-se as cellas para arranjar prisões communs e diminuir as despêsas de conservação, excepto em alguns departamentos que reagiram contra a circular e reclamaram a conservação das cellas existentes; algumas prisões novas foram construidas e outras antigas adaptadas ao systema dos quarteirões e classes, de modo que, em 1873, podia, com razão, dizer M. DE HAUSSONVILLE: «Depois de tantas controversias theoricas, a questão do regimen seguido em cada prisão é hoje soberanamente decidida por uma questão de edificios. Desde a promiscuidade a mais absoluta e a mais brutal até ao systema cellular senão o melhor entendido pelo menos o mais restricto, tudo se pratica em França. É uma questão de departamento e quasi de campanario» (1).

A unidade de plano que tinha inspirado o projecto de reforma penitenciaria de 1840 a 1847 foi destruida ainda pela criação, feita pela lei de 30 de maio de 1854, da transportação para as colonias a fim de ahi ser cumprida a pena de trabalhos públicos.

(1) Apud VIDAL, *obr. cit.*, n.º 27.

A indifferença geral para com a reforma penitenciaria seguiu de perto o abandono official, não sem alguns protestos isolados, como os de BONEVILLE DE MARSANGY (1) e de BÉRENGER (2). Este último, sobretudo, com a leitura frequente de memorias na Academia das sciencias moraes e politicas, continuou a apregoar a excellencia do systema penitenciario chamando para elle a attenção.

Isto e ainda, por outro lado, a constatação do augmento assustador do algarismo das reincidencias, attribuindo-se este facto á circunstancia de os condemnados voltarem para o mesmo meio depois de cumprida a pena, fizeram que a questão penitenciaria voltasse de novo á tela da discussão ainda no tempo do imperio, sendo nomeada por decreto de 6 de outubro de 1869 uma commissão para se occupar do patronato aos libertados.

A guerra de 1870 impediu qualquer trabalho, mas logo depois da insurreição communal de 1871, a Assembleia nacional, vivamente impressionada com o augmento da criminalidade e da recidiva e dos perigos que á ordem social offereciam os individuos já castigados pela justiça e que em numero de mais de 25:000 tinham tomado parte na insurreição communal, ordenou, por uma lei de 25 de março de 1872, a abertura dum inquerito sobre o regimen penitenciario e a nomeação duma commissão para estudar as reformas necessarias da legislação penal e do systema penitenciario.

(1) BONEVILLE, *Institutions complémentaires du système pénitentiaire* (Paris, 1860), e *De l'amélioration de la loi criminelle*, II vol. (2.me édit., Paris, 1864).

(2) *De la repression penale, de ses réformes et de ses effects*, Paris, 1855, II vol.

Dos trabalhos desta commissão, composta de 15 membros tirados do seio da Assembleia e de outros 15 de fóra, entre os quaes se encontravam as pessoas que mais notoriamente se occupavam de questões penitenciarias, como BÉRENGER (filho), D'HAUSSONVILLE, BONEVILLE, FAUSTIN HÉLIE, DEMETZ, fundador e director da Colonia de Mettray, saíu a lei de 5 de junho de 1875 sobre a reforma das prisões departamentaes, ordenando a organização nesses estabelecimentos do regimen penitenciario da separação nocturna e diurna, e criando, para fiscalizar a execução desta transformação, um *Conselho superior das prisões.*

Como, porém, estas prisões continuaram a ser propriedade dos departamentos e a transformação ficou subordinada á livre votação pelos Conselhos geraes dos creditos necessarios para a effectuar, tornou-se necessario fomentar uma corrente de ideias favoravel á reforma penitenciaria mostrando a sua urgencia e utilidade social. Para este fim criou-se em 1877, sob a presidencia de DUFAURE, a *Société général des prisons,* cujos trabalhos, ampliados a todas as questões penaes relativas á repressão e á prevenção da criminalidade na França e no estranjeiro, têem sido publicados numa revista periodica e mensal intitulada — *Revue pénitentiaire.*

A este tempo já o regimen penitenciario se achava em execução em diversos países; a partir de 1830 encontrâmo-lo na Belgica, Suissa, Austria, Saxonia, Hungria, Wurtemberg, Dinamarca, Suecia, Hollanda, Noruega, Italia e Portugal, onde foi introduzido pela lei de 1 de julho de 1867, da iniciativa de BARJONA DE FREITAS, mas que só começou a executar-se em 15 de janeiro de 1885.

52. Continuação. *d)* **Systema penitenciario mixto ou progressivo: systema inglês e systema irlandês.** — O systema cellular contínuo de dia e de noite, seguido com todo o rigor em Philadelphia, separando completamente o condemnado de todo o mundo, isolando-o completamente no fundo duma cella, só consigo mesmo, prêsa de todas as angustias, de todos os terrores e de todos os remorsos, sem que algum soccorro viesse reanimar o seu espirito abatido e desanimado, offerecia graves inconvenientes, sobretudo para as longas condemnações.

Por seu lado o systema Auburniano, com o trabalho em commum durante o dia mas sob a lei do silencio, era uma transformação pouco feliz do systema cellular, pois, abandonando a ideia da separação, abandonava-se o proprio systema e regressava-se a todos os inconvenientes do regimem em commum, porque, suppondo mesmo que podesse manter-se o silencio, restaria ainda a escriptura e os signaes como meios de estabelecer communicações bastantes para propagar a corrupção e estabelecer laços de camaradagem muito prejudiciaes á saída da prisão. Além disto, é mais duro do que a prisão completamente cellular, constitue um verdadeiro supplicio de Tantalo sem cessar renovado pelas tentações de todos os instantes que ao condemnado se apresentam para infringir a regra, e só póde ser mantido á força de castigos degradantes e desmoralizadores.

Por isto o systema de Philadelphia tem sido o mais adoptado, mas com numerosas modificações, que se estabeleceram mesmo em Philadelphia, como a permissão ao condemnado de lêr e trabalhar, de receber frequentes visitas dos empregados da casa,

de communicar com seus parentes e ter todos os dias recreio ao ar livre, etc.

É assim que se acha estabelecido na Belgica e na Hollanda.

Na Inglaterra, porém, foi-se um pouco mais longe, combinando-se não só os dois systemas, mas adoptando-se ainda uma phase complementar preparadora da transição da prisão para a liberdade absoluta. É o systema chamado *progressivo* ou *gradual,* porque se compõe duma série de provas pelas quaes o condemnado vae passando successivamente, ou *mixto,* porque participa dos dois systemas *auburniano* e *philadelphiano.*

Duas são as combinações principaes que se tem feito: a inglêsa e a irlandêsa, e daqui vem o ser conhecido este systema tambem pelos nomes de systema *inglês,* e systema *irlandês* ou de *Crofton.*

Crofton, que em 1854 assumiu a direcção das prisões da Irlanda, fez uma sábia applicação do systema progressivo a estas prisões; mas a origem do systema é anterior, deriva historicamente das phases por que passou a legislação criminal da Grã-Bretanha sobre a transportação.

Á medida que a transportação foi decrescendo foi-se formando o systema inglês.

Na antiga legislação inglêsa a escala penal compunha-se das penas de morte, deportação e prisão. Para o cumprimento da segunda pena estabeleceram-se colonias penaes. A provincia de Maryland, na America septentrional, foi a escolhida para receber os deportados inglêses. Não havia, porém, regras regulamentares da pena de deportação. Os deportados eram entregues a armadores, que os transportavam como mercadoria vendendo-os ou alugando os depois aos colonos agricolas.

Daqui rssultava que os ricos facilmente se subtraíam á acção da justiça; pagavam as despêsas de transporte e alcançavam o seu resgate.

Á medida que a colonia de Maryland foi prosperando, começou a accentuar-se a sua repugnancia para receber as levas de condemnados que a metropole lhe enviava, e depois da independencia dos Estados-Unidos teve a Inglaterra de procurar outras paragens para despejo dos seus criminosos.

Foi, para o effeito, escolhida a costa oriental da Australia, onde desembarcou em 1778 a primeira colonia de deportados, que lançou os alicerces da futura cidade de Sidney. Ao lado della fundaram-se outras colonias secundarias e, nomeadamente, em Van-Diemen e Norfolk em 1804.

Sobrevieram as guerras napoleonicas e, derivando então uma grande corrente de emigrantes para a Australia, entendeu o governo inglês que lhes devia confiar os degredados, impondo-lhes a obrigação de lhes fornecerem vestuario e alimentos e prohibindo-lhes ao mesmo tempo a imposição de castigos corporaes, sem participação e consentimento da auctoridade. Os colonos ficavam assim ligados aos deportados por um certo laço juridico similhante ao que entre os romanos se chamava *addictio.* Abusando os colonos da posição superior em que se encontravam, principiaram os condemnados a fugir, constituindo por vezes bandos que infestavam as colonias.

Conheceu-se que a deportação nestas condições era eminentemente perigosa e prejudicial e, levantando-se a questão no parlamento em virtude das queixas das colonias, nomeou-se (1837) uma commissão, a que pertenceram Robert Peel e Russel, a fim de estudar o assumpto. Pronunciando-se esta

commissão pela abolição da deportação e adopção da prisão cellular, assim o decidiu o parlamento inglês em 1838, conservando todavia provisoriamente a deportação para Van-Diemen e Norfolk e ensaiando-se um novo regimen para os deportados. Na colonia de Van-Diemen os criminosos eram divididos por classes segundo o gráu de perversidade, que se aferia pela natureza do crime, sendo os mais rebeldes e turbulentos expulsos para a ilha de Norfolk.

Os disturbios e os abusos continuaram de modo que, construida a penitenciaria de Petonville, enclausuraram nella os condemnados antes de seguirem para o degredo colonial.

Começou assim a experimentar-se o systema da *provação,* origem do systema progressivo.

Os condemnados á deportação eram encarcerados primeiro em Petonville onde recebiam instrucção moral e profissional, sendo enviados depois para o degredo com um salvo-conducto de liberdade se o seu procedimento na prisão tivesse merecido essa concessão. Quando a pena era superior a sete annos de degredo, a *provação* fazia-se em Norfolk, com mais rigor e severidade, passando daí para a colonia de Van-Diemen com attestados de bom comportamento para serem admittidos ao serviço dos particulares. Por fim dava-se ao condemnado a liberdade condicional ou definitiva, conforme se entendia. Tal foi a evolução até 1847.

Por um *bill* deste anno introduziu-se no systema outro gráu: os *trabalhos forçados.* O condemnado era submettido, depois da clausura, á prova dos trabalhos forçados por um periodo mais ou menos longo; em seguida era remettido para a capital, devendo ser transportado daí para a colonia penal

sob o regimen da liberdade condicional on definitiva, conforme o seu procedimento.

Foi-se constituindo assim um systema penitenciario gradual, que foi completado por dois *bills,* um de 1853 e outro de 1858, que estabeleceram o regimen da *servidão penal.*

Desde então ficou a haver três penas: *a)* a de morte; *b)* a da servidão legal, cujo minimo é de 5 annos; *c)* a de prisão, cujo maximo é de 5 annos.

O condemnado á servidão penal começava a expiação pela clausura rigorosa por 9 mêses; seguia-se depois o trabalho público forçado em commum na metropole ou nas colonias; e por fim a liberdade provisoria ou definitiva, que pelo *bill* de 1858 podia ser concedida mesmo na metropole. Determinou-se mais que o governo podia continuar a deportar os condemnados, mas simplesmente quando não fosse possivel proporcionar-lhes trabalho na metropole. E para acalmar a opinião pública que se sobresaltou com a ideia da liberdade provisoria na metropole, decretou-se a vigilancia especial da policia sobre o condemnado.

Só em 1868, depois das energicas reclamações da Australia do Sul, é que a deportação acabou de facto.

Como se vê, a servidão penal abrange tres phases distinctas: 1.ª prisão cellular; 2.ª trabalhos públicos em commum e por classes; 3.ª liberdade provisoria sob a vigilancia da policia.

Na primeira, a cella é empregada mais como meio de observação e disciplina, do que como meio de moralização. Na segunda phase os detidos são sujeitos ao systema de classes e de marcas ou pontos, cujos gráus correspondem ao gráu da sua morali-

dade; deve o detido ganhar pelo menos seis pontos por dia e então satisfaz; póde ganhar oito no maximo e então diminue-se-lhe um quarto, e se ganha menos diminue-se-lhe proporcionalmente; mas se ganha menos de seis por dia não passa para a classe superior.

O detido deve permanecer pelo menos um anno em cada classe; mas, se não obteve o numero de pontos sufficiente para passar de uma classe para a outra, póde fazer quatro annos de servidão na primeira.

A terceira phase é a da liberdade provisoria sob a vigilancia da policia; se o detido soffre mal esta prova, pode ser reintegrado na prisão e, até, ser submettido a prisão cellular.

O systema irlandês ou de CROFTON introduziu entre a segunda e terceira phases do systema inglês uma outra phase — a *da prisão intermediaria,* ficando assim com quatro phases. A prisão intermedia não é uma prisão propriamente dita, mas uma especie de caserna onde o detido se aloja e onde regressa a horas fixas; trabalha fóra do estabelecimento e circula livremente pela cidade. Se persevera na sua boa conducta, recebe uma licença e torna-se livre condicionalmente; a duração da condemnação póde ser diminuida duma quarta parte; se, pelo contrario, se portar mal, é reintegrado na prisão commum e mesmo na cellular pelo tempo que faltar e ainda por mais seis mêses além da condemnação (1).

(1) Veja-se RENÉ ROLAND, *obr. cit.*, pagg. 479 a 485; ORTOLAN, *obr. cit.*, tom. II, n.º 1517; FERRI, 4.ª edição ital., n.º 93, pagg. 895 a 901.

53. Continuação. *e)* **Regimen penitenciario preferivel: os congressos penitenciarios.** — Dos systemas expostos são mais seguidos o systema de Philadelphia, mas modificado no seu rigorismo primitivo, e o mixto ou progressivo.

O systema de Philadelphia deve ser estudado de preferencia na Belgica, pois tem sido esta nação a que na prática tem conservado na sua maior pureza as caracteristicas deste systema.

O systema progressivo deve ser estudado na Inglaterra e principalmente na Irlanda.

É sobre a preferencia a dar a qualquer dos dois systemas que mais se tem discutido nos congressos de direito e, nomeadamente, nos congressos penitenciarios internacionaes, parecendo que a victoria se inclina para o systema progressivo, omittida todavia a phase do trabalho commum ou collectivo, mas aceita a da liberdade provisoria, que quasi todas as nações têem estabelecido como instituição complementar do regimen penitenciario.

Para o estudo das reformas das instituições penitenciarias e para o da reforma da legislação penal em geral tem concorrido valiosamente os congressos penitenciarios internacionaes, que se vem realizando desde 1872 e nos quaes os diversos governos têem tomado parte enviando a elle delegados especiaes.

Por proposta dos Estados-Unidos da America reünia-se em 1872 o primeiro congresso de Londres, a que adheriram quarenta e dois Estados; mas foi só desde 1878 que taes reüniões assumiram caracter official e desde então se decidiu definir precisamente o seu caracter e fixar as suas attribuições.

São sete os congressos que já se effectuaram:

1.º O de Londres em 1872 (3 a 13 de julho); este primeiro congresso foi um inquerito internacional sobre o estado das instituições penitenciarias nos diversos países, experiencias feitas e resultados obtidos, e uma troca de esclarecimentos e opiniões sobre as mais importantes questões práticas relativas á repressão e prevenção da criminalidade; 2.º o de Stokolmo em 1878 (15 a 26 de agosto); teve uma importancia singular, porque estabeleceu as bases da sciencia e da prática penitenciarias, e determinou as questões de especialidade, cujo exame e discussão foram adiados para congressos ulteriores (1); 3.º o de Roma de 1885

(1) Sobre uma das questões mais delicadas que se tem suscitado a saber: «Se o systema cellular deve ser modificado consoante a nacionalidade, o estado social e o sexo dos delinquentes», foi emittido por este congresso, e sem que a questão voltasse de novo á tela da discussão, o voto de que «o systema cellular, nos países em que funcciona, podia ser applicado sem distincção de raça, de estado social ou de sexo, salva á administração a faculdade de nas particularidades ter em consideração as condições especiaes de raça ou de estado social. Não ha a fazer reservas senão para os menores, e se o regimen social lhes fôr applicado, deve funccionar de modo a não prejudicar o seu desinvolvimento physico e moral».

Outra questão importante, que tem preoccupado os penitenciaristas, é a da reducção das enormes despêses causadas pelo systema cellular. No congresso de Roma propôs-se a questão «quaes seriam, segundo as experiencias mais recentes, as modificações que se poderiam introduzir na construcção das prisões cellulares, para as tornar mais simples e menos custosas, sem prejudicar as condições necessarias para uma applicação sã e intelligente do systema». Foram votadas recommendações formuladas por Herbette; mas, observa Ferri, naturalmente o systema continuará a ficar o que é, com as suas exigencias bem pouco reduziveis, e a apresentar o doloroso e perigoso contraste entre as commodidades asseguradas aos assassinos e estupradores nas suas cellas e carceres monumentaes e os soffrimentos a que são condemnados os pobres honestos em muitos hospitaes communs, nos asylos de mendicidade, nas mansardas urbanas, nas cabanas ruraes e nas casernas dos nossos soldados (*Obr. cit.*, 4ª ed. ital., pag. 900).

(13 a 24 de novembro); 4.º o de Paris em 1895 (30 de junho a 9 de julho); 6.º o de Bruxellas de 1900 (6 a 13 de agosto); e 7.º o de Budapest em 1905 (3 a 9 de setembro) (1).

Para que possa fazer-se uma ideia approximada sobre o estado em que se encontram os estudos penitenciaristas e tambem sobre a amplitude dada aos trabalhos destes congressos e que excede em muito os limites que naturalmente derivam da propria designação com que elles são conhecidos, indicaremos aqui as questões que no ultimo congresso (o de Budapest) foram submettidas á discussão.

Como já anteriormente no de Bruxellas, neste os trabalhos e questões foram distribuidos em quatro secções distinctas.

I Secção *(Legislação penal)*. Questões: 1.ª Quaes os delictos que devem ser punidos com a pena supplementar de multa? Que regras devem seguir-se na penhora dos bens do condemnado a multa e na execução da prisão subsidiaria? 2.ª Quaes são os elementos constitutivos da *escroquerie?* 3.ª A receptação deverá ser considerada como um delicto especial ou como um acto de cumplicidade? 4.ª Os resultados da instituição do jury terão sido taes que reclamem reformas deste instituto?

(1) De todos estes congressos foram publicadas as actas respectivas. Além das actas, ha monographias e artigos publicados nas revistas scientificas a proposito de cada um delles. Relativamente ao de Stokolmo, publicou-se *La science pénitentiaire au congrès de Stockholm*, por Desportes et Lefébure, Paris, 1880; e a respeito do de S. Petersburgo publicou-se *O ensino carcerario e o congresso penitenciario internacional de S. Petersburgo*, por Ferreira Deusdado, Lisboa, 1891.

Sobre os congressos de Paris, Bruxellas e Budapest podem ver-se desinvolvidas noticias na *Rivista penale italiana*, dirigida por Luchini, respectivamente nos vol. XLIII, pagg. 74 e 277, LIII, pagg. 341 e 722, e LXII, pagg. 598 e 629.

Como se vê, são questões de puro direito penal.

Na segunda secção trataram-se questões mais adequadas ao scopo do congresso.

Secção II *(Instituições penitenciarias)*. Questões: 1.ª Quaes serão os melhores meios para fazer uma classificação moral dos condemnados prêsos, e quaes podem ser as diversas consequencias desta classificação? 2.ª Póderão ser obrigados ao trabalho os prevenidos ou os accusados quando elles tenham sido condemnados anteriormente a uma pena privativa da liberdade? No caso negativo, o encontro da detenção preventiva na duração da pena deverá ser subordinado á acceitação voluntaria do trabalho durante a detenção? 3.ª Quaes os principios, em que casos e sobre que bases deverão conceder-se indemnizações aos detidos ou a suas familias em consequencia de accidentes sobrevindos no trabalho penal? Que disposições particulares comportará sob este aspecto o trabalho dos jovens detidos nas colonias ou escolas de correcção, quer públicas, quer particulares? 4.ª Será necessario criar estabelecimentos de detenção destinados especialmente ás pessoas affectadas de responsabilidade limitada e aos ebrios? No caso affirmativo, quaes os principios que devem presidir á organização destes estabelecimentos?

III Secção *(Instituições preventivas)*. Questões: 1.ª Qual é nos diversos países a influencia reconhecida do alcoolismo sobre a criminalidade e a que meios especiaes deverá recorrer-se relativamente aos condemnados em geral para se combater o alcoolismo? 2.ª Quaes os meios para combater e evitar a diffusão da tuberculose nos estabelecimentos penitenciarios de qualquer especie? 3.ª

Quaes os limites da intervenção do Estado em materia de patronato?

IV Secção *(Questões relativas á infancia e aos menores)*. Questões: 1ª O Estado deverá adoptar medidas para proteger os filhos dos condemnados? Quaes serão, para este effeito, as medidas mais efficazes? 2.ª Deverão criar-se estabelecimentos de observação para os jovens delinquentes e crianças viciosas ou moralmente abandonadas? No caso affirmativo, qual deverá ser a sua organização? 3.ª Qual o regimen de detenção que deve applicar-se a certas categorias de jovens delinquentes? 4.ª e última. Além dos meios ordinarios de educação, quaes serão as medidas mais efficazes para assegurar a preservação das crianças moralmente abandonadas e a correcção das crianças viciosas que ainda não commetteram infracção alguma punivel?

Todas estas questões foram discutidas emittindo o congresso seu voto sobre umas, declarando-se incompetente para outras, como a relativa á tuberculose nas penitenciarias, e reservando outras para ulteriores congressos, dos quaes o primeiro terá logar nos Estados-Unidos da America do Norte.

É tambem muito importante para este estudo uma obra recente de P. CUCHE sobre a sciencia e legislação penitenciarias, na qual se acham colligidos, ordenados e classificados os materiaes dispersos em algumas monographias e em 28 volumes da *Revue pénitentiaire*. O auctor propõe-se fornecer áquelles que tentarem uma systematização da sciencia penitenciaria um ponto de partida e mostrar que esta sciencia attingiu já um grau de desinvolvimento bastante elevado para que deva ser-lhe assignado um logar no ensino das faculdades de direito.

Na introducção, em que define a sciencia penitenciaria depois de haver estudado as funcções da pena, chega á conclusão de que a sciencia penitenciaria comporta quatro grandes divisões, de que trata em seguida. 1.ª *penas educadoras* para os jovens delinquentes; 2.ª *penas de pura intimidação* ou de advertencia para as infracções leves e certos delinquentes de occasião; 3.ª *penas reformadoras* para os delinquentes prevertidos, mas corrigiveis; 4.ª *penas eliminatorias* para os incorrigiveis. Cada uma destas partes é dividida em dois capitulos, destinado um á legislação francêsa e ao direito comparado e outro ao estudo comparado da pena; excepto a 3.ª parte que está dividida em quatro capitulos, dois dos quaes se referem ás penas reformadoras metropolitanas e os outros dois ás coloniaes (transportação) (1).

Desta succinta exposição vê-se que não se trata já do systema penitenciario puro, mas combinado com outros meios de repressão e de instituições preventivas, introduzidas por novas leis em que se distinguem diversas categorias de criminosos e se adaptam a essas categorias differentes meios de repressão, revelando já este começo de individualização da pena a influencia de novos principios cuja exposição faremos no capitulo immediato.

54. O processo penal na phase juridico-sentimental.— Á evolução no direito penal corresponde a transformação do processo, que de *inquisitorio,* que era na phase precedente, passou a ser *mixto,* assim chamado por ser uma combinação daquelle systema

(1) *Traité de science et de législation pénitentiaires,* Paris, 1905.

e do *accusatorio* (*supra,* n.º 37). Tambem se chama *systema francês,* por ter sido creado em França pela legislação intermediaria de 1791 e consagrado pelo codigo de instrucção criminal de 1808, donde passou, com mais ou menos differenças sobre especialidades, para todas as legislações modernas, excepto a inglêsa, em que vigora ainda o systema accusatorio.

Neste systema o processo penal divide-se em duas phases distinctas. A primeira, inspirada no systema inquisitorial, é secreta e escripta; é a da policia judiciaria e da instrucção, consagrada á investigação das provas e do criminoso, concluindo pela declaração judicial de que ha, ou não, motivo para se proceder criminalmente contra um individuo (1). A segunda, inspirada no systema accusatorial, é *pública, oral* e *contradictoria;* é a phase da dedução da acção criminal contra o indiciado e da defêsa deste, a da discussão das provas e do julgamento do accusado em audiencia do tribunal, composto, ora de magistrados sómente, ora destes e de juizes populares ou *jurados* (2).

A instituição do jury, que nos apparece primeiramente na Inglaterra com a *Magna Charta,* em 1215, foi adoptada tambem em França pela legislação posterior á Revolução (leis de 30 de abril de 1790 e de 16-29 de setembro de 1791), e dahi passou igualmente para a maior parte das nações europeias, e com ella a do systema das *provas moraes* e da *íntima convicção,* que substituiu o das provas legaes (3).

(1) Vid. a Nov. Ref. Jud., tit. XXI, cap. I a XI.
(2) Vid. a Nov. Ref. Jud., tit. XXI, cap. XII e XIII.
(3) Cit. lei de 16-29 de setembro de 1791, 2.ª partie, tit. VI,

No systema das provas moraes a lei não fixa antecipadamente a admissibilidade nem a força probatoria de cada meio de prova, cuja apreciação abandona aos jurados e aos juizes, tendo em consideração a sua íntima convicção; e esta apreciação é por tal fórma soberana que não obriga os juizes a dar justificação alguma da força por elles attribuida aos meios de prova que formaram a sua convicção, sem embargo de os juizes togados serem obrigados a motivar suas sentenças (1).

Este é o systema actual das legislações modernas em geral, e da nossa em particular. Nenhuma dúvida deixa quanto ao jury o art. 1130.º da Nov. Ref. Jud., que contém a fórmula do juramento deferido ao jury, na qual se faz referencia expressa aos *dictames da consciencia e íntima convicção dos jurados.*

E o mesmo deve admittir-se relativamente aos juizes togados, quando julgam de facto e de direito, visto a lei vigente não estabelecer o systema das provas legaes (2), a não ser para casos excepcionaes, como aquelles em que se estabelece que o auto policial ou o corpo de delicto *fazem fé dos factos que constatam,* até prova em contrario, devendo por isso em taes casos decidir-se conforme aquella prova, não havendo prova em contrario.

art. 24; *Code des délits et des peines* de 25 de outubro de 1795, artt. 343 e 372; *Code d'instruction criminelle,* artt. 312.º e 342.º

(1) VIDAL, *obr. cit.,* n.os 718 e 721; FAUSTIN HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle,* tom. I, §§ 50, 51, 90, 343, 344, etc.; ORTOLAN, *Éléments de droit pénal,* tom. II, n.º 2307.

(2) É esta a doutrina geralmente seguida. Veja-se o *Tratado theorico e pratico das provas em processo penal,* pelo sr. Conselheiro NAVARRO DE PAIVA, n.os 46, 322, 325, 351, 406, 437, 440 e 446: *Rev. de dir e jurisp.,* 1.º anno, n.º 10, pag. 2. Em sentido contrario veja-se a *Rev. de leg e de jurisp.,* 22.º anno, n.º 1099, pag. 375.

De resto, cumpre não confundir a prova em materia criminal com a prova em materia civil, onde o systema das provas legaes impera ainda em certa medida, quer para a admissibilidade dos meios de prova (1), quer para a força probatoria de alguns desses meios (2); e cumpre tambem não confundir a fixação legal da força probatoria dos meios de prova, que é o que constitue o systema das provas legaes, com a regulamentação legal das condições de admissão e de producção dos meios de prova, que a lei impõe aos juizes para evitar abusos e surprêsas e para salvaguardar os direitos das partes sem alterar o caracter e o alcance do systema da prova moral e da íntima convicção (3).

55. Apreciação da escola humanitaria por PRINS. — A escola humanitaria, diz PRINS, teve uma acção consideravel sobre o seculo que acaba de findar. Inspirou a maior parte dos codigos que têem regulado o direito de punir na Europa, adoçou as penas, construiu prisões que se elevaram no mundo inteiro, restringiu os casos de applicação da pena de morte ou aboliu esta pena; favoreceu o apparecimento de todas as medidas que podiam contribuir para a elevação e reclassificação do condemnado. Não se poderia louvar demasiado o espirito de caridade e de fraternidade de que deu provas. O sentimento de piedade social que succedeu á dureza e ao rigor do antigo regimen é honra da nossa época.

(1) Cod. civ. português, art. 2407.º
(2) Cod. civ. português, artt. 2412.º, 2426.º, 2432.º, 2512.º, etc.
(3) VIDAL, *obr. cit.,* n.º 723.

Mas a escola humanitaria teve um defeito; procedeu por via de abstracção e de generalização.

Procedeu por via de abstracção: concebeu o delinquente, não como um ser vivo e activo, mas como um typo abstracto imaginado pela razão fóra da realidade das cousas; concebeu o delicto, não como uma porção desta realidade, mas como uma fórmula juridica abstracta inscripta num codigo; concebeu a pena, não como defêsa apropriada ao ataque, mas como um systema abstracto devido á sciencia dos criminalistas. E toda a justiça penal, isolando-se assim da vida universal, é contida nos livros; todo o direito penal se converte numa escolastica esteril que attinge a superficie, mas não penetra no fundo das cousas.

Procedeu por via de generalização: tomando para ponto de partida o typo ficticio e convencional do homem razoavel, suppôs todos os delinquentes vasados no mesmo molde e susceptiveis de ser emendados pela mesma pena; a prisão, e, nomeadamente, a prisão cellular, tornou-se a base do systema repressivo, a penalidade unica; a escola não pôde tomar em consideração a infinita variedade da natureza humana, as diversas categorias de delinquentes com que se depara.

Por isso a escola humanitaria não correspondeu ás esperanças do começo do seculo. A criminalidade, longe de diminuir, augmentou consideravelmente.

A reincidencia elevou-se por vezes até 80 por cento da população criminal.

Por toda a parte tem progredido a criminalidade e a pequena criminalidade duplicou e triplicou durante o último quartel do seculo.

Finalmente, augmentou tambem a precocidade dos delinquentes e tem-se notado na maior parte

dos países que os criminosos encetam cada vez mais jovens o caminho do mal.

A estatistica demonstra que a vida e a propriedade estão hoje mais ameaçadas do que ha meio seculo (1).

---

(1) *Obr. cit.*, n.os 26, 27 e 28. Cf. VIDAL, *obr. cit.*, n.os 29, 30 e 31.

CAPITULO VI

Phase anthropo-sociologica

56. Nova orientação do direito penal. — O augmento incessante da criminalidade e da recidiva, constituindo o que em linguagem metaphorica se ha chamado a *banca-rota do systema penal actual* ou o *Krack da repressão,* attrahiu a attenção de alguns pensadores para o problema da criminalidade e da necessidade de a combater mais efficazmente, estudando-se melhor, mediante o processo experimental e de observação, as suas causas e relações com o conjuncto dos phenomenos sociaes.

Esta escola, que pelo methodo que emprega se chama *positivista* e pelos seus fundadores, LOMBROSO, FERRI e GAROFALO (*supra,* n.° 1), se chama escola *italiana,* é tambem conhecida pelo nome de escola *anthropo-sociologica* pelo principio que lhe serve de ponto de partida.

Este principio póde ser formulado assim: «toda a acção humana é effeito de causas externas que obram sobre nós e contra as quaes cada individuo reage de modo diverso confórme seu caracter particular».

Daqui resulta que todo o facto da actividade humana, e particularmente todo o crime, é o resultado duma dupla categoria de factores: 1.° *factores internos* ou *endógenos*, *organicos* ou *biologicos,* inherentes ao caracter individual, á *constituição physio-psychica* do auctor do facto; 2.° *factores externos* ou *exógenos*, *naturaes* ou *sociaes,* inherentes

ao meio physico e social no qual tem vivido e vive este individuo.

Destes factores, os internos são as *causas determinantes* dos delictos, e os externos as suas *causas occasionaes;* embora o seu concurso seja necessario sempre para a producção dos delictos, a influencia e o valor delles variam segundo os individuos e as circunstancias; nuns casos é o caracter individual, anti-social, que determina o delicto, sem causa occasional importante ou manifesta; noutros, pelo contrario, são as causas externas e occasionaes que arrastam ao crime naturezas fracas incessantemente oscillantes entre o bem e o mal (1).

57. Classificação dos delinquentes segundo a escola anthropo-sociologica. — O predominio dos factores de cada uma das duas categorias referidas serve de base á divisão primaria dos criminosos em: 1.° *criminosos por causas endógenas,* ou *criminosos biologicos,* nos quaes predomina o factor individual; e 2.° *criminosos por causas exógenas,* ou *criminosos por causas sociaes,* nos quaes é preponderante a influencia do meio.

Cada uma destas classes de criminosos se subdivide por sua vez em outras duas. Assim, os delinquentes biologicos são: 1.° *criminosos natos,* affectados duma perversão e alteração congenitas do senso moral, cynicos, frios, premeditando o crime sem desgosto nem remorso, vivendo do delicto e não o distinguindo da industria honesta; 2.° *criminosos por arrebatamento ou paixão,* affectados de

(1) Veja-se o n.° 32 da citada obra de VIDAL, cuja exposição, ao mesmo tempo concisa e bastante completa das doutrinas desta escola, vamos seguir.

uma simples fraqueza do senso moral, impulsivos, promptos e vivos na acção e na reacção, tendo paixões violentas, commettendo delictos instantaneamente e sem reflexão, sob o impulso de uma especie de *tempestade psychologica*.

Os delinquentes por causas sociaes são: 1.° *criminosos occasionaes*, relativamente honestos, dotados de senso moral, mas fracos na resistencia, deixando-se arrastar pelas tentações e pelas occasiões; 2.° *criminosos habituaes*, impellidos ao delicto pelos maus exemplos, pela má educação, pelo convivio corruptor das cadeias, pela impossibilidade de reclassificação social depois de uma primeira condemnação; tão recidivistas por *causas adquiridas*, como os criminosos natos o são por *causas congenitas*.

A estes quatro grupos deve accrescentar-se ainda o dos *criminosos alienados*, isto é, daquelles que commettem crimes ou delictos sob a influencia duma doença mental, grupo que em parte se confunde com o primeiro.

Daqui a classificação em cinco grupos formulada por FERRI e geralmente seguida: 1.° *criminosos natos;* 2.° *criminosos alienados;* 3.° *criminosos habituaes;* 4.° *criminosos passionaes;* 5.° *criminosos occasionaes* (1).

38. Caracteres distinctivos de cada grupo de criminosos: criminosos natos. — Os *criminosos natos* constituem o grupo mais caracteristico da escola anthropologica e tambem aquelle que se ha prestado a mais serias objecções e energicas críticas.

(1) Veja-se FERRI, *Sociologia criminale*, n.os 19 a 26, pagg. 194 a 266 da 4.ª edição italiana; VIDAL, *obr. cit.*, n.° 33.

Não obstante os ensaios de alguns predecessores, nomeadamente FERRUS (1850), LUCAS (1847), CASPER (1854), MOREL (1860), DESPINE (1868), MAUDSLEY (1873), tendentes a considerar o criminoso como um ser de conformação psychica especial, de caracter hereditario e acompanhada ordinariamente dos estigmas da degenerescencia physica, foi LOMBROSO quem, empregando os methodos clinicos e estatisticos, multiplicou o numero das anomalias physicas constatadas nos criminosos, a ponto de julgar poder fazer um typo especial anthropologico (1). Estava creada a anthropologia criminal. Seus collaboradores accumularam as provas; por toda a parte sabios distinctos repetiram as observações de LOMBROSO corroborando-as uns, contradizendo-as outros.

Os estigmas ou anomalias, cujo conjuncto dá ao individuo que as apresenta o *typo criminal*, são de três especies: *a) physicos*, tambem chamados *anatomicos* ou *morphologicos; b) physiologicos* ou *biologicos;* e *c) psychologicos*.

a) Os *estigmas anatomicos* ou *morphologicos* encontram-se resumidos no seguinte retrato do criminoso nato por LOMBROSO: olhar cruel e duro, sorriso cynico, estatura baixa, craneo pequeno, brachycephalo e asymetrico, testa estreita, arcadas superciliares proeminentes, olhos encovados e obliquos, rosto longo e largo, maçãs da cara salientes, ossos zygomaticos proeminentes, labios delgados, maxilas volumosas, orelhas afastadas e em fórma de azas, asymetria craneana, facial e tho-

(1) *L'Uomo delinquente*. Apparecida pela primeira vez em 1876 esta obra chegou em 1897 á sua quinta edição.

racica, cabellos abundantes, barba rara, rosto palido, etc.

O conjuncto destes traços caracteristicos, communs aos diversos criminosos natos, salvas algumas particularidades de pequena importancia, dá a estes criminosos um typo particular tal, que afasta os criminosos das diversas nações mais ou menos do typo ethnico respectivo e os approxima uns dos outros.

b) Os *estygmas physiologicos* ou *biologicos* consistem principalmente em anomalias da sensibilidade tactil, dolorifica e dos diversos orgãos dos sentidos, e em anomalias das diversas funcções dos orgãos do corpo. A sensibilidade tactil e dolorifica é notavelmente diminuida e mais obtusa á direita ou igual dos dois lados, ao passo que nos homens normaes é mais obtusa á esquerda; as sensibilidades organicas do gôsto, cheiro e ouvido, são tambem diminuidas, ao passo que a acuidade visual é augmentada e por vezes affectada de irregularidades, como o *doltonismo*, o *estrabismo;* as funcções de movimento são tambem irregulares, sendo esta irregularidade caracterizada principalmente pela frequencia do *mancinismo* (mais agilidade no braço esquerdo, canhoto) e da *prehensibilidade* do pé. Nota-se ainda o mau funccionamento dos *reflexos vaso-motores,* manifestado principalmente pela ausencia da vermelhidão do rosto, consequencia não sómente da insensibilidade moral dos criminosos, mas ainda duma irregularidade organica, e, principalmente, anomalias constitucionaes, manifestando-se ora pela *effeminação* e pela *masculinidade*, que consistem em um individuo apresentar na sua estructura geral, no seu porte e nos seus gestos certos caracteres do sexo opposto áquelle a que

pertence, ora pelo *infantilismo* ou pela *senilidade prematura*, que consistem, o primeiro em uma especie de atrazo no desinvolvimento que conserva a individuos de edade madura e avançada o aspecto de criança ou de rapaz, e o segundo em um gasto precoce de todos os orgãos.

c) Os *estigmas psychologicos* resumem-se em duas anomalias principaes que separam o homem criminoso do normal, a saber: a *insensibilidade moral* e a *imprevidencia.*

Falhos de senso moral e de sentimentos altruistas, animados dos sentimentos mais baixos, vingança, avidez, paixão do jogo, do alcool, do tabaco, do deboche, estes predispostos não tem nenhuma repugnancia pela ideia do crime, não soffrem remorso algum depois da sua execução, não distinguem o homicidio e o roubo de uma industria qualquer, e a prisão não é para elles senão o risco profissional e muitas vezes uma estalajem segura e desejada. Todavia a insensibilidade moral e a repugnancia para o crime não são sempre absolutas, mas limitadas e especializadas a certos generos de crimes; assim, ao passo que uns não hesitam em matar por vingança ou por odio, mas se abstêem de roubar, outros, pelo contrario, roubam, mas detêem-se ante o pensamento de matar. É o que FERRI chama o *daltonismo moral.*

O que caracteriza os *criminosos natos* ou *instinctivos* é a sua *precocidade* e *incorrigibilidade;* precocidade que faz que, sem passar pela vadiagem ou por outros pequenos delictos para em seguida progredir e chegar aos crimes mais graves, o criminoso nato debute na sua infancia ou na sua juventude por um crime odioso, um assassinato;

incorrigibilidade, resultante da ausencia congenita do senso moral, que arrastará a novos crimes na primeira occasião. Todavia a criminalidade do criminoso nato necessita, para se manifestar, duma occasião resultante das condições de vida social e do meio no qual este individuo se encontra collocado; as causas internas e organicas não bastam para a explosão desta criminalidade, é preciso que venham juntar-se-lhes causas externas resultantes do meio physico e social; o criminoso nato é sómente um *predisposto ao crime,* que póde passar toda a sua vida sem violar o codigo penal se tiver a felicidade de viver num meio essencialmente favoravel, mas que póde commetter um crime dos mais graves, pela causa mais futil, logo que as condições do meio em que está collocado lhe forneçam o pensamento e a occasião. Se não ha influencia exclusiva das causas organicas e internas, ha pelo menos o predominio dellas sobre as causas externas e sociaes, cujo concurso aliás é tão necessario que póde chegar a evitar-se a explosão da criminalidade modificando convenientemente as condições de existencia destes predispostos. Tal é a conclusão actual da escola positivista italiana.

59. Continuação. Criminosos alienados. — São aquelles que, sob o impulso duma doença mental, commettem crimes ou delictos, attentados contra a vida humana ou contra as pessoas, contra a propriedade e contra os costumes. Convém apresentar esta categoria logo em seguida á dos criminosos natos, porque para a escola italiana alguns daquelles criminosos confundem-se absolutamente com estes: são os *loucos moraes*, attingidos da fórma de

loucura, por muito tempo indeterminada, que se designa pelos nomes de *imbecilidade moral, loucura raciocinante,* etc., e que consiste, em ultima analyse, na ausencia ou atrophia do *senso moral* ou antes do *senso social,* quer congenita, quer adquirida, compativel com uma apparente integridade do raciocinio. Ora como a loucura moral constitue a condição fundamental do criminoso nato, é manifesto que ha entre este e o louco moral congenito uma identidade absoluta. Os *alienados* propriamente ditos, cuja doença, mais ou menos apparente nas suas manifestações, é essencialmente variavel nas suas fórmas, e que não são senão a *figura exaggerada do criminoso nato* (Ferri), soffrem a influencia do idiotismo, da imbecilidade ou de ideias delirantes (delirio da perseguição, mania furiosa, epilepsia, etc.); distinguem-se dos anteriores pelos signaes externos e pathologicos da sua doença. Finalmente, entre o demente e o homem são de espirito a escola italiana colloca um grupo de individuos, que não são completamente doentes nem completamente sãos e que pertencem, com o nome de *mattoides* ou *semi-loucos,* a uma zona intermediaria, comportando innumeras variantes na anormalidade psychica que rompe o equilibrio mental sem ir até á loucura, mas tira a faculdade de previdencia e o imperio sobre si proprio e impede de proporcionar e regular as acções.

60. Continuação. Criminosos habituaes. — São aquelles que, depois de haverem commettido o seu primeiro delicto, ordinariamente na juventude e contra a propriedade, não em virtude de tendencias innatas mas antes por fraqueza moral unida á influencia das circunstancias e dum meio corrompido, per-

sistem depois no crime, contrahindo o habito chronico e delle fazem uma verdadeira profissão. Corrompidos moral e physicamente pela prisão em commum, embrutecidos pela prisão cellular e pelo alcoolismo, abandonados á miseria, á ociosidade e ás tentações, a sociedade não os auxiliou na lucta que têem a sustentar para retomarem uma vida honesta, e algumas vezes são votados fatalmente a novos delictos por certas instituições que deveriam ser preventivas, mas que, pelo contrario, são uma nova occasião de delictos, como o domicilio forçado, a censura e a vigilancia policial. Como os criminosos natos, apresentam os dois caracteres da *precocidade* e da *recidiva*. São, uns e outros, *inadaptaveis sociaes*. Mas os criminosos habituaes differem dos criminosos natos em que nestes predominam as causas biologicas e internas, a influencia da hereditariedade, ao passo que aquelles obedecem a causas sociaes e á influencia do meio; além disso, a influencia congenita manifesta-se sobretudo por assassinatos, mortes, violações, incendios, latrocinios e roubos, ao passo que o habito adquirido chega geralmente a furtos, á mendicidade e á vadiagem.

61. Continuação. Criminosos passionaes. — São individuos de um temperamento sanguineo ou nervoso, duma sensibilidade exaggerada, por vezes desequilibrados ou epileptoides, havendo tido uma vida regular e irreprehensivel. A maior parte das vezes commettem um crime contra as pessoas, na edade da juventude, sob o impulso duma violenta paixão, colera, amor não correspondido, orgulho, honra offendida, que exerce sobre elles uma força irresistivel. Acham-se profundamente commovidos antes e depois do crime, que ordinariamente commettem de um modo repentino, sem premeditação nem reflexão, sem se occultarem e sem prepararem a execução. Confessam immediatamente seu crime e soffrem um tal remorso, que muitas vezes se suicidam ou tentam suicidar-se immediatamente ou pouco depois da execução. Condemnados, o que poucas vezes succede, continuam a mostrar-se arrependidos, emendam-se ou antes não se corrompem na prisão, o que permitte a observadores superficiaes attribuir á prisão um effeito corrector. Estes criminosos apresentam caracteres oppostos aos dos criminosos natos e, em geral, têem uma physionomia bella e attrahente, *anti-criminal*, segundo a phrase de LOMBROSO. O seu numero é pouco elevado.

62. Continuação. Criminosos occasionaes. — O criminoso de occasião não tem, por natureza, tendencia para o delicto, mas é impellido pelas circunstancias exteriores e pelas tentações resultantes das condições do meio em que vive, como a miseria, a imitação, as probabilidades de impunidade, etc.; sente-se na sua conducta a influencia do elemento psychologico que o separa do homem honesto, uma fraqueza de resistencia contra as tentações, mas este elemento exerce sómente uma influencia secundaria e por isso o criminoso de occasião differe do criminoso nato e do habitual. Para caracterizar esta fraqueza do senso moral, que não attinge todavia o gráu da insensibilidade moral dos criminosos natos e habituaes, LOMBROSO chama *criminaloides* aos criminosos occasionaes e divide-os em duas categorias: 1.ª *criminaloides* propriamente ditos, que commettem delictos de direito commum; e 2.ª

pseudo-criminosos, verdadeiros homens normaes que commettem delictos involuntarios, delictos puramente politicos ou delictos de criação puramente legal que não interessam por fórma alguma a moral e não causam prejuizo algum.

63. Systema penal e preventivo da escola italiana. — Perante a banca-rota do systema penal actual a escola sustenta que é preciso mudar inteiramente este systema e a sua applicação, adoptando meios repressivos novos, modificando a sua applicação segundo a categoria dos criminosos, e estabelecendo a par dos meios repressivos instituições preventivas que tenham por fim afastar as occasiões e as tentações ás quaes succumbem alguns criminosos.

Os *meios repressivos* são: 1.° para os *criminosos alienados* o internamento pelo juizo em *hospitaes* ou *asylos especiaes de alienados criminosos;* 2.° para os *criminosos natos* a pena de morte, a deportação perpetua, ou o internamento de duração illimitada, não em uma prisão cellular, que FERRI chama uma das aberrações do seculo XIX, mas numa colonia agricola com trabalho ao ar livre; 3.° para os *criminosos habituaes* a mesma penalidade, com a unica differença de que ésta pena eliminatoria póde ser applicada ao criminoso nato depois do seu primeiro crime, ordinariamente grave, ao passo que ao criminoso habitual só póde ser applicada depois de certo numero de recidivas; 4.° para os *criminosos de occasião* deve evitar-se, primeiro que tudo, transformá-los em criminosos de habito pela sujeição ao systema penitenciario ou a certas penas de prisão, substituindo-se estas penas pela obrigação de reparar o damno causado á víctima, pelo desterro temporario, pela entrega das crianças a familias honestas, pelo internamento de duração indeterminada em colonias agricolas com isolamento nocturno e trabalho ao ar livre, sob uma disciplina menos severa que aquella a que são sujeitos os criminosos de habito, com a possibilidade de obter mais cedo a liberdade condicional; 5.° para os *criminosos passionaes* não é necessaria pena alguma, excepto a obrigação de reparar o prejuizo causado á víctima e o desterro temporario para longe do logar do crime e do domicilio da víctima ou da sua familia.

Quanto aos *meios preventivos*, por FERRI chamados *substitutivos da pena,* são elles numerosos, podendo citar-se como exemplos as diversas instituições destinadas a combater o desinvolvimento do alcoolismo e da vadiagem, a proteger a infancia abandonada e explorada, a luctar contra a excitação dos menores ao deboche, contra a prostituição e o trafico dos brancos. Em livros, congressos e projectos de lei tem-se proposto já como meio preventivo a prohibição do casamento aos degenerados e aos individuos affectados de doenças hereditarias transmissiveis, a necessidade de apresentação do certificado de saúde para o casamento e mesmo a esterelização ou asexualização para impedir fóra do matrimonio a procreação destes individuos.

64. Resumo do systema da escola italiana. — Ao estudo do *delicto em si* apreciado na sua gravidade intrinseca substitue a escola italiana o estudo directo do delinquente apreciado no seu caracter, temperamento, ideias e tendencias, cujo conjuncto permitte fixar seu gráu de *nocividade social,* o perigo que representa para a segurança pública, emfim sua *temibilidade,* segundo a expressão da escola.

Esta *temibilidade* depende da categoria a que o delinquente pertencer e serve para fixar a natureza dos meios a empregar a seu respeito. Mas para a apreciação do gráu de responsabilidade do delinquente é preciso attender ainda a um outro elemento subjectivo importante, a saber — a qualidade mais ou menos anti-social dos motivos que impelliram o delinquente a commetter o delicto. A criminalidade do acto varía com o gráu de anti-sociabilidade dos motivos e a pena deve variar da mesma fórma; o mesmo acto, o homicidio, por exemplo, muda de natureza com os motivos que o inspiraram, o odio e a cobiça (motivos essencialmente anti-sociaes), a defêsa da honra offendida, a reacção duma donzella seduzida e abandonada pelo seu seductor (motivos menos anti-sociaes), a legitima defêsa, o estado de necessidade (motivos legitimos e sociaes) (1).

65. Critica do systema da escola italiana. — A classificação dos criminosos sob o ponto de vista anthropologico presta-se a sérias objecções, e sobretudo a affirmação do typo criminoso tem sido geralmente rejeitada pelos medicos e anthropologistas.

(1) VIDAL, *obr. cit.*, n.os 35, 36, 37, 38, 39 e 40 e as obras dos escriptores da escola alli citadas, das quaes são extraídas as doutrinas summariadas no texto e cuja referencia por brevidade omittimos É principalmente nas *Actas dos congressos internacionaes de anthropologia criminal*, que se encontra a fonte mais abundante dos subsidios para o estudo das doutrinas da escola. Estes congressos são seis: o 1.º em Roma no anno de 1885 (17 a 23 de novembro); o 2.º em Paris em 1889 (10-17 de agosto); o 3.º em Bruxellas em 1892 (7-13 de agosto); o 4.º em Genebra em 1896 (24-29 de agosto); 5.º em Amsterdam em 1901 (9-14 de setembro); e o 6.º em Turim em 1906 (28 de abril a 3 de maio). Deste não me consta que já estejam publicadas as Actas; mas delle póde ver-se uma noticia desinvolvida nos *Archives d'anthropologie criminelle*, tom. XXI, n.º 150, pagg. 423 e seguintes.

Todos estão de accordo em admittir que se encontram frequentemente nos criminosos, especialmente naquelles cuja hereditariedade pathologica é muito pesada, anomalias physicas; são ellas mais ou menos numerosas em cada criminoso; mas nenhuma auctoriza a concluir da sua presença para um estado psychico determinado, da mesma maneira que em alienação mental a constatação dos signaes physicos, qualquer que seja o seu numero e a sua accumulação no mesmo individuo, não permitte concluir para um estado de degenerescencia mental.

Nenhuma anomalia absolutamente fixa e definida apparece no chamado typo criminoso.

Ha criminosos, cujo estado psychico corresponde precisamente á insensibilidade moral que a escola descreve e que não apresentam nenhum dos estigmas physicos do typo criminoso, e ha, pelo contrario, muitos individuos em que se encontram muito desinvolvidos os estigmas physicos já referidos e que jámais commetteram crimes ou delictos e em que se não descobre de modo algum o estado psychico dos criminosos (1). Nenhuma concordancia póde estabelecer-se entre estas duas ordens de factos.

Geralmente, os criminosos mais tarados heredi-

(1) No congresso de anthropologia criminal de Paris (1889) nomeou-se uma commissão para fazer um estudo comparativo de criminosos com pessoas honestas e virtuosas, cuja vida pessoal e antecedentes hereditarios estivessem a coberto de qualquer accusação; mas a commissão não pôde desempenhar-se da sua missão e contentou-se em comparar criminosos com militares. Porém a comparação não podia ser concludente visto que a selecção prévia por que passam os jovens chamados ao serviço militar afasta a maior parte daquelles que offerecem estigmas de degenerescencia (Vid. *Actas do congresso de Bruxellas* (1892), pagg. 171 e segg.

tariamente apresentam uma serie de deformações physicas, da mesma maneira que os degenerados sob o ponto de vista mental. Mas as alterações adquiridas dos centros nervosos podem por um processo morbido determinar egualmente nos individuos tendencias criminosas, taes são as affecções syphiliticas do cerebro, as intoxicações consecutivas ao alcoolismo chronico, á febre typhoide, etc. Em todos estes casos a criminalidade é o resultado duma degenerescencia adquirida e faltam completamente os estigmas physicos. Póde mesmo haver alterações congenitas dos centros nervosos sem que haja estigmas physicos concomitantes.

Perante a incerteza das observações e o desaccordo dos observadores a respeito da existencia dos diversos estigmas do criminoso nato, da sua importancia e significação anthropologicas, e das suas relações com a criminalidade, desapparece o *typo criminoso* e transforma-se em *typo social* ou *profissional*, não congenito, mas adquirido pela influencia do meio, do modo de vida, do exercicio da profissão, com tanto mais razão quanto a observação dos diversos signaes do typo criminoso ha sido feita sempre depois da execução do crime sobre condemnados vivendo nas prisões.

A constatação nalguns assassinos ferozes e precoces de algumas anomalias, como a fronte fugitiva, a proeminencia das arcadas superciliares, a largura das fontes, o desinvolvimento da maxila inferior, não permitte estabelecer uma regra geral e affirmar a existencia dum typo nato de assassino.

Os trabalhos da escola francêsa com CORRE e MANOUVRIER, da escola belga com HÉGER e DALLEMAGNE, e da escola austriaca com BENEDIKT, são refutações do typo criminal de LOMBROSO. Os

estigmas anatomicos perderam a acção e influencia energica e fatal que a principio lhes foi attribuida, ao menos pelo fundador da escola, e hoje não são considerados pelos seus proprios sequazes senão como signaes duma simples predisposição para o crime, que não se manifestará senão num meio favoravel e se se offerecer occasião, como expressamente declara FERRI na última edição da sua obra, sem aliás abandonar a hypothese do typo criminal (1). GAROFALO abandonou tambem a concepção do typo criminoso, considerada como uma manifestação externa que permitta distinguir na massa da população os criminosos, e, com os medicos e biologistas precursores de LOMBROSO, considera só a anomalia psychica, determinando uma ausencia de senso moral no criminoso, que o distingue da generalidade dos homens do seu tempo (2).

A mesma incerteza e desaccordo existe sobre a origem e a causa desta predisposição criminal dos individuos affectados do pretendido typo criminal.

«Ora, diz VIDAL, se tem visto nelles os representantes por atavismo physiologico (LOMBROSO) ou simplesmente psychico (COLAJANNI) dos homens primitivos e selvagens, ora loucos moraes, cegos moraes, anesthesicos moraes (LOMBROSO), ora epilepticos, ora hystericos (LOMBROSO), ora neurasthenicos (BENEDIKT), ora degenerados (SERGI). Qualquer partido que se adopte nesta questão não se comprehende nitidamente a differença entre o *criminoso nato* e o *criminoso alienado;* ambos são victimas da sua organização pathologica e degene-

(1) *Obr. cit.*, 4.ª ed., pagg. 154 e segg.
(2) *La criminologie*, 5.ª ed. franc., Paris, 1905, preface, pag. XI e XII, e 2.ª parte, pag. 69 e segg.

rada, a maior parte das vezes por via hereditaria, e é difficil perceber porque a escola se limita a encerrar o alienado num asylo ao passo que fere com a pena de morte, da deportação ou da reclusão perpetua o criminoso nato, que deve ser tambem absolutamente irresponsavel, pois que nada concorreu para a formação do seu temperamento e caracter. De resto, FERRI tende a confundí-los e assimilá-los e enuncia para o futuro uma revolução no tratamento dos criminosos natos analoga á que se realizou no tratamento dos alienados. — O phenomeno da indignação, diz, é evidentemente destinado a attenuar-se e a desapparecer á proporção que se ampliar a convicção (desde já realizada para os alienados outr'ora odiados e desprezados) de que a criminalidade é tambem uma doença independente da livre vontade do individuo. — Todavia a accusação dirigida á escola positivista italiana, por aquelles que a conhecem mal, de favorecer a impunidade dos grandes criminosos natos ou habituaes assimilando-os a doentes e a alienados, é absolutamente immerecida, porque o fim desta escola é precisamente o contrario e tende a reassegurar a repressão insufficiente pelo abuso das curtas penas» (1).

Outro tanto não póde dizer-se a respeito da impunidade pela escola promettida ao criminoso passional, não obstante a gravidade do crime de que elle seja auctor, o homicidio, por exemplo.

O que caracteriza o crime passional é o facto de a víctima ter commettido para com o auctor uma falta moral ou social mais ou menos grave, cuja reparação não é sufficientemente assegurada pela

(1) *Obr. cit.*, n.º 43.

lei ou pelos costumes, e o não ser o crime senão a reacção mais ou menos immediata contra esta falta. Ora por mais que estas circunstancias attenuem a gravidade do facto não póde admittir-se a sua completa impunidade, pois que tenderia a fazer considerar o acto como exercicio de um direito, como um acto licito e natural, contra o principio superior e necessario de ordem social de que ninguem tem direito de fazer justiça por suas proprias mãos. Tal impunidade é consequencia do caracter muito exclusivamente individual assignado á pena; não se vê senão o criminoso actual e o seu futuro, e porque se crê poder affirmar que o culpado é sufficientemente corrigido pelo remorso, e que não é para temer a recidiva, prescinde-se da pena. Mas isto é sacrificar o caracter preventivo geral da pena, para se attender sómente ao caracter preventivo especial e individual; esquece-se que a pena é uma advertencia, uma lição dada pela lei, não sómente ao culpado, mas a todos, o signal de desapprovação legal que a todos deve dirigir-se indistinctamente. E ainda mesmo em relação ao proprio culpado não ha motivo para se prescindir da pena como motivo de coacção psychologica, a accrescentar ao remorso, que póde ter sido inefficaz, para o precaver contra futuros arrebatamentos da paixão.

Outra censura bem cabida é o ter a escola despresado demasiadamente a noção do delicto para só attender ao criminoso.

No seu impulso de reacção, diz VIDAL, contra as exaggerações da escola classica que dava muita importancia ao delicto e pouca ao delinquente, a escola italiana cahiu no excesso contrario, só vendo o delinquente e não considerando o delicto senão

como a manifestação e o signal externo do temperamento, da nocividade e da temibilidade do seu auctor. Comparando o direito penal á medicina, a repressão e prevenção dos delictos á therapeutica e á prophylaxia, dizendo que os medicos de hoje tratam doentes e não doenças e que os penalistas devem tratar os delinquentes e não punir os delictos, esqueceu que as doenças existem independentemente de toda a intervenção humana, ao passo que os crimes e os delictos são criações da lei e não existem como taes senão quando são prohibidos e punidos por esta lei que é uma obra puramente humana; que fóra das acções prohibidas pela lei poderá haver actos immoraes, mas que seus auctores não podem ser qualificados criminosos nem ser julgados pela justiça repressiva. Visto que não póde haver delinquente sem delicto, criminoso sem crime, é necessario, primeiro que tudo, fixar os elementos essenciaes do crime, comparar entre si os diversos delictos e determinar a sua gravidade respectiva; da differença de gravidade dos crimes dependerá, não exclusivamente, mas em parte, a differença de categoria dos criminosos. Os proprios fundadores da escola viram-se forçados a reconhecê-lo; na sua *Criminologie* assigna GAROFALO o primeiro logar á determinação do delicto e FERRI declara que o crime servirá para caracterizar o criminoso nato e distingui-lo do occasional; assim o assassinato, o homicidio, a violação, o roubo, provam nos seus auctores o temperamento do criminoso nato; os furtos são ordinariamente obra de criminosos de occasião, ou, no caso de reincidencia, de criminosos habituaes (1).

(1) *Obr. cit.*, n.º 45.

66. Escola critica. — Repellindo as exaggerações da escola positivista, tentaram alguns escriptores italianos e, nomeadamente, ALIMENA (1), crear uma doutrina eccletica sob o nome de *terceira escola*, ou de *escola crítica*, ou de *naturalismo crítico*.

Como a escola anthropologica, tambem estes escriptores admittem o determinismo e rejeitam a liberdade humana como base da responsabilidade penal, mas combatem a confusão do direito penal e da sociologia, a assimilação do criminoso e do alienado ou do doente, a existencia do criminoso nato e do typo criminal, a inefficacia da pena e a superioridade dos substitutivos penaes ou meios preventivos e a fusão das differentes funcções defensivas contra o alienado e o criminoso. O criminoso não é um doente e devem distinguir-se nitidamente os meios de internamento e eliminação empregados, por precaução para a segurança pública, relativamente ao alienado da pena pronunciada contra o criminoso, os meios de defêsa pela eliminação puramente material dos meios de defêsa possuindo uma efficacia moral. Não ha criminoso nato, não ha typo congenito de criminoso; ha typos adquiridos. Os criminosos obram, segundo o seu caracter, sob a influencia dos factores sociaes e estes têem uma acção preponderante sobre os factores biologicos. A pena tem uma dupla funcção: 1.º *coacção psychologica* para o delinquente; 2.º *sancção* para todos. Deve fornecer um motivo de abstenção do delicto e servir de advertencia e de ameaça.

(1) Veja-se: *La scuola critica di diritto penale*, Napoli, 1894; *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, tom. I, introd., pagg. 1 e seg.; *Note polemiche intorno alla teoria dell'imputabilità*, Napoli, 1900;

Emquanto a escola positivista dirige a pena exclusivamente contra o auctor do delicto, a escola crítica admitte que a pena deve ser dirigida tambem como advertencia contra aquelles que ainda não violaram a lei penal; a escola positivista considera a pena sómente como um meio de eliminação ou de cura; a escola crítica considera-a tambem como um meio de dynamica psychologica e de pedagogia social. Finalmente, emquanto a escola positivista só considera o delicto como manifestação material do temperamento e do caracter do delinquente, como criterio da categoria a que este pertence, a escola crítica distingue a *funcção legal* e a *funcção judiciaria;* sob o ponto de vista judiciario o juiz, na escolha e na applicação da pena, deve ter em consideração principalmente a pessoa do delinquente a fim de *individualizar* a pena; mas sob o ponto de vista legislativo, o legislador, ao formular a lista dos crimes e fixar as penas applicaveis a cada um, não póde ter em conta a personalidade dos delinquentes futuros que elle não póde conhecer antecipadamente; deve pois considerar a pena como meio de coacção psychologica e de sancção legal.

Feitas estas reservas, ALIMENA investiga os serviços prestados á sciencia pela escola positivista e resume-os assim: 1.° afastou da penalidade o fundamento do livre arbitrio; 2.° deu-lhe por base a defêsa social; 3.° applicou-se ao estudo do delinquente (1).

67. União internacional de direito penal. — Foi fundada em 1889 por VAN HAMEL, professor de direito penal na Universidade de Amsterdam, PRINS, na de Bruxellas, e LISZT, na de Marbourg e hoje na de Berlim (1). Os fundadores da União tentaram um ensaio de conciliação das doutrinas da escola classica e penitenciarista com as doutrinas anthropologicas e sociologicas da escola positivista italiana. Sem perfilharem todas as ideias desta escola, reconhecem a necessidade de se adoptar o methodo experimental e de se terem em consideração os estudos anthropologicos e sociologicos para se investigar as diversas causas da criminalidade e os meios egualmente diversos para a combater; a pena não é o unico meio de lucta, devendo ser completada pela organização de instituições preventivas que tenham por fim tornar mais raras as occasiões e as tentações (2); tambem não deve ter um fim

(1) VIDAL, *obr. cit.*, n.° 45.

(1) Os principios da *União internacional de direito penal* são acceitos por um grande numero de adherentes e têem sido expostos e discutidos nos congressos celebrados successivamente em: Bruxellas (1889), Berne (1890), Christiania (1891), Paris (1903), Anvers (1894), Linz (1895), Lisboa (1897), Budapesth (1899), S. Petersburgo (1902) e Hamburgo (1905).

Os trabalhos dos membros da União e a noticia dos congressos são publicados num bulletim periodico escripto em francês e allemão, intitulado *Bulletin de la Union international de droit pénal* editado em Berlim.

(2) Segundo PRINS, a hygiene preventiva no dominio da criminalidade comprehende numerosos meios á frente dos quaes podem citar-se: uma politica economica fornecendo pão por preço barato e uma legislação sobre habitações operarias proporcionando ao proletario por um preço modico, com ar, luz e agua potavel, um lar que não lhe faça desejar a taberna nem a cella confortavel da prisão; associações profissionaes que conservem ao operario moderno o que havia de bom nas corporações de outr'ora, isto é, a fiscalização e assistencia mutuas; uma organização da beneficencia pública que garanta soccorros aos verdadeiros indigentes e não aos preguiçosos rebeldes ao trabalho; uma legislação sobre seguros dos operarios contra a doença, desastres e velhice; combate contra o alcoolismo, esta inexgotavel fonte de criminalidade; protecção e educação phy-

exclusivo, mas deve tender, conforme os casos, á intimidação, á expiação, á reparação e á emenda; e na sua applicação deve ser *individualizada,* isto é, adaptada ás exigencias resultantes das condições pessoaes e sociaes do delinquente.

Para a individualização da pena deve attender-se ás diversas causas que concorrem para a producção do delicto. Sendo toda a infracção, assim como toda a acção humana em geral, o resultado necessario de dois grupos de factores, dum lado a individualidade em parte innata e em parte adquirida do criminoso, e do outro as circunstancias externas que acompanham a prática do delicto ou as causas sociaes da infracção, não é possivel luctar efficazmente contra o delicto senão por uma acção positiva contra esta dupla classe de factores. Segundo a acção predominante de uma ou de outra, assim muda o caracter do delinquente e devem empregar-se diversos meios de lucta. Daqui a divisão dos criminosos em duas categorias principaes: 1.ª o *delinquente de occasião,* que succumbe, no momento do acto, a poderosas influencias exteriores (miseria economica inesperada, lucro attrahente e facil, offensa injuriosa, excitação momentanea pelo alcool, arrebatamento, etc.), cuja individualidade cede completamente ás circunstancias exteriores, e que

sica e moral da infancia abandonada e instrucção popular principalmente profissional e diversa conforme se dirige aos campos ou aos centros industriaes; lucta contra a imprensa licenciosa que envenena a alma popular; esforços constantes para impedir que as cidades attraiam todas as energias dum país, para repovoar os campos abandonados e restituir vigor á pequena industria. A distribuição da força motriz electrica pelos domicilios, tal como existe em Genebra, parece de molde a transformar as condições da vida social (*Obr. cit.,* n.º 48).

não é um homem menos do que os outros; 2.º o *delinquente habitual* ou *congenito,* no qual a infracção é a expressão fiel, a viva imagem da sua individualidade, que por sua vez é o resultado de suas inclinações innatas e do seu modo de vida; mas as circunstancias sociaes, o meio economico e social exercem ainda uma missão importante não só sobre a inclinação para o crime adquirida pelo modo de vida, mas ainda sobre as disposições innatas, porque a miseria physiologica, economica e moral, agindo sobre os paes do criminoso, influem sobre a individualidade innata deste e esta individualidade innata desinvolver-se-ha sempre mais sob a influencia das circunstancias externas; o filho de paes depravados desmoralizar-se-ha mais ainda pela ausencia de cuidados corporaes e espirituaes.

A conclusão destas averiguações é que a applicação da anthropologia criminal deve ser subordinada á da sociologia criminal, e que ainda não se pôde encontrar o typo unico do criminoso nato.

Ao lado destas duas categorias de delinquentes é preciso admittir ainda a dos *anormaes,* composta pelos alcoolicos, impulsivos, degenerados, neurastenicos, epilepticos, fracos de espirito, etc., todos seres defeituosos cuja anormalidade, sem ir até á loucura, impede a pena de exercer qualquer acção efficaz e de produzir a correcção moral, e necessita um tratamento especial que tenha por fim collocá-los em condições de não poderem prejudicar. Esta categoria é difficil de se delimitar com precisão, mas a sua existencia é incontestavel (1).

(1) Vidal, *obr. cit.,* n.º 46.

68. Resultados da nova orientação. — Introduzindo na sciencia penal o methodo experimental e de observação e applicando-o ao estudo dos criminosos, a escola anthropologica e sociologica iniciou um movimento fecundo que deu ao direito penal um caracter vivo e prático que até então lhe faltava.

Demonstrando a falsidade da concepção do typo abstracto e uniforme do culpado, sobre o qual ainda hoje se baseiam em grande parte os codigos penaes e sobretudo a sua applicação prática; dando mais precisão ao estudo do mundo dos malfeitores e provando a necessidade de adaptar a pena ao caracter essencialmente variavel de cada criminoso, aos motivos diversos que determinaram os delictos, fazendo-a variar conforme os delinquentes e não os delictos, a escola italiana precisou e favoreceu o desinvolvimento da ideia da *individualização da pena,* que hoje parece impôr-se, e deu um grande impulso á organização de instituições preventivas da criminalidade.

E estes resultados passaram já do dominio das ideias para o dos factos, da sciencia para a legislação.

Com effeito, em quasi todas as nações tem sido votados modernamente codigos ou leis penaes avulsas que traduzem estas ideias, introduzindo no mundo dos criminosos categorias e nos meios de repressão differenças correspondentes a essas categorias, e organizando instituições preventivas da criminalidade, ou favorecendo a criação dellas por iniciativa privada.

A distincção entre delinquentes primarios, recidivistas, incorrigiveis e alienados, estabelecendo-se tratamento differente para cada categoria, e ainda a

consideração havida para com a conducta do condemnado que revele nelle uma particular sensibilidade á pena ou ao remorso e á emenda, é reconhecida nos codigos mais recentes e supposta pelas leis avulsas que estabelecem os institutos da liberdade provisoria ou condicional, a suspensão da condemnação, a reclusão perpetua e a relegação, etc.

Entre os codigos, citaremos o italiano de 1889, que revela estas ideias, já admittindo penas perpetuas, o ergastulo (art. 14.º), já sob a fórma de *passagem do condemnado para estabelecimentos agricolas ou industriaes ou mesmo para trabalhos publicos ou particulares,* sob o poder da administração publica (art. 14.º, e citado decreto, art. 3.º), já sob a fórma da adopção de outros *subrogados penaes* para a adaptação judicial da pena aos condemnados, taes são: a *prisão no domicilio* para as mulheres e menores não recidivistas (art. 21.º, e citado decreto, art. 7.º), a prestação de serviço em vez da multa ou da prisão (artt. 19.º e 22.º, e citado decreto, art. 6.º), a *reprehensão judicial* em vez de um mês de detenção ou de prisão de três mêses de desterro ou 300 liras de multa (artt. 26.º e 27.º, e citado decreto, artt. 8.º e 9.º); a *escolha* que o juiz póde fazer entre o encerramento dos menores de 14 annos e surdo-mudos menores de 18 annos em um instituto de educação e correcção, e a sua entrega aos paes ou tutores (artt. 54.º e 58.º, e citado decreto, art. 15.º), a *substituição* das penas restrictivas da liberdade pessoal pelo encerramento numa casa de custodia dos semi-enfermos de mente e dos que commetteram o delicto no estado de embriaguês accidental (art. 48.º), ou em um estabelecimento especial no caso de embriaguês habitual (citado art. 48.º, alinea 2.ª). Não estabeleceu este codigo o

instituto da condemnação condicional ou da suspensão da execução da sentença condemnatoria, mas foi a lacuna supprida recentemente pela lei de 26 de junho de 1904, cuja elaboração durou 11 annos (1).

Na França, leis recentes, completando o codigo penal, distinguiram os delinquentes primarios, os recidivistas e os incorrigiveis, permittindo suspender quanto aos primeiros a execução da condemnação (lei de 26 de março de 1891, vulgarmente chamada lei BÉRENGER, filho) (2), aggravando a pena quanto aos segundos para o que se modificaram os artt. 56.°, 57.° e 58.° do codigo penal de 1810 (citada lei de 26 de março de 1901), e pronunciando contra os últimos a eliminação pela relegação perpetua para as colonias (lei de 27 de maio de 1884). Os attentados anarchistas e as associações de malfeitores foram objecto de leis especiaes (leis de 2 de abril de 1892, 18 de dezembro de 1893 e 28 de julho de 1894). Attendendo ainda ao resultado da pena, o legislador francês procurou facilitar a reclassificação dos condemnados que a tivessem cumprido, adoçando primeiro e banindo depois o regimen de vigilancia da alta policia (leis de 23 de janeiro de 1874 e de 27 de maio de 1885, art. 19.°), introduzindo no curso da pena a liberdade provisoria ou condicional e favorecendo o

(1) Acha-se publicado o seu texto na *Rivista penale*, vol. LX, pag. 383. Póde consultar-se tambem sobre esta lei, sua historia e commentario a obra de GIUSEPPE POLA — *Commento alla legge sulla condamna condizionale — 26 giugno 1904* — Torino, 1905. Nos primeiros seis mêses de execução desta lei (12 de julho a 31 de dezembro de 1904, foram condemnados condicionalmente 24:088 imputados, e só a 83 foi revogada a suspensão.

(2) Veja-se o *Étude théorique et pratique sur la loi Bérenger*, por ED. DELALANDE, Havre, 1893.

desinvolvimento do patronato dos libertados (lei de 14 de agosto de 1885, devida tambem á iniciativa de BÉRENGER), tornando mais facil e mais util a rehabilitação dos condemnados (lei de 10 de março de 1898), e diminuindo os graves inconvenientes da publicidade do boletim criminal e das indiscripções que precedem a rehabilitação judiciaria (leis de 5 de agosto de 1889 e de 11 de julho de 1900, tambem devidas em grande parte aos esforços de BÉRENGER) (1). Para combater a criminalidade na sua fonte, o legislador francês contemporaneo organizou tambem a protecção da infancia contra a negligencia, abandono, excitações e esplorações culposas de paes indignos (leis de 17 de dezembro de 1874 sobre profissões ambulantes, de 24 de julho de 1889 sobre a interdicção do poder paternal e sobre crianças moralmente abandonadas, de 19 de abril de 1898 sobre crianças martyres e privação do direito de guarda dos filhos culpados sem interdicção do poder paternal e sem internamento destas crianças em casas de correcção) (2).

O instituto da liberdade condicional acha-se consagrado nos codigos penaes da Allemanha, da Hungria, da Hollanda, da Russia, do cantão de Tessino, etc., e por leis especiaes na Inglaterra, na Belgica, na Hespanha, na Bosnia, em varios cantões da Suissa, etc.

O instituto da condemnação condicional é rela-

(1) Veja-se o *Traité théorique et pratique des casiers judiciaires*, por G. DE POITEVIN, Paris, 1901.

(2) Vid. PAUL CUCHE, *obr. cit.*, n.^{os} 30, 52, 61 e segg., 151 e segg., etc. No *Bulletin de la Union international de droit pénal*, vol. VII, fasc. II, pagg. 165 e segg., acha-se publicado um artigo de POITEVIN indicando resumidamente toda a legislação penal franceza.

tivamente mais recente. Oriundo da America do Norte, onde vigora ha mais de 30 annos (Boston, 1870), foi introduzido na Inglaterra em 1887, na Belgica em 1888 e remodelado em 1899 (lei de 1 de agosto) (1), na França em 1891, na Noruega em 1894, em varios cantões da Suissa e ainda em outras nações recentemente.

Sobre a delinquencia juvenil merece menção especial a legislação de varios estados allemães, nomeadamente, a lei prussiana de 2 de julho de 1900 (2), e tambem a lei inglêsa de 17 de agosto de 1901 (3).

É a Inglaterra a nação que, pelas suas numerosas instituições preventivas, secundadas pela poderosa iniciativa particular, tem conseguido combater mais efficazmente o desinvolvimento da criminalidade na sua origem — a corrupção da infancia e da juventude. Assim, emquanto a Italia conta 239 presos por cada 100:000 habitantes, a França 158, a Prussia 120 e a Belgica 110, a Inglaterra conta sómente 75 (4).

É tambem á Inglaterra que se deve a iniciativa para a repressão do «trafico das brancas», uma das fontes mais abundantes da criminalidade feminina. Por iniciativa da *National Vigilance Association* reüniu-se em Londres, em junho de 1899, um congresso, que se intitulou do «Trafico das brancas», do qual sahiu uma União internacional e o voto de que os governos dos diversos Estados fi-

(1) Cit. *Annuaire*, 1901, pag. 457.
(2) Veja-se *De l'éducation protectrice des mineurs en Allemagne*, por André Leroux, Paris, 1905.
(3) Cit. *Annuaire*, 1902, pag. 12.
(4) Vidal, *obr. cit.*, n.º 30, nota 4.

zessem entre si um accordo para fazer cessar esta nova especie de escravatura. Deste voto, repetido num congresso de Budapesth, resultou a conferencia internacional de Paris, de 15 de julho de 1902, em que tomaram parte 14 Estados, incluindo Portugal, para lançar as bases duma convenção sobre o assumpto. Organizado o projecto da convenção e communicado aos governos representados, foi reduzido a accordo internacional firmado em Paris em 18 de maio de 1904 (1).

69. Principaes defeitos de que enferma a justiça contemporanea nos povos civilizados e seus remedios. — Não obstante estas innovações razoaveis, que importam um começo de individualização da pena, a criminalidade mantêem-se geralmente em um nivel elevado.

A principal causa é devida á defeituosa applicação da lei pelos magistrados que, desconhecendo ainda a necessidade da individualização prática da pena e attendendo principalmente á gravidade do delicto apreciado nas suas consequencias materiaes, multiplicam as pequenas condemnações, que são mais aptas para favorecer a corrupção e a recidiva do que para garantir a sociedade.

No resumo do curso de sociologia criminal, feito em 1898 em Bruxellas, Ferri refere-se pela ma-

(1) Publicado na *Rivista penale*, vol. LXI, pag. 719. Ainda antes de se firmar o accordo, alguns Estados, em conformidade do que na Conferencia se deliberára sobre a repressão e punição destes factos, embora os diversos actos que são os elementos constitutivos da infracção fossem realizados em países differentes, promulgaram leis neste sentido. Assim, a França promulgou a lei de 3 de abril de 1903 (*Rivista penale*, vol. LVIII, pag. 635), a Hespanha um decreto de 10 de fevereiro de 1903 (*Idem*, vol. LVII, pag. 634), etc.

neira seguinte aos caracteres geraes e defeitos de que enferma a justiça penal contemporanea nos povos civilizados:

1.º *automorphismo psychologico,* em virtude do qual todo o homem normal e de consciencia tranquilla, attribuindo seus proprios sentimentos ao criminoso, pensa que a ameaça de uma pena tem sobre o criminoso o mesmo poder de intimidação e a mesma influencia aviltante que sobre elle proprio, quando é certo que o criminoso é, ou um anormal, ou um alienado, ou um impulsivo arrebatado pela paixão que não o deixa reflectir, ou um astucioso que premedita o crime e cuida ficar sempre desconhecido; emfim, um homem em que não existe ou de que desappareceu a consciencia normal; 2.º *impersonalidade:* o cyclo da justiça abrange tres termos: crime, julgamento e pena; desconhece-se o *criminoso,* que todavia é o termo inicial e final de toda a funcção de defêsa social; exceptuadas algumas circunstancias excepcionaes, evidentes, e, portanto, catalogadas nos codigos (menoridade, surdo-mutismo, loucura evidente, embriaguês, arrebatamento passional), as leis e os juizes não se preoccupam com a personalidade bio-psychica e social do accusado; este não passa dum manequim sobre o qual o juiz cola o numero dum artigo do codigo penal, tendo sómente em consideração uma *dosimetria penal* que se converteu numa verdadeira obsessão para a justiça penal; 3.º *dosimetria penal,* que com o auxilio da deploravel transacção de consciencia das circunstancias attenuantes, chega a beneficiar com a attenuação da responsabilidade e com penas illusorias os recidivistas mais obstinados; de maneira que é á prisão que na maior parte se devem os criminosos habituaes, que chegam a

contar as condemnações por dezenas e vintenas; é isto um *record* grotesco e deshumano entre a justiça penal e o meio social; uma não faz senão amontuar nas prisões milhares de microbios do mundo criminal e a sociedade não faz mais do que tornar a lançá-los na engrenagem da justiça pouco depois que a porta da prisão se lhes abriu ao termo de suas ridiculas penas de 2, 4, 10 e 20 dias de prisão; 4.º *ignorancia pelo juiz do resultado da pena que impôs; ignorancia pela administração penitenciaria da sorte do preso depois da sua libertação,* isto é, esquecimento absoluto da racional regra de conducta segundo a qual todo o homem, vendo os resultados e as consequencias de seus actos, aprende a dirigir e a aperfeiçoar a sua actividade» (1).

Para corrigir estes defeitos, para que o juiz possa desempenhar dum modo salutar a sua missão, apreciar a natureza mais ou menos anti-social do delinquente e o gráu de intensidade do motivo anti-social que o impelle e as condições do meio em que vive, não é necessario, diz PRINS, substituir a uma vã escolastica juridica, uma escolastica medical egualmente vã reclamada pela escola anthropologica. Não se resolve o problema embrenhando-se na investigação de dados anatomicos, biologicos, physiologicos, psychologicos, que é impossivel reünir e para o exame dos quaes o magistrado deveria ter uma cultura encyclopedica. Veremos em que condições o jurista deve recorrer ao medico. Mas melhora-se desde já o funccionamento da justiça multiplicando os tribunaes locaes, descentralizando a justiça, collocando o juiz perto dos de-

(1) *La justice pénale,* pagg. 31, 37 e 80.

linquentes em contacto íntimo com a população onde deve exercer o seu ministerio e que elle póde estudar e conhecer.

Substitue-se assim o tribunal impessoal e symbolico, que tem a sua séde nos grandas centros e que julga a distancia e sobre peças escriptas, pelo magistrado local que julga segundo as regras do bom senso e do coração, com a experiencia dos homens e da vida. A multiplicação dos juízes locaes é conforme ás leis da organização social; a saüde resulta da plenitude da vida e a vida não se isola nos vertices; acha-se espalhada em todo o organismo. Como a vida, a justiça deve ser espalhada em todo o corpo social (1).

É necessario separar tambem na organização da penalidade as medidas que têem por objecto a punição do delinquente e aquellas que têem por objecto a sua correcção, pondo á disposição do juiz medidas penaes distinctas, organizadas umas para o fim da punição e intimidação, e outras para o da correcção (2).

70. Concepção do direito e do processo penal nesta phase. — Segundo a escola anthropologica, o direito penal é uma especie de therapeutica medica; mas como, ao contrario do que succede com as doenças, em que é o proprio doente quem reclama, ou, ao menos, consente no tratamento e nas operações cirurgicas, nesta concepção da justiça penal é o réu quem soffre a violencia pelo querer e obra da auctoridade, que se impõe como infallivel; de modo que a outra parte tem de ir buscar-se o fundamento desta therapeutica. É no direito de defêsa e de preservação social que á escola italiana o encontra, o que aliás não é innovação da escola, pois que o mesmo sustentaram muitos criminalistas anteriores a ella (1), e com o que estão de accordo outros que todavia não acceitam todas as ideias desta escola (2).

O processo penal é completamente transformado: a instrucção, o julgamento e a revisão periodica das sentenças de segregação indeterminada devem ser confiadas a magistrados especialistas que tenham recebido uma instrucção particular em materia de psychologia, de anthropologia e de sociologia criminaes, ministrada em cursos especiaes junto das Universidades (3).

O 3.º voto emittido pelo VI Congresso de anthropologia criminal, reünido em Turim em abril e maio do anno passado, acha-se formulado nos termos seguintes: «O congresso exprime o voto de que os magistrados, os advogados e todos os auxiliares da justiça recebam uma instrucção medico-psychiatrica que lhes permitta saber em que casos

(1) *Obr. cit.*, n.ºs 50 e 51.
(2) Relatorio de Gauckler, apresentado ao congresso de anthropologia criminal de Amsterdam, *Actes cit.*, pagg. 39 e segg.

(1) Romagnosi, *Genesi del diritto penal*, § 39 (defêsa para a conservação da sociedade); Franck, *Philosophie du droit pénal*, cap. 3 e 7 (preservação das condições de existencia da sociedade); Carrara, *Programma di diritto criminal*, §§ 605 e segg e nota (tutela ou defêsa do direito, tutela juridica). Ferri não está longe de concordar com esta última fórmula, ou com a da conservação da ordem juridica (Tolomei), reintegração da ordem juridica (Buccellati), comtanto que por ordem juridica se entenda, não a da classe que está no poder, a dominante, da qual falla Vaccaro, mas a das varias classes, que integram a classe social (*Sociologia criminale*, 4.ª ed. ital., pagg. 467, 506, 558, etc.).
(2) Prins, *obr. cit.*, n.º 57.
(3) Ferri, *La justice pénale*, §§ IX e X, pagg. 57 e segg.; *Sociologia cit.*, pagg. 777 e segg.

deverão recorrer aos medicos competentes a fim de evitar erros judiciarios (C. LOMBROSO)» (1).

Na Universidade romana existe um *Curso de policia scientifica*, tornado obrigatorio por decreto ministerial de 25 da outubro de 1903 e regido por SALVATORE OTTOLENGHI, professor de medicina legal na mesma Universidade. O programma divide-se em cinco capitulos: I Identificação genérica; II Identificação especifica; III Corpo de delicto; IV Investigação do réu; V Organização e funccionamento das repartições de segurança pública (2).

(1) *Archives d'anthropologie criminelle*, tom. XXI, n.º 150, pag. 473.

(2) Publicado na *Rivista penale*, vol. LXI, pag. 616. Vid. sobre o mesmo assumpto um relatorio de OTTOLENGHI, apresentado ao congresso de Turim (*Archives cit.*, tom. XXI, pag 444).

LIVRO II

Introducção historica ao estudo do direito penal português (1)

CAPITULO I

Periodo pre-romano

71. Difficuldade de reconstituir a vida dos povos peninsulares no periodo pre-romano. Utilidade destas investigações. — O estudo e a reconstituição historica da vida social e da vida juridica dos primitivos povos da Peninsula hispanica, ou dos que por taes são havidos, é altamente difficil por falta de elementos e meios de informação. Por isso, e a pretexto da sua nulla influencia nas instituições que caracterizam o direito propriamente historico da Peninsula, foi este estudo desprezado durante muito tempo pelos historiadores do direito peninsular.

Mas, modernamente, á custa de muito trabalho e de incessantes rectificações e mercê de acertadas

(1) A extenção do programma da cadeira e o atraso em que vamos não permittem dar á materia deste livro o desinvolvimento que ella comporta, mas que redundaria em prejuizo de outras materias mais importantes. Por isso, embora seguindo de perto as já citadas lições do dr. HENRIQUES DA SILVA (*supra*, pag. 7, nota 4), procuraremos resumí-la o mais possivel.

investigações da philologia, da numismatica, da archeologia, da ethnologia, do direito comparado, de algumas noticias historicas fragmentarias dos escriptores gregos e latinos e de outros conhecimentos postos ao serviço da historia, tenta-se reconstituir a vida social e juridica desses povos.

Distinguem-se nesta emprêsa D'ARBOIS DE JUBAINVILLE (1), PEREZ PUJOL (2), JOAQUIM COSTA (3), HINOJOSA (4), ALTAMIRA (5), CHAPADO GARCIA (6) e outros.

Todos se serviram do methodo comparativo para determinar quaes fossem os costumes e instituições dos primitivos povos da Peninsula. E esta determinação, comquanto difficil pelas razões expostas e ás vezes arrojada, por se basear em dados incertos que sómente auctorizam conjecturas, ou relativos a uma ou outra das muitas tribus de diversas origens que havia na Peninsula e que por isso não permittem generalizações, é vantajosa, pois que por ella chegamos a explicar certas particularidades da historia do nosso direito que até aqui tinham sido mal interpretadas.

Assim, por exemplo, diz PEDRO DORADO, julgou-se durante muito tempo que algumas instituições anomalas, tanto civis como penaes, que apparecem nos foraes dos municipios depois da quéda da monarchia wisigotica, que pareciam regressivas, eram

(1) *Os Celtas na Hespanha; Estudos sobre o direito celtico; O duello convencional no direito irlandês e no celtibero*, etc.
(2) *Historia das instituições sociaes da Hespanha goda.*
(3) *Collectivismo agrario em Hespanha; Estudos ibericos*, etc.
(4) *Historia geral do direito hespanhol; A origem do regimen municipal.*
(5) *Historia da propriedade communal.*
(6) *Historia geral do direito hespanhol.*

devidas simplesmente ás circunstancias criticas da Hespanha durante o periodo da reconquista, quando é provavel que essas instituições eram uma verdadeira reapparição, a *juris-continuatio* de outras, que tinham existido anteriormente á dominação estranha, e que, quebrada a unidade legislativa dos godos, resurgiram nos foraes com a espontaneidade da legislação local (1).

72. Primitivos habitantes da Peninsula. — Pondo de parte tudo quanto hoje é tido por fabula relativamente á povoação da Hespanha por TUBAL e TARSIS, PAN, HERCULES, etc., e ainda as hypotheses da autochtonia, da Atlantida e da emigração americana, parece indubitabel que os Ibéros foram nos tempos pre-historicos os primeiros povoadores da Peninsula.

Não se sabe, porém, com certeza quaes sejam as origens deste povo nem a epoca da sua entrada em Hespanha.

Se para uns os Ibéros pertencem a uma antiga raça turaniana, anterior ás civilizações semiticas e indo-europeias, que, fazendo sua viagem pelo norte da Africa, veio até á Europa, occupando a Peninsula e a Aquitania e de que são representantes actuaes os Kabilas do Atlas, os Touaregs do Saharâ e os Bascos da Peninsula (2), para outros os Ibéros pertencem á grande massa de tribus da raça ariana que atravessaram da Asia para a Eu-

(1) *Contribución al estudio de la historia primitiva de España (El derecho penal en Iberia)*, Madrid, 1901, pag. 9 a 11.
(2) LETOURNEAU, *Évolution de la propriété*, pag. 366 e segg ; *Évolution de la famille*, pag. 408; OLIVEIRA MARTINS, *Historia da civilização iberica*, pag. 18 e segg.

ropa, cujo occidente e sul occuparam, tribus mais ou menos extensas e autonomas, usando nomes especiaes e entre estes o de LIGURES, denominação que os Phenicios generalizaram pela quasi identidade ethnica entre os Ligures do Mediterraneo, os primeiros que elles conheceram e os mais genuinos representantes do grupo, e as outras tribus que occuparam o occidente e o sul da Europa (1).

A marcha que seguiram encontra-a o sabio MARTINS SARMENTO identificando o povo Ligur com o dos dolmens e reconstituindo a Argonautica.

É tambem incerta a epoca do seu estabalecimento na Peninsula. Se alguns escriptores fazem remontar este facto até ao seculo XVIII antes de CHRISTO, é certo que esta asserção não se apoia em nenhum monumento escripto.

As noticias dos escriptores gregos e latinos ácerca dos Ibéros começaram no seculo V antes de CHISTO e póde affirmar-se que o monumento mais antigo e authentico que possuimos sobre os primitivos povoadores da Hespanha são os nomes de povos, montanhas, lagos e rios que nos transmittiram os historiadores e geographos antigos.

Não são tão escassas nem tão obscuras as noticias que possuimos a respeito da invasão dos Celtas, que parecem haver constituido, juntamente com os Ibéros, o nucleo da população da Peninsula nos tempos historicos.

(2) Dr. F. MARTINS SARMENTO, *Os lusitanos; Os argonautas; A orla maritima; Os atlantas de Deodoro Siculo* (artigo publicado na *Revista das sciencias naturaes e sociaes*, I vol., n.º 11); *Revista de Guimarães*, vol. V, n.º 4, e vol. VI, n.os 1 e 2; Dr. JULIO DE VILHENA, *As raças historicas da Peninsula;* MORTILLET, *Formation de la nation française*, Paris, 1897, etc.

Ramo do tronco indo-germanico, os Celtas diffundiram-se pelo centro e pelo sul da Europa, e atravessando os Pyrineos, invadiram a Hespanha entre os seculos VI e V antes de CHRISTO.

Já por meios violentos, já por meios pacificos, estabeleceram-se ao lado dos Ibéros, e, povoando primeiro os territorios montanhosos das Asturias e da Galiza, expandiram-se depois a Portugal e á Andaluzia, chegando no interior a approximar-se das tribus ibéras, com as quaes no decurso do tempo se fundiram formando o povo celtibéro.

73. Organização politica e social dos primitivos habitantes da Peninsula. — Referindo-se aos escriptores greco-romanos, LA FUENTE diz que os Ibéros se dividiram em varias tribus, sendo principaes as dos Turdetanos, Bastulos, Beturios, Bastetanos, Contestanos, Edetanos, Cosetanos, Lacetanos, Corretanos, etc.; que a população celta se dividia em cinco numerosas tribus, as dos Cantabros, Vascons, Astures, Gallaicos e Lusitanos, subdividindo-se em muitos povos que, segundo STRABÃO, chegaram a ser 15 na região gallaica e 50 na lusitania; que os Celtibéros se distribuiram tambem por varias tribus, das quaes as principaes eram as dos Arevacos, Carpetanos, Vacceos e Oretanos (1).

De tudo quanto geographos e historiadores nos dizem da primitiva Hespanha se deduz que estes povos não constituiam uma nação e que cada tribu vivia independente das mais, alliando-se sómente para a guerra e para o commercio.

O cargo de chefe de Estado era electivo e amo-

(1) *Historia geral de Hespanha*, tom. I, pagg. 3 e segg.

vivel em alguns povos, vitalicio e hereditario noutros. A suprema auctoridade civil e militar, ordinariamente reünidas na mesma mão, apparecem ás vezes exercidas por pessoas distinctas.

A existencia de assembleias deliberantes, em que se ventilavam os asumptos de intereses geral para a collectividade, como declaração de guerra, eleição de chefe, tratados de paz e alliança, etc., é indiscutivel; divergem contudo as opiniões ácêrca da sua composição e attribuições. HINOJOSA e PEREZ PUJOL admittem a existencia no governo da Hespanha de duas classes sociaes, a dos patricios e a dos plebeus, e assim a co-existencia de duas assembleias distinctas — o *Senatus* e o *Concilium,* sendo este uma assembleia popular e aquelle a assembleia dos patricios, dos chefes ou representantes das gentilidades.

Porém JOAQUIM COSTA sustenta que a palavra *concilium* tem a mesma significação de *senatus* e que nelle só entrava a classe nobre. Pelo estudo de varias passagens de TITO LIVIO, parece-lhe que a palavra *senatus* tem o mesmo sentido da palavra *ayuntamiento* (governo da cidade), e que *populi concilium* é o mesmo que a multidão irregular, agrupada em frente do palacio consistorial.

Que o povo não tomava parte no Senado infere-se de uma passagem de APPIANO (1), onde se diz que o povo de Bélgida tinha lançado o fogo á casa onde o senado estava deliberando e que queimára os senadores.

Para PUJOL o concilio é talvez a origem do *conventus publicus vicinorum* da epoca goda (subsistindo

(1) *De rebus hisp.*, cap. 100.

ainda hoje nas povoações ruraes da Hespanha, sob o nome de *concejo de vecinos*) constituido por todos os aldeãos livres, chefes de familia, com attribuições administrativas, legislativas e judiciaes.

Tem-se discutido o exercicio desta ultima funcção, não havendo, porém, duvida de que ella era exercida pelo *conventus* em certos casos determinados, como, por exemplo, no julgamento dos servos fugitivos.

O *concilium* tem analogia tambem com as *assembleias judiciaes* dos primeiros seculos da reconquista, e com o actual *concejo* das montanhas de Leão e de outras provincias de Hespanha, que julga as infracções do *livro do povo,* as questões de regas e de damnos nos campos causados pelas pessoas e pelos gados. O *concejo* compõe-se de todos os chefes de familia, não incluindo os filhos ou individuos que vivam em companhia dos chefes, embora sejam maiores, e reüne-se ao toque da sineta na *casa del concejo.*

O *concilium* tem egualmente pontos de contacto com as *communidades agricolas* dos Pyrineos, tanto do lado da França como do de Hespanha, que se reünem ao ar livre, com a intervenção de todos os chefes de familia de ambos os sexos, e onde se discutem todos os assumptos communaes; assimilando-se ainda ás communidades agricolas da Suissa ou *Landsgemeinde* (1).

A civilização europeia criou o Estado, mas no *ayuntamiento* não ha sequer representantes delle. O *ayuntamiento,* conservado através da centraliza-

(1) PEDRO DORADO, *obr. cit.*, pag. 44.

ção romana e catholica, é ainda hoje, diz OLIVEIRA MARTINS, a molecula social.

O *ayuntamiento* goza de grande independencia e autonomia administrativas.

Como a *aljama* (ou *djamâa,* segundo escrevem os francêses), das tribus do Atlas, o ayuntamiento é uma caixa de soccorro mutuo; e, se para cá do Mediterraneo não se encontra a distribuição da carne como entre os Kabilas, encontra-se no *pueblo* o celleiro collectivo e a *debesa* commum onde os municipes mandam pastar o seu gado, porque todos têem um porco e um burro, e a *suerte,* onde cada qual lavra o seu pão.

Com a anarchia dos tempos da reconquista parecem ter despertado os velhos usos esquecidos sob a dominação romana e wisigoda. É nas regiões da lingua basca e no Aragão tambem, ou na Hespanha do Ebro, que se julga existir o resto das primitivas tribus peninsulares; é tambem o povo dessas regiões que mantem um amor quasi religioso á sua lingua (1), o culto pelos seus *fueros,* sentimentos tão enraizados, que a civilização hespanhola não conseguiu extinguí-los (2).

Tanto antes como depois do estabelecimento das cidades, a familia e a *gentilitas* eram dois grupos sociaes preponderantes tambem nos Ibéros.

A *gens,* fórma social commum a todas as raças primitivas, principalmente ás Indo-germanicas, era entre os Ibéros, da mesma fórma que em Roma, constituida pelo grupo de individuos que podiam

(1) Dizia a OLIVEIRA MARTINS um lavrador byscainho, referindo-se á sua lingua: *Le quiero mas que á mi sangre.*
(2) OLIVEIRA MARTINS, *obr. cit.*, pag. XXX e XXXII.

provar a sua descendencia de um tronco commum. Os membros das diversas gentilidades distinguiam-se pelo appelido gentilicio, restringido pelo appelido familiar e precedido do nome individual.

Mais tarde o grupo natural alargou-se em virtude dos laços artificiaes da adopção. Todavia a *gens* ficava sempre sendo um agrupamento dentro do Estado, para a protecção e defêsa mutua, solidario na guerra e na vingança, com certo gráu de autonomia, manifestada na faculdade de fazer accordos obrigatorios para todos os seus membros, e com deuses e cultos particulares. A defêsa pessoal de cada um dos seus membros era assegurada ou por meio das armas, ou por meio de um accordo de arbitros, ou ainda por qualquer fórma de composição, transacção ou indemnização.

Constituidas as cidades, o alargamento do corpo social pôs em contacto individuos de gentilidades diversas e a continuidade das relações deu motivo a acabarem grande numero de guerras e conflictos privados.

Para augmentar esta corrente de solidariedade muito contribuiram duas instituições que então appareceram — o *hospitium* e o *devotio.*

O *hospitium,* ou pacto de hospitalidade, consistia no facto de os individuos pertencentes a diversos grupos se protegerem mutuamente nos respectivos aggregados, ainda que andassem em guerra. Cada qual era obrigado a proteger o seu hospede embora pertencesse a uma tribu inimiga. Celebravam-se pactos desta ordem com caracter de perpetuidade entre os habitantes de diversas cidades e tribus, entre os individuos e as cidades e tribus ou mesmo entre as proprias cidades e tribus.

A *devotio* ou clientela era uma especie de *recommendatio,* como a da Idade-media, pela qual homens livres e pobres adheriam e como que se entregavam a um potentado ou a um guerreiro, a quem serviam e por quem eram protegidos contra violencias e injustiças dos poderosos (1).

Os clientes, pondo-se voluntariamente ao serviço de um guerreiro ou potentado, tinham direito a receber delle protecção e amparo prestando-lhe em troca certos serviços e sobretudo fidelidade e adhesão absolutas.

A instituição da clientela encontra-se em todos os povos antigos e modernos em identico gráu de civilização, notavelmente entre os germanos. A sua razão de ser está no pouco desinvolvimento da instituição do Estado; na insufficiencia deste para proteger a ordem social e os direitos dos individuos que constituem a collectividade politica; na frequencia das guerras que traziam os individuos em contínuas luctas, e na fraca competencia dos tribunaes de justiça, o que obrigava frequentemente o fraco a ir procurar auxilio e apoio na protecção do mais forte (HINOJOSA).

Na Idade-media, a analogia das circunstancias, a falta de um poder central forte e as luctas incessantes criaram uma fórma de clientela ou de *devotio* — o feudalismo. JOAQUIM COSTA considera este na Hespanha, não uma criação original ou uma importação exotica, mas uma sobrevivencia, uma *juris-continuatio* ou resurgimento das velhas instituições dos povos ibéros.

(1) PEDRO DORADO, *obr. cit.*, pagg. 19, 20 e 35.

São muito escassas as noticias sobre a organização da familia e da propriedade entre estes povos, parecendo contudo mais provavel que a familia se baseava no casamento monogamico e perpetuo e que a mulher e os filhos estavam sujeitos ao poder do chefe da familia, se bem que, indo este para a guerra, seu poder passava para aquella; e quanto á propriedade parece, a avaliar pelo que succedia entre os Vacceos (tribu celtibérica), que a do solo era commum, distribuindo-se annualmente pelas gentilidades ou familias as terras para a cultura em harmonia com os meios de que dispunham para o cultivo, e recolhendo-se os productos para um monte commum, que depois se repartia entre os membros da tribu (HINOJOSA).

74. Direito penal. — Tres leis de caracter penal cita STRABÃO como vigentes entre os lusitanos: a primeira que dispunha que as sentenças de pena capital se executassem despenhanho duma rocha os condemnados; a segunda que os parricidas fossem apedrejados além dos limites da cidade, e a terceira que os captivos perdessem a mão direita (1).

Desta enumeração de leis penaes se vê que, além do parricidio, havia outros crimes públicos, pois se falla da execução das sentenças de penas capitaes. Com effeito, os escriptores gregos e latinos referem outros.

A cobardia, que é um dos poucos actos tidos por delictos públicos nas sociedades primitivas, não

(1) CHAPADO GARCIA, *obr. cit.*, pag. 30; P. DORADO, *obr. cit.*, pag. 21.

podia deixar de o ser tambem nos primitivos habitantes da Peninsula que se distinguiram sempre por um grande amor de independencia e um valor e dureza sem rivaes na guerra; na Hespanha a punição deste crime tinha tambem caracter religioso, a ajuizar pelo que diz SILIO ITALICO ácêrca dos funeraes dos Ibéros (1).

DEODORO DA SICILIA diz a respeito dos Vacceos: «Distribuem annualmente as terras, e, pondo a colheita em commum, entregam a cada um a sua parte. Os cultivadores que sonegam qualquer cousa em proveito proprio são condemnados á morte: *supplicium capitis*» (2). Temos pois aqui outro delicto público, que póde intitular-se *delicto publico contra a communhão.*

O *furto,* o *abigeato* e o *roubo,* delictos muito frequentes no estado social que estudamos, eram frequentes nos primitivos povos da Peninsula e até, na fórma de *abigeato,* caracteristico dos Ibéros; porém, como é natural, só muito tarde foram havidos por crimes públicos.

Como já vimos, o furto praticado contra individuos da mesma tribu em bens *communs,* por sonegação, era castigado com a pena de morte; recaindo, porém, em cousa privada, a repressão e a vindicta deviam ser exercidas pelos individuos e recorria-se tambem ás sancções religiosas. Na região da Estremadura e noutras do Portugal de hoje invocava-se a deusa indigena ATAECINA, para a descoberta de objectos furtados, e confiava-se-lhe a perseguição do criminoso. Numa inscripção de Villa Viçosa lê-se a seguinte fórmula de invocação: «*Dea Ataecina Turibrigensi Proserpina, per tuam majestatem, te rogo, oro, obsecro, uti vindicis quod mihi furtum factum est: quisquis mihi imudavit, involavit minusve facit eas res quae infra scripta sunt... In noxium, cujos ego nomen cum ignoro, tamen tu scis, jus vindictamque a te peto*».

(1) DORADO, *obr. cit.,* pagg. 36 e 37.
(2) Apud DORADO, *obr. cit.,* pag. 28.

Daqui conclue P. DORADO o seguinte: 1.° que era conhecido o crime de furto, praticado contra particulares; 2.° que este delicto não era punido pelo poder social, pelo que a víctima do furto implorava o auxilio da deusa; 3.° que o castigo consistia numa vingança.

Para o *abigeato* (roubo de gado) existe um rescripto do Imperador ADRIANO, dirigido á Deputação provincial da Betica, considerando especial este crime, sujeito á pena de morte ou de trabalhos forçados (1).

O roubo e o bandoleirismo eram frequentissimos entre os Ibéros, e ainda hoje a Anduluzia mantém a tradição. Tem-se procurado explicar o facto por tendencias ethnicas e por circunstancias economicas. DARESTE descobre analogos costumes entre os Ibéros orientaes (da Georgia); mas J. COSTA explica-o principalmente pela situação economica da Hespanha depois da conquista celtica, que determinou o apparecimento duma classe pobre — a dos vencidos. O roubo foi uma consequencia do odio radicado e profundo entre pobres e ricos, que se observou depois em Roma, entre plebeus e patricios. «A guerra de VIRIATO, diz elle, não é uma guerra pela independencia, mas um movimento social».

(1) *Dig.,* lib. XLVII, tit. XIV, lei 1.ª

O roubo não era então deshonroso; pelo contrario era, mais que um acto licito, uma façanha meritoria quando recaía sobre individuos pertencentes a grupos estranhos. Como tinha a feição de feito de guerra ou de heroïsmo, era até glorioso; e a gloria do roubo media-se mais pela grandeza dos despojos e pela astucia desinvolvida em illudir a vigilancia, do que pela resistencia offerecida pelo inimigo. As mulheres saíam a despedir-se dos expedicionarios com cantos épicos e era entre canticos que os recebiam quando victoriosos.

Para se defenderem contra as arremettidas de outras tribus e contra os assaltos e incursões é que se edificavam as cidades nos montes e logares inaccessiveis e as aldeias eram bem defendidas de torres e fortalezas. Segundo TITO LIVIO, as torres e atalaias dos Ibéros serviam, com effeito, *adversus latrones*, e, no dizer do auctor anonymo dos *Commentarii de bello hispaniensi*, o motivo da existencia dellas era *propter barbarorum crebras excursiones* (1).

Com o desinvolvimento social e principalmente pelo incremento do commercio esta situação mudou. A invasão de povos estranhos, que fundaram colonias e permutavam os seus productos com os habitantes primitivos, trouxe a necessidade de proteger os viajantes contra a contingencia dos roubos e para esse fim se criou o *hospitium* e a *devotio*, a que já nos referimos, e se estabeleceu a responsabilidade collectiva das populações pelos roubos praticados no seu territorio (2).

(1) PEDRO DORADO, *obr. cit.*, pagg. 29 e segg.

(2) É digno de notar-se a este proposito o que o PSEUDO ARISTOTELES conta da estrada heraclea ou de HERCULES, que ia pelo litoral dos Pyrineus a Cadix (depois *via Augusta*), a saber; que as tribus por onde ia passando successivamente essa estrada eram responsaveis pelos aggravos que nella soffressem os viandantes (DORADO, *obr. cit.*, pag. 34).

De tribu para tribu o roubo e a pilhagem vingava-se pela guerra; dentro da mesma tribu a vindicta era um assumpto privado e só tarde e em epoca incerta assumiram o roubo e o furto o caracter de crimes públicos, salvo o estabelecido pelo referido rescripto do Imperador ADRIANO quanto ao *abigeato*, que aliás era a especie de roubo mais frequente por serem os gados a principal riqueza movel daquelle tempo.

75. Organização judiciaria e processo. — Se, como diz STRABÃO, as sentenças de pena capital se executavam despenhando os condemnados de uma rocha, ou logar alto, é manifesto que havia sentenças, e, havendo sentenças, é de admittir como seu precedente o julgamento e um processo tal ou qual.

A funcção jurisdicional era exercida pelos *concilios*. Para esse fim o povo reünia-se em assembleias periodicas. Pouco complexa a principio esta funcção, pois que o poder social só intervinha para o julgamento dos poucos crimes considerados públicos, complicou-se mais tarde pelo augmento dos crimes públicos e pelo maior desinvolvimento da vida social que tornava mais difficil a reünião dos concilios, e por isso criaram-se orgãos especiaes para este effeito.

A assembleia do povo reünia-se uma ou duas vezes por anno, conhecia das causas maiores que lhe eram reservadas, nomeava os funccionarios que haviam de desempenhar determinados cargos con-

celhios durante o anno e ao mesmo tempo designava aquelles que, em nome da collectividade, tratariam dos pleitos e causas, a principio como *arbitros*, de jurisdicção voluntaria e livremente aceitos pelas partes, e mais tarde como *juizes*, com jurisdicção obrigatoria para as partes.

Como a parte descontente com a decisão arbitral recorria por vezes á vindicta privada, os arbitros esforçavam-se por comprometter antecipadamente os pleiteantes exigindo o pagamento immediato de parte do preço do sangue, pedindo uma caução, ou um juramento promissorio de respeitar e executar a sentença que se désse, ou, emfim, obrigando a parte a depositar suas armas nas mãos dos arbitros, deixando-as alli em penhor até que a sentença fosse executada.

Á medida que o Estado se organizou, os arbitros tornaram-se juizes propriamente ditos, ou, antes, *assessores* do representante do poder central. Na Hespanha goda, os condes, que exerciam, em nome do rei, attribuições de ordem militar, judicial e economica, ou os seus vigarios, julgavam os pleitos *asssessorados* (assistidos, auxiliados) por um numero variavel de individuos a que nos documentos da epoca se dá o nome de juizes (1).

A delegação do poder judicial pela assembleia popular num orgão especial é um phenomeno que se realizou não só em Roma, como tambem nos Ibéros, nos Germanos, nas communidades dos Pyrineus e na *Landsgemeinde* suissa.

Exceptuando os casos especiaes em que intervinha a assembleia popular ou os seus delegados, a

(1) Hinojosa, *El origen del regimen municipal*, pag. 424.

justiça penal entre os Ibéros, como em todos os povos de civilização primitiva, tinha um caracter essencialmente privado.

De *gens* para *gens*, as offensas feitas a qualquer dos gentís vingava-se por meio da guerra privada, que cada um e todos os membros de uma *gens* fazia contra qualquer e todos os membros da outra, ou por meio da composição, transacção, etc. A vingança e responsabilidade collectivas e solidarias, de grupo contra grupo, como se cada um destes não fôra mais que um individuo, parecem haver sido effectivas.

Os crimes intra-familiares e intra-gentilicios eram punidos de maneira differente. O poder penal da *gens* sobre seus membros exercia-se sem prejuizo do que correspondia ao pae como chefe de familia, e manifestava-se especialmente na faculdade de expulsar da *gens* o que era julgado indigno de continuar a pertencer a ella (Hinojosa).

Pelo que respeita ao processo pouco se sabe.

É indubitavel que admittiam como prova dos factos o testemunho, pois que se tem como averiguado que entre os Tartessios não fazia prova contra uma pessoa o testemunho de outra que tivesse menos e idade do que ella (1).

O duello ou combate singular, como meio de terminar contendas judiciaes, era tambem conhecido dos hespanhoes primitivos, nomeadamente, no norte e centro onde dominava o direito celtico. Mas esta fórma de processo era suppletoria e não fórma

(1) Chapado Garcia, *obr. cit.*, pag. 31; Dorado, *obr. cit.*, pagg. 37 e 38.

ordinaria de processo; do arbitrio dos litigantes dependeria preferir o azar da lucta individual á decisão dos tribunaes familiares ou civis (1).

Os Celtibéros matavam-se uns aos outros por simples exercicio sangrento. Conta VALERIO MAXIMO que os numantinos se matavam luctando dois a dois. Outras vezes o duello era, nos povos do centro e norte da Peninsula, onde predominava o direito celtico, uma verdadeira *ordalia* (duello judicial) (2).

76. Influencia do espirito ibéro-celta na historia da Peninsula. — PEREZ PUJOL, investigando as qualidades e factos destes povos que exerceram influencia na marcha da vida hespanhola, apresenta em primeiro logar o caracter energico, indisciplinado e altivo, e o sentimento poderoso da independencia e de liberdade individual, que constituiam o espirito proprio das raças ibéra e celta e que ainda hoje são qualidades predominantes do caracter hespanhol.

Menciona depois, como factos que influiram na marcha da vida hespanhola, a elevada consideração de que gosava a mulher na familia ibérica, a communhão domestica de bens da qual ficaram vestigios nos costumes civis, a propriedade communal dos povos, de que ainda ha restos nas communidades daquém e dalém dos Pyrineus, o espirito da vida municipal que, assumindo embora uma fórma nova no municipio *urbano* reorganizado pelos Romanos, sobreviveu, em essencia e na fórma tambem, nos concelhos ruraes de Hespanha, como em Leão e noutras regiões, apesar das profundas transformações da historia (1).

(1) HINOJOSA, *Historia general*, § 16; DORADO, *obr. cit.*, pag. 38; PEREZ PUJOL, *Historia das instituições sociaes da Hespanha goda*, pag. 122.

(2) PEDRO DORADO, *obr. cit.*, pagg. 38 e 39.

77. O direito phenicio-punico e o direito grego na Hespanha. — Além dos Ibéros e Celtas e ainda antes destes últimos, outros povos vieram á Peninsula no periodo de que nos estamos occupando, nomeadamente, os Phenicios, os Gregos e os Carthaginêses.

Mais commerciantes do que conquistadores, os Phenicios e os Gregos limitaram-se a estabelecer colonias no litoral, nomeadamente ao sul sobre o Mediterraneo e o Atlantico, sendo uma das mais notaveis Cadix, que, segundo uma noticia de duvidoso credito, teria sido fundada no seculo XI antes de CHRISTO. É, porém, indubitavel que já no seculo X eram frequentissimas as navegações dos Phenicios a Tarsis, nome com que designavam o sul da Hespanha, ou seja o territorio equivalente á actual Andaluzia. É de suppor que o seu estabelecimento na Hespanha fosse anterior ao dos Celtas.

A colonização grega, que começou entre os seculos X e VIII antes de CHRISTO, foi mais ao norte da Hespanha, no litoral sobre o Mediterraneo, e ao sul da França, onde os Phocénses fundaram Marselha.

No fim do seculo VI, anno 501 antes de CHRISTO, começa a invasão carthaginêsa com a tomada de Cadix aos Phenicios seus antepassados, estendendo-se pesteriormente a outros pontos da Betica.

Pela indicação das regiões em que se estabele-

(1) *Historia das instituições*, tom. I, pag. 83.

ceram vê-se que, ethnicamente, pouco deveram concorrer para a formação do povo lusitano e dos mais correspondentes ao Portugal actual; mas sobre estes deveu exercer-se a sua influencia civilizadora.

Diz STRABÃO que os Phenicios foram os primeiros civilizadores da Hespanha, na qual estabeleceram a navegação, o commercio, as artes e as lettras, fazendo entrar os Ibéros na senda da civilização e modificando sua rudeza nativa como antes tinham feito com os Gregos.

São muito poucas as noticias que temos do direito phenicio-punico nas colonias peninsulares. Comprehende-se que a maior parte de suas leis seriam de caracter commercial, visto o transporte, a troca e a venda serem sua principal occupação (1). Não desconheciam a propriedade nas suas manifestações, julga-se que a transmissão se effectuava por contracto e por disposição de lei e é de suppor que conhecessem o contracto de sociedade e o de emprestimo com a garantia do penhor e da fiança.

O ministerio penal era exercido pelos *suffetes*, dois magistrados eleitos annualmente pelas assembleias popular e aristocratica, com funcções politicas e judiciaes, a que se confiava o governo da colonia.

Quanto aos Gregos, o direito que elles adoptaram nas suas colonias da Peninsula devia ser pouco

(1) Ha mesmo quem affirme que as leis rhodias, applicadas pelos Romanos ao commercio do Mediterraneo e tidas como obra dos Gregos, eram de origem phenicia, porque a ilha de Rhodes pertenceu primeiramente aos Phenicios. O direito que os Phenicios teriam introduzido com texto semita nas costas do sul da Hespanha, o tornaram conhecido os Phocénses nos portos do Levante com a redacção grega, que prevaleceu por fim no Mediterraneo.

mais ou menos o que se observava na Grecia, parecido com o de Roma. Um certo caracter de uniformidade do direito se observa em todos os povos primitivos, e diz PUJOL que ha conformidade fundamental nas leis penaes dos Phocénses e dos Ibéros, a julgar pela informação de VALERIO MAXIMO, que refere que em Marselha se conservava desde os tempos da fundação da cidade uma espada para a execução da pena de morte, mas enferrujada.

Donde o mesmo escriptor conclue que havia delictos públicos, castigados officiosamente pelos juizes, mas poucos, pois se oxydava a espada com que eram punidos; e que ao lado destes existiam certamente crimes particulares, apenas susceptiveis de punição pela vindicta privada, a principio, e, depois, pela accusação privada, pois as leis gregas attribuiam o direito de vindicta particular a todos os parentes sem distincção, fossem ou não chamados á herança do morto (1).

Em materia de processo não ha dados sufficientes para affirmar a sua existencia; mas suppõe-se que, dada a elevada cultura do povo grego, não se sentenciava sem fórma de juizo, que neste se attendia ao resultado das provas mais racionaes e que havia discussão publica sobre o facto e sua justificação (2).

(1) *Obr. cit.*, pag. 122.
(2) CHAPADO GARCIA, *obr. cit.*, pag. 39.

CAPITULO II

A Hespanha romana

78. Conquista da Peninsula pelos romanos. — No anno 535 de Roma e 218 antes de CHRISTO, inicia-se a conquista da Hespanha pelos romanos, porque, embora a chegada a este territorio de CNEO CORNELIO SCIPIÃO não tivesse apparentemente outro fim que vingar a destruição de Sagunto e expulsar delle as hostes carthaginêsas, o que conseguiu no anno 205 antes de CHRISTO com a tomada de Cadix, último baluarte carthaginês, o certo é que Roma afagava tambem a ideia de possuir a Hespanha e de utilizar em proveito proprio tudo o que esta podesse dar-lhe de favoravel a suas emprêsas, como antes tinha dado a ANNIBAL, e tanto assim que, expulsos os Carthaginêses, volveu logo suas armas contra aquelles que a haviam auxiliado nesta emprêsa.

Difficil foi ella. Apesar de a conquista ser favorecida por circunstancias diversas, entre as quaes sobresahem o particularismo das tribus ibéricas e celtas, que, estranhas á ideia de unidade nacional, difficilmente se confederavam, e o caracter independente e indisciplinavel, refractario, segundo STRABÃO, a toda a emprêsa collectiva, foram precisos dois seculos de renhida lucta com varios grupos de valentes defensores do solo hespanhol para os romanos o conquistarem. Em todo o tempo que a Hespanha foi governada pela Roma republicana, não obteve a paz nem a occupação de todo o seu

territorio; este successo occorreu sómente nos dias do imperio de AUGUSTO. No anno 38 antes de CHRISTO, incorporou a Hespanha a Roma, acto solemne que deu occasião a uma nova base da chronologia historica (*era hispanica* ou de AUGUSTO); e no anno 19 antes de CHRISTO concluiu a conquista do territorio occupado pelos Astures e Cantabros, ficando desde então toda a Peninsula, com as adjacentes ilhas Baleares, sujeitas ao dominio romano e inaugurando-se uma era de paz que vulgarmente se designou com o nome de paz octaviana.

79. Romanização da Peninsula. — Á conquista da Peninsula seguiu-se pouco a pouco a sua romanização.

Com a tactica habil e até certo ponto tolerante dos romanos, dispostos sempre a respeitar a organização particular dos povos conquistados quando isto não offerecesse perigo algum sob o ponto de vista politico, não se conciliava a imposição da civilização propria a um povo estranho por meio de decretos ou de leis. Por isso a cultura romana se arreigou nos povos da Peninsula mais ou menos rapidamente e com maior ou menor intensidade, segundo as condições do solo e o caracter dos habitantes.

Além de que a politica de Roma, para consolidar sua dominação sobre os povos vencidos, foi muito diversa segundo os tempos e as circunstancias, principalmente a maior ou menor difficuldade da conquista.

De todas as regiões da Hespanha, a primeira a amoldar-se aos usos e costumes romanos foi a Betica (Andaluzia), mais preparada para isso pelo seu

maior gráu de cultura, devido ao frequente trato com Gregos e Phenicios, ás importantes colonias destes últimos no seu solo, e ainda a ter sido mais favorecida do que as outras provincias com a fundação de novas colonias romanas, que foram como que outros tantos centros donde irradiaram sobre todo o territorio a cultura e a civilização da metropole. Os mais refractarios á dominação e influencia romanas foram os habitantes do norte.

89. O direito romano e os costumes ibéricos. — A romanização da Peninsula abrangeu com o decurso do tempo o proprio direito.

A subsistencia das instituições juridicas regionaes e locaes nas varias provincias do Imperio, depois de submettidas á dominação romana, está comprovada por numerosos testemunhos. Os governadores das provincias tiveram necessidade de applicar o direito indigena em determinados casos e eram responsaveis pelas transgressões de seus preceitos. Comprova a validade do direito consuetudinario provincial o seguinte fragmento do *Digesto:* «*In quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodire oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tum quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem apparet, tum jus quo urbs Roma utitur, servari oportet*» (1).

Continuaram, pois, a vigorar na Peninsula, especialmente em materia civil, as leis e costumes locaes, se bem que o direito romano desempenhasse

(1) *Dig.*, I, 3, lei 32.

a respeito delles o officio de legislação subsidiaria e ainda por vezes modificasse seus preceitos.

Comquanto os Imperadores romanos houvessem tolerado as legislações locaes, sanccionando por vezes sua applicação, não deixaram de esforçar-se por diffundir nellas os principios do direito romano.

A tendencia para nivelar na ordem juridica elementos tão heterogeneos e desiguaes na ordem politica manifesta-se, já nas medidas dirigidas a assimilar o solo provincial sob o ponto de vista tributario, assimilação levada a cabo por DIOCLECIANO, já no afan em generalizar o direito de cidadão romano, concedendo-o em grande escala a cidades e a individuos e, mais tarde, pelo Imperador CARACALLA, a todos os subditos livres do Imperio que ainda não o possuiam.

Em virtude desta concessão a legislação romana veio a ser de direito commum em todas as provincias. A Hespanha foi uma daquellas em que a romanização se fez mais rapida e mais intensamente. Não ha testemunho algum que atteste a subsistencia do direito indigena de Hespanha nos últimos tempos do Imperio, e, pelo contrario, ha muitos que provam a applicação do direito romano. HINOJOSA cita oito contractos e actos juridicos celebrados entre particulares desde os tempos da Republica, de cujo contexto se deduz que o direito romano substituiu na Hespanha, na maior parte do seu territorio, o direito consuetudinario dos povos que anteriormente o occupavam.

Não podia deixar de ser assim quando uma grande parte de nossas comarcas se haviam romanizado por tal fórma que em trajes, costumes e até na lingua se confundiam com o povo de Roma, e

neste figuravam hespanhoes de alta importancia e reconhecido merito no direito, na litteratura e no governo e direcção dos negocios públicos (1).

Apesar de tudo, em algumas regiões mais isoladas, sobretudo ao norte e nas cordilheiras centraes, onde as terras araveis eram raras e a agricultura era substituida pela vida pastoricia, a romanização não foi completa nem intensa. Em algumas partes o facto sobrepôs-se ao direito, o costume prevaleceu sobre a lei escripta; e, como tantas outras vezes succede na historia do direito, demonstrou-se a impotencia do legislador para substituir, com seus preceitos nivéladores, costumes e leis desde muito arraigadas e intimamente enlaçadas com as tradições, as ideias e o estado social e economico dos povos.

81. A organização judiciaria e o processo. — Tendo a romanização da Peninsula attingido em geral o proprio direito, é de ver que o direito e o processo penal aqui dominantes deviam ser os mesmos que em Roma na phase politica, que é a que corresponde ao tempo da romanização.

E até algumas disposições ha deste direito que foram estabelecidas por constituições imperiaes, que respeitam de modo especial á Hespanha.

De entre estas constituições, das quaes HINOJOSA apresenta uma relação completa com a indicação dos respectivos assumptos (2), dizem respeito ao direito e processo penal as seguintes:

Um rescripto do Imperador ADRIANO, a que já

(1) CHAPADO GARCIA, *obr. cit.*, pag. 78; HINOJOSA, *obr. cit.*, pagg. 138 e segg.
(2) *Obr. cit.*, § 35.

nos referimos, dirigido ao *Concilio* ou assembleia provincial da Betica, ácêrca do crime de *abigeato*, sua definição e penas que deviam impor-se aos seus auctores, o qual se acha inserto num fragmento de ULPIANO (1).

Outro do Imperador ANTONINO a MECIO PROBO, governador das provincias hespanholas, sobre as faculdades dos governadores das provincias em materia de degredo e desterro (2).

Uma constituição do Imperador CONSTANTINO MAGNO, do anno 317, dirigida a OCTAVIANO, conde das Hespanhas, determinando que os individuos da categoria dos *clarissimi* que raptassem virgens ou comettessem certos delictos ficassem sujeitos ao processo ordinario e commum, e não podessem invocar o privilegio do seu foro (3).

Outra do mesmo Imperador, do anno 322, dirigida a TIBERIANO, egualmente conde das Hespanhas, sobre o castigo que devia impor-se aos que occultassem escravos fugidos (4).

Outra ao mesmo, de egual data, prescrevendo que, antes de se encarcerar um réu, se inscrevesse solemnemente seu nome e o delicto de que era accusado nos registos públicos (5).

Outra dos Imperadores GRACIANO, VALENTINIANO e THEODOSIO, do anno 383, a MARINIANO, vigario das Hespanhas, sobre a pena que devia impor-se aos que accusassem falsamente a outro de homicidio (6).

(1) *Dig.*, lib. XLVII, tit. XIV, lei 1.ª
(2) *Dig.*, lib. XLVIII, 22, lei 7, § 10.
(3) Cod. III, 24, c. 1.
(4) Cod. VI, 1, c. 6.
(5) Cod. IX, 3, c. 4.
(6) Cod. IX, 1, c. 4.

Pelo que respeita á administração da justiça penal era ella administrada por juizes que constituiam uma hierarchia bastante complicada.

Segundo os dados mais provaveis, tanto a justiça civil, como a criminal, era ministrada nas cidades e em primeiro gráu pelos duumviros e quatuorviros, se bem que, pelos fins do primeiro seculo, a justiça criminal passou a ser ministrada por funccionarios imperiaes (1).

O segundo gráu era formado pelos conventos juridicos, centros de administração da justiça e que podem chamar-se tribunaes collectivos. Apparece em terceiro logar o Presidente ou governador da provincia, em quarto o Vigario da diocese e em quinto e último logar o Prefeito pretoriano das Gallias, tendo por auxiliares *assessores, advogados* e *fiscaes, escrivães* para a instrucção dos processos, e *secretarios* (cornicularios) e outros empregados mais inferiores para a execução material das providencias judiciaes.

O juiz podia delegar sua auctoridade em outras pessoas, que se chamavam *recuperatores* e que haviam de ser, pelo menos, três para qualquer negocio (2).

O processo era o mesmo que em Roma.

(1) Hinojosa, *obr. cit.*, § 52.
(2) Chapado Garcia, *obr. cit.*, pag. 72; Hinojosa, *obr. cit.*, § 49.

CAPITULO III

Periodo das invasões dos barbaros até á reconquista

82. Invasões dos barbaros. — No mesmo anno em que Roma viu chegar junto de seus muros as hostes germanicas commandadas por Alarico (409), invadem a Hespanha os Vandalos, os Alanos e os Suevos, occupando aquelles a Betica, estes a Galicia e os Alanos a Lusitania.

Breve foi a sua dominação porque, pouco depois, em 414, os Wisigodos, commandados por Ataulfo, successsor de Alarico, invadiram e subjugaram uma grande parte de Hespanha. Walia, eleito seu successor em 415, pactua a paz com o Imperador Honorio, toma sobre si o encargo de restabelecer a ordem na Peninsula, sob garantia de uma parte della para os romanos.

Absorvidos os Alanos pelos Suevos (419), expulsos os Vandalos para a Africa (429), foram os mesmos Suevos combatidos pelos Wisigodos, especialmente pelo Rei Theodorico, e a final definitimente incorporados pelo Rei Leovigildo, no anno 585, ao imperio godo, que assim logrou não só submetter ou expulsar da Peninsula as outras tribus barbaras, mas tambem assenhorear-se das paragens que nella haviam ficado a pertencer aos romanos, consolidando por esta fórma o poder e dominação de uma só monarchia, cujos alicerces tinham sido lançados por Ataulfo.

Inaugura esta monarchia um novo periodo da historia da Peninsula, em que á oppressão e corrupção

da Roma imperial se succedeu uma politica de tolerancia, que respeitou os costumes, leis, religião e até os tribunaes que se achavam constituidos no povo vencido, chegando a estabelecer-se uma dualidade de legislação que persistiu até á primeira metade do seculo VII, em que se fundiram as duas raças, a dos Hispano-romanos e a dos Godos invasores, e se completou a unidade legislativa com a promulgação do codigo wisigotico ou *Lex wisigothorum* (1), codigo em que se harmonizam os interessses geraes com os particulares sob a influencia dos elementos romano, godo e christão, que se vinham salientando progressivamente no direito dos tempos anteriores.

É neste codigo, destinado a resistir á invasão dos Arabes e a ser applicado em muitas das suas disposições nas monarchias da reconquista, que vamos encontrar as principaes fontes do antigo direito da monarchia portuguêsa, em cujo territorio por muitos annos vigorou (2).

83. Caracter do systema penal do Codigo wisigothico. — Producto da triplice influencia acima referida,

(1) É tambem conhecido pelos nomes de *Codex legum, Liber gothorum, Liber judicum, Fori judicum*. É attribuido ao Rei CHINDASUINDO e crê-se ter sido promulgado nos annos 649-651. No anno de 653 foi apresentado por seu [illegible], RECESUINDO ao VIII concilio de Toledo, e emendado e corrigido. Escripto primitivamente em latim, foi traduzido para hespanhol no reinado de FERNANDO III (1229 a 1234), sob o titulo de *Fuero jusgo*, e constituiu o fundo principal da legislação hespanhola posterior até ás reformas operadas no seculo XIX.

(2) Veja-se: *Historia da administração pública em Portugal nos seculos XII a XV*, pelo sr. dr. GAMA BARROS, pag. 1 e nota 2; *Portugaliae monumenta historica, Leges et consuetudines*, pag. VIII e segg.; COELHO DA ROCHA, *Ensaio sobre a historia do governo e da legislação de Portugal*, § 11; JOÃO PEDRO RIBEIRO, *Dissertações chronologicas*, tom. II, app. 7; C. DO AMARAL, *Memorias III* e *IV para a historia da legislação e costumes de Portugal* (tom. VI das *Memorias de litteratura portuguêsa*, pag. 156 e nota 62, e tom. VII, pag. 162 e nota 184), etc.

o codigo wisigothico reflecte nas suas disposições sobre materia penal (1) o systema germanico das composições (*supra*, n.° 22) misturado com o systema penal romano da expiação social e das penas corporaes (*supra*, n.° 33).

Ao contrario do que succede com quasi todas as leis barbaras, especialmente naquellas sobre que menos influencia exerceu o direito romano, taes como a *Lex Francorum*, a *Lex Alamannorum aut Suevorum*, a *Lex Saxonum*, etc., em que quasi todas as disposições são consagradas ás violencias e damnos contra os individuos e as cousas, especificando escrupulosamente o preço das composições, tendo por base do calculo a qualidade do delicto e a condição e a nacionalidade do offensor e da victima, sem attenção ao elemento subjectivo e applicando em rarissimos casos penas corporaes, o codigo wisigothico, influenciado pelo direito romano, deu muito mais importancia ás penas corporaes e ao elemento subjectivo.

A influencia do direito romano nas leis dos Wisigodos explica-se pela facilidade com que estes se adaptaram aos costumes e á civilização latina, o que lhes mereceu a denominação de *Gregos dos Barbaros* (2).

Esta influencia deu um alto gráu de superioridade ao codigo wisigothico. Diz ALBERT DU BOYS que uma das manifestações desta superioridade está

(1) Contém disposições de direito público, civil, commercial, penal e processo, distribuidas por 12 livros, 54 titulos e 576 leis. Ao direito e processo penal são consagrados os livros VI, VII e VIII.

(2) GUIZOT, *Historia da civilização na França*, 8.ª lição; ALEXANDRE HERCULANO, *Historia de Portugal*, tom. III, pagg. 168 e 169, e tom. IV, pag. 16.

no criterio adoptado para a determinação da criminalidade e para a graduação da pena — a *intencionalidade* do agente, apreciando-se um acto pela *intenção* que o provocou, mais do que pela lesão material, e procurando-se fundar a escala penal, não na condição social do offendido ou do offensor, mas na *intenção moral,* no gráu de perversidade que o acto criminoso revelasse (1).

Assim, o homicidio premeditado tinha pena rigorosissima, ao passo que o homicidio involuntario não chegava a constituir crime (reacção excessiva contra o antigo materialismo germanico); a justa defêsa é causa derimente da responsabilidade criminal.

Em geral, no codigo wisigothico a condição social do offendido pouco influia na pena; os castigos eram os mesmos quando se tratava de reparar offensas a um homem *livre,* godo ou hispano-romano. A base da desegualdade das penas, determinada pela condição social do offendido, estava só na distincção entre livres e escravos, entre christãos e judeus.

A condição social do criminoso influia algum tanto na qualidade da pena. Os tormentos não eram applicados aos nobres nem aos officiaes do paço, a não ser por crime de alta traição. Em relação ás classes de condição inferior, os tormentos eram applicados por crimes menos importantes, como o roubo de um certo valor. Aos escravos era frequentemente applicada a tortura, já para arrancar a

(1) Albert du Boys, *Historia do direito penal dos povos modernos,* tom. I, livr. I, cap. 8.º; *Historia do direito penal de Hespanha,* versão hespanhola de D. José Vicente e Caravantes, appendice sobre o *Fuero juzgo.*

confissão dos crimes proprios, já para os obrigar a revelar os crimes do seu senhor.

A principal divisão dos delictos é em públicos e particulares, e entre os primeiros distinguem-se aquelles que hoje se chamam de lesa-magestade, dos que em seus effeitos não tendem de modo directo a perturbar a ordem politico-social; distinguem-se igualmente os que são contra as pessoas, dos que atacam o direito de propriedade; e, por último, para fixar a maior ou menor penalidade do delicto, tem-se em consideração o resultado deliberadamente causado por elle, a auctoria moral e o encobrimento. Se não extinguiu inteiramente a vindicta privada, procurou ao menos limitá-la e attenuar seus effeitos, estabelecendo as treguas e o direito de asylo e esboçando a separação entre a responsabilidade civil e a criminal, sendo a primeira transmissivel aos herdeiros do delinquente, e a segunda personalissima, só applicavel a este.

Quanto ás penas, nota-se a mesma influencia.

Se para alguns crimes, como os de injurias, ferimentos e roubos, vigora o systema germanico da composição pecuniaria, para quasi todos os restantes prepondera o principio romano da expiação social, pela applicação de penas severas, que se acham espalhadas pelo codigo ás mãos cheias.

A pena em uso para os crimes mais graves era a de morte e o confisco. Consideravam-se crimes mais graves os commettidos contra o Rei e a Patria, os de homicidio, parricidio, infanticidio e incendio.

A estes seguiam-se em gravidade os de adulterio e falsidade, devendo notar-se quanto áquelle o direito que o conjuge offendido tinha de lhe serem entregues os culpados e de os reduzir á escravi-

dão, ficando com os seus bens em certos casos, e o direito que tinha o marido de matar os adulteros e o pae as filhas quando surprehendidas no momento do delicto, ou seja *in flagranti.*

Á pena de morte seguia-se a de *flagellação,* que era uma das mais frequentes, o que levou ALBERT DU BOYS a dizer, com o orgulho da sua raça, que os Francos jámais supportariam a ignominia de taes castigos. Muitas vezes a flagellação era acompanhada da *decalvação* (*turpiter decalvari*): arrancava-se a pelle da cabeça, na qual ficava uma marca indelevel.

Além destas penas, encontramos ainda as mutilações, conhecidas em toda a Europa até ao seculo XIX, a fustigação, a infamia, a marca, etc. A sodomia era punida com a castração, a prostituição com açoutes e despellejamento da testa; os falsarios eram punidos com penas pecuniarias e açoutes, e em alguns casos com a mutilação.

As lesões pessoaes castigavam-se ordinariamente com açoutes e a indemnização, e excepcionalmente com a pena de talião, se o offendido a preferisse á composição pecuniaria. Noutros casos entregava-se o offensor ao poder e discripção do offendido ou dos seus parentes para delle disporem como senhores absolutos, salva a vida em alguns casos (1).

A influencia religiosa sente-se em muitas das suas incriminações.

Neste codigo, accentuadamente theocratico, os ataques á religião, a desobediencia aos preceitos ecclesiasticos, eram perseguidos como crimes contra o Estado. O poder civil concedia todo o auxilio á Igreja na punição das offensas de caracter religioso. O III concilo de Toledo (589), onde RECAREDO fez abjuração do arianismo, ordenou que o juiz secular ajudasse o bispo na punição das infracções aos decretos conciliares. A excommunhão era acompanhada de penas corporaes.

Por isso dizem alguns escriptores que se preparava desta maneira o terreno para as futuras perseguições e futuros horrores da Inquisição. «*Devemos ao codigo wisigothico,* diz MONTESQUIEU, *todas as maximas, todos os usos da Inquisição de hoje. Os monges não fizeram mais do que copiar contra os judeus as leis outr'ora feitas pelos bispos* (1).

84. Organização judiciaria. — A administração da justiça, tanto civil, como criminal, era confiada aos duques e condes, áquelles nas provincias e a estes nas cidades; porém, em virtude das suas occupações militares, com frequencia delegavam a jurisdicção em substitutos (gardingos, vigarios e vilicos), que tomaram o nome generico de juizes ordinarios, para os differenciar daquelles que, com o caracter de extraordinarios, o Rei nomeava para determinados negocios e se chamavam *pacis assertores.*

Das decisões dos condes appellava-se para os duques, e destes para o Rei, que era o primeiro magistrado em todas as categorias, excepto quando, a pedido de qualquer dos litigantes, por julgar sus-

(2) CHAPADO GARCIA, *obr. cit.,* pagg. 202 e segg.

(1) Allude ás leis contra os judeus, que se encontram no liv. XII do codigo — *De removendis pressuris, et omnium haereticorum omnimodo sectis extinctis.* Taes leis, embora exaggeradas e mesmo crueis, eram logicas perante o espirito da epoca e filhas de um desculpavel zelo pelo bem do povo wisigodo.

peito o juiz, a decisão fosse dada juntamente pelo conde e pelo bispo, porque em tal caso, sendo conformes seus julgamentos, da decisão que tomassem só havia recurso para o Rei e não para o duque.

Estabelecia-se o principio de que, quando não houvesse lei expressa e terminante sobre um caso litigioso, o juiz se abstivesse de julgar e remettesse o processo ao monarcha para que este decidisse e podesse accrescentar-se sua resolução ás leis promulgadas.

A fim de evitar demoras na administração da justiça, fixavam-se os dias feriados e as férias, com opportunas excepções em assumptos criminaes; e para não ficarem demasiado caros os processos ás partes litigantes, fixou-se o maximo de custas que poderia exigir-se e que variava, conforme os casos, entre cinco e dez por cento do valor litigioso, addicionado com as penas pecuniarias que se impunham aos litigantes morosos ou desobedientes ás ordens dos juizes.

O comparecimento em juizo era pessoal, podendo as partes ser representadas por procuradores e sendo obrigatoria esta representação quando um dos litigantes fosse o Rei, um bispo ou um poderoso, e o outro um pobre, a fim de egualar a situação delles.

Tambem são dignas de menção especial as disposições que castigam com penas severas os juizes que se negam a julgar, os que demoram o andamento do processo, os que julgam com notoria injustiça, por desconhecimento da lei, por suborno, por amizade ou inimizade com o culpado, chegando a impor-se-lhes a pena de morte se por suborno houverem condemnado a ella um innocente.

Concede-se ao Rei o direito de perdão em favor dos réus; porém, quando se tratar de condemnados por delictos contra o Rei e contra a Patria, só póde concedê-lo com parecer dos sacerdotes e dos proceres ou magnates de sua côrte (1).

83. Processo. — Em consequencia do systema compositorio e do caracter particular que a maior parte dos crimes tinha na sociedade wisigothica, a accusação delles pertencia ao offendido ou aos seus parentes; sem esta accusação não podia haver perseguição criminal.

Todavia, para alguns crimes mais graves, como o homicidio e o adulterio, admittia-se a accusação por qualquer cidadão na falta dos interessados; admittia-se tambem noutros casos a perseguição pelos juizes *ex-officio* e favoreciam-se as denuncias premiando-se os denunciantes. Mas, além de serem restrictos estes casos, respeitavam quasi todos a crimes religiosos e outros em que não havia offensa a particulares.

Para evitar accusações infundadas ou calumniosas, os juizes não podiam proceder, sob graves penas, a respeito de delictos em que houvesse de impor-se a pena de morte sem que o accusador offerecesse a prova; e quando se offerecia sómente prova indiciaria dos factos denunciados, sem que o denunciante apresentasse o que constituia o indicio ou se obrigasse a soffrer a pena imposta ao delicto, caso o denunciado fosse julgado innocente (2).

(1) É principalmente no liv. II, *De negotiis causarum*, que se encontram as disposições relativas á organização judiciaria. Vejam-se o tit. I, leis 10, 11, 13, 15, 18, 19, 20, 22, 24, 25, 27 e 28; tit. II, lei 9; tit. III, lei 9; livr. VII, tit. IV; livr VI, tit. I, lei 6.

(2) Livro VI, tit. I, leis 2, 4, 5 e 6.

Em materia de provas admitte-se a testemunhal, a documental, o juramento dos litigantes, e das *ordalias* só o juramento compurgatorio e a tortura, mas não as do duello, fogo, agua fervente e outras que em seculos posteriores se puseram em prática para a averiguação dos delictos; e, mesmo em relação ás primeiras, ordena-se que não se abuse dellas sob severa pena ao juiz que tal fizer; só se admittiam em último logar e na falta de outra prova (1).

Apesar disto, não deixa de ser verdadeira a opinião daquelles auctores que attribuem aos Germanos as ordalias da reconquista.

Segundo o testemunho de TACITO, estas provas, ou meios de justificar a inculpabilidade ou innocencia do accusado, eram muito do caracter dos godos, e o facto de o codigo wisigothico só muito restrictamente as admittir, mostra apenas que a lei as reprovava, o que não significa o mesmo que a extincção dellas.

Como nota um escriptor moderno (PUJOL), é preciso não esquecer que em quasi todas as sociedades existe a par de uma ordem legal representada nos codigos, uma ordem extra-legal que, por estar em inteira contradição com aquella, não deixa de ter igual força. O combate judicial e o juramento compurgatorio eram outros tantos institutos de origem germanica bem radicados nos costumes, e por isso os vemos espontaneamente resurgir mais tarde, após a quéda do imperio wisigothico, quando sobre as suas ruinas se levantaram os Estados christãos em que entraram os restos das sociedades antigas. Numa doação á igreja de Oviedo por

(1) Livro VI, tit. I.

ORDONHO I, em 857, reconhece-se expressamente a legitimidade da prova da agua fervente; e o concilio de Leão, de 1020, admitte não só esta prova, mas tambem a do combate judicial, e nos costumes e nos foraes é trivialissima a prova do juramento compurgatorio.

O mesmo succedeu quanto á revindicta exercida pelos parentes da víctima. O codigo wisigothico parece condemná-la formalmente, como se vê do texto seguinte: «*Omnia crimina suos sequantur auctores, nec pater pro filio, nec filius pro patre, nec uxor pro marito, nec maritus pro uxore, nec frater pro fratre, nec vicinus pro vicino, nec propinquus pro propinquo, ullam calumniam pertimescant; sed ille solus judicetur culpabilis, qui culpanda commisit, et crimen cum illo qui fecerit, moriatur. Nec successores aut haeredes pro factis parentum ullum periculum pertimescant*».

Todavia este direito reapparece nos Estados da reconquista e resiste, até ao seculo XIV, aos esforços do poder central para o debellar (1).

86. Juizo critico do codigo wisigothico. — Não tem faltado quem o tenha deprimido com censuras, nem tão pouco quem o tenha cumulado de elogios.

Entre os primeiros salienta-se MONTESQUIEU no *Espirito das leis*, onde, referindo-se a elle, disse: «as leis dos wisigodos são puerís, torpes e idiotas; inuteis para o fim a que visam, cheias de rhetorica e vazias de sentido, frivolas no fundo e gigantescas na fórma».

(1) Veja se: FUSTEL DE COULANGES, *Historia das instituições politicas da antiga França*, vol. I, pag. 211; Sr. dr. GAMA BARROS, *obr. cit.*, pag. 28 e 29; PEREZ PUJOL, *obr. cit.*, tom. II, pagg. 71 e 72.

Contra tão apaixonada crítica, superficial e ignorante do merito do codigo, se insurgiram muitos publicistas.

Fallando desta obra e da apreciação de MONTESQUIEU, diz GIBBON: «O presidente MONTESQUIEU tratou-a com uma excessiva severidade. Desgosta-me certamente seu estylo, como me é odiosa a superstição que nella se encontra; porém, não receio dizer que a sua jurisprudencia annuncia e revela uma sociedade mais culta e mais illustrada do que a dos Burguinhões e ainda a dos Lombardos» (1).

Na sua *Historia Universal* expressa-se CESAR CANTU nestes termos: «Não havendo sido redigido este corpo de leis por estupidos magnates sem outro merito que a força, mas sim por prelados versados no direito romano e canonico, supera a todos os mais em justiça, em doçura, em precisão, em amplidão de vistas sobre os direitos do homem, sobre os interesses da sociedade, sobre o direito penal».

Não é menos favoravel a apreciação que delle faz GUIZOT na sua *Historia da civilização europeia*, nem a da maior parte dos escriptores peninsulares, como SEMPERE, PACHECO, HINOJOSA, LA FUENTE, etc.

Para comprovar o seu merecimento, poderiam invocar-se ainda as differentes edições impressas que delle se fizeram tanto na Hespanha, como fóra, e ainda a sua sobrevivencia á quéda da monarchia goda durante as epocas seguintes, que não só

(1) *Historia da decadencia e destruição do Imperio romano*, tom. IX, cap. 38.

o acataram como monumento, mas que o observaram como lei e se curvaram perante sua sabedoria. Toda a legislação peninsular da Idade-media se informou na wisigothica e a applicou, estabelecendo só algumas variantes impostas pela necessidade e pela importancia da reconquista do territorio nacional ás hostes mauritanas.

87. A invasão arabe e o codigo wisigothico. — Em 711 feriu-se a batalha do Guadalete e, com a derrota dos Wisigodos, inicia-se o dominio dos Sarracenos na Peninsula.

Ha quem, sem razão nem fundamento legal, tenha julgado que a obra legislativa dos monarchas godos pereceu com a monarchia goda nas margens do Guadalete. Mas nem isto podia considerar-se como effeito necessario da conquista da Peninsula pelos Mahometanos, visto a politica de tolerancia por elles seguida em todos os territorios que occuparam (1), nem tão pouco existe documento algum que o comprove, antes, pelo contrario, são conhecidos muitos que attestam de um modo indubitavel que durante os annos da guerra de defêsa, que precederam os primeiros da reconquista, o codigo wisigothico foi a unica lei dos Wisigodos e que

(1) É hoje opinião geralmente seguida que os caudilhos arabes preferiam a capitulação á tomada das cidades pela força, fazendo concessões vantajosas no primeiro caso, e não abusando da victoria quando tinham de recorrer á última fórma de conquista. São prova disto as capitulações de Sevilha, Toledo, Valencia, Tortosa e muitas outras cidades, ás quaes se conservou o goso da sua religião, das suas propriedades públicas e particulares, das suas leis e tribunaes, pagando sómente um tributo não exorbitante e não se lhes impondo obrigação alguma das da religião islamita (CHAPADO GARCIA, *obr. cit.*, cap. XIV, pag. 250; COELHO DA ROCHA, cit. *Ensaio*, §§ 48, 49 e 50).

D. PELAIO e os seus parciaes o conservaram no territorio das Asturias que occupavam.

Começada essa gigantesca lucta que se chama a reconquista neo-gothica, vê-se que em toda a parte, onde se reconstitue um povo godo, impéra a lei de CHINDASUINDO, mas já com restricções.

O caracter de leis geraes e unicas que as do codigo wisigothico tiveram no seculo VII e primeiro terço do seculo VIII perderam-o na epoca da reconquista, conservando o de direito subsidiario (1).

(1) CHAPADO GARCIA, *obr. cit.*, pagg. 220 e segg.

CAPITULO IV

Direito penal portuguès até ás Ordenações

88. Direito wisigothico, consuetudinario e foraleiro.— Á fundação do Reino das Asturias por PELAIO depois da batalha de Covadonga em 718, seguiu-se em 909 a dos Reinos de Leão e de Galiza, desmembrados daquelle por D. AFFONSO III, que o dividira pelos seus três filhos FRUELA, GARCIA e ORDONHO, o de Castella no meado do seculo X, os de Aragão, Navarra e Catalunha nos principios do seculo XI e o de Portugal no começo do seculo XII.

Esta desmembração, que, por effeito da reconquista, soffreu a Hespanha goda, mostra claramente que, sem embargo da persistencia do espirito monarchico e dos elementos informadores do codigo wisigothico, a situação politica e juridica da Hespanha soffreu profundas mudanças e transformações.

A mudança das condições sociaes não permittia que nas monarchias novi-godas continuassem vigorando inteiramente as antigas instituições. Outras necessidades e outras circunstancias impunham nova legislação, e tambem o respeito dos costumes estabelecidos e dos direitos adquiridos, que tinham a sua origem na fórma por que a população christã provera á sua administração, quer se tratasse de territorios onde o dominio dos Arabes fizera sentir mais directamente a sua auctoridade, quer sobretudo onde as povoações tivessem sido fundadas

em pontos mais afastados dos centros principaes do governo musulmano e onde, por consequencia, deviam ser maiores as liberdades, que a reconquista vinha encontrar no modo por que se regia essa pequena sociedade.

A falta de um poder central que estendesse a sua acção a todo o territorio e ahi a conservasse firme e permanente; a difficuldade de communicações entre os differentes centros de população; a falta de segurança pública e a rudêza daquelles tempos de barbarie; as necessidades da reconquista e outras circunstancias hoje de difficil determinação; tudo isso, que não permittia em geral que o homem alargasse os seus sentimentos, os seus affectos, os seus interesses para fóra da sua familia e da sua terra — determinou o isolamento de pequenas sociedades, e em resultado a diversidade do direito em cada senhorio, em cada concelho, em cada terra.

Taes foram, na opinião do sr. GAMA BARROS (1), as causas que produziram o predominio do *direito consuetudinario* ou *usos da terra,* e dos *foraes,* obedecendo, não ao espirito de unidade que a Igreja e o poder real tinham imprimido na legislação wisigothica, mas ás necessidades e ás circunstancias locaes e de occasião.

Segundo este escriptor, o direito consuetudinario devia necessariamente representar: 1.° usos e habitos cuja origem se perde na escuridão dos tempos; 2.° a tradição romana mantida na lei geral dos Godos e no governo municipal; 3.° os antigos costumes germanicos, que os legisladores não

(1) GAMA BARROS, *obr. cit.,* vol. I, pag. 32.

haviam sancionado no codigo geral, mas que se conservaram com tenacidade resistindo ao influxo da tradição romana; 4.° a influencia da Igreja; 5.° finalmente, os costumes dos moradores e a acção constante do tempo.

É impossivel precisar com exactidão os costumes que remontam a cada uma dessas origens, modificadas e confundidas como foram por innumeras causas, mas, seja qual for a sua proveniencia, é incontestavel o predominio deste direito.

O concilio de Leão de 1020 manda, nos artt. 14.° e 19.°, observar os costumes da terra e são muitos os monumentos que attestam que os costumes tinham em Portugal a força de direito.

Nos foraes são frequentes as referencias ao direito consuetudinario, e apesar dos progressos que teve a legislação geral, em que foram consignadas muitas disposições de direito consuetudinario, ha monumentos dos seculos XIV e XV, e, nomeadamente, os capitulos das côrtes de 1472, que nos dão exemplos de se decidir por costumes, posto que de nenhum modo louvaveis por contrariarem o direito geral, mas em razão da sua antiguidade (1).

O codigo civil ainda os manda observar em alguns poucos casos (artt. 438.°, 1098.°, 1623.° e 2096.°).

Uma outra fonte importante do direito local eram as doações régias e os foraes.

Caducados pela conquista sarracena todos os di-

(1) No *Portugaliae monumenta historica, Leges et consuetudines,* acham-se publicados os costumes de varios concelhos, que foram compilados e reduzidos a escripto no principio do seculo XIII, e talvez ainda antes.

reitos de propriedade anterior, e pertencendo ao rei tudo quanto se adquirisse e tomasse de novo ao inimigo, aquella auctoridade dispunha do territorio da maneira que julgava mais conveniente á nova situação criada pela conquista, ou para respeitar situações já criadas, ou para premiar serviços, ou para cobrir as fronteiras com fortalezas e povoações que fossem o nucleo da defêsa e ponto de partida para novas conquistas, ou para estabelecer pequenas povoações em que se fixassem aquelles que não podiam ir á guerra e se firmasse o novo poder economico e administrativo que se reconstituia. Daqui as doações regias aos proceres e nobres, aos bispos e abbades com seus privilegios e isenções; daqui tambem as cartas de povoação, em que se determinavam os direitos e obrigações respectivas do Rei e dos Senhores com os homens do povo ou vassalos, e a que em geral se deu o nome de *foraes*.

Foram pois as alterações politicas e moraes do país, os novos interesses e as novas ideias que produziram a substituição das antigas leis por outras mais amoldadas ás circunstancias. A cada passo a lei era excepcionada para aquelle effeito de attraír povoadores e colonos por meio da concessão de isenções e privilegios. Daí o predominio do direito local ou foraleiro, como fica dito, em todos os Estados da reconquista, incluindo o português (1).

89. Systema penal do periodo foraleiro. — Na maior parte dos foraes a punição dos crimes, ainda os mais graves, parece reduzida a simples composição e

(1) Coelho da Rocha, *Ensaio sobre a historia do governo e das instituições em Portugal*, §§ 89, 90 e 96.

multa, com quanto nalguns appareçam penas severissimas, até para crimes leves.

Donde a generalidade dos escriptores, antes de A. Herculano, ensinando que o fim principal dos foraes era reprimir os crimes e regular as relações civis, deduzia que na jurisprudencia desta epoca vigorava, quasi exclusivamente, o systema germanico da composição.

Referindo-se ás penas dos crimes de violencia e licença, diz Caetano do Amaral: «Eram as penas destes crimes, ainda mesmo do homicidio (segundo o espirito da legislação criminal destes tempos) *pecuniarias*, e formavam uma boa parte do real Fisco, pertencendo a sua cobrança ao Saião do Rei, a cuja exacção chamavam *calumnia* ou *injuria*, nome que tambem davam á mesma multa» (1).

Porém, depois das profundas e sabias investigações e estudos do benemerito fundador da nossa historia, já não é licito attribuir este caracter aos foraes nem considerar a penalidade nelles estabelecida como a unica da epoca (2).

«Os nossos escriptores, diz A. Herculano, geralmente confundem a calumnia ou tributo criminal com a reparação da offensa. Por outro lado, é opinião commum que a reparação pecuniaria era um principio juridico que abrangia todos os crimes, ainda os maiores, e substituia, ou, pelo menos, podia substituir em todos elles a pena corporal» (3).

(1) Cit. *Memoria IV*, pag. 166; veja-se tambem Coelho da Rocha, *Ensaio cit.*, § 81, e pag. 36, nota 1.
(2) A. Herculano, *Historia de Portugal*, tom. IV, pagg. 380 e segg.
(3) *Obr. cit.*, tom. IV, pag. 381.

As penas corporaes, incluindo a mutilação e a morte, até com circunstancias atrozes, existiam na jurisprudencia municipal, tanto do nosso país como dos outros reinos de Hespanha. O direito local refere-se frequentemente a essas penas. HERCULANO menciona muitas dellas e conclue que as penas corporaes eram impostas durante a epoca foraleira, senão por virtude dos foraes, pelo menos por applicação do direito consuetudinario ou do codigo wisigothico.

«Se attendermos ao complexo do systema de reparação dos delictos nos nossos concelhos durante os seculos XII e XIII, acharemos, affirma o mesmo escriptor, que na indole delle subsiste a jurisprudencia penal wisigothica, embora houvesse caído em desuso numa ou noutra parte, e se achasse modificada, não só pelas circunstancias do estado social, mas talvez ainda pela influencia dos costumes dalém dos Pyrineus... A pena de morte nos delictos mais graves, os açoutes em alguns casos de ferimentos e injurias pessoaes, o anoveado nos roubos, a servidão imposta em certas hypotheses aos delinquentes, e até aos devedores, a mutilação em outros, etc., nada mais são do que tradições dos tempos gothicos, e do que uma prova do predominio quasi não interrompido da legislação do *Liber Judicum,* que se acha assim revalidada pelos costumes locaes» (1).

Contra os que consideram os foraes como breves codigos civis e criminaes, HERCULANO sustenta que elles são antes collecções de direito público, principalmente fiscal, destinadas a fixar as relações dos municipes com o senhor da terra ou com o Estado, principalmente em materia tributaria (1).

(1) *Obr. cit.*, pag. 385 e 386.

Se pois os foraes se occupavam da reparação, era só pela relação que ella tinha com os interesses do fisco. A coima ou calumnia é verdadeiramente antes um *tributo sobre a criminalidade*, do que uma substituição da vindicta pública, ou uma pena. A indole de tributo revela-se quando a multa é orçada numa quota da reparação ao offendido. É metade, é um terço, é um setimo que daquella reparação se ha de deduzir para o fisco.

A indemnização ao offendido apparece muitas vezes nos foraes, não tanto para a fixar em relação aos diversos delictos, como porque, sendo de ordinario a *calumnia* uma quota parte da reparação, era necessario fixar esta para determinar aquella, o que aliás não impedia a parte lesada de receber maior composição nos casos em que, pelo direito consuetudinario, fosse realmente maior do que a fixada no foral, como succedia, por exemplo, na Guarda, cujo foral fixava a composição para o homicido em 300 soldos, de que se deduzia a setima parte para o fisco, ao passo que pelos respectivos costumes o homicida era enforcado e os seus bens divididos entre o concelho, os alcaides e a *familia da victima* (2). «A phrase — *não deis por homicidio senão trezentos soldos avaliados pelo concelho, de que se deduza a setima parte para o fisco* — longe de importar uma lei penal, importa uma concessão, um privilegio em materia de tributos. Essa phrase presuppõe justamente a possibilidade de um direito

(1) *Obr.* e *log. citt.*, pag. 392.
(2) DIAS DA SILVA, *Responsabilidade civil connexa com a criminal*, tom. I, n.os 28 e 29.

consuetudinario diverso. Seja qual for o castigo imposto por este aos homicidas, o fisco só póde exigir como calumnia o setimo de trezentos soldos ou do seu equivalente, embora na praxe sejam diversas as composições» (1).

A fixação da composição pelo foral tinha pois unicamente por fim a fixação da calumnia, como quota parte da mesma composição, que ás vezes nem era determinada, porque se considerava conhecida pelo uso, referindo-se apenas o foral á *quota fiscal*.

Albert du Bois, relativamente ao foral de Najera, diz que elle mandava dar 250 soldos ao rei pela morte de um infanção e 100 pela de um vilão. Mas não se pense, observa este escriptor, que tal multa constituía toda a penalidade: representava apenas o antigo *fredum* e os direitos da justiça do rei. Este e varios outros *fueros* tinham por fim principal regular as relações do soberano com o povo. Além desta carta, estas cidades livres tinham a sua constituição interior, nem sempre conhecida.

Se em alguns foraes se encontram por vezes prescripções respeitando pura e exclusivamente ao direito penal e ao privado, era apenas accidentalmente, ou com o fim de alterar o costume sabido e fixar o incerto, ou como effeito da falta de espirito moderno de symetria, ordem e classificação, que neste tempo não existia, e da fluctuação e incompleto das ideias que então se manifestava em tudo. Tambem, apesar da indole predominante dos foraes ser a que fica exposta, nem por isso se regula-

(1) A. Herculano, *obr.* e *tom. citt.*, pag. 397.

vam nelle todas as relações entre o concelho e a entidade que o déra, como succedia com certos tributos, a collecta (colheitas), por exemplo, que existia em muitos municipios, cujas cartas constitutivas eram aliás omissas a seu respeito, havendo aliás provas indubitaveis da cobrança do tributo antes e depois da concessão do foral. Póde affirmar-se como provavel que não se reputava como necessario referir expressamente na carta de foral certos tributos que, ou eram inherentes á soberania, ou estavam geralmente introduzidos, salvo quando era necessario modificá-los ou extingui-los.

Póde, pois, concluir-se que estes diplomas aliás importantissimos para o estudo do direito público, principalmente na parte administrativa, não têem para o direito civil e criminal a importancia que indevidamente se lhes attribuiu (1).

Do que expusémos conclue-se a existencia, no systema penal da jurisprudencia foraleira, não só das composições, como affirmavam os escriptores anteriores a Herculano, mas tambem das penas corporaes, que se applicavam por execução do direito consuetudinario ou do codigo wisigothico, se o foral era omisso relativamente a essas penas.

As cartas constitutivas dos concelhos regulavam ordinariamente as multas, a que algumas vezes se ajuntava a composição; mas nem uma nem outra salvava o delinquente da pena corporal, quer esta fosse applicada pelo poder público, quer pela usança barbara da vindicta particular, barbaro systema que, obliterado ao menos legalmente nos tempos

(1) Sr. dr. Gama Barros, *obr. cit.*, pag. 36.

gothicos, as circunstancias tinham feito resuscitar para se protrahir durante muito tempo na nossa legislação.

Effectivamente a vindicta, a *faida,* que o *wergeld* ou composição substituíra, torna a apparecer nos monumentos, se não positivamente como regra juridica, ao menos como direito não escripto, que a lei não ousava condemnar, e que, attenta a propria impotencia, diz HERCULANO, acceitava como meio repressivo.

O historiador attribue a differentes causas esta accumulação de meios repressivos. É provavel que, apesar de predominar na jurisprudencia gothica a ideia contraria ás *faidas,* a violencia das paixões as conservasse na prática, toleradas pelos magistrados e officiaes públicos, do mesmo modo que o têem sido os duellos nos tempos modernos. Apesar de estabelecida a composição em todos os codigos barbaros, ainda nos fins do seculo VIII as *faidas* subsistiam, como provam os Capitulares de CARLOS MAGNO.

Na Hespanha, entre os Godos das Asturias, pelas relações destes com os Francos, conserva-se o costume das *faidas,* e fortifica-se, até constituir uma jurisprudencia consuetudinaria, não sendo de certo indifferente o exemplo dos povos christãos dalém dos Pyrineus.

Por outro lado, accrescenta HERCULANO, é preciso ter em vista o estado social dos Godos das Asturias. Como diz GUIZOT, viviam embrenhados nas serranias, não raro vagabundos ou divididos em mesnadas, retrocedendo naturalmente ao viver dos seus antepassados errantes nas selvas da Germania.

E assim, com os habitos selvagens e ferozes adquiridos em tão precaria existencia e dada a falta de auctoridade dos chefes (até porque faltavam instituições civis), não admira que apparecessem as *faidas* ou vinganças pessoaes e de familia.

A restauração da civilização hispano-goda no reino nascente de Oviedo e Leão não podia, em virtude da guerra incessante com os sarracenos e pela falta de organização social perfeita, sujeitar a punição de todas as offensas á acção do poder público, o que em epocas mais pacificas se não conseguira.

Daqui a accumulação monstruosa do *wergeld* ou composição com as penas aflictivas (como a morte, a mutilação e os açoutes), com a escravidão, com a revindicta ou *faida,* com a multa ou *fredum,* — pela recrudescencia da barberie germanica a par da restauração das instituições wisigothicas, em que predominava, quanto á repressão, a jurisprudencia romana.

Á faida se referem as expressões triviaes nos foraes *sit inimicus,* ou *et insuper sit inimicus suorum parentum,* synonimas de *sit homicida,* ou *sit homizieiro,* isto é, equiparado ao matador e, portanto, como elle sujeito á vingança dos parentes, a ser assassinado por elles (1).

90. Leis penaes geraes. — Não era o codigo wisigothico a unica lei geral sobre materia penal que, na falta de providencias especiaes do direito local, vigorava durante este periodo (2).

(1) A. HERCULANO, *obr. cit.,* pagg. 391 e 398, notas.

(2) Cumpre notar que a acção destas leis geraes não podia deixar de ser limitada pelas immunidades das classes e pelos privilegios locaes, e que por isso seria grave erro ligar á idcia de genera-

Cedo começaram os nossos reis a estabelecer diversas providencias de caracter penal, mas das anteriores a D. Affonso II só nos restam vestigios fornecidos por monumentos estranhos, como, por exemplo, uma de D. Affonso Henriques, que manda encarcerar as mulheres deshonestamente entregues a clerigos, e que só é conhecida pela referencia que a ella faz uma bulla de Gregorio IX (1).

De entre as leis de D. Affonso II, feitas nas côrtes de Coimbra de 1211, merecem menção especial, por dizerem respeito á materia de que tratamos, uma que prohibe executar a sentença que imponha a pena de morte ou a mutilação antes de decorridos 20 dias depois da condemnação; outra que ordena que as injurias e damnos não sejam vingados por força e auctoridade proprias, mas pela pública, e outra que dispõe que nas causas de violencia, injurias e desafios os clerigos respondam perante os respectivos bispos (2).

Por D. Affonso III foram tambem promulgadas nas cortes de 1251 leis geraes sobre materia penal, punindo a violação do domicilio, principalmente pelos nobres, o furto de roupas e o abigeato.

Muitas são as leis penaes do reinado de D. Dinís, sobre diversos assumptos, como fiança crime, homicidio, adulterio, falsificação de séllos, falso

lidade neste caso o alcance que só depois a legislação conseguiu obter quando o desinvolvimento da auctoridade real e o consequente abatimento dos poderes que lhe embargavam o passo haviam operado na organização da sociedade uma profunda transformação (Sr. dr. Gama Barros, *obr. cit.*, pag. 69).

(1) Vid. o cit. *Port. Mon. Hist.*, Introd., pag. VII.

(2) Encontram-se publicadas, bem como as dos reinados seguintes, no cit. *Port. Mon. Hist.*, pagg. 145 e segg.

testemunho, occultação de malfeitores, concussão, vindicta collectiva, etc., sendo estes dois últimos crimes punidos com pena de morte.

De D. Affonso IV ha tambem leis penaes sobre adulterio, rapto, estupro, falsificação de moeda, assuada, peita, etc. São para notar duas leis deste reinado sobre o exercicio da vindicta particular, insertas ambas nas Ord. Affons., liv. V, tit. 53.

A primeira, declarando que no reino era uso que cada um queria encoimar morte e deshonra de séus parentes, segundo lhes pertencia em devido, avoca para as justiças reaes o direito de punir, mandando que o offendido accuse perante ellas; e revoga outra lei, que, tolhendo os homizios, fazia excepção dos fidalgos, entre os quaes e «outras gentes» o costume era mantido. A todas as classes se estendiam agora as providencias desta lei.

A segunda foi determinada pelas queixas e protestos dos nobres, que allegavam em primeiro logar o costume estabelecido, e em segundo logar a severidade extraordinaria da pena de morte contra qualquer pessoa que usasse da vindicta. Em virtude dessas reclamações, D. Affonso IV manteve a prohibição da lei anterior, mas temperou a pena a applicar contra o exercicio da vindicta, graduando-a segundo a gravidade desta, dependendo tal gravidade da condição da pessoa perseguida (fidalgo, não fidalgo, homem honrado, homem vil), e do facto de saír do reino ou de andar o offensor escondido á acção da justiça.

Do cruel D. Pedro ha uma lei sobre tortura e determinando em que casos os optimates, patricios, cavalleiros e doutores podiam ser submettidos a ella; e de D. Fernando outra determinando que os vadios e mendigos que não fossem velhos ou doen-

tes ou fossem expulsos da cidade, ou obrigados a certos serviços e principalmente adscriptos á cultura dos campos como servos da gleba.

De D. João I e D. Duarte não são muitas as leis penaes, mas deram-se nestes reinados dois factos que muito influiram no nosso direito penal.

O primeiro monarca mandou traduzir para português o codigo de Justiniano, acompanhado das glossas de Accurcio e dos commentarios de Bartholo, e mandou observá-lo como lei nacional nos casos omissos nas leis e costumes do reino (1).

Que o direito consuetudinario, apesar de contrariado pelos esforços do poder central, ainda então conservava o seu predominio, vê-se do cap. 17.º das côrtes de Lisboa de 1439, em que, a pedido dos povos, se resolveu que em cada concelho se guardassem sómente aquelles capitulos que os procuradores escolhessem e quisessem levar, porque alguns havia, dizia-se, que, sendo proveitosos para uma terra eram prejudiciaes a outra.

Foi tambem este monarca que incumbiu o corregedor da côrte João Mendes de coordenar e reformar as leis do Reino, cuja multiplicidade dava logar a duvidas dos julgadores, mas só no reinado de D. Duarte é que appareceram o *Livro das leis e posturas* e as *Ordenações de D. Duarte,* trabalhos preparatorios para a reforma, que só foi levada a cabo no reinado de D. Affonso V, em 1446, com o nome de Ordenações Affonsinas.

(1) A Carta regia de 18 de abril de 1426, que assim o decretou, foi dirigida ao municipio de Lisboa e acha-se publicada nos *Annaes do municipio de Lisboa*, n.º 31, pag. 250, e na citada obra do sr. dr. Gama Barros, pag. 67, nota 1.

91. Organização judiciaria. — Ou fosse por um titulo emanado da corôa (doações régias), ou por mero facto sancionado pela posse que fazia presumir aquelle, os Senhores das terras, tanto seculares como ecclesiasticos, exerciam nos seus coutos e honras uma parte do poder público, incluindo o de administrar justiça, quer civil, quer criminal.

Além da jurisdicção exercida pelos Senhores, havia nos municipios os juizes nomeados pelo povo, alvasís e alcaides, que, embora confirmados pela corôa, pareciam derivar unicamente o seu direito de eleição popular. A maior parte dos foraes concedia aos municipios a faculdade de elegerem os seus juizes ordinarios, que, segundo os costumes, administravam justiça no concelho com a intervenção de homens bons.

Parece que por largo tempo os concelhos se deram bem com esta instituição e que a consideraram como o palladio das suas liberdades e uma garantia da sua existencia municipal.

E os monarcas, apesar de tentarem e conseguirem destruir a jurisdicção senhorial e fazer com que todos reconhecessem a sua supremacia na administração da justiça e considerarem o rei como o primeiro juiz do reino, de quem todos os mais não eram senão representantes, condescenderam por muito tempo com os municipios, de cujo auxilio necessitavam na grande lucta que emprehenderam contra a nobreza.

Foi D. Affonso IV o primeiro que cautelosamente fez tentativas para substituir os juizes locaes pelos juizes de fóra, os de eleição popular pelos de nomeação real. Mas, sem embargo dos pretextos artificiosos e subtís ao abrigo dos quaes pretendia fazer-se a substituição, e que constam da resposta

ao art. 37.º das côrtes de Lisboa de 1352 e tambem da resposta a um outro das de Elvas de 1361, os municipios sentiram o golpe e reagiram.

Não podendo introduzir juizes seus no territorio dos municipios teimosos na defêsa dos seus direitos, quís ao menos o monarca alargar o mais possivel o seu direito de fiscalização suprema, que ninguem lhe disputava.

Os meirinhos foram convertidos em corregedores, e a sua jurisdicção consideravelmente ampliada.

Este cargo tinha por caracteristica principal a fiscalização suprema, tanto nos negocios judiciaes, como nos policiaes e administrativos.

Pelo estabelecimento dos recursos e por meio da fiscalização dos corregedores, e, mais tarde, pelo estabelecimento da magistratura dos juizes de fóra e da do ministerio público, os monarcas conseguiram impor unidade na administração da justiça.

92. Processo. — Era o mesmo para as causas civis e para as criminaes, e para todas de uma extrema simplicidade.

Precedia queixa vocal perante os juizes e chamamento do réu; seguia-se a discussão da causa. O systema das provas é que variava. Empregavam-se para isso diversos meios: inqueritos, depoimentos de testemunhas em juizo, documentos, juramento simples, a compurgação e os chamados juizos de Deus.

O systema de provas variava, não segundo a natureza do litigio, mas conforme a maior ou menor

barbarie que ainda reinava nos actos da população (1).

Por outro lado, a justiça não intervinha na punição dos crimes sem que o offendido, ou a pessoa a quem se transmittia o seu direito, os accusasse.

Era uma consequencia de os delictos serem então considerados geralmente como crimes particulares.

É verdade que havia no direito português, como no wisigothico, como no de todas as sociedades que temos estudado, crimes públicos, offensas á sociedade. Os proprios delictos privados vão sendo progressivamente *criminalizados,* como o homicidio e o adulterio. Em todo o caso só confusamente apparece nos foraes a accusação *ex-officio* para o homicidio.

A accusação era pois essencialmente *particular,* pertencendo ao offendido ou aos seus parentes. Os foraes por vezes acautelavam que essa garantia da liberdade burguêsa não fosse infringida. Ninguem podia ser condemnado sem accusador: *sine raucura* ou *sine raucuroso* (2). E assim se explica a existencia nos foraes de algumas disposições de processo: eram garantias dos municipes e por isso necessario era consignál-las nelles.

Do caracter particular da accusação derivavam as seguintes consequencias:

a) O processo ficava nullo por falta de citação de algum dos parentes a quem *in solidum* pertencesse o direito de accusar.

---

(1) A. Herculano, *Historia de Portugal,* tom. IV, liv. VIII, div. 3.ª, *passim,* nomeadamente, pagg. 348 e segg.

(2) Herculano, *obr. e tom. cit.,* pagg. 194, 294, 307, 347, etc.

b) Não havia perseguição criminal desde que o offendido e os seus parentes concediam o perdão.

c) Não aproveitava o perdão concedido pelo tutor em prejuizo do direito do menor, ou por algum dos parentes sem consentimento dos outros.

d) Tambem não aproveitava o perdão do Rei sem audiencia dos interessados. O mesmo Rei só dava o perdão condicionalmente «se outras partes ahi não ha, a que a accusação da dita morte pertença», doutrina que passou para a Ord. Filippina, liv. V, tit. 130, §§ 1.º e 3.º (1).

Havia a perseguição *ex-officio* contra auctores dos crimes dirigidos exclusivamente contra a sociedade, e, como dissémos, apparece confusamente nalguns foraes esta fórma de perseguição contra os homicidas. Mas esta fórma de perseguição, confusamente mencionada pelos textos, não era mais do que a applicação tímida e ainda incerta de um principio que só mais tarde se desinvolveu sob a influencia de causas diversas. Primeiramente, determinou D. Affonso IV, por uma lei que tambem passou para a Ord. Filippina, liv. V, tit. 122, que, quando a accusação ou querella fosse abandonada pelo auctor, o juiz proseguisse *ex-officio;* posteriormente, a accusação officiosa estendeu-se aos crimes mais graves, quando fossem *manifestos* ou *flagrantes*. Os progressos intellectuaes permittiam já ver nos crimes particulares offensas á sociedade. Por outro lado, reconheceu-se o perigo que resultava da impunidade dos grandes criminosos, ao mesmo tempo que se impunha o interesse fiscal de perceberem

(1) Silva Ferrão, *Theoria do direito penal,* discurso preliminar, pag. 50.

os reis ou os senhores as multas e calumnias nas terras foraleiras. Esta perseguição só era admittida a principio, como excepção e por privilegio do monarca.

Mais tarde, ao systema privilegiado da perseguição dos crimes mais graves, succedeu o systema do *processo inquisitorio,* que se tinha estabelecido na Igreja para a repressão dos herejes, e que práticamente traduz este principio, fixado no tempo de Innocencio III — *Evidentia patrati sceleris non indiget clamore accusatoris.*

Do direito canonico estabelecido nas decretaes de Gregorio IX, que cedo começaram a ser conhecidas em Portugal, e tambem do direito romano, o systema inquisitorio passou para os tribunaes leigos. Os juizes seculares passaram a *inquirir ex-officio* de todos os crimes, por simples denuncia, queixa do offendido ou mera suspeita. Eram as *inquirições* ou *devassas*. A devassa podia ser *geral* ou *especial: geral,* para todos os crimes praticados dentro de uma determinada circumscripção; *especial,* para certo crime de que havia denuncia ou suspeita.

Ao mesmo tempo complicava-se o processo. Passou a ser escripto, adoptando-se as fórmulas e complicadas solemnidades da jurisprudencia romana.

CAPITULO V

Direito penal portuguès desde as Ordenações até ao reinado de D. Maria I

93. Ordenações. — A fim de obviar aos inconvenientes resultantes da complexidade e diversidade do direito em vigor, disperso pelos antigos foraes, pelo codigo wisigothico, pelo direito romano e canonico, e por um grande numero de leis avulsas promulgadas durante a primeira dynastia, e extraído ainda em parte dos usos e costumes antigos, pediram os povos em côrtes a D. João I que se organizasse um codigo.

Já no capitulo anterior nos referimos aos trabalhos emprehendidos no reinado de D. João I e que concluiram pela promulgação, durante a menoridade de D. Affonso V, de umas *Ordenações do Reino,* que do seu nome tomaram a designação de *Affonsinas.*

Podem considerar-se estas Ordenações o primeiro trabalho de codificação da legislação portuguêsa.

Á similhança das decretaes de Gregorio IX, dividem-se em cinco livros e estes em titulos.

Em alguns destes, em que se propõe legislação novamente concebida, qual é a que os legisladores adoptaram do direito romano, as disposições são redigidas em fórma puramente legislativa em nome de D. Affonso V, como succede principalmente no livro I, que contém o regimento de todos os cargos públicos, incluindo os municipaes e as disposições relativas ao serviço militar. Quando, porém, se reproduz direito estabelecido anteriormente por leis, capitulos de côrtes, concordatas, etc., e é isto o que succede na maior parte dos titulos dos outros livros e em alguns do primeiro, transcrevem-se os proprios termos em que foi originariamente concebida a lei (1), precedendo a transcripção um breve prefacio com a historia da lei e seguindo-se a simples confirmação de D. Affonso V, se a manda observar, ou declarações, ampliações, limitações, reformas, se em alguma cousa a altera.

Ás *Ordenações Affonsinas* seguiram-se, a breve trecho, as *Manuelinas,* cuja primeira edição é de 1512-1513, sendo de 1514 a segunda e de 1521 a terceira e definitiva. E, volvido quasi um seculo, em 1603, no reinado de Filippe II, foram promulgadas outras Ordenações que são, em grande parte, copia das antecedentes.

94. Caracter do direito penal das Ordenações. — Em qualquer das Ordenações é o livro V o destinado ao direito penal.

O caracter desta legislação penal é o ser barbara e cruel. Com ella entra o nosso direito penal abertamente na phase politica, assumindo os respectivos caracteres.

Referindo-se ás *Ordenações Affonsinas,* diz Coelho da Rocha:

«O legislador não teve em vista tanto os fins das penas, e a sua proporção com o delicto, como conter os homens por meio do terror e do sangue. O crime

(1) Este systema proporcionaria um auxilio valioso para conhecermos a legislação anterior e a sua historia, se esta e a transcripção tivessem sido feitas com exactidão; mas, infelizmente, não succede assim (*Port. Mon. Hist.,* pag. 156).

de feitiçaria e encantos, o tracto illicito de christão com judia ou moura e o furto do valor de marco de prata são igualmente punidos com pena de morte» (1).

E a apreciação que o illustre escriptor faz destas Ordenações cabe por igual, senão augmentada, tanto ás Manuelinas, como ás Filippinas.

No livro V destas ordenações fizeram-se, é certo, algumas alterações, mas tão insignificantes que não influiram no systema nem mudaram a natureza da legislação Manuelina e Affonsina (2).

Apparecem ainda ali incriminações absurdas, como a da *feitiçaria,* no liv. V, tit. 3.° *Dos feiticeiros e adivinhões,* e no tit. 4.° *Dos que benzem cães ou bichos sem auctoridade real ou dos prelados.* No tit. 13.° reputa-se a *bestialidade* menor crime do que a *sodomia.* Os crimes de lascivia, chamados *moraes,* são castigados com pena de morte, como se vê dos titt. 13.°, 14.°, 15.°, 19.°, 25.° e 32.° e outros.

O *morra por ello, morra porém, morra morte natural,* depara-se a cada passo, o que justifica o dicto de que este livro foi escripto com sangue.

A pena de morte podia ser *simples* ou *cruel,* isto é, pelo fogo em vida, precedida do corte das mãos, do arrastamento das victimas até ao logar do supplicio, do apedrejamento, etc.

Entre as penalidades, tinham frequente applicação as *mutilações dos membros* e outras atrocidades, precedidas dos tormentos ou tortura; as penas corporaes da marca de ferro, açoutes, degredo e

(1) Coelho da Rocha, cit. *Ensaio,* § 164.
(2) *Obr. cit.,* § 246.

galés, emparelhavam com uma infinidade de *multas,* inventadas, diz Mello Freire, para locupletar o fisco.

As penas que produziam infamia do réu e parentes eram a forca, galés, cortamento de membro, açoutes, marca de ferro nas costas (1), baraço com cadeia pelo pescoço, tambem chamado baraço e pregão (2).

Subsistem as distincções medievaes de classes para o effeito de applicação das penas que variavam, consoante o réu era *nobre* ou *plebeu, homem honrado, de estado,* ou *homem vil.*

No tit. 38 consente que o marido possa matar a mulher e o adultero, achando-se em flagrante, excepto se o marido for peão e o adultero fidalgo, desembargador ou pessoa de qualidade, como se todos não tivessem o mesmo e igual direito á honra!

Referindo-se ás penas de açoutes ou degredo com baraço e pregão, no titulo 138, que se inscreve *Das pessoas que são escusas de haver pena vil,* estabelece varias isenções, attendendo á condição social dos réus. Assim, em razão de privilegios ou linhagem, não estavam sujeitos a essas penas: os escudeiros dos prelados e fidalgos e de outras pessoas que costumam trazer escudeiro a cavallo; os moços da estribeira do Rei, da familia real, dos duques, mestres, marquêses, prelados, condes ou de qualquer do conselho real; os pagens dos fidalgos com assento nos livros da nobreza; os juizes e vereadores, ou seus filhos; os procuradores das

(1) As marcas no rosto foram prohibidas entre nós por D. João III em 1521.
(2) Pereira e Sousa, *Classes dos crimes,* nota 38.

villas ou concelhos; os mestres e pilotos dos navios de guerra ou de navios de cem toneis ou mais, embora não reaes; as amas e collaços dos desembargadores ou cavalleiros de linhagem; as pessoas que provarem ter cavallo, embora peões ou filhos de peões e os mercadores com um capital de cem mil reis ou mais.

Em logar da pena de açoutes com baraço e pregão, eram condemnados em 2 annos de degredo para a Africa, com pregão na audiencia. Se, além da pena de açoutes, couber degredo para o Brasil, será o degredo de mais de um anno em vez de açoutes; e se o degredo fôr para sempre, não lhe será dada mais pena em logar de açoutes. Se fôr condemnado sómente em degredo com baraço e pregão e sem açoutes, será, em logar do baraço, condemnado em mais um anno de degredo, com um pregão na audiencia, além do tempo em que vai condemnado para o logar do degredo. Se o degredo fôr para sempre, como não póde accrescentar-se-lhe mais pena, será o pregão pela cidade ou villa com uma cadeia no pé.

Porém, de qualquer condição que fossem os réus, não estavam elles isentos daquellas penas infamantes, quando condemnados por crimes de lesa-magestade, sodomia, testemunho falso, ou por induzir testemunhas falsas, moeda falsa ou outro crime de falsidade, furto, feitiçaria ou alcouvitaria «porque a estes taes não será recebida alguma exceição de abonação, antes serão executados, como qualquer pessoa vil».

Á *desigualdade* e *barbaridade* ou *atrocidade* das penas ha que accrescentar ainda a *arbitrariedade* na sua applicação, concedida ao juiz, mesmo na designação do modo cruel da morte.

No tit. 1 manda castigar os herejes com as penas determinadas *por direito,* mas não declara qual é esse direito. E porque não deve haver outro no fôro, senão o do reino, que as não define, deixa a sua determinação, ou ao enthusiasmo dos juizes, ou ao direito romano e canonico, que nesta parte não podia servir de norma pela sua incerteza e differentes principios, e assim foi a principal causa das atrocidades commettidas nesta materia por tantos seculos.

93. A administração da justiça penal e a vindicta privada segundo as Ordenações. — Como no periodo anterior, a justiça penal continúa a ser administrada pelos juizes ordinarios, pelos juizes de fóra e pelos corregedores, accentuando-se porém mais definidamente a instituição dos juizes de fóra e dos corregedores, sobretudo depois de D. MANUEL, e o principio de que toda a sua jurisdicção derivava do Rei. Os proprios juizes ordinarios, apesar de eleitos pelos homens bons ou pessoas mais gradas de cada concelho, eram confirmados pelo Rei.

Aos corregedores competia principalmente proceder contra os malfeitores e manter a jurisdicção do Rei contra as usurpações dos donatarios ou do clero.

Das decisões dos juizes ordinarios e de fóra appellava-se para a Relação do Porto e para a Casa Civel de Lisboa e destas aggravava-se para a Casa da Supplicação, separada do Desembargo do Paço desde D. João II ou D. MANUEL.

No livro I *Das Ordenações Filippinas* encontram-se os regimentos dos magistrados e officiaes de justiça, os quaes são, com pequenas modificações, os que já se encontravam nas Ordenações anteriores.

Apesar de o direito de punir ser uma attribuição das justiças reaes, ainda apparecem nas Ordenações alguns vestigios do systema da vindicta privada.

Já noutro logar nos referimos a duas leis de AFFONSO IV sobre o exercicio do direito de vindicta, leis que passaram para as Ordenações Affonsinas, liv. V, tit. 53, mantendo-as D. AFFONSO, com excepção apenas para o caso de o marido encontrar alguem com sua mulher em adulterio, excepção que passou para as Ordenações Filippinas, liv. V, tit. 38, e até foi ampliada, pois não só permitte como aquellas que o marido possa matar a mulher e o adultero, achando-os em flagrante (1), mas até fóra da occasião e a todo o tempo e que para isso possa convocar os amigos e os parentes.

Além deste, outros vestigios da vindicta privada apparecem ainda nas Ordenações Filippinas.

Taes são:

1) *Cartas de inimizade* — que podiam ser passadas pelos desembargadores do Paço, conforme a Ord., liv. I, tit. 3, § 5 (2).

Estas cartas tinham, entre outros, o effeito de dispensar em juizo a prova das contradictas. As pessoas a quem essas cartas fossem passadas podiam com ellas contradictar o depoimento de uma testemunha (Ord., liv. III, tit. 58, § 7).

FILIPPE II, por alvará de 10 de março de 1608, aboliu as cartas de inimizade.

2) *Seguranças reaes* — de que falla a Ordenação

(1) Cf. o Codigo penal português, art. 372.º e § 2.º

(2) Entre as attribuições dos Desembargadores do Paço indica este §: *Item, cartas de inimizade nos casos em que por estylo da nossa Côrte se devem dar*, etc.»

no livro V, tit. 128. Eram uma especie de salvo-conducto, passado pelas justiças da terra ou pelo proprio Rei, a uma pessoa ameaçada por outra.

Quando a *segurança real* era requerida ás justiças do logar, o juiz mandava intimar a pessoa de quem o requerente se arreceava, ou ia elle proprio a casa della, ou mandava lá um official. O juiz requeria-lhe que segurasse o que pedia a segurança; se accedia, lavrava-se instrumento público ou titulo da segurança; se não, a justiça segurava-o da parte do Rei, *do dito, feito o conselho,* applicando uma pena, a titulo de desobediencia, ao recusante. Quando este era pessoa nobre, *pessoa de estado,* a pena era pecuniaria, ou o juiz a emprazava a comparecer em certo dia na côrte para justificar a sua recusa na presença do Rei.

Se as discordias eram entre poderosos, de cuja vindicta se poderia seguir «grande damno ao reino, e ao povo e a nosso serviço», não se aguardava que qualquer das duas partes requeresse: o Rei mandava comparecer os inimigos e punha entre elles a segurança (Ord., log. cit., § 5).

Podia o rei tambem mandar chamar á côrte aquelles que, embora não sendo da qualidade das pessoas indicadas no § 5, *tinham por abatimento pedir a elle ou ás justiças reaes* as seguranças. O Rei espontaneamente ordenava que os brigantes se segurassem; se o não fizessem, mandava-os encerrar em algum castello ou noutro logar até que se segurassem, ou dava-lhes outras penas a seu arbitrio (Ord., log. cit., § 6).

Quebrantar a segurança aggravava consideravelmente os factos criminosos: em relação a todas as penas, menos á de morte, applicava-se o dobro dellas; a pena de morte natural ou civil, ou outra

«que se não possa dobrar», era aggravada *a arbitro* do juiz, que podia accumular com ella outras penas (Ord., log. cit., § 4).

3) *Cartas de perdão* — dadas pelos parentes da victima ao homicida, isentando este da vindicta e das responsabilidades judiciaes.

Nas Ordenações são frequentes as allusões a estas cartas. Havia cartas de perdão entre familias e concelhos. BRANDÃO transcreve uma concedida por ESTEVÃO ANNES e seu irmão ao concelho de Elvas, perdoando, tanto aos presentes como ausentes e que de futuro alli residissem, todo o homisio e má vontade que delles tinham pela morte de seus irmãos FERNÃO PIRES e PAIO PIRES (1).

4) *Reptos ou desafios* — precedendo *especial licença e auctoridade real*. Eram um privilegio concedido aos filhos legitimos dos reis (Ord. Man., liv. V, tit. 93), mais tarde abolido pelas Ordenações Filipinas (liv. V, tit. 43) (2).

5) Os *coutos* — de que falla o titulo 123 do livro V, para nelles se refugiarem os malfeitores,

(1) *Monarchia lusitana*, liv XV, cap. 19.

(2) PEREIRA E SOUSA, *Classes dos crimes*, pag. 91, define *desafio — o combate particular entre duas ou mais pessoas.*

Distingue-o da *rixa* (*rencontre* dos francêses), combate improviso e impensado, e dos combates que se faziam para prova da destreza e em honra das damas, bem como daquelles a que se recorria como prova juridica subsidiaria em juizo. O repto ou desafio era um combate que resultava de differenças particulares, e a que precedia provocação e tratado.

PEREIRA E SOUSA dá noticia de duellos travados para resolver até divergencias de opiniões. Discutindo-se entre jurisconsultos allemães se o direito de representação devia ser tambem applicado na linha recta, e, dividindo-se os votos, o Imperador OTHÃO ordenou que a questão fosse resolvida por duello. AFFONSO VI de Castella, querendo afastar do culto o officio mosarabico, consultou as côrtes, e, não chegando estas a um accordo, ordenou um combate singular entre dois cavalleiros, representando um o rito mosarabico e o outro o rito romano.

foram instituidos e conservados quasi até ao fim do seculo XVIII, não tanto para promover a agricultura, que é a razão que vulgarmente dão as leis e os escriptores, mas com o fim de evitar a vingança (1).

As proprias leis referem-se ás *vinganças reaes*, sem procedimento regular e por impulso colerico.

A Ord., liv. V, tit. 137, princ., como correctivo á precipitação dos Reis, ordenava que a execução da sentença fosse espaçada até vinte dias — «*quando nós condemnarmos alguma pessoa á morte, ou que lhe cortem algum membro, per nosso proprio moto, sem outra ordem e figura de juizo, por ira ou sanha que della tenhamos*».

As chronicas referem-se ás queixas que os povos levantavam contra os reis, por estes fazerem justiça por suas mãos.

Pelo exaggerado uso que D. PEDRO fazia do seu azorrague justiceiro, o povo lhe chamava algoz (conta o PADRE BAYÃO na sua *Chronica*, cap. VI), porque «por sua pessoa justiçava os homens, o que não convinha a elle fazer, por muito malfeitores que fossem, pois tinha officiaes e pessoas por quem o mandar fazer».

96. A acção penal. — Ao referirmo-nos no fim do periodo anterior ao processo dissémos que, sob a influencia do direito romano e canonico e ainda da comprehensão cada vez mais nitida de que o crime, embora commettido contra particulares, offendia não só estes mas tambem a sociedade, se introduzira de encontro ao principio accusatorio o princi-

(1) MELLO FREIRE, *Codigo criminal*, introd., § XIII.

pio inquisitorial de um processo *ex-officio* pelos juizes, sobre uma simples denuncia, uma queixa, ou ainda simples suspeitas.

Esta innovação que, a principio, tinha caracter excepcional, ampliou-se mais tarde a quasi todos os crimes, que assim passaram a ser considerados crimes públicos.

Nas *Ordenações Filippinas* admitte-se indistinctamente o processo accusatorio, no tit. 117 do liv. V, e o inquisitorio, no titulo 122 do mesmo livro.

E este tinha logar em quasi todos os crimes. No citado tit. 122 da Ordenação exceptuavam-se apenas o crime de *adulterio da mulher* se o marido perdoasse, os crimes de *ferimento em rixa nova*, quando o querellante perdoasse e o offendido fosse são das feridas e sem aleijão nem deformidade do rosto, e não tivesse havido proposito, os de *injurias*, não sendo contra auctoridades e juizes, os de *damno* e *furto modico* (de valor não superior a 300 reis), não sendo feito por força, ou em caminho, ou campo (1).

Continuava ainda a pertencer ás pessoas offendidas pelos crimes públicos o direito de accusar, (tit. 117), e admittia-se, ao lado da accusação particular do offendido, a accusação popular (tit. 117, §§ 2.º e 6.º); mas são, por um lado, tantas as restricções e as responsabilidades impostas aos accusadores pelas custas do processo, pela indemnização de perdas e damnos ao accusado, quando fôr absolvido, e ainda pela sujeição a outras penas a arbi-

(1) Ord., cit. tit. 122, princ., e §§ 1.º, 2.º, 8.º e 9.º; liv. I, tit. 65, §§ 25 e 31 e segg., etc. Veja-se Pereira e Sousa, *Primeiras linhas sobre processo criminal*, nota 42.

trio do juiz, segundo o gráu de malicia em que forem achados (1), e, por outro lado, tantos os casos em que o juiz podia proceder officiosamente, que bem se manifesta a desconfiança do legislador para com a efficacia daquelle meio e até, talvez, a sua repugnancia para com elle.

Da parte dos magistrados que exercerem esta acção por delegação real e no interesse da sociedade não haveria a temer as más paixões que a justiça se via obrigada a vigiar e reprimir severamente quando tentavam desnortear o seu braço e fazê-lo ferir um innocente, nem tão pouco a negligencia daquelles que nenhum interesse particular e directo tinham na accusação.

Ou fosse por causa dos incommodos e da responsabilidade a que o accusador ficava sujeito, ou porque fosse mal vista pelo público, a accusação popular foi pouco usada no nosso foro e della diz Mello Freire que, no seu tempo, era completamente desconhecida (2).

A accusação dos offendidos tambem não offerecia garantias efficazes, e por isso se determinou primeiro que, no caso de elles não quererem accusar, proseguisse a justiça pelo feito nos casos em que aquella tinha logar, e, mais tarde, estabeleceu-se a perseguição pelos juizes *ex-officio* e tambem a instancia dos *promotores de justiça*.

97. Precedentes historicos do ministerio público. — Como na perseguição dos crimes *ex-officio*, ou fosse espontaneamente, ou precedendo denuncia, só ha-

(1) Ord. liv. V, tit. 117, § 6 e tit. 118; Pereira e Sousa, *obr. cit.*, §§ 29 a 42.

(2) *Institutiones juris criminalis lusitani*, tit. 13, § 4; Dias da Silva, *obr. cit.*, n.os 30 e 31.

via rigorosamente uma parte — o accusado, a accusação definhava por falta de quem designasse as testemunhas, contradissesse a defêsa do accusado, discutisse os factos justificativos e fornecesse as provas. Daqui, e tambem para que o mesmo magistrado não fosse juiz e parte ao mesmo tempo, resultou a necessidade da intervenção duma auctoridade especial que desempenhasse estas funcções, que ainda hoje são das mais importantes da magistratura do ministerio público.

A instituição desta magistratura, que veio dar mais força ao principio da acção penal pública centralizando nas mãos de um só magistrado diversas attribuições anteriormente dispersas pelos juizes e pelos cidadãos, é, disse MONTESQUIEU, uma das mais admiraveis instituições que nos legou a Idade-media e foi, sem duvida, o resultado mais util do movimento de centralização monarchica que se operou nos seculos XIII, XIV e XV (1).

Não é possivel determinar, por falta de documentos, qual fosse entre nós, a principio, o caracter desta intervenção e os seus primeiros actos e effeitos, sendo provavel que as suas attribuições só pouco a pouco se desinvolvessem na prática segundo as necessidades da justiça (2).

No *Livro das leis e posturas* já se encontram algumas disposições regulando a intervenção dos *Procuradores do Rei* nas causas crimes, disposições que, ampliadas, passaram para as *Ordenações*.

Nas Ordenações Filippinas regulam-se as attri-

(1) *L'ésprit des lois*, liv. XX.

(2) Veja-se um relatorio sobre a *Historia, natureza e fins desta instituição* do Procurador Geral da Corôa e Fazenda, publicado na *Rev. de leg. e de jur.*, 4.º anno, pag. 272.

buições dos *Promotores de justiça* da Casa da Supplicação e da Casa do Civel (liv. I, titt. 15 e 43), as do *promotor de justiça* nas comarcas ou correições, e as que nas outras terras exerciam, nesta qualidade, os tabelliães do judicial (liv. I, tit. 25, § 6; tit. 79, § 33, e liv. V, tit. 124, §§ 6 a 8).

Com a apparição dos *promotores de justiça* a doutrina que derivava do principio anterior da accusação particular inverteu-se. Assim:

a) O crime é já considerado como offensa á sociedade, e, por consequencia, o perdão da parte directamente offendida já não póde isentar nos crimes públicos o criminoso da responsabilidade penal, podendo influir apenas no quantitativo da pena.

b) A responsabilidade criminal, dependente da acção pública, separa-se da responsabilidade civil, dependente da acção particular, mas podiam ser cumuladas as duas acções no processo criminal quando o offendido assim o quisesse.

c) A responsabilidade civil, que até então constituia quasi toda a responsabilidade, fica agora em plano secundario, abandonada ao interesse directo da parte offendida, não podendo ser objecto do libello do accusador público; mas em alguns casos, nomeadamente nos crimes de *damno,* havia a favor do lesado a pena do tresdobro, não podendo deixar de vêr-se neste excesso uma pena a favor do lesado.

Cumpre, todavia, notar que a intervenção dos promotores de justiça, segundo as Ordenações e a antiga legislação, não tinha a independencia que modernamente assumiu. Até á legislação liberal, a acção do promotor era *subsidiaria,* isto é, a accusação pública só tinha logar nos casos de devassa,

em que não havia parte, ou quando esta era lançada da accusação. Este caracter manteve-se ainda na lei de 12 de novembro de 1822 votada pelas constituintes de 1820 (1).

98. Processo.— A ordem judiciaria criminal acha-se regulada no tit. 124 do liv. V das Ordenações. É quasi a mesma e a ordinaria do processo civil, por libello, contrariedade, réplica e tréplica, dilação e tempo para prova, artigos de contradictas e vista no fim aos litigantes para dizerem do seu direito.

Nas causas civeis admittiam as Ordenações processo ordinario (liv. III, tit. 20) e processo summario (liv. III, titt. 25 e 48); porém, nas causas criminaes, parece que excluiram o summario, como se infere do liv. I, tit. 1, § 16, que apenas falla do processo summario para os delictos que houverem de ser despachados na Casa de Supplicação, e do tit. 124 do liv. V, que se inscreve *Da ordem do juizo nos feitos crimes* e em que não se manda proceder summariamente em caso algum.

É á legislação extravagante, que mencionaremos em o numero seguinte, que se deve a introducção desta fórma de procedimento no processo penal português.

No tit. 124 estabelece a Ordenação um processo especial contra os criminosos ausentes e contumazes, permittindo o julgamento delles á sua revelia, a execução do julgado em effigie, o sequestro dos bens e que os ausentes condemnados á morte e proclamados banidos possam ser mortos por qualquer pessoa do povo.

(1) Dias da Silva, *obr. cit.*, n.os 32 e 33.

Admittia-se a *appellação por parte da justiça* (tit. 122), que foi buscar-se ao direito romano despotico; admittiam-se os tormentos ou tortura (tit. 133), com algumas excepções a favor dos fidalgos; as *denuncias* em segredo sem assignatura, etc.

Não se estabeleciam regras e principios sobre as provas em geral e em particular por testemunhas, nem sobre a inquirição e formalidades a observar nella, etc., dando assim logar a abusos dos juizes e á adopção de regras escolasticas sobre as especies de provas e seu valor.

99. Legislação criminal posterior ás Ordenações até ao fim deste periodo. — As Ordenações Filippinas governaram o país durante a dominação dos Filippes e continuaram a subsistir depois da restauração de 1640, porquanto o alvará de 29 de janeiro de 1643 houve por bem *revalidá-las, confirmá-las, promulgá-las e de novo ordenar e mandar que se cumprissem e guardassem,* como até então se tinham cumprido e observado.

Muitas foram as leis de caracter penal promulgadas, quer no tempo dos Filippes, quer depois da Restauração, pelos nossos Reis, mas quasi todas recáem sobre uma ou outra especie particular e inspiram-se nos mesmos principios que as Ordenações. Assim, o alvará de 13 de janeiro de 1603 manda proceder contra os que têem tratos com freiras e pune-os severamente; o alvará de 26 de setembro do mesmo anno pune com pena de morte os degradados para sempre ás galés, que dellas fugirem; a lei de 6 de dezembro de 1612 estabelece muitas providencias sobre cartas de seguro, privi-

legios do fôro, devassas, querellas, formação de culpa, commutação de degredo, termos do livramento, suspeições, casos em que se admittem os delinquentes a livrar-se por procurador, etc., a qual pela sua importancia é chamada lei da reformação da justiça (1); o decreto de 13 de agosto de 1639 manda prender todos os vadios e sujeita-os a irem servir nas galés; a lei de 19 de dezembro de 1640 prohibe sob pena de morte que alguem passe para Castella; o alvará de 16 de junho de 1663 augmenta as penas contra os transgressores da prohibição dos desafios e manda processar summariamente estes crimes; o decreto de 23 de setembro de 1701 amplia as penas dos vadios aos que viverem escandalosamente, e, emfim, um grande numero de alvarás, provisões, decretos, etc., providenciam sobre porte de armas, fogos de artificio, ciganos, atravessadores de generos, novos casos de devassa, etc.

Foi, porém, no reinado de D. José que appareceram mais diplomas sobre direito criminal, inspirados todos no criterio que domina o direito penal na phase politica, que entre nós attingiu o seu auge com o absolutismo do Marquês de Pombal.

Augmenta-se a lista dos crimes de *lesa-magestade,* tanto de primeira cabeça (carta régia de 21 de outubro de 1757), como de segunda cabeça (alvará de 24 de outubro de 1764, § 1.º); determina-se que os culpados em taes crimes têem sempre a pena de confiscação e de reversão dos bens á corôa (alvará de 17 de janeiro de 1759); que taes

(1) Póde ver-se esta lei e seu commentario na *Pratica judicial* de Vaugueryve, 1.ª parte, pagg. 117 e segg. da edição de 1711.

crimes não prescrevem nem mesmo se extinguem pela morte dos delinquentes (lei de 13 de agosto de 1770, § 11.º); que são tão horrorosos, que o seu castigo se aparta das regras ordinarias e que, quem os commette, deixa áridas e sêccas as suas linhas para a successão dos morgados (lei de 3 de agosto de 1770, §§ 11.º e 12.º); que as pessoas que os commettem ficam inhabeis e infames, com seus filhos e netos (lei de 25 de maio de 1773, § 3.); determina-se quaes são os crimes atrocissimos (alvará de 5 de maio de 1762 e decreto de 9 de outubro de 1776); põe-se pena de morte natural, infamia e confiscação de bens aos sigilistas (lei de 12 de junho de 1769), e estabelece-se a pena de infamia contra os filhos e netos dos herejes (lei de 25 de maio de 1773, § 3.º), etc.

Por occasião dos crimes de furto e vadiagem que se seguiram á calamidade do terremoto mandaram-se processar os réus summaria ou verbalmente por dois decretos de 4 de novembro de 1755, a que se seguiu o alvará de 27 de janeiro de 1757, que suscitou a sua observancia, a lei de 25 de junho de 1760 no § 5.º e o alvará de 20 de outubro de 1763, que a ampliaram aos roubos e homicidios.

Já antes destas, algumas leis extravagantes anteriores fazem menção de summarios criminaes, nomeadamente a lei de 7 de junho de 1605, § 9.º, e a lei de 31 de março de 1742, § 7.º Mas nenhuma destas leis explica bem a natureza deste processo, que, segundo os praxistas, se reduzia ao indispensavel para verificar a verdade da culpa, sem solemnidades algumas, mas observada a ordem natural do juizo, que consiste no auto do corpo de delicto, na inquirição de testemunhas que provem

a culpa, nas perguntas ao réu e na vista que de tudo se lhe deve dar com o prazo competente para allegar e provar sua defêsa, reduzido á maior brevidade que fosse possivel, e na sentença proferida sobre o mesmo processo.

Por uma estranhavel aberração, esta fórma de processo observa-se não só nos crimes mais leves, mas tambem nos mais graves, como homicidio, roubo nas estradas, resistencia, desafio, moeda falsa, travessia de pão, delictos capitaes que se revestissem de circunstancias aggravantes, etc. (1).

Não passaremos adiante sem mencionar o assento de 16 de agosto de 1661 que decide só deverem metter-se a tormento (tortura) os réus de delictos que, provados, mereçam pena de morte; o decreto de 7 de agosto de 1702 que prohibe ter os réus presos em segredo por mais de cinco dias, e a lei de 19 de outubro de 1754 que declara em que casos póde prender-se sem culpa formada e manda formá-la dentro de oito dias, disposição depois repetida pelo alvará de 5 de março de 1790, § 1.º

(1) Pereira e Sousa, *Primeiras linhas sobre processo criminal*, §§ 312 e segg.; Mello Freire, *Inst. jur. crim. lusit.*, tit. XII, §§ X e XI.

CAPITULO VI

Direito penal portuguez desde D. Maria I até ao codigo penal de 1852

100. Modificações ao rigor do direito penal Filippino por legislação extravagante. — Os principios de brandura na penalidade, ou, antes, a aversão ás penas crueis e desmedidas, proclamados desde ha annos pelos philosophos e designadamente por Beccaria, tiveram eco em Portugal, e desde o começo do reinado de D. Maria I começou a pensar-se na reforma e revisão de toda a nossa legislação, tanto a constante do corpo das *Ordenações do Reino*, como a constante das *leis dispersas e extravagantes*, sendo criada para este effeito, por decreto de 31 de março de 1778, uma junta de ministros, que foi incumbida dessa missão, tomando por base a *fundamental divisão dos cinco livros das Ordenações*.

Deixando para outro numero os trabalhos feitos por esta junta e bem assim outras tentativas de reforma até áquella que deu em resultado a promulgação do codigo penal de 10 de dezembro de 1852, vamos indicar neste numero as modificações feitas pela legislação extravagante e pela constitucional ao livro V das Ordenações.

Numa memoria intitulada *Da historia do direito criminal português desde os mais remotos tempos*, o dr. Henriques Secco, professor que foi desta cadeira, menciona algumas leis que operaram reformas

parciaes traduzindo a nova orientação (1). São as seguintes:

a) Decretos de 20 de agosto de 1777, de 20 de agosto de 1790 (2) e *de 13 de novembro de 1790*, que exigem um certo numero de juizes para a applicação das penas crueis, e principalmente da de morte, aos militares; e o último, declarando os dois primeiros, dá, além disso, ao *conselho de justiça* a faculdade de *minorar as penas impostas pelo regulamento militar*.

b) Alvará de 5 de março de 1790, que limita o *segredo* a cinco dias, *por ser uma especie de tormento que já não tinha logar*, e que adopta diversas disposições para facilitar a commutação das penas em certos crimes.

c) Decreto de 7 de janeiro de 1797, que auctoriza com facilidade a commutação da pena de morte no encargo de *executores de alta justiça* (carrascos).

d) Decreto de 11 de março de 1797, auctorizando a commutação da pena de morte em degredo perpetuo para Moçambique aos réus que tiverem quarenta annos de idade, *exceptuando porém os crimes atrocissimos, que não são susceptiveis desta commutação*, e a de outras penas em degredo temporario para a India ou Moçambique.

e) Decreto de 11 de dezembro de 1801, que manda rever na Casa da Supplicação os processos de muitos réus existentes nas cadeias públicas, condemnados por sentenças definitivas á *pena de morte* e a *outras que podem commutar-se em galés, perpetuas ou*

(1) Publicada na *Rev. de leg. e de jur.*, 4.º anno, n.os 185 e segg.
(2) Pereira e Sousa attribue-lhe a data de 13 de agosto.

temporarias, para que assim se faça, *segundo a grandeza dos crimes*, empregando-os nos *trabalhos públicos da cidade de Lisboa;* que nessa conformidade se *sentenceiem os processos daquelles réus que ainda não estiverem julgados a final;* exceptuando porém desta generalidade os *réus de crimes enormissimos, nos quaes deve sempre ter logar a execução da pena última.*

Pereira e Sousa diz, a respeito deste decreto, que elle deu um exemplo de moderação que honra a humanidade sem desar da justiça, e immortaliza a memoria da actual regencia (refere-se ao governo do principe real, depois D. João VI) (1).

f) Decreto de 11 de janeiro de 1802, que, fixando a verdadeira intelligencia do antecedente sobre quaes crimes hão de ser havidos por gravissimos, implicitamente exclue os demais da applicação da pena última (2).

Além destes diplomas referidos pelo dr. Secco, podemos apontar ainda bastantes dos reinados de D. Maria I e D. João VI, concedendo perdão e commutando penas a criminosos presos, degredados e desertores.

Seguiu-se depois a *Constituição politica de 23 de setembro de 1822*, que, depois de affirmar os principios da segurança pessoal, da inviolabilidade do domicilio, da necessidade da culpa formada para a prisão, da liberdade da communicação dos pensamentos sem dependencia de censura prévia, estabeleceu sobre materia penal as disposições seguintes:

«Art. 9.º A lei é igual para todos. Não se devem

(1) Pereira e Sousa, *Classes dos crimes*, nota 34, pag. 22.
(2) *Revista e anno cit.*, pagg. 580 e 581.

portanto tolerar privilegios de fôro, nas causas civeis ou crimes, nem commissões especiaes. Esta disposição não comprehende as causas, que pela sua natureza pertencerem a juizes particulares, na conformidade das leis.

Art. 10.° Nenhuma lei, e muito menos a penal, será estabelecida sem absoluta necessidade.

Art. 11.° Toda a pena deve ser proporcionada ao delicto, e nenhuma passará da pessoa do delinquente. Fica abolida a tortura, a confiscação de bens, a infamia, os açoutes, o baraço e pregão, a marca de ferro quente e todas as mais penas crueis ou infamantes».

Como se vê, consignava alguns principios fundamentaes da escola classica, taes são os da proporcionalidade e da personalidade das penas.

A carta constitucional de 29 de abril de 1826, que veio substituir esta Constituição, atacou tambem o absoluto direito penal das velhas Ordenações, formulando alguns principios fundamentaes de direito e processo penal, que incluiu entre as garantias dos direitos individuaes e que por isso se acham consignados em varios paragraphos do art. 145.°

Assim:

Substitue ao arbitrio o imperio exclusivo da lei (§ 1.°).

Estabelece o principio da não retroactividade da lei (§ 2.°).

Proscreve a *censura* e proclama o principio da liberdade do pensamento, salva a responsabilidade pelos abusos nos termos da lei (§ 3.°).

Garante a liberdade de consciencia, salvo o devido respeito á religião do Estado e contanto que não se offenda a moral pública (§ 4.°).

Proclama a inviolabilidade da casa do cidadão (§ 6.°).

Prohibe em regra a prisão sem culpa formada e sem mandado da auctoridade legitima, e admitte em regra o livramento, solto o réu, prestando fiança idonea (§§ 7.°, 8.° e 9.°).

Affirma o principio de que ninguem póde ser sentenceado senão pela auctoridade competente, por virtude de lei anterior e na fórma por ella prescripta (§ 10.°).

Assegura a independencia do poder judicial e prohibe que qualquer auctoridade possa avocar as causas pendentes, sustá-las ou fazer reviver os processos findos (§ 11.°).

Proclama a igualdade de todos perante a lei (§ 12.°).

Aboliu os privilegios do fôro e as alçadas (§ 16.°).

Elimina desde logo os açoutes, a tortura, a marca de ferro quente e todas as mais penas crueis (§ 18.°).

Estabelece a intransmissibilidade das penas, e, como consequencia, prohibiu a confiscação de bens e a transmissão da infamia do réu aos parentes em qualquer gráu que seja (§ 19.°).

Ordenou que as cadeias sejam seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos criminosos, confórme as suas circunstancias e a natureza dos crimes (§ 20.°).

Finalmente, prometteu para breve a organização de um codigo civil e de um codigo criminal, fundados nas solidas bases da justiça e da equidade (§ 17.°).

As bases em que devia assentar o codigo penal eram as que ficam referidas.

A execução, porém, da promessa levou seu tempo, o que não é para estranhar se considerarmos que a propria lei fundamental, a custo mandada jurar em 31 de julho de 1826, só mais tarde pôde ser observada depois de lustrada pela guerra civil.

Pelo decreto n.º 24 de 16 de maio de 1832 tinha-se organizado o processo criminal em harmonia com os principios consignados na carta constitucional, e tomando-se para modelo o codigo de instrucção criminal francês, que havia combinado o processo accusatorio e o inquisitorio.

Admittia este decreto a distincção entre crimes públicos e particulares para o effeito de aquelles serem perseguidos sempre pela justiça, quer houvesse, quer não, parte queixosa, e não admittiu outro meio para indagar os crimes judicialmente, senão o de querella, ficando por isso extinctas as devassas e denuncias. As suas disposições foram completadas por differentes decretos e, nomeadamente, pelo de 12 de dezembro do mesmo anno, que criou os magistrados de policia correccional, classificou os crimes desta especie e regulou o processo a seguir nelles.

Por lei de 22 de dezembro de 1834 foi regulado pela primeira vez o exercicio da liberdade de imprensa, e por decreto dictatorial de 4 de janeiro de 1837 foi aprovado um projecto do codigo penal organizado e offerecido ao governo em 1833 pelo jurisconsulto dr. JOSÉ MANUEL DA VEIGA, e revisto na occasião pelo proprio auctor e por uma commissão de três magistrados, nomeada por portaria de 19 de dezembro de 1836. Tendo esta commissão dado parecer favoravel ao projecto, o referido decreto approvou-o, mas com caracter provisorio

— *emquanto as côrtes geraes na sua sabedoria não approvam um melhor projecto de codigo penal para o qual se acha aberto concurso;* e, comquanto o concurso alludido tivesse ficado deserto, nem assim as côrtes entenderam dever acceitá-lo, porquanto a lei do *bill* de 27 de abril de 1837, que approvou os actos da dictadura setembrista, não incluiu o codigo penal, resultando até deste facto a incogruencia de haver diplomas legislativos que alludiam a um codigo penal que não existia. Com effeito, o art. 1.º da terceira parte da reforma judiciaria de 1837 (1) diz: «os crimes ou são públicos ou particulares, segundo a classificação do *codigo penal*» (2).

A anomalia, criada pela lei de 27 de abril de 1837 que tinha concedido approvação á Nova reforma judiciaria, terminou com a promulgação da *Novissima* reforma judiciaria de 21 de maio de 1841, que, mantendo no art. 854.º a distincção entre crimes públicos e particulares, fez em seguida no mesmo artigo a enumeração dos crimes que de-

(1) Esta reforma, tambem conhecida pelo nome de Nova reforma judiciaria, em contraposição á do decreto n.º 24 de 16 de maio de 1832, consta de três partes, contendo a primeira, approvada por decreto de 29 de novembro de 1836, a divisão judicial do territorio e a organização do pessoal, e as duas restantes, approvadas por dois decretos de 13 de janeiro de 1837, o processo civil (2.ª parte) e o processo criminal (3.ª parte). Têem todas enumeração distincta de artigos. Estes decretos foram preparados por uma commissão nomeada por decreto de 27 de novembro de 1835 e incumbida da revisão de todas as leis até ahi promulgadas sobre reforma judiciaria. Esta commissão apresentou, em menos de um anno, os seus trabalhos, que, sendo examinados e revistos por outros jurisconsultos, depois da revolução de 9 de setembro, com a assistencia de alguns membros da commissão anterior, foram convertidos nos diplomas referidos e incluidos na approvação da lei do *bill* de 27 de abril de 1837.

(2) Fazia tambem referencia ao codigo penal o decreto de 19 de janeiro de 1837 sobre novos inventos.

viam ser considerados particulares emquanto se *não publicasse o novo codigo penal*, e no § unico declarou públicos todos os mais não incluidos na enumeração.

E, fazendo esta distincção, o principal fim que a Novissima reforma judiciaria teve em vista, assim como antes a Nova reforma judiciaria de 1837, foi impôr ao ministerio público a *accusação officiosa* de todos os crimes públicos, de accordo com o regimento do ministerio público de 15 de dezembro de 1835, cujo art. 11.° dispunha: «O ministerio público é a parte principal na accusação dos crimes públicos e formará sempre libello separado sem nunca offerecer o da parte queixosa», e retirar-lh'a quanto aos crimes particulares, como se vê dos artt. 855.°, 857.° e 866.°. Ao mesmo tempo admittia a acção penal particular do offendido ou dos seus representantes, tanto contra os crimes públicos como contra os particulares, artt. 865.°, 866.° e 867.°, e a acção popular contra os crimes de suborno, peita, peculato e concussão commettidos por juizes, jurados, officiaes de justiça, ou quaesquer outros empregados públicos, art. 865.°, § 1.°.

E estas são ainda as disposições que hoje regem fundamentalmente o assumpto, salvo todavia algumas modificações feitas pela legislação posterior, nomeadamente quanto aos crimes particulares.

Depois da lei de 27 de abril de 1837 occorre mencionar a ephemera constituição de 20 de março de 1838, que nos artt. 10.°, 11.°, 13.°, 16.°, 17.°, 18.°, 19.°, 20.°, 21.° e 22.°, consignou os mesmos principios fundamentaes de direito penal antes consignados na carta constitucional, e as leis de 17 de março e 10 de abril de 1838, que, applicando

a certos e determinados crimes graves, como roubo nas estradas, a fórma summaria de proceder, vieram restabelecer o antigo absurdo de se applicar esta fórma de processo aos crimes mais graves, absurdo eliminado pela Novissima reforma judiciaria, que é ainda hoje o principal diploma regulador do processo penal e que nesta parte restabeleceu a verdadeira doutrina.

Com o decreto dictatorial de 18 de fevereiro de 1847, que estabeleceu um processo especial para o julgamento dos réus ausentes e contumazes, com a lei de 3 de agosto de 1850, que regulou de novo o exercicio da liberdade de imprensa, e o decreto de 22 de maio de 1851 que revogou esta lei, e, finalmente, com a promulgação do acto addicional á carta constitucional de 5 de julho de 1852, que, no artigo 16.°, aboliu a pena de morte nos crimes politicos, se encerra o movimento penal legislativo deste periodo.

Foi pouco, sobretudo quanto ao direito penal propriamente dicto, que continuou a ser regulado pelo ominoso livro V das Ordenações; mas devem levar-se em conta as tentativas feitas e os trabalhos emprehendidos para o reformar e que deram em resultado o codigo penal de 1852, que abriu um novo periodo na historia do nossa direito penal.

Vamos dar resumida noticia dessas tentativas e trabalhos.

101. Primeira tentativa de reforma do livro V das Ordenações. — Desde ha muito se sentia a necessidade da reforma das Ordenações. Já no alvará de 29 de janeiro de 1643, pelo qual D. João IV as revalidou e confirmou, se allude á solicitação que para isso

lhe haviam feito os *três estados, em côrtes;* mas só no reinado de D. MARIA I se cuidou deste assumpto a sério, devido já á influencia das novas ideias, já á antiguidade e á multiplicidade esmagadora das leis extravagantes, sobretudo depois da extraordinaria actividade reformadora do MARQUÊS DE POMBAL.

Por decreto de 31 de março de 1778 foi nomeada, como já dissémos, uma junta de ministros para a revisão de toda a legislação, não só a constante das *leis dispersas e extravagantes*, mas tambem a constante do *corpo das Ordenações do Reino,* tomando sempre por base a *fundamental divisão dos cinco livros das mesmas Ordenações.*

A junta era composta de cinco vogaes, além do presidente, o VISCONDE DE VILLA NOVA DE CERVEIRA, mais tarde substituido na sua ausencia ou impedimento pelo dr. JOSÉ SEABRA DA SILVA. Além da junta, havia uma commissão revisora composta de dez membros (*magistrados* em geral, pois só a dois não se dá este titulo) pelos quaes era distribuido o serviço da revisão dos cinco livros, cabendo o livro V aos drs. MANUEL JOSÉ DA GAMA E OLIVEIRA e JOSÉ DE VASCONCELLOS E SOUSA. Todos os vogaes desta commissão deviam comparecer na junta nos dias que para isso se designassem.

Referindo-se aos trabalhos desta junta, que desde logo se via ter um defeito capital — ser muito numerosa, diz o dr. SECCO: «Ao cabo de cinco annos, diz-se e é de crer, que a junta nada houvesse feito; e posteriormente mesmo, só consta haver-se apresentado á revisão o assumpto testamentario que possa a attribuir-se a algum de seus membros! Teve, todavia, o bom accordo de consultar a soberana sobre a adjuncção dos dois lentes da Universidade, os drs. FRANCISCO XAVIER COUTINHO e PASCOAL JOSÉ DE MELLO FREIRE DOS REIS» (1).

É de 10 de fevereiro de 1783 a resolução régia que auctorizou a adjuncção dos dois cathedraticos, sendo communicada á Universidade essa resolução por aviso de 22 de março do mesmo anno.

Ao insigne professor MELLO FREIRE coube a revisão dos livros II e V das Ordenações.

Volvidos cinco annos, apresentou MELLO FREIRE o resultado dos seus trabalhos, isto é, dois projectos de codigos, um de direito público, e outro de direito criminal, que intitulou — *Codigo criminal* (2); e por decreto de 3 de fevereiro de 1789 foi nomeada uma nova commissão e censores para procederem á revisão, exame e censura destes *ensaios de codigo,* preceituando-se desinvolvidamente o modo como devia proceder a esse exame.

Não se fez, porém, a revisão dos trabalhos de MELLO FREIRE. O dr. SECCO attribue isso, talvez á censura que na junta apresentou o dr. ANTONIO RIBEIRO DOS SANTOS (3), ou ainda a má vontade de parte ou de todos os revisores. SILVA FERRÃO indica outras razões: as difficuldades do exame e a ignorancia do tempo em Portugal, o ciume e inveja da parte da magistratura contra o merito transcendente daquelle ornamento da Universidade, ou,

(1) *Memoria* cit., *Rev. de leg. e de jur.*, 4.º anno, pag. 580.

(2) Correm impressos estes codigos. Do codigo criminal é preferivel a 3.ª edição, Imprensa da Universidade, 1844.

É tambem da Imprensa da Universidade e do mesmo anno a 1.ª edição de *O novo codigo de direito público de Portugal.* Ambos os codigos são acompanhados das *provas* respectivas, isto é, exposição de motivos, ou relatorio, como hoje diriamos.

(3) Tambem corre impressa com o titulo de *Exame do plano* e *Notas ao novo codigo de direito público de Portugal,* sem indicação de imprensa nem de anno.

emfim, o marasmo geral que produziram na Europa as commoções politicas da França (1).

Do exposto se vê que ainda não está feita, nem talvez se fará jámais a historia do malogro desta codificação criminal que, confórme o systema do tempo, abrangia tanto o direito, como o processo criminal (2).

A 24 de setembro de 1798 morria o seu auctor com 60 annos de idade, deixando aos vindouros este monumento do seu muito saber e cultura juridica.

Depois, as guerras com a Hespanha e com a França, as invasões francêsas, a transferencia de D. João VI e da côrte para o Rio de Janeiro deveram concorrer para que ficasse no esquecimento o momentoso problema, continuando por isso em vigor o livro V das Ordenações.

402. Tentativas de reforma do direito penal depois da implantação do regimen liberal até ao codigo penal de 1852. — Ainda antes de consignarem na Constituição de 23 de setembro de 1822 os principios fundamentaes do direito e processo penal, as côrtes constituintes, filhas da Revoltção liberal de 1820, tinham-se preoccupado com a questão da refórma da nossa legislação criminal.

Em 1821 offereceu JEREMIAS BENTHAM a estas côrtes tres projectos de codigos: constitucional, civil e penal, offerecimento que o congresso agradeceu com reconhecimento, mas que não foi aproveitado.

(1) *Obr. cit.*, disc. prelim., pag. 52.

(2) Tem o codigo 66 titulos. Os titulos 45 a 66 são consagrados á materia de provas e ao processo.

Em 23 de novembro do mesmo anno uma ordem das mesmas côrtes criou em Coimbra uma commissão composta de cinco membros para redigir os *codigo criminal* e de *processo criminal* (1); porém nenhuns trabalhos sahiram desta commissão, embora pareça que chegou a funccionar (2).

Posteriormente, a lei de 14 de fevereiro de 1823, sanccionando o programma das côrtes de 5 do mesmo mês, convidava qualquer sabio *português*, para offerecer um *projecto de codigo criminal, que seja confórme ás luzes do seculo e aos principios estabelecidos na constituição politica da monarchia*, projectos que deviam ser apresentados ás côrtes improrogavelmente até o último de fevereiro de 1824. Determinava-se mais que o projecto da commissão podia concorrer com os dos demais sabios, e estabeleciam-se premios pecuniarios, honras de accessit e uso de medalhas, similhantemente ao que pelo decreto de 3 de setembro de 1822 se havia estabelecido para o concurso dos projectos de codigo civil e de processo civil.

A reacção absolutista ou contra-revolução de 1823 veio, porém, frustrar todos estes esforços, sendo abolida a constituição e dissolvidas as côrtes por decreto de 18 de junho do mesmo anno.

Para se dar execução á promessa feita pela carta constitucional de 1826 ácêrca da organização dum

(1) *Diario das côrtes geraes e extraordinarias da nação portuguêsa*, n.º 233.

(2) Um dos vogaes da commissão, o Desembargador JOSÉ MARIA PEREIRA FORJAZ, separando-se dos seus collegas, redigiu á sua conta um *Projecto de codigo de delictos e penas e da ordem do processo criminal*, que publicou em 1823. Na prefação diz que o *não estarem completos* os trabalhos da Junta se deve á grande difficuldade do objecto e ás notorias occupações dos seus collegas noutros serviços públicos.

codigo penal fundado nas solidas bases da justiça e da equidade, foi por decreto de 18 de agosto de 1832 encarregada uma commissão de elaborar, além de um codigo commercial, outro *criminal,* declarando-se «incompativel com o regimen constitucional, e com as luzes do seculo actual, aquelle *monstruoso codigo criminal da Ordenação, liv. V,* aonde foram a esmo copiadas as leis de CALIGULA e NERO, e, aonde, á força de repetir constantemente *morra de morte natural para sempre* ficam os delictos impunes, ou são conduzidos a graves penas por acções inteiramente differentes das que figuram no processo».

Tambem esta commissão nada fez, o que não é para estranhar em face da guerra civil que durou até 1834. Porém, terminada esta, volta a tratar-se do assumpto e por lei de 25 de abril de 1835 abre-se um novo concurso com um premio de oito contos de reis para o auctor de um projecto de codigo criminal. Eram condições do concurso as seguintes: 1.ª ser o projecto apresentado a uma das camaras legislativas até ao dia 10 de janeiro de 1837; 2.ª ser esse projecto julgado por ambas as camaras digno de ser admittido para entrar em discussão; e 3.ª abranger o processo criminal.

Era a este concurso que se referia o decreto de 4 de janeiro de 1837, que approvou o projecto do dr. MANUEL DA VEIGA com a declaração de que este concurso não ficava prejudicado e que o codigo approvado só vigoraria emquanto as côrtes geraes não approvassem outro melhor, que collocasse a nação a par das mais esclarecidas, não convindo privá-la de um codigo mais justo e humano; sendo certo que as leis penaes vigentes não estavam em harmonia com as luzes do seculo, e que,

da obscuridade, multiplicidade e crueldade das leis criminaes procedera a desmoralização pública, a impunidade e a alluvião de crimes que têem inundado a sociedade.

Até 10 de janeiro de 1837 (termo do concurso), ninguem appareceu (1), mas nem por isso o parlamento approvou o codigo do dr. VEIGA, quer provisoria, quer definitivamente, continuando por isso em vigor as Ordenações.

Restaurada a carta constitucional em 1842 (10 de fevereiro), volta a tratar-se do assumpto. Por decreto de 10 de dezembro de 1845 foi nomeada uma commissão, composta de seis vogaes e presidida pelo ministro da justiça, encarregada da redacção de um codigo civil e de um codigo penal, recommendando-se que se désse preferencia a esta, como *absolutamente indispensavel,* para que se pudesse, *quanto antes,* propor á approvação das côrtes. As luctas politicas de então fizeram retardar o cumprimento do mandato, e por decreto de 8 de agosto de 1850 foi este limitado á redacção do codigo penal, confiando-se a do codigo civil ao illustre magistrado e jurisconsulto ANTONIO LUIZ DE SEABRA. Para justificar esta resolução, o relatorio que precede o decreto tem as seguintes palavras: «Os homens de Estado, como os jurisconsultos, concordam hoje todos em que a redacção dos codigos, para ser methodica, precisa e clara, deve ser feita por uma só pessoa, e revista depois por

(1) Foi por esta altura que o célebre criminalista italiano CARMIGNANI offereceu ao governo importantes trabalhos, que não chegaram a ser aproveitados. Estes trabalhos foram publicados mais tarde nos *Scriti inediti del Cav. Carmignani,* Lucca, 1852, tom. V, pag. 251 e segg.

commissões compostas por pessoas idoneas para tão importante trabalho» (1).

Só passados sete annos, em 30 de setembro de 1852, é que a commissão de reforma penal concluiu seus trabalhos entregando ao governo um projecto de codigo penal precedido de um pequeno relatorio em que justifica a demora havida na execução do seu trabalho e dá algumas explicações sobre o plano do codigo e conservação da pena de morte.

O governo, prescindindo de commissões revisoras e da discussão pelas camaras, apressou-se a promulgá-lo em dictadura, o que fez por decreto de 10 de dezembro de 1852, assignado pelo DUQUE DE SALDANHA, RODRIGO DA FONSECA MAGALHÃES, ANTONIO MARIA DE FONTES PEREIRA DE MELLO e ANTONIO ALUIZIO JERVIS DE ATOUGUIA. Este decreto é precedido de um curto relatorio em que o governo ac-

(1) Este relatorio, publicado a pagg. LXVII do *Discurso preliminar* de FERRÃO, é assignado pelos Conselheiros MANUEL DUARTE LEITÃO, juiz do Supremo Tribunal de Justiça, JOSÉ MAXIMO DE CASTRO NETTO LEITE E VASCONCELLOS, juiz da Relação de Lisboa, e JOSÉ MARIA DA COSTA SILVEIRA DA MOTTA, advogado, aos quaes se achava por último reduzida a commissão. Neste relatorio expõe a commissão a razão da demora. «Os graves acontecimentos politicos do país neste intervallo (1845 a 1852), o chamamento de dois dos seus membros aos conselhos de Vossa Majestade, e outros motivos extraordinarios, fizeram não só que as reuniões regulares da commissão fossem frequentemente interrompidas (sendo-o de uma vez por vinte e seis mêses, de outra por dezanove e de outra por oito), mas até á maxima parte das sessões não podessem concorrer senão os três vogaes signatarios do presente relatorio e do projecto que o acompanha. Estas circunstancias demonstram sufficientemente que a commissão se houve com o zelo e diligencia possiveis, sobretudo reflectindo se na difficuldade da materia; porque não se póde desconhecer, que um codigo penal em que se harmonizam os bons principios com os costumes e legislação politica e civil do país, exige longo e profundo estudo das doutrinas e a maior exactidão nas expressões; e que este vasto trabalho não póde ser a copia informe de diversas disposições de outros codigos, admittidas sem escolha e sem exame».

centua a necessidade urgente deste codigo «que vá de prompto substituir a antiga legislação criminal, dispersa e cruenta; acabar de vez com o illimitado arbitrio que necessariamente resulta não menos da confusão que da nimia severidade das leis; abrir uma nova época de moralidade e de justiça».

Pelo artigo 3.º do mesmo decreto o governo ficava obrigado a dar conta ás côrtes das disposições nelle contidas, o que fez, sendo o mesmo sanccionado, apesar da viva impugnação que soffreu em ambas as casas do parlamento, pela lei do *bill* de 1 de junho de 1853.

Com a mesma data do decreto de 10 de dezembro de 1852, que approvou o codigo penal, foi publicado outro decreto sobre processo penal e fiança criminal, fazendo algumas modificações á Novissima reforma judiciaria, nomeadamente pela criação de uma nova fórma de processo intermediaria entre o processo ordinario ou de querella e o summario ou de policia correccional.

CAPITULO VII

Direito penal português desde o codigo penal de 1852 até ao codigo penal de 1886 *inclusive*

103. Codigo penal de 1852: *a)* **Fontes.**— Este codigo ainda hoje vigora na maior parte das suas disposições e, por isso, feita a sua historia, justo é que digamos mais de espaço sobre as suas *fontes, plano* e *systema*.

As fontes ou influencias que determinaram a sua orientação são de duas ordens: *legaes* e *doutrinaes*.

As *legaes* foram os codigos francês (1810), hespanhol (1848), brasileiro (1831), napolitano (1819) e austriaco (1803).

«É raro o artigo, diz LEVY JORDÃO, que se não encontre em algum desses codigos, mais ou menos bem applicado, e donde por vezes é quasi verbalmente extraído» (1). É sobretudo aos codigos francês e hespanhol que mais recorreram os illustres collaboradores do codigo.

FERRÃO menciona ainda entre as fontes legaes a que elles se soccorreram uma lei belga sobre o duello, uma ou outra disposição do direito romano e muito pouco, respectivamente, das leis patrias (2).

Quanto ás *fontes doutrinaes*, predominaram na

(1) *Obr. cit.*, introd., pag. XVIII.
(2) *Obr. cit.*, disc. prelim., pag. LXI, nota.

redacção do codigo penal as opiniães e doutrinas de alguns tratadistas, nomeadamente ROSSI (1) e CHAUVEAU e HÉLIE (2).

Desta diversidade de fontes, a que recorreram os auctores do codigo penal, nasceu a maior parte dos seus defeitos.

«Basta lançar os olhos, diz LEVY JORDÃO, sobre as suas disposições para se conhecer a falta de unidade, effeito inevitavel de ter por base codigos fundados em principios diversos; daqui vem o faltar-nos para a sua interpretação um dos principaes recursos, que consiste em conhecer o fundamento do direito de punir que presidiu á confecção do codigo, fundamento que é impossivel descobrir, porque umas vezes se nos afigura filho da escola utilitaria ou sensualista, outras da espiritualista» (3).

104. Continuação. *b)* **Plano.** — Divide-se em dois livros. Intitula-se o primeiro *Disposições geraes* e expõe as regras geraes que dominam todas as materias do codigo.

Divide-se em quatro titulos que se inscrevem: I *Dos crimes em geral e dos criminosos;* II *Das penas e de seus effeitos;* III *Da applicação e execução das penas;* IV *Da responsabilidade civil e da extincção dos crimes e penas.*

Os titulos dividem-se em capitulos, ordinariamente tantos quantos os assumptos indicados na inscripção do titulo; todavia alguns desses assum-

(1) *Traité du droit pénal*, Bruxelles, 1835.
(2) *Théorie du code pénal.* A 1.ª edição era de 1836 a 1842; a 2.ª era de 1843 e desta se serviram os redactores do codigo; a 3.ª é de 1852.
(3) *Obr. cit.*, introd., pagg. XIX e XX.

ptos desdobram-se por mais de um capitulo. Assim o titulo I desdobra-se em três capitulos, tratando o 1.º dos *crimes*, o 2.º das *circunstancias aggravantes e attenuantes*, e o 3.º dos *criminosos*.

O titulo III desdobra-se, na parte relativa á applicação das penas, em três capitulos, tratando o 1.º da *applicação das penas em geral*, o 2.º da *applicação das penas nos casos em que concorrem circunstancias aggravantes ou attenuantes*, e o 3.º da *applicação das penas nos casos de reincidencia, accumulação de crimes, cumplicidade e tentativa*.

O livro II, que constitue a parte mais volumosa, intitula-se *Dos crimes em especial* e contém as incriminações ou definições de todos os factos puniveis, com a indicação das penas correspondentes. Todos os crimes se acham classificados em cinco grupos, a que correspondem outros tantos titulos em que se divide o livro II e cujas inscripções são as seguintes: titulo I *Dos crimes contra a religião do reino e dos commettidos por abuso de funcções religiosas;* titulo II *Dos crimes contra a segurança do Estado;* titulo III *Dos crimes contra a ordem e a tranquillidade pública;* titulo IV *Dos crimes contra as pessoas;* titulo V *Dos crimes contra a propriedade.*

Os titulos dividem-se em capitulos e estes em secções.

Ha perfeita correspondencia entre o codigo de 1852 e o de 1886 quanto ás divisões e subdivisões do livro II.

105. Continuação. *c)* **Systema.** — Em materia de incriminações o codigo supprimiu inteiramente o arbitrio dos juizes, organizando taxativamente a lista dos factos puniveis e prohibindo que se podesse concluir de um caso para outro por similhança ou inducção, por paridade ou maioria de razão (art. 18.º).

Esta taxação legal foi reputada o trabalho mais difficil da redacção do codigo, como declara o relatorio da commissão. «As incriminações demasiadamente vagas, diz elle, dão occasião a que não só se comprehendam os factos, que devem ser classificados crimes, mas aquelles que, ou nunca o devem ser, ou que unicamente dão logar á reparação civil. Por outro lado, a insufficiencia das incriminações é causa, ou de muitas lacunas, ou do perigo ainda maior de se abusar da analogia, para julgar criminosos os factos, que a lei não qualifica como taes».

Não foi do mesmo rigor este codigo pelo que respeita ás circunstancias do crime, quer materiaes quer pessoaes, tanto aggravantes como attenuantes, pois que a enumeração por elle feita é sómente exemplificativa (artt. 19.º e 20.º), e assim deixou ao julgador liberdade para admittir outras além das especificadas.

Tambem em materia de applicação de penas deixou este codigo ao juiz um certo arbitrio, embora temperado pelo maximo e minimo de cada uma das penas temporarias e pelas regras que o codigo lhe prescreve sobre a applicação, aggravação, attenuação e substituição das penas.

Quanto ao systema de penalidades, o codigo dá logo á primeira vista uma impressão de demasiado rigor.

Havia três categorias de penas: *maiores, correccionaes* e *especiaes* (para os empregados públicos).

As penas maiores eram: *morte, trabalhos públicos, prisão maior, degredo, expulsão do reino* e *perda dos direitos politicos* (art. 29.º).

A pena de morte consistia na simples privação da vida por meio da forca (artt. 32.° e 91.°) (1).

As penas de trabalhos públicos, prisão maior, degredo e expulsão do reino podiam ser por toda a vida (perpetuas), ou temporarias de três a quinze annos (artt. 33.°, 34.°, 35.° e 36.°).

A pena de trabalhos públicos executava-se empregando-se o condemnado nos trabalhos mais pesados, com corrente de ferro no pé, ou com cadeia presa a outro companheiro, se a natureza do trabalho o permittisse (art. 33.°).

A pena de prisão maior, quer perpetua, quer temporaria, podia ser simples ou com trabalho dentro da cadeia, fortaleza ou estabelecimento público onde se cumprisse (art. 34.°).

A pena de degredo cumpria-se em uma das possessões ultramarinas (art. 35.°).

A pena da perda de direitos politicos era sempre perpetua, mas resalvava-se a rehabilitação nos casos determinados na lei (art. 37.°).

As penas correccionaes eram: *prisão correccional, desterro, suspensão temporaria dos direitos politicos, multa* e *reprehensão* (art. 30.°).

A prisão correccional era sempre temporaria,

(1) A respeito desta pena diz a commissão no seu relatorio: «A commissão pensa não ter chegado ainda o tempo em que a pena de morte possa ser de todo eliminada das nossas leis penaes; entretanto sómente a admitte nos muitos raros casos em que a justiça é indispensavel necessidade não póde ser razoavelmente contestada. O acto addicional á carta constitucional, decretando a abolição da pena de morte nos crimes politicos, reservou para uma lei a declaração de quaes são estes crimes, e em consequencia a commissão assim se absteve de fazer a enumeração ou classificação dos crimes politicos, mas pensou conformar-se com o espirito do acto addicional, rejeitando a pena de morte nos crimes de rebellião».

sendo o seu maximo de três annos e o minimo de três dias (artt. 38.° e 83.° n.° 1.°).

A pena de desterro tambem era sempre temporaria dentro dos limites maximo de três annos e minimo de três mêses (artt. 39.° e 83.° n.° 2.°).

O limite maximo da pena de suspensão temporaria de direitos politicos era de doze annos e o limite minimo era de dois annos (artt. 40.° e 83.° n.° 3.°).

A pena de multa, quando o codigo não fixasse a quantia em reis, tambem era temporaria, sendo de três annos o limite maximo e de três dias o limite minimo (artt. 41.° e 83.° n.° 1.°).

As penas especiaes para os empregados públicos eram: *demissão, suspensão* e *censura*.

A suspensão era sempre temporaria, sendo de três annos o limite maximo e de três mêses o limite minimo (artt. 44.° e 83.° n.° 2.°).

106. Crimes públicos e particulares pelo codigo de 1852. — Não se faz nitidamente neste codigo a distincção entre crimes públicos e particulares; todavia o legislador admitte-a implicitamente quando deixa a perseguição de alguns crimes dependente da accusação do offendido ou de seus representantes.

Já dissémos que o principal effeito attribuido pela Novissima reforma judiciaria á distincção entre crimes públicos e particulares era impôr ao ministerio público a obrigação de officiosamente perseguir os primeiros e tirar-lhe a faculdade de perseguir os segundos, excepto alguns que tambem podia perseguir, mas só depois de haver querella e accusação ou ao menos queixa dos offendidos ou de seus parentes, taes eram os de estupro e de adulterio voluntarios e o rapto por seducção (artt. 856.° e 866.° § 2.°).

O codigo penal, comquanto não dissesse em geral a quem competia a accusação dos crimes, disse que só podiam ser perseguidos: *a) querellando* o offendido, os crimes a que se referem os artt. 27.º n.º 4, 401.º § 3.º e 404.º § 1.º; *b) accusando* o offendido, os dos artt. 266.º § unico, 359.º, 363.º, 417.º, 430.º § 1.º e 484.º § 2.º; *c)* a *requerimento* do offendido, os dos artt. 254.º § unico, 379.º § 3.º, 416.º e 430.º §§ 2.º e 3.º; e *d) queixando-se* o offendido ou seus representantes, os do art. 399.º

E os mais? Da propria redacção dos artigos citados se vê que elles constituem excepções a uma regra, que aliás não se encontra formulada no codigo e que póde reduzir-se ao seguinte: todos os crimes podem ser perseguidos independentemente de querella, accusação, requerimento ou queixa do offendido ou de seus representantes; exceptuam-se os dos artigos citados. Por conseguinte estes são particulares; todos os mais são públicos.

A perseguição delles incumbe ao ministerio público. Não o diz o codigo, nem era preciso, visto que é explicita a este respeito a legislação especial organizadora desta magistratura. Mas, para que nenhuma dúvida podesse ficar a tal respeito, o art. 1.º de outro decreto sobre processo, da mesma data do codigo (10 de dezembro de 1852), dispôs o seguinte: «Fica competindo ao ministerio público a accusação de todos os crimes e contravenções de que trata o codigo penal, com a unica excepção dos casos em que o mesmo codigo torna essa accusação, ou a continuação della, dependente da queixa, ou do consentimento das pessoas offendidas, ou de seus paes ou tutores».

Sem embargo da defeituosa redacção deste artigo, tanto no modo de formular a regra como na enunciação das excepções, e tambem apesar da variada linguagem do codigo penal na redacção dos artigos que as estabelecem, a jurisprudencia firmou-se no sentido de que a competencia attribuida ao ministerio público para accusar os crimes públicos não revogára o art. 865.º da Novissima reforma judiciaria que tambem permitte aos offendidos accusar estes crimes, e de que os crimes particulares só podiam ser perseguidos nos três primeiros casos accusando os proprios offendidos e não tendo o ministerio público competencia para os accusar, e bastando no último caso, isto é, no do art. 399.º, a participação feita em juizo para que o ministerio público devese perseguir estes crimes (1).

107. Defeitos do codigo de 1852 e reconhecimento immediato da necessidade da sua reforma. — Muito elogiado pelo governo no relatorio que precede o decreto de 10 de dezembro de 1852 (2), não foi acolhido da mesma maneira pela opinião pública, antes esta se revelou desde logo hostil, na imprensa e no Parlamento, na Universidade e no fôro.

Além da ignorancia em que se está ácêrca do fundamento do direito de punir que presidiu á organização do codigo e a respeito do que o relatorio da commissão é inteiramente omisso, Levy Jordão,

(1) Dias da Silva, *obr. cit.*, tom. II, n.º 104

(2) Palavras do relatorio: «neste codigo, fructo da illustração e da experiencia de seus auctores, jurisconsultos tão eximios quão zelozos, está consignado, com precisão e clareza, quanto pareceu melhor, em vista não só das regras que a justiça universal tem prescripto para a qualificação dos crimes e para a graduação das penas, senão tambem das doutrinas mais applicaveis á indole, tendencias e habitos da nação; mais adequadas ao systema constitucional da monarchia; e mais seguidas nos differentes codigos penaes, até agora publicados».

que escreveu o seu commentario logo em seguida á promulgação do codigo, aponta-lhe mais os seguintes defeitos:

«Falta de methodo, tratando de algumas contravenções conjuntamente com os crimes sem distincção alguma, bem como falta de systema na dedução e ligação das materias; uma escala penal confusa e não abrangendo penas empregadas no codigo; pouca exactidão na proporção das penas em relação a alguns factos puniveis; distincção de penas em maiores e correccionaes, a qual não é justificada pela theoria, nem se harmoniza com o systema de processo ou com a organização judicial do reino; principios incompativeis com o estado das sciencias no seculo presente, como são as restricções excessivas á liberdade de consciencia e de associação e a consagração da morte civil; mais severidade que a da Ordenação em alguns artigos; romanismos; antinomias e incorrecções de redacção, etc.».

Estas e outras considerações foram apresentadas tambem no parlamento, quando se discutiu a lei do *bill,* e tanto pêso fizeram ao governo que por decreto de 6 de junho de 1853, cinco dias depois da sancção legislativa, foi nomeada e encarregada uma commissão de rever aquelle codigo, composta de seis vogaes e presidida pelo ministro de justiça, a qual devia proceder, com os auctores do codigo, a esse exame e revisão.

Pouco depois, em 10 de julho de 1854, na regencia de D. FERNANDO, foi expedida uma portaria na qual se diz que, convindo saber quaes são os inconvenientes ou estorvos que se encontram na execução do codigo e se elles provêem da falta de codigo de processo criminal ou de outros *motivos,*

e se importa fazer algumas *alterações, emendas* ou *substituições em alguns artigos do referido codigo penal,* o presidente do Supremo Tribunal de Justiça inclua no seu relatorio annual as ponderações ou observações que se lhes offerecerem sobre cada um dos pontos que ficam indicados.

108. Applicação do codigo de 1852 ás provincias ultramarinas. — Apesar de serem officialmente reconhecidos os defeitos deste codigo, o governo, por decreto de 18 de dezembro de 1854, mandou applicá-lo ás provincias ultramarinas (art. 1.°), com as seguintes alterações:

Art. 2.° Nos crimes commettidos por escravos ou por libertos obrigados a trabalhar em que hajam logar as penas de prisão maior simples e a de prisão correccional, serão estas penas acompanhadas *sempre de trabalho* e proporcionadas pelos juizes dentro dos limites marcados no dito codigo.

Art. 3.° É igualmente declarada em vigor nas provincias ultramarinas a lei de 18 de agosto de 1853 sobre os limites do processo correccional (1), devendo porém observar-se no mesmo processo em cada provincia a fórma estabelecida ahi pela legislação em vigor.

Art. 4.° (Promette fazerem-se modificações ao codigo penal sob propostas dos governadores das provincias).

109. Elaboração do projecto de 1861. — Tendo-se

(1) Esta lei tinha derogado o decreto de 10 de dezembro de 1852 sobre processo penal, restringindo os limites do processo de policia correccional e supprimindo a fórma de processo intermediaria criada por este decreto.

ausentado ou fallecido alguns membros da commissão nomeada em 1853, foram nomeados, por decreto de 30 de dezembro de 1857, dois novos vogaes. Seguiu-se o decreto de 3 de fevereiro de 1858 que concedeu escusa a três vogaes substituindo-os por outros.

Pouco depois, em 10 de agosto de 1859, foi apresentado ao governo o projecto da primeira parte do codigo penal elaborado pela commissão e precedido de um *Relatorio* datado de 10 de julho do mesmo anno, assignado por ANTONIO DE AZEVEDO MELLO E CARVALHO (presidente), JOSÉ ANTONIO FERREIRA LIMA, JOAQUIM PEREIRA GUIMARÃES e dr. LEVY MARIA JORDÃO (secretario e relator), os quaes foram louvados por portaria de 21 de setembro desse anno.

Em 1860 a commissão, tendo já saído della o vogal JOAQUIM PEREIRA GUIMARÃES, fez uma segunda edição da primeira parte do projecto, que enviou ao governo por officio de 18 de junho, sendo louvada por portaria de 30 de junho do mesmo anno.

Por officio de 7 de dezembro de 1861, sendo ministro da justiça MORAES CARVALHO, o presidente da commissão apresentou ao governo um projecto completo, intitulado *Codigo penal português — projecto da commissão* e precedido de um extenso *relatorio* datado de 20 de outubro e assignado por toda a commissão, mas escripto pelo secretario e relator dr. LEVY MARIA JORDÃO, mais tarde VISCONDE DE PAIVA MANSO, *relatorio* que é um verdadeiro tratado de sciencia penal, unanimemente elogiado no estranjeiro e reputado como o repositorio das ideias mais adiantadas e das theorias penaes mais aperfeiçoadas da época.

Declara o *relatorio* que valiosos subsidios foram prestados ao projecto por illustres criminalistas estranjeiros, taes como, MITTERMAIER, professor na Universidade de Heidelberg, e HERMANN SCHLETTER na de Leipzig; BONNEVILLE, conselheiro na Relação de Paris; ORTOLAN, professor na faculdade de direito de Paris; MOLINIER, na de Toulouse; HAUS, na Universidade de Gand; EDUARDO CALMELS, advogado na Relação de Paris; BOSELLINI, professor da faculdade de direito de Modena, FRANCISCO CARRARA, ELLERO, etc. Por propostas da commissão, consignadas nos citados officios de 18 de junho de 1860 e 7 de dezembro de 1861, todos estes sabios foram condecorados por D. PEDRO V.

Neste último officio propunha tambem a commissão que, no caso de o projecto ser convertido em lei, fosse denominado *Codigo de D. Pedro V*, em homenagem de gratidão e saüdade ao rei bem-amado, pouco antes fallecido (em 11 de novembro de 1861), que tanto se empenhára pelo acabamento desse codigo e tanto trabalhára para que nelle fossem consignados os principios eternos da natureza, da justiça e da humanidade.

Por portaria de 18 de dezembro de 1861 foi accusada a recepção do projecto e louvados os membros da commissão (1). Mas o projecto não chegou a ser convertido em lei, e por isso não teve realização aquella proposta, sendo o projecto conhecido pela denominação — *Codigo penal de 1861* (2).

---

(1) Vid. Codigo penal português de 1861, 1.º vol., *Retatorio* e os *Documentos* sob o n.º 2.

(2) Ha deste *Codigo* e *Relatorio* uma nova edição de 1864, com algumas modificações, tanto no *Relatorio*, que é assignado sómente pelo relator, como no *Codigo*. Permaneceu todavia na sua designa-

Apesar de não ter passado de projecto, é conveniente fazermos um estudo, embora ligeiro, das bases philosophicas em que assenta este codigo e do systema de penalidades que adopta, porque esse codigo influiu consideravelmente na legislação posterior.

110. Plano e bases philosophicas deste projecto. — Contém 509 artigos distribuidos por um titulo preliminar e três livros. No titulo preliminar estabelece disposições sobre a applicação e effeitos da lei penal quanto ao tempo, logar e pessoas, sobre a extradição, sobre a solidariedade defensiva da sociedade, sobre a interpretacão da lei penal e sobre as diversas especies de infracção da lei penal.

O primeiro livro, que se inscreve *Da criminalidade e da penalidade em geral,* é dividido em duas partes, a I sobre a *criminalidade* e a II sobre a *penalidade*. O segundo livro intitula-se *Dos crimes e delictos em especial,* e divide-se em três partes, sendo destinadas: a I aos *crimes e delictos contra o direito individual;* a II aos *crimes e delictos contra o direito social;* e a III aos *crimes e delictos contra o direito das gentes.* O terceiro livro trata *Das contravenções* e divide-se em quatro titulos, sendo destinados: o I ás contravenções *contra o direito individual;* o II ás contravenções *contra o direito social;* o III á *punição;* e o IV ás *contravenções estabelecidas por leis especiaes,* resalvando-as e estabelecendo limites ás penas que por estas podem ser impostas.

Com quanto não divirja fundamentalmente do

ção a primeira data. Quando citarmos o *Codigo* ou o *Relatorio* sem designação de edição, referimo-nos á edição de 1864.

plano do codigo de 1852, é mais aperfeiçoado o do codigo de 1861.

Pelo que respeita ás suas bases philosophicas, bastaria a leitura do projecto para logo se ver que foi largamente influenciado pelas doutrinas dos philosophos allemães, ou antes pelas escolas ecclecticas francêsas da primeira metade do seculo XIX, que procuravam conciliar o principio da justiça absoluta de KANT com o da utilidade social de BENTHAM, dando o predominio ora a um ora a outro (*supra,* n.° 46).

Mas, além disso, o relatorio é expresso a este respeito.

Pronunciando-se no § IV sobre o fundamento do direito de punir, natureza das penas e raias entre o direito civil e o penal, o relatorio adopta as seguintes soluções que se reflectem em todo o trabalho: «dar por base ao direito de punir o *proprio fim do Estado;* por fim ás penas a *correcção moral,* e como consequencia a *intimidação racional;* por medida á incriminação a *justiça moral* combinada com o *interesse social*».

Explica o relatorio cada uma destas soluções. Quanto á primeira diz: «Sendo o Estado a instituição que tem por fim manter e fazer desinvolver o imperio do direito, que é a vida da sociedade, tem por dever restabelecer o estado de direito perturbado pelo individuo. O crime, uma das faces que póde apresentar essa violação, ataca o estado de direito pelo damno resultante ao offendido, pelo alarma causado á sociedade, e pela destruição da harmonia do proprio violador como membro do corpo social. O Estado, pelo seu dever de manter o estado-de-direito, tem a faculdade de o restabelecer pelos meios competentes; e como estes são,

para o damno causado ao offendido, a *reparação civil,* e para o alarma social e perturbação do proprio criminoso as *penas,* tem o direito de as impor, isto é, tem o direito de punir, vindo a sua origem ou fundamento a ser o proprio fim do Estado, segundo a theoria de um distincto philosopho allemão, que um dos membros da commissão já expôs e desinvolveu, adoptando-a com leves modificações» (1).

O philosopho allemão, a que allude o relatorio, é ROEDER, professor da Universidade de Heidelberg, cujos escriptos influiram consideravelmente na orientação penal do relator (2). Póde ver-se ainda nesta theoria a influencia das doutrinas de KRAUSE e AHRENS, sobre o fim do Estado, e principalmente deste último, com quem o relator mantinha correspondencia; e ainda da doutrina da tutella juridica perfilhada pela escola italiana de CARRARA, e que não é fundamentalmente mais que uma variante do systema eccletico.

Na combinação dos dois principios — utilitarista e da justiça absoluta — os redactores do projecto parecem dar preferencia e primazia ao principio KANTIANO.

É o que se deduz dest'outra passagem do relatorio, em que se desinvolve a solução sobre os limites entre o direito civil e penal: «Sómente são puniveis aquelles factos que, além do damno ao offendido, causam um damno moral, um alarma tal na sociedade que a sua repressão por meio de pena se torna indispensavel á conservação social,

(1) Cit. *Relat.,* pag. 26.
(2) Veja-se o cit. *Relat.,* doc. n.º 3.

não sendo sufficiente para destruir o alarma a simples reparação do damno causado ao offendido. E como a *primeira condição* para exigir responsabilidade por qualquer facto é a sua *injustiça,* resultante da *violação da lei moral,* não poderá este entrar no dominio do direito penal sem que, além da sua *immoralidade intrinseca,* haja um damno causado, um alarma produzido, cuja punição seja exigida pelo interesse social».

A solução sobre a natureza das penas, que abre largo campo á escola penitenciarista, deriva-a o relatorio do fim para cuja realização são ellas empregadas como meio. «Como ellas, diz, devem reparar a perturbação da harmonia do proprio criminoso, e como consequencia o alarma causado á sociedade, a reparação daquella sómente se poderá obter pelo *melhoramento* do individuo, a deste por uma *intimidação racional,* causada pela natureza dos meios de melhoramento, e que sem desconhecer a dignidade pessoal do homem, afaste todavia os outros da estrada do crime».

Como se vê, a *intimidação* não é um fim, ou, antes, não é fim principal da pena; é antes um *effeito* dos meios penaes para conseguir a *correcção moral* do criminoso.

Estas ideias sobre a natureza da pena foram evidentemente fornecidas pela escola allemã, como se vê das seguintes reflexões de ROEDER, o illustre criminalista de Heidelberg, a que já nos referimos e cujas opiniões foram perfilhadas por LEVY MARIA JORDÃO.

«A pena deve importar-se unicamente com o criminoso, com o seu estado intellectual e moral, o qual (como o demonstrou o seu modo de proceder, o seu crime) sendo essencialmente doente e anor-

mal, deve ser modificado tanto quanto possivel (para que não tenhamos de esperar delle outros crimes similhantes), pela applicação de todos os meis justos e adequados a este fim *unico,* isto é, *immediato* da propria pena.

«Tudo o que se fizer para conseguir este fim, não deixará de *ao mesmo tempo* restabelecer a ordem moral, a harmonia, a segurança pública, etc., de toda a sociedade, de todos os funestos effeitos do mau exemplo, e impressionar os espiritos; mas sem empregar de modo algum meios *injustos em si,* sómente para conseguir este effeito, *como um fim á parte,* a intimidação.

«Todos estes effeitos ulteriores, estas *consequencias* salutures, uteis, mas *indirectas,* da pena, derivam naturalmente desta (do mesmo modo que, curando um membro, se restabelece ao mesmo tempo a saüde de todo o organismo)» (1).

Segundo a doutrina de ROEDER, deve attender-se á cura do orgão doente servindo a pena de meio therapeutico, que tem como resultado especifico restabelecer a harmonia interna do criminoso.

Porém, se assim é, quando se tratar dum incuravel, quer dizer, dum criminoso incapaz de correcção, que deverá então fazer-se?

Não o diz ROEDER. Mas para ser logico, devia abandoná-lo, visto que, sendo incorrigivel, nenhum effeito terá a pena sobre elle.

Ora é neste caso que deve adoptar-se a eliminação do criminoso, sacrificando-se assim este ao interesse e á salvação de todos.

Além do fim *therapeutico, que é mais difficil de*

(1) Cit. *Rel.*, doc. n.º 3, pag. 223.

conseguir, a pena tem ainda um effeito prophylatico, isto é, evitar o contagio do mau exemplo e advertir salutarmente todos os predispostos para o crime.

LEVY JORDÃO occupando-se, antes de mais nada, da correcção do delinquente, não esquece todavia as necessidades da conservação social, e por isso estatue no seu *Relatorio* que os criminosos incuraveis sejam internados em manicomios, como já era uso fazer-se em Inglaterra, onde, a par dos hospitaes communs para alienados vulgares, havia hospicios especiaes para os alienados criminosos (1).

Na primeira edição do projecto, art. 83.º, a commissão que, segundo as ideias de ROEDER, dava maior importancia á correcção e regeneração do criminoso, do que á intimidação, admittia, por outro lado, a pena de morte, justificando assim esta disposição:

«Entre as ideias de melhoramento e de intimidação, que deverão sempre andar harmonizadas, póde em casos rarissimos haver *collisão;* póde o facto incriminado ser tal que, *perdida toda a esperança de melhoramento...* a intimidação exija, para satisfação da ordem, manifestação do justo, o maximo da expiação na vida do criminoso; nesse caso, e só *nesse caso,* e na *impossibilidade de harmonia* dos dois principios, deve o primeiro, que representa o interesse do individuo, *ceder* ao segundo, que representa o da sociedade» (2).

Este interesse não é o da correcção do crimi-

(1) Cit. *Rel*, pagg. 58 e 59, e artt. 71.º da 1.ª ed., e 70.º da 2.ª ed. do *Projecto*.
(2) *Relatorio* da edição de 1861, pag. 58.

noso; é o da conservação social, ao qual aquelle deve *ceder*.

Ha aqui manifesta incoherencia, e tanto que na segunda edição do projecto desappareceu a pena de morte — não só por ser contraria á natureza, mas por estar em desaccordo com o principio do direito de punir e com a natureza e fins das penas e para satisfazer a vontade nacional, que se pronunciava contra a pena capital — como claramente se diz no *Relatorio* (1).

111. Systema penal do projecto de 1861. — Tanto na primeira, como na segunda edição, o projecto dividia as infracções em três grupos, segundo o systema tripartido do codigo de NAPOLEÃO: *crimes, delictos* e *contravenções*.

As penas applicaveis aos crimes eram: a *prisão* e o *degredo* (edição de 1864); as applicaveis aos delictos eram: a *reclusão* e a *multa;* e as applicaveis ás contravenções eram: a *reclusão policial* e a *multa leve*.

Comparando com o codigo de 1852, vê-se que foram abolidas a pena de morte, que ainda apparecia na primeira edição, pelas razões já expostas em o numero anterior, e a de trabalhos públicos,

(1) *Rel.*, 2.ª ed., pag. 64. A pag. 225 desta edição encontra-se o documento n.º 4, que é um mappa das execuções capitaes em Portugal desde 1833 a 1846 inclusivé. De 1833 a 1836 inclusivé não houve execuções; de abril de 1837 a abril de 1846, em que se realizou a *última execução*, foram enforcados 33 réus e fuzilado um, o célebre *Remechido*, chefe de guerrilhas miguelistas, executado no Algarve a 2 de agosto de 1838. Este mappa encontra-se tambem a pag 221 do *Relatorio* da 1.ª edição, e a pag. 223 e segg. da mesma edição encontra-se o documento n.º 4-A, em que se dá uma desinvolvida noticia de algumas execuções anteriores, desde 1326 até 1833, em numero de 427.

por ser injustificavel aos olhos da sciencia penal e principalmente por attentatoria da dignidade humana. Em França tinha sido abolida esta pena pela lei de 30 de maio de 1854.

Das penas maiores do codigo de 1852 ficaram sómente as penas de *prisão* e *degredo*.

O relatorio considera a prisão individual, completada talvez pela deportação, a pena mais racional e a que mais se harmoniza com os principios da sciencia.

Não obstante, as duas penas apparecem no projecto ainda distinctas. A experiencia de cada uma dellas forneceria depois bases seguras para um systema definitivo de repressão.

Applicava-se a prisão aos crimes que demonstrassem grande perversidade moral; e o degredo aos de perversidade menor (1).

Tanto a prisão, como o degredo, que eram as unicas penas applicaveis aos crimes, comprehendiam três classes: na primeira as penas eram perpetuas ou por tempo indeterminado; na segunda a penalidade ia de seis annos (minimo) a dez annos (maximo); e na terceira, de três annos (minimo) a seis annos (maximo) (artt. 83.º e 84.º).

Na primeira edição, o projecto continha as mesmas classes, variando, porém, de duração, que era, na segunda classe entre quinze e nove annos; e na terceira entre nove e três annos (artt. 82.º e 83.º).

As penas correspondentes aos *delictos* eram a *reclusão* e a *multa,* e ambas variavam, na primeira classe entre um anno (minimo) e três annos (maximo), e na segunda classe entre um mês (minimo) e um anno (maximo).

(1) Cit. *Rel.*, pagg. 78 e 79.

A *reclusão policial* e a *multa leve,* que eram as penas applicaveis ás *contravenções,* variavam entre três dias (minimo) e um mês (maximo) (artt. 85.º a 87.º).

A prisão e a reclusão deviam cumprir-se em estabelecimentos penaes, no reino, com isolamento contínuo (artt. 120.º e segg. e 134.º). Adoptou, como se vê, o systema philadelphiano, que está hoje em vigor por força da lei de 1 de julho de 1867. O systema adoptado é fundamentalmente o mesmo em ambos os diplomas, podendo o codigo de 1861 considerar-se a fonte da lei de 1867.

No degredo seria applicado o systema da separação dos condemnados por categorias. Estas eram três, segundo a primeira edição do projecto: *incorrigiveis, duvidosos* e *melhorados* (art. 134.º). Na segunda edição, o termo *incorrigiveis* foi substituido pela palavra *perversos* (art. 133.º).

Desappareceu assim uma incoherencia flagrante. Não póde haver condemnados incorrigiveis num codigo que considera a correcção como fim unico da punição.

O emprego do termo *perpetuas,* applicado ás penas de prisão e degredo, estava em contradicção tambem com o systema seguido, que visava á restituição dos criminosos á sociedade, depois de corrigidos.

Por isso o relatorio dá áquella palavra o sentido de pena *por tempo indeterminado,* dependente do bom comportamento do criminoso, sentido differente do que ella tinha no codigo de 1852. Pelo projecto, os proprios condemnados a penas perpetuas ou indeterminadas podiam libertar-se dellas pela liberdade preparatoria e outras instituições complementares do regimen penitenciario, de que vamos tratar em o numero immediato.

112. Instituições complementares do regimen penitenciario. — Comprehendendo que a prisão perpetua era incompativel com o regimen cellular, a commissão addicionou ao artigo 119.º, em paragrapho unico, uma disposição com o fim de serem transportados para *colonias penaes* os condemnados a prisão de primeira classe, depois de terem soffrido a prisão cellular até ao maximo da segunda classe, cumprindo nessas colonias o resto da pena. O artigo 121.º da primeira edição estabelecia esta doutrina tanto para os condemnados a prisão de primeira, como para os de segunda classe, que tivessem soffrido prisão cellular por seis annos. Estas disposições tiveram em vista garantir a sociedade contra os instinctos perversos dos degredados, fazendo-os passar primeiramente por uma cadeia penitenciaria — systema gradual.

Pela *liberdade preparatoria* tambem os condemnados ás penas indeterminadas de prisão e degredo se podiam libertar. Este instituto, tambem conhecido pelo nome de *liberdade condicional,* hoje tão louvado, era admittido já e regulado pelo projecto (1). Segundo este, a liberdade preparatoria era concedida ao condemnado que tivesse soffrido *metade,* ou *dois terços* sendo reincidente, das penas de degredo ou prisão, de segunda ou terceira classe (temporarias), sob as seguintes condições:

1.ª Nota de melhorado no livro do registo.

2.ª Fiança de pessoa abonada que se obrigasse tambem a assegurar ao afiançado meios sufficientes

(1) A lei de 1 de julho de 1867 não o admittiu; foi, porém, supprida a lacuna pela lei de 6 de julho de 1893, artt. 1.º a 7.º e respectivo regulamento de 16 de novembro de 1893.

de trabalho e a subsistencia durante o tempo da liberdade preparatoria.

3.ª Informação completamente favoravel da administração do respectivo estabelecimento penal e do ministerio público.

4.ª Obrigação de residir no local marcado pela auctoridade administrativa de accordo com o ministerio público.

5.ª Reintegração no estabelecimento, por se tornar indigno da concessão, não se lhe levando em conta, neste caso, para o cumprimento da pena, o tempo que tiver gosado de liberdade (art. 156.º).

A liberdade preparatoria podia ser tambem concedida, nas mesmas condições, aos condemnados a prisão ou degredo de primeira classe (por tempo indeterminado), quando tivessem soffrido pelo menos *dez annos* de pena, ou *doze* sendo reincidentes (art. 156.º § un.)

A *commutação* ou *reducção da pena* era outra instituição que tambem podia aproveitar a estes condemnados. Só podia ser concedida aos condemnados que tivessem nota de grande melhoramento moral, e informação favoravel da administração do estabelecimento penal, e do ministerio publico (art. 165.º). A commutação ou reducção era sempre condicional: seriam privados de todo ou parte desse beneficio aquelles que não se comportassem bem (art. 165.º § unico).

Finalmente, podia aproveitar-lhes tambem o *perdão*. Para ser concedido perdão exigiam-se, além das condições necessarias para a commutação, mais duas: 1.ª ter pago o condemnado a reparação do damno e as custas, ou prestar fiança idonea a esse pagamento; 2.ª ter cumprido (sendo reincidente) dois terços da pena temporaria ou doze annos da

de prisão ou degredo de primeira classe (art. 163.º).

O perdão não prejudicava a acção civil pela indemnização, nem os direitos legitimamente adquiridos por terceiro (art. 168.º § unico).

113. Continuação. Penas indeterminadas e detenção supplementar. Condemnação condicional. — Com a concessão da liberdade preparatoria, do perdão, da commutação e reducção da pena, mesmo aos condemnados perpetuamente, desappareceram as penas perpetuas e por isso se lhes deu, com razão, o nome de *penas por tempo indeterminado*.

Estava desta maneira esboçado o systema das penas indeterminadas, systema que é razoavel, admittindo-se um minimo, que se encontra fixado no projecto.

Mas, assim como o alarme desapparece com o melhoramento do criminoso e por isso se faz *cessar* a pena, assim tambem deverá *prolongar-se* esta quando esse melhoramento não se realize deixando subsistir o alarme social (1). Coherente com este principio, o projecto estabelece o *prolongamento* ou *supplemento* da pena, tambem conhecido pelo nome de *detenção supplementar*. Consistia no aggravamento da pena em um terço do tempo della quando qualquer condemnado a prisão ou degredo de 2.ª ou 3.ª classe não mostrasse melhoramento ao findar o tempo marcado na sentença. No caso de reincidencia, o supplemento era de dois terços (art. 155.º).

A detenção supplementar era pronunciada pelo

(1) *Relat.* cit., 2.ª edição, pag. 93.

juiz de primeira instancia da localidade do estabelecimento penal, a requerimento do ministerio público, ouvidos o chefe, os capellães do estabelecimento e o condemnado (art. 155.° § un.).

Estas instituições ainda não lograram passar para a legislação positiva; mas tão reclamadas são, que é de esperar que o consigam num futuro não muito remoto.

Mais feliz foi o instituto da *condemnação condicional,* hoje regulado nos artigos 8.° a 11.° da citada lei de 6 de julho de 1893, e que já se achava esboçado no projecto.

Com effeito, determinava-se nelle, relativamente aos delictos e contravenções, que os juizes poderiam, a seu arbitrio, substituir a reclusão de primeira e segunda classe ou a reclusão policial pelas respectivas multas, tendo em attenção as circunstancias especiaes do processo (1); ou ainda, em vez de applicar a pena, *mandar assignar ao réu termo de bom viver, com a clausula expressa de incorrer, como reincidente, quebrando o termo, na pena da respectiva infracção* (art. 117.°) (2).

Os juizes poderiam tambem, no caso de haver circunstancias attenuantes *excepcionaes* e tendo o réu *comportamento irreprehensivel,* limitar-se a admoestá-lo, advertindo-o de que, praticada nova infracção, incorreria como *reincidente* na respectiva pena. Esta admoestação não tinha o caracter de reprehensão, mas sim o de uma advertencia em termos convenientes, e *sem apparato de publicidade,*

(1) Cf. o codigo penal de 1886, art. 98.° § unico, o decreto de 15 de setembro de 1892, art. 22.°, e a lei de 3 de abril de 1896, art. 8.°

(2) Cf. a lei de 6 de julho de 1893, artt. 8.° a 11.°

a um individuo que ainda não *perdeu os sentimentos do dever* (art. 118.°).

114. Continuação. Fundo de reserva, sociedades de patrocinio, casas e colonias de refugio penal e estabelecimentos de correcção. — O projecto admittiu todas estas instituições complementares do regimen penitenciario, creando umas, impondo ao governo a obrigação de crear outras, e deixando ainda algumas para a iniciativa particular.

Fundo de reserva. O producto do trabalho dos condemnados pertencia ao Estado, menos uma percentagem (variavel de 30 a 50 %) segundo a classe da prisão), a qual pertencia aos condemnados e era dividida em duas partes: uma constituia *fundo de reserva* para ser entregue ao condemnado quando obtivesse a liberdade definitiva, e outra, de que podia dispôr por intermedio da administração, para soccorros a sua familia necessitada e obras pias, e tambem para reparação do damno ao offendido (artt. 125.° e 126.°).

Esta instituição passou para a lei de 1 de julho de 1867, art. 23.° e § unico, ainda em vigor (1).

Sociedades de patrocinio. O fundo de reserva só de per si seria insufficiente como medida transito-

(1) Por esta lei a distribuição do producto do trabalho é um pouco differente. Divide-se em quatro partes eguaes: uma para o Estado, outra para indemnização da parte offendida, havendo logar a ella, outra para soccorro da mulher e filhos do preso, precisando, e a quarta para fundo de reserva. A 2.ª e 3.ª, quando não são necessarias, vagam para o Estado. O fundo de reserva não póde ser penhorado (lei de 9 de maio de 1901, art. 1.°), e, fallecendo o preso, passa para seus herdeiros (Vid. Regulameto da Penitenciaria Central de Lisboa, de 20 de novembro de 1884, art. 242.°; Portaria de 9 de novembro de 1893 e Regulamento das cadeias civis de 21 de setembro de 1901, art. 139.°).

ria, se o condemnado, ao ser restituido á vida social, não tivesse quem por caridade o dirigisse, protegesse e amparasse. Por isso o projecto impõe ao governo a obrigação de promover o estabelecimento *de sociedades de patrocinio* para dirigir, amparar e soccorrer os condemnados que tiverem cumprido a pena ou obtido a liberdade preparatoria (art. 159.º) (1).

Casas e colonias agricolas de refugio. O fundo de reserva e as sociedades de patrocinio podem resultar inefficazes, porque aquelle depressa se extingue e estas nem sempre podem conseguir aos condemnados soltos collocação e trabalho, principalmente por causa da repupugnancia com que geralmente são acolhidos.

Para remediar este inconveniente tem-se adoptado dois meios: *casas de refugio* e *colonias agricolas de refugio.* O projecto impõe ao governo a obrigação de promover o estabelecimento de *colonias de refugio penal,* sobretudo no ultramar (art. 159.º), e no *Relatorio* diz-se que a commissão não despresava a instituição das *casas de refugio,* mas que, em seu parecer, devia esta instituição ficar livre á caridade particular.

(1) A lei de 1867 não se refere a esta instituição, geralmente considerada como complemento indispensavel da reforma penitenciaria. A lacuna foi supprida pela já citada lei de 6 de julho de 1893, que dispôs no artigo 7.º: «O governo promoverá e auxiliará a organização de *associações protectoras dos condemnados.*

«§ unico. Da quarta parte disponivel do producto do trabalho dos presos que toca ao Estado por virtude do artigo 23.º da lei de 1 de julho de 1867, poderá o governo deduzir a parte que julgar conveniente para subsidiar aquellas associações».

Por decreto de 23 de agosto de 1902 foram creadas e organizadas duas *commissões de patronato,* uma em Lisboa e outra no Porto. Veja-se a lei de 3 de abril de 1896, art. 10.º, e o regulamento das cadeias civis de 21 de setembro de 1901, artt. 211.º a 216.º

Não temos ainda esta instituição.

Estabelecimentos de correcção. O projecto impunha ao governo a obrigação de crear *estabelecimentos de correcção,* industriaes ou agricolas, para os menores de 16 annos, que alli estariam internados até aos 21 annos (art. 140.º).

Quando Levy Jordão escrevia o *Relatorio,* pronunciava-se uma forte corrente de opinião a favor da correccionalidade familiar, isto é, da instituição de colonias penaes em familia.

«Na Suissa, diz elle, tudo na organização dos asylos recorda a imagem da familia. Pequenas quintas (de 18 a 25 hectares), pequeno numero de rapazes (30 em cada asylo), obedecendo a um só mestre encarregado da sua educação e instrucção, pedagogo e agricultor ao mesmo tempo, e uma disciplina toda paternal, são as condições principaes do feliz exito da instituição na Suissa, mas em geral completamente desconhecidas em França, cujas colonias agricolas comprehendem vastas extensões de terreno, cada uma dellas com uma população nunca inferior a 100 rapazes, com um pessoal enorme e com uma disciplina inspirada, mais pela dos quarteis ou prisões, do que pela da familia» (1).

O projecto falla em estabelecimentos penaes, industriaes ou agricolas, sem precisar, como é natural, o seu regimen, que seria determinado pelos regulamentos do governo; mas vê-se das explicações do *Relatorio* que Levy Jordão acceitava a instituição das colonias agricolas em familia, conforme o methodo traçado por Pestalozzi e Werlhi na Suissa.

(1) Cit. *Rel.*, pag. 87.

Ainda não foi adoptada entre nós esta instituição. Temos a colonia agricola correccional de Villa Fernando e três *casas de correcção* para menores, mas todas em ponto grande.

115. Abolição da morte civil e rehabilitação. — O projecto de 1861 impõe-se á nossa grande admiração, não sómente pela criação das instituições de que fallámos, mas tambem pelo seu caracter humano, temperado.

Assim, determina que nenhuma condemnação penal tem por effeito necessario privar o condemnado de qualquer direito civil ou do seu exercicio, salvas as incapacidades estabelecidas pela lei civil (art. 152.º), o que importa a *abolição completa da morte civil,* que o codigo penal de 1852 ainda admittia em grande escala nos artt. 52.º, 53.º e 54.º; e reconhece aos cidadãos, julgados innocentes em processo de revisão da sentença condemnatoria, direito a uma justa indemnização do prejuizo que tiverem soffrido (art. 169.º).

O *Relatorio* defende com vigor este direito das víctimas dos erros judiciarios.

«Esta questão, de justiça, diz, começou a preoccupar todos os espiritos generosos, á medida que a acção repressiva se foi concentrando entre as mãos da sociedade, e que a responsabilidade da accusação injusta foi passando do accusador particular, a respeito do qual a resolução era simples, para o accusador público» (1).

Em seguida, o relatorio expõe factos e doutrinas a favor deste direito, cita a ordenança franceza de

(1) Cit. *Rel.*, pag. 110.

8 de maio de 1788, durante o governo de Luís XVI, que pela vez primeira o reconheceu, e as opiniões de varios jurisconsultos e publicistas, como PASTORET, DUPORT, VIVIEN, MERLIN, FAUSTIN HÉLIE, BONNEVILLE, etc., e conclue por transcrever as proprias palavras do nosso MELLO FREIRE a este respeito.

Dizia MELLO FREIRE ser injusto que o réu absolvido fosse obrigado a pagar as custas do processo; e que, portanto, a sociedade devia pagar todas essas despêsas e reparar o damno, quer com o dinheiro do cofre do tribunal, quer com o producto das multas impostas aos verdadeiros delinquentes. Do mesmo modo devia ser indemnizado no seu bom nome, na sua honra, e em relação a quaesquer damnos o réu (ou os seus herdeiros) que se reconhecesse ser innocente depois de publicada e dada á execução a sentença (1).

O codigo penal vigente admitte as duas especies de rehabilitação: a reparação moral, ou restituição á honra e ao bom nome, realizada mediante a publicação da sentença no *Diario do Governo,* e a *indemnização* pecuniaria de perdas e damnos (2).

116. Reputação de que gosou e abandono a que foi votado o projecto de 1861. — Não podiam ser mais favoraveis, diz o dr. HENRIQUES DA SILVA, as condições em que appareceu o projecto de 1861. Reclamavam-no os protestos levantados contra as disposições do codigo de 1852, antiquadas e em desaccordo com as ideias mais em voga nessa

(1) *Institutiones juris criminalis lusitani,* tit. 2, § 10, nota.
(2) Art. 126.º §§ 5.º, 6.º e 7.º. Vid. a lei de 3 de abril de 1896 sobre o processo para a rehabilitação.

época; precedia-o um relatorio extenso, que era um estudo notavel e um valioso subsidio para a interpretação das disposições do projecto; fôra elaborado de cooperação com notaveis criminalistas estranjeiros e nacionaes; e, finalmente, estava em harmonia com os principios das sciencias medicas pelo auxilio que lhe prestaram as melhores auctoridades do país neste ramo de sciencia.

Além disso, o projecto levantára no estranjeiro uma corrente favoravel de sympathia entre os criminalistas eminentes.

BONNEVILLE, em carta ao relator, dizia que elle «era um verdadeiro tratado de direito penal, o monumento de legisladão criminal mais satisfactorio e mais progressivo da época», que «fará honra aos seus eminentes redactores e será digno da intelligente e cavalheirosa nação a que é destinado».

BOSELLINI dizia que o *Relatorio* era um *tratado magistral,* e o projecto uma obra notavel para todos os que tivessem de estudar a legislação criminal, a última palavra da sciencia, e que tinha sido orientado pelos principios da humanidade, da religião, da ordem pública e da justiça.

HOLTZENDORFF considera o projecto de 1861, naquillo que delle conhecia, um trabalho que alcançára a maior perfeição e que deveria servir de modelo á maior parte das legislações penaes (1).

Apesar de tão bons auspicios, o projecto de 1861 não chegou sequer a ser discutido em côrtes. Contudo, encontram-se diplomas que se referem a elle, ou que nelle se inspiraram:

a) A *portaria de 23 de outubro de 1865*, publicada por BARJONA DE FREITAS, ministro da justiça no gabinete da fusão, sob a presidencia de ANTONIO AUGUSTO DE AGUIAR, provoca o parecer dos magistrados, tanto judiciaes como do ministerio público, e pede a opinião de varias corporações e, nomeadamente, da Faculdade de Direito sobre o projecto em questão (1).

b) Relatorio das propostas de lei apresentadas ás côrtes em 28 de fevereiro de 1867, uma das quaes se converteu na reforma penal de 1 de julho de 1867.

BARJONA DE FREITAS, justificando a sua proposta sobre a reforma das cadeias, dizia que esta era indispensavel, sendo necessario reformar ao mesmo tempo e profundamente o systema penal.

Parecia estranho, continuava elle, vir apresentar ás côrtes uma reforma parcial que devia fazer parte das reformas contidas no codigo de 1861, o qual em breve seria apresentado á discussão das camaras; que se notasse, porém, que a reforma, por elle apresentada, era subordinada ao pensamento e systema do codigo de 1861, e que a morosidade da discussão desse codigo, incompativel com a urgencia da reforma das cadeias, o levava a não esperar mais tempo para apresentar a sua proposta (2).

c) Relatorio que precede as propostas de lei de 13 de maio de 1870, apresentadas ás côrtes pelo sr. JOSÉ LUCIANO DE CASTRO.

Referindo-se ao codigo de 1852, diz o sr. JOSÉ LUCIANO: «Logo depois da publicação do actual codigo penal, fôra nomeada uma commissão para

(1) Estas opiniões podem ver-se no *Relatorio,* doc. n.º 1.

(1) Publicada no *Diario de Lisboa,* que anteccdeu o *Diario do Governo,* anno de 1865, n.º 241.

(2) Publicado no *Diario de Lisboa,* de 1867, n.º 49.

entender da sua reforma. Ao cabo de alguns annos, essa commissão deu por terminados os seus trabalhos, offerecendo ao governo um codigo penal, modelado num systema novo, e porventura mais racional e completo do que a legislação vigente.

Esse trabalho chegou a ser apresentado ás côrtes por um dos meus antecessores, mas nem sequer alcançou parecer da respectiva commissão. Parou ahi a reforma. O projecto, apesar de louvado por nacionaes e estranjeiros, lá jaz esquecido e desamparado nos archivos parlamentares» (1).

Apesar do destino do projecto de 1861, este trabalho não se perdeu, pois serviu de base a trabalhos posteriores, nomeadamente á reforma de 1867 de BARJONA DE FREITAS.

117. Codigo penal e disciplinar da marinha mercante e nova lei de imprensa. — Antes de tratarmos da reforma de 1867 cumpre dar aqui noticia de dois diplomas importantes, um dos quaes ainda está em vigor.

É este o *Codigo penal e disciplinar da marinha mercante portuguêsa,* approvado por carta de lei de 4 de julho de 1864, referendada pelo ministro MENDES LEAL.

Em conformidade do art. 97.° do mesmo codigo, que manda que o governo publique juntamente com o mesmo codigo os formularios necessarios para dar uniformidade ao processo, foram esses formularios approvados por um decreto da mesma data (4 de julho de 1864) e publicados juntamente com o codigo.

(1) *Diario da camara dos deputados,* de 1870, pagg. 452 e 453.

Applica-se este codigo ás infracções de disciplina, commettidas por tripulantes e passageiros a bordo de embarcação portuguêsa de vela ou a vapor, pertencendo a particulares ou a administrações públicas e destinada á navegação ou á pesca (artt. 1.° e 2.°).

Estas infracções são: *crimes, delictos* e *faltas ou contravenções* (art. 7.°).

Os *crimes especificados* no codigo são julgados pelos tribunaes ordinarios e *punidos* com as penas estabelecidas no mesmo codigo, isto é, degredo de 3 a 12 annos, degredo temporario e prisão maior temporaria (art. 8.° e 42.° a 46.°) (1). Como o seu julgamento pertence aos tribunaes communs, não vem regulado no codigo o respectivo processo. O capitão limita-se a levantar o auto de noticia, fazer a instrucção do processo, apprehender os instrumentos ou objectos do crime, prender o auctor e entregá-lo, bem como ás peças do processo, ao ministerio público do primeiro porto português a que chegar, ou ao consul português ou ao commandante do navio do Estado português que se encontrar no primeiro porto a que chegar, sendo estranjeiro (artt. 93.° a 95.°).

Os *delictos* e *contravenções especificados* no codigo devem ser *julgados* e *punidos* nos termos nelle declarados.

(1) Estes crime são a perda ou destruição de navio motivada deliberadamente por qualquer individuo que nelle se achar embarcado, o acto de rebellião commettido por mais de um terço da equipagem, e, por parte do capitão, aquelle que se levantar com o navio vendendo-o ou empregando-o em proveito proprio, o que mudar o destino ou lançar ao mar ou destruir sem necessidade toda ou parte da carga, e ainda o que praticar varios factos prohibidos pelo codigo commercial a que se faz refereneia expressa.

É longa a lista dos delictos tanto communs ao capitão, officiaes, tripulação e passageiros (artt. 19.º a 27.º), como especiaes do capitão e officiaes (artt. 28.º a 41.º e art. 9.º). As penas applicaveis aos delictos são a *multa de 3$000 a 30$000 reis e de 1$000 a 10$000 reis,* conforme forem officiaes ou praças os delinquentes, *ferros até vinte dias,* com perda ou sem perda da terça parte da ração e da totalidade da bebida fermentada (pena inapplicavel aos officiaes e passageiros), e *prisão de oito dias a três annos* (artt 11.º e 12.º).

O conhecimento e julgamento destes delictos pertence aos tribunaes commerciaes maritimos, compostos de cinco vogaes e um escrivão da categoria designada no mesmo codigo e que póde variar segundo o porto onde houver de se constituir o tribunal (artt. 56.º a 65.º), e segue-se o processo estabelecido no mesmo codigo (artt. 71.º a 92.º) e nos formularios officiaes a elle annexos, que nem sempre são conformes ao disposto no codigo (1). Das decisões destes tribunaes só ha recurso para o Supremo Tribunal de Justiça Militar, quando a pena exceder um mês de prisão ou 10$000 reis de multa (art. 90.º). O Supremo Tribunal de Justiça Militar decide em segunda e *última instancia* (art. 90.º § unico) (2).

(1) Confronte-se, por exemplo, a fórmula n.º 20, sobre a acta da audiencia, que manda que o accusado seja trazido perante o tribunal *depois de lidas as peças do processo,* com os artt. 70.º a 82.º, segundo os quaes deve intender-se que o accusado comparecerá logo que o tribunal estiver constituido e que a leitura do processo deverá ser feita *estando elle presente.*

(2) Este Supremo Tribunal de Justiça Militar chama-se hoje Supremo Conselho de Justiça Militar e exerce ainda a attribuição referida (Codigo de justiça militar de 13 de maio de 1896, art. 300.º § 2.º n.º 4.º). Cf. os artt. 506.º, 326.º e 327.º deste codigo.

Das *contravenções* é tambem longa a lista (art. 17.º) e são *puniveis* com penas variaveis, segundo os contraventores são homens da equipagem, officiaes ou passageiros da camara ou do convez (art. 10.º). Entre as penas applicaveis por contravenções aos homens da marinhagem figura a de prisão a ferros até quatro dias e a de prisão em logar fechado até cinco dias, e para os officiaes e passageiros a prisão e reclusão até oito dias no camarote.

Todas estas penas podem, como *medida preventiva,* ser prolongadas pelo tempo que for necessario, quando o delinquente for perigoso ou tiver commettido crime.

O conhecimento e julgamento das contravenções pertence, sem recurso algum, aos intendentes de marinha e capitães dos portos, ou a quem legalmente os substituir, aos commandantes dos navios do Estado, aos consules portuguêses, aos capitães de navios mercantes em porto estranjeiro, aos capitães nos seus proprios navios (art. 47.º), segundo as regras estabelecidas no mesmo codigo (artt. 48.º a 54.º). Não está estabelecida nenhuma fórma de processo para o julgamento destas contravenções. Apenas o art. 55.º determina que o poder disciplinar seja exercido com a maior reserva, devendo aquelles, a quem é conferido, *préviamente colligir os precisos esclarecimentos relativamente aos factos submettidos á sua apreciação,* e que a auctoridade maritima ou consular do logar da chegada do navio interrogue cuidadosamente os capitães, que sob sua responsabilidade applicarem durante as viagens as penas disciplinares, a fim de serem punidos se tiverem commettido abuso de poder.

Todas as contravenções devem constar de um

livro existente a bordo, denominado *livro de castigos,* dividido em duas columnas, na primeira das quaes o capitão ou official do quarto mencionará a contravenção com todas as suas circunstancias, dia em que se verificou e o nome de quem a commetteu, e na segunda escreverá sua decisão a propria auctoridade disciplinar que estatuir sobre o caso (art. 67.º). A isto se reduz o processo.

O outro diploma, a que acima alludimos, é a lei de 12 de maio de 1866 sobre liberdade de imprensa, cujo caracter liberal tem sido muito elogiado, sobretudo quando posta em confronto com o decreto dictatorial de 29 de março de 1890, que a revogou.

118. Reforma penal e de prisões de 1867. — Na proposta que se converteu na lei de 1 de julho de 1867 (1), BARJONA DE FREITAS, inspirando-se no pensamento de alguns dos seus antecessores, e, querendo continuar a obra por elles iniciada, intendou que devia reformar as cadeias, tornando-as, tanto quanto possivel, compativeis com os progressos da sciencia penal, dando a estas as condições indispensaveis de capacidade, segurança e salubridade.

Guiado pelo projecto de 1861, que a esse tempo estava para ser apresentado ao parlamento, intro-

(1) Ha varias leis com a data de 1 de julho de 1867. Interessam-nos apenas a da reforma penitenciaria, outra que alterou o art. 27.º do codigo de 1852 amoldando-o aos principios de direito penal internacional, como se encontram no art. 53.º do codigo de 1886, e ainda outra sobre recenseamento de jurados e organização do jury commum e do jury mixto, regulamentada por um decreto de 29 de agosto do mesmo anno. Aqui tratamos sómente da primeira.

duziu BARJONA na propostas as seguintes innovações ao systema penal do codigo de 1852:

a) Abolição da pena de morte nos crimes civis, já abolida quanto aos crimes politicos pelo acto addicional de 1852.

A pena de morte, diz BARJONA, «paga o sangue com o sangue, mata mas não corrige, vinga mas não melhora, usurpa a DEUS as prerogativas da vida, e, fechando a porta ao arrependimento, apaga no coração do condemnado toda a esperança de redenção, e oppõe á fallibilidade da justiça humana as trevas de uma punição irreparavel...». «A pena de morte sería legítima, se a justificasse a lei da proporcionalidade da pena ao delicto, e, indeclinavelmente, a reclamasse a necessidade social...». «Onde a estatistica criminal accusa a existencia de crimes de subída gravidade *(augmento progressivo),* onde não bastam as diligencias de prevenção e a severidade das penas que não atacam a vida, onde a instrucção, a moralidade, a brandura dos costumes, não alcançam dispensar o rigor da suprema penalidade, a necessidade social basta a legitimar nos poderes públicos o direito de applicar a pena de morte, quando ella não offende a justa proporção entre o castigo e o crime...». «Com o desinvolvimento, porém, da civilização, dilata-se a força dos governos, armam-se de novas faculdades os poderes públicos, derrama-se a moralidade, diffunde-se a instrucção, de maneira que a sociedade póde bem defender-se sem immolar á sua conservação a vida dos delinquentes; e, portanto, a pena de morte é injustificavel...». «Á voz da humanidade e do sentimento associam-se os dictames da sciencia e as tendencias da civiliza-

ção. Levantam-se as assembleias legislativas contra o carrasco, instrumento brutal nas mãos da lei, que o obriga a matar sem consciencia, a verter o sangue onde podia lançar balsamo a religião e criar raizes o remorso. Por último vem ainda a estatistica commentar com algarismos a desnecessidade da pena de morte no estado actual da sociedade portuguêsa».

O *Relatorio* prova, com os dados numericos fornecidos pelo registo dos crimes praticados em Portugal desde 1860, que a percentagem dos crimes graves não augmentou, embora a pena de morte estivesse abolida de facto desde 1846, anno em que se realizou a última execução.

Como não teremos ensejo de voltar a tratar desta pena, visto ter desapparecido da nossa legislação, vamos consignar aqui alguns dados a seu respeito.

A questão da abolição da pena de morte ainda não obteve até hoje solução uniforme, quer na legislação dos differentes povos, quer na doutrina.

O movimento abolicionista, muito intenso ha alguns annos, parece ter perdido alguma cousa da sua energia depois do desinvolvimento do anarchismo e dos seus attentados, e a doutrina da nova escola positivista italiana têem igualmente contribuido para o attenuar. LOMBROSO e GAROFALO declaram-se absolutamente partidarios da pena de morte como meio radical e economico de eliminação dos criminosos incorrigiveis, cuja dispendiosa conservação em estabelecimentos penitenciarios, sem esperança nem possibilidade de cura ou de emenda, antes com a possibilidade e o perigo social da evasão ou de attentados sobre os guardas, é injusto pôr a cargo dos honestos. Todavia, FERRI declara-se adversario desta pena, porque não a considera necessaria nem efficaz, e porque para se obter della uma utilidade real sob o ponto de vista da purificação social sería necessario proceder a execuções em massa dos criminosos natos e incorrigiveis, o que é impraticavel no estado de nossos costumes e da nossa civilização (1).

A demonstração da *necessidade* ou *inutilidade* da pena de morte por meio de raciocinios abstractos, *à priori* e puramente theoricos, é quasi insoluvel senão insoluvel, e as verificações estatisticas feitas nos Estados que têem abolido a pena de morte não são tão convincentes como á primeira vista poderia julgar-se, porque, observa TARDE (2), a estatistica não separa nem póde separar a influencia do terror do sabre ou da guilhotina, das outras diversas causas que influiam na diminuição ou no augmento da criminalidade violenta quando o país aboliu ou restabeleceu a pena de morte e que não cessaram de continuar a obrar depois deste facto.

Sob o ponto de vista sentimental, observa o mesmo escriptor (3) que «em materia de alta penalidade, não ha que escolher senão entre estes dois modos de repressão realmente efficazes: *fazer morrer sem fazer soffrer*, ou *fazer soffrer sem fazer morrer*». A pena de morte apparece-nos assim como a mais humanitaria das penas eliminadoras. A repulsão que inspira é devida, segundo o mesmo TARDE, mais ao modo de execução, do que á propria pena.

(1) Veja-se a 4.ª ed. ital., n.º 92, pagg. 875 a 883, e a versão franceza, pagg. 527 a 534.
(2) *Philosophie pénale*, pagg. 536 e 537.
(3) *Obr. cit.*, pag. 556.

TARDE propugna que se deixe ao condemnado a escolha do genero de morte.

PRINS (1) defende a sua substituição por uma pena privativa da liberdade perpetua e rigorosa no seu regimen. OLIVECRONA (2), baseado na experiencia de alguns países que têem abolido a pena de morte, sem que por isso tenha augmentado a sua grande criminalidade, propõe que os Estados que ainda a conservam, a suspendam provisoriamente durante alguns annos a titulo de experiencia, substituindo-a de facto por uma pena de prisão seriamente repressiva.

Os Estados que já aboliram a pena de morte são, além do nosso, a Hollanda, a Noruega, a Italia, a Republica de S. Marino, a Romania, varios cantões da Suissa, como os de Friburgo, Genebra, Zurich, Neufchâtel, Tessino, Argovia, etc., a Venezuela, Costa Rica, varios Estados da America do Norte, como os de Michingan, Rhod Island, Wiscousin e Maine, etc. Na Belgica e na Finlandia a pena de morte subsiste na lei, mas não se applica de facto.

Nos mais Estados persiste na lei e nos factos, achando-se, todavia, em alguns delles pendentes projectos para a sua abolição, como na França e na Suissa, cujo projecto de codigo penal federal não a admitte.

Os modos de execução variam segundo os países: *decapitação* na Allemanha, Dinamarca, Suecia, Suissa, França *(guilhotina),* Finlandia; *enforcamento* na Russia, Austria, Inglaterra e Estados

(1) *Obr. cit.*, n.os 654 a 672.
(2) *De la peine de mort,* versão franceza de BEAUCHET, Paris, 1895.

Unidos, em geral; *electrocução* no Estado de New-York; *estrangulamento (garrote)* na Hespanha; *fusilamento* na Servia e no Montenegro.

Em quasi todas as nações que ainda applicam a pena de morte tem sido supprimida a publicidade da execução, fazendo-se esta operação no interior das prisões e sem assistencia do público, como Inglaterra, Allemanha, Austria, Russia, Suecia, Suissa Hespanha e Estados-Unidos.

Para substituir a pena de morte, BARJONA adoptou a de *prisão cellular perpetua.*

É evidente a incoherencia da admissão de uma tal pena num systema que tem por fim a correcção dos condemnados. BARJONA justifica-se, dizendo que a prisão cellular perpetua se tornava necessaria no momento em que ia desapparecer a pena de morte, para que não fosse prejudicado o effeito intimidativo desta. Por outro lado, ficava á clemencia régia a prerogativa do poder moderador, para temperar o rigor da punição, não ficando de todo fechada a porta da esperança e da rehabilitação.

b) Abolição da pena de trabalhos públicos. Esta pena foi supprimida, principalmente, por não satisfazer ao duplo fim da *moralização* e da *intimidação* do culpado.

O primeiro fim não era attingido com os *trabalhos públicos*, porque, além de exporem o criminoso ao despreso público, o abatiam aos seus proprios olhos; extinguiam nelle todos os sentimentos de pudor e deste modo tolhiam completamente a sua regeneração, não radicando no seu espirito senão a

reacção contra a pena, o amor do crime e o odio á sociedade.

Não se conseguia intimidar com essa pena, porque no nosso país era cumprida, ou nas cadeias, sem trabalho, ou nas obras públicas e municipaes, não se observando o rigor dos artt. 33.º e 78.º § 2.º do codigo de 1852, que mandavam cumprí-la com corrente de ferro no pé, ou com cadeia presa a outro companheiro, e no ultramar quando perpetua.

Sob o ponto de vista economico, adverte a experiencia quão esteril é o trabalho do forçado, que, sem dignidade, deixa morrer a espontaneidade das suas faculdades individuaes, sendo o seu trabalho identico ao de um escravo.

Todos esses motivos levaram á substituição da pena de *trabalhos públicos perpetuos* pela de *oito annos de prisão maior cellular, seguida de degredo em* Africa *por doze annos* (art. 4.º), que corresponde á pena do n.º 2.º do art. 55.º do codigo penal de 1886.

A pena de *trabalhos públicos temporarios* foi substituida pela de *três annos de prisão maior cellular, seguida de degredo em* Africa *por tempo de três a dez annos* (art. 5.º).

c) Prisão maior. Esta pena foi tambem abolida, sendo a *perpetua* substituida pela de *prisão maior cellular por seis annos, seguida de dez annos de degredo* (art. 7.º), e a *temporaria* pela de *dois a oito annos de prisão maior cellular* (art. 8.º).

d) Degredo. Pela lei de 1867 o degredo ficou subsistindo apenas como pena complementar da prisão cellular. Aos crimes a que era applicavel o

degredo perpetuo manda esta reforma applicar o *degredo por oito annos precedido da pena de prisão maior cellular por quatro* (art. 9.º).

O § unico do artigo 8.º substitue o *degredo temporario* pela mesma pena de *prisão cellular de dois a oito annos,* que substituiu a prisão maior temporaria.

O auctor da proposta confessa que a pena de degredo não era defensavel em face dos mais adiantados principios da sciencia penal; mas pareceu-lhe que, num país colonial como o nosso, não era possivel prescindir dessa pena, como meio de colonização; e, por outro lado, afigurava-se-lhe que a pena de degredo, como complemento da prisão e tal como era regulada na proposta, não offerecia já os mesmos inconvenientes.

O degredado tinha já passado pela cadeia cellular, e assim era de esperar que não fosse affligir e perturbar as colonias com a ferocidade nativa dos seus instinctos exacerbada pela corrupção adquirida na estrada do crime.

Além disso, as circunstancias do thesouro não permittiam deixar só a pena de prisão maior cellular para substituir todas as quatro primeiras penas maiores do codigo de 1852, o que daria em resultado dispenderem-se avultadas sommas na construcção de prisões com capacidade para alli se cumprirem todas essas penas.

A pena de degredo era sempre em *Africa.* Era expressa a lei quanto ao degredo complementar da prisão cellular que substituiu as penas de trabalhos públicos (artt. 4.º e 5.º), e, comquanto não dissesse o mesmo explicitamente quanto ao degredo complementar da prisão maior cellular que substituiu as penas perpetuas de prisão maior e degredo, assim

se inferia da referencia que os artt. 5.°, 7.°, 9.° e 10.° faziam ao § unico do art. 4.°, o qual determinava que o governo distribuiria por classes, em regulamento especial, as differentes possessões africanas em que havia de ser cumprida a pena de degredo a que o mesmo artigo se referia, devendo na sentença condemnatoria declarar-se tão sómente a classe para o indicado fim.

Para melhor se comprehender esta disposição, que ainda hoje tem applicação (codigo penal de 1886, art. 60.° § 2.°) cumpre ter presentes as disposições do codigo de 1852 quanto ao cumprimento da pena de degredo. Embora o art. 35.° dispusesse de um modo geral que o degredo se cumpria em uma das *possssões ultramarinas,* o art. 50.° determinava que a pena de degredo se entendia em regra ser para a Africa, devendo nas sentenças declarar-se sempre se era para as possessões portuguêsas orientaes se para as occidentaes, sem designação do logar certo, e considerando-se aggravada a pena no primeiro caso (artt. 50.°, 78.° § 4.° e 79.° § 1.°). O degredo para a India só tinha logar quando fosse expressamente determinado na lei (art. 50.° § 1.°) e a designação do logar de residencia do degredado ficava competindo ao governo (art. 50.° § 2.°).

A lei de 1867 manda dividir as possessões africanas por classes e que na sentença se declare sómente a classe. Não deve pois designar-se o logar, continuando a competir ao governo esta designação. Em cumprimento desta determinação, o governo, por decreto de 5 de setembro de 1867, dividiu as referidas possessões em duas classes: a primeira comprehende Cabo Verde, S. Thomé e Principe e em Angola os districtos da capital e de Mossamedes; a segunda comprehende Bissau e Cacheu, o districto de Benguella e a provincia de Moçambique.

A Nova reforma penal de 1884 confirmou estas disposições e revogou expressamente o art. 50.° § 1.° do codigo de 1852 que permittia o degredo para a India (art. 52.° § 2.°), disposições que passaram para o codigo de 1886, art. 60.° § 2.°.

e) Applicação das penas. Tendo a reforma de 1867 alterado a escala penal do codigo de 1852, não podia deixar de regular, em harmonia com o novo systema, a applicação das penas, quando occorressem aggravantes ou attenuantes, e nos casos de reincidencia, crime frustrado e tentativa, cumplicidade e accumulação de crimes, o que fez nos artt. 11.° a 19.°, a que ainda hoje precisamos recorrer para *completar* as disposições do codigo penal sobre o assumpto.

f) Diminuição do limite maximo da pena de prisão correccional. Como a pena de prisão maior cellular ficava sendo immediatamente superior á de prisão correccional e o seu minimo era de dois annos, intendeu-se necessario reduzir o maximo da prisão correccional, para manter a devida proporcionalidade.

Este maximo, que era de três annos, ficou reduzido a dois (art. 33.°).

g) Systema de prisão cellular. BARJONA DE FREITAS justifica, no *Relatorio,* a rejeição do systema auburniano e do cellularismo philadelphiano puro, com os seguintes fundamentos:

1) Não admittiu o systema de Auburn, porque a communicação de dia entre os condemnados contraría os effeitos do isolamento nocturno, pertur-

bando a meditação e o recolhimento interior do criminoso, necessario para obter o seu melhoramento, e, por outro lado, proporciona-lhe relações, que mais tarde, depois do cumprimento das penas, o fariam voltar ao caminho do crime.

2) Não admittiu o systema de Philadelphia puro — o isolamento absoluto — porque, em sua demasiada severidade, longe de alcançar a reforma dos condemnados, acaba por torná-los loucos, «sepultando nas trevas da demencia o sentimento do infortunio e a consciencia da responsabilidade».

No systema adoptado pela lei de 1867, attende-se á regeneração do criminoso pelo isolamento, que evita o contagio do vicio, e pela concentração; mas, para lhe incutir confiança e para o chamar á regeneração, permittem-se as visitas dos parentes e dos amigos, para alliviar a espaços o soffrimento, e reanimar a esperança e a coragem no animo abatido dos condemnados (artt. 20.°, 21.° e 22.°).

Á pena de prisão correccional eram applicaveis fundamentalmente as mesmas disposições reguladoras das da prisão cellular (artt. 34.° a 39.°).

h) Prisões. Havia três especies de cadeias penitenciarias: geraes, districtaes e comarcãs.

As geraes eram destinadas ao cumprimento da pena de prisão cellular. Haveria três: duas para o sexo masculino, uma em Lisboa e outra no Porto, com 500 cellas cada uma, e a terceira para o sexo feminino, no districto judicial da Relação do Porto, com 200 cellas (artt. 27.° e 28.°).

As districtaes eram destinadas ao cumprimento da pena de prisão correccional superior a três mêses. Haveria uma em cada districto, construida de novo ou adaptada para esse fim, com um numero

de cellas sufficiente, segundo o movimento dos prêsos condemnados nos últimos três annos a prisão correccional por mais de três mêses (artt. 40.°, 41.° e 43.°).

As comarcãs eram destinadas ao cumprimento da prisão correccional até três mêses e tambem á detenção dos presos preventivamente, e devia haver uma em cada comarca com numero variavel de cellas (artt. 52.°, 53.°, 54.° e 59.°).

i) Disposições transitorias. Na lei de 1867 vêem incluidas algumas disposições transitorias, estabelecendo providencias que deviam ser observadas emquanto não estivesse em execução, por falta de cadeias, o systema da prisão cellular.

Aos réus seriam applicadas, nas respectivas sentenças condemnatorias, as penas estabelecidas na lei de 1867; porém, nas mesmas sentenças seriam condemnados tambem em alternativa nas penas que pelo codigo penal fossem applicaveis a esses crimes (art. 64.°), excepto quanto á pena de morte que nunca sería applicada, devendo substituir-se pela de prisão maior cellular perpetua, e, na alternativa, pela de trabalhos públicos perpetuos (art. 64.° § unico).

j) Discussão. O parecer e projecto da commissão de legislação penal da camara dos deputados, que teve como relator ANTONIO PEQUITO SEIXAS DE ANDRADE, foi apresentado em sessão de 18 de junho de 1867.

Por proposta do deputado SANT'ANNA E VASCONCELLOS foi dividido em duas partes: reforma penal e reforma das cadeias.

O projecto continuou a discutir-se na sessão de

21 de junho, passando, depois de approvado, para a camara dos pares, onde foi apresentado o parecer da commissão respectiva na sessão de 26 de junho, sendo approvado nesta mesma sessão, e, finalmente, convertido na lei de 1 de julho de 1867.

119. Colonias penaes no ultramar. — Mantido o degredo para as provincias ultramarinas como pena complementar, e destinado a ser ainda por muitos annos uma pena distincta, tornava-se necessario criar no ultramar instituições que o tornassem mais util para o Estado e moralizador para muitos delinquentes.

Seguindo o exemplo de outras nações e, nomeadamente, da Inglaterra, o decreto de 9 de dezembro de 1869 estabeleceu duas colonias penaes de primeira classe na Africa Occidental e duas de segunda classe na Africa Oriental, devendo o governo começar pelas de primeira classe e reservando as de segunda classe para quando a necessidade o exigisse (art. 7.º).

Este decreto, assignado pelo ministro da marinha Luís Augusto Rebello da Silva, é precedido de um notavel relatorio sobre a pena de degredo e a natureza e fins das colonias penaes.

Como hoje ha na Faculdade de direito uma cadeira destinada especialmente ao estudo da administração colonial, melhor cabimento tem ahi este assumpto, e por isso e ainda porque as disposições do decreto não chegaram a ter execução, limitamo-nos a transcrever aqui os seus primeiros artigos, nos quaes se precisa a natureza e fins destas colonias.

«Art. 2.º O fim das colonias penaes é, como o

de toda a penalidade, realizar, conjuntamente com a expiação dos delictos, a regeneração moral dos condemnados, e promover, além disso, o desinvolvimento da povoação, da agricultura, da industria e do commercio, sem coacção de especie alguma contra a vontade e a liberdade dos colonos regenerados.

Art. 3.º Os meios principaes de regeneração empregados nas colonias penaes são o trabalho, a instrucção e a educação moral e religiosa.

Art. 4.º Os meios de colonização consistem principalmente nas concessões de terrenos e nos casamentos dos condemnados, regenerando-os e ligando-os assim ás provincias ultramarinas pelo amor da familia e da propriedade.

§ unico. No intuito de facilitar as uniões conjugaes, o governo protegerá a transportação de mulheres, que possam applicar-se nas colonias penaes a misteres proprios do seu sexo, concedendo-lhes passagem á custa do Estado.

Art. 5.º Cada colonia penal constitue um presidio militar e representa uma individualidade juridica com todos os direitos e vantagens que a lei commum reconhece e assegura ás pessoas moraes.

§ unico. As colonias penaes são representadas pelo seu director, e o ministerio público intervirá, sob pena de nullidade, em todos os processos e contractos em que ellas forem interessadas».

120. Proposta de 1870. — Em 14 de maio de 1870 apresentou o sr. José Luciano de Castro (1) á ca-

(1) Era ministro da justiça do gabinete historico que subiu ao poder em 12 de agosto de 1869, em substituição do ministerio reformista do Bispo de Viseu.

mara dos deputados seis propostas sobre os seguintes assumptos: 1.ª reforma do codigo penal; 2.ª reforma do processo criminal; 3.ª fianças em processo criminal; 4.ª despacho dos juizes para a Relação dos Açores; 5.ª extincção da Relação commercial (que pouco depois foi extincta por decreto de 22 de junho de 1870); 6.ª dotação do alto clero (1).

Só interessa ao nosso estudo a primeira proposta, a cujo exame vamos proceder.

O principal fim desta reforma era diminuir as penas mais graves do codigo de 1852 emquanto de facto não vigorasse o systema de prisão cellular, estabelecido na lei de 1 de julho de 1867, o que demoraria ainda muito tempo por as circunstancias do thesouro não permittirem a construcção de prisões, conforme as indicações da sciencia e as necessidades da administração da justiça.

As exaggeradas penalidades assustavam a consciencia e apiedavam o coração do jury, que, não raro, para se não macular com iniquas condemnações, absolvia os delinquentes de toda a responsabilidade criminal.

Pela proposta do sr. José Luciano ficava em vigor o systema penal de 1852, com as seguintes alterações:

1.ª A pena de morte era substituida pela de *degredo perpetuo* para as possessões *orientaes* de Africa, com prisão no logar do degredo pelo tempo que aos juizes parecesse conveniente (art. 2.º).

2.ª A pena de trabalhos públicos perpetuos era

(1) Publicadas no *Diario da camara dos deputados*, de 1870, pag. 451 e segg.

substituida pela de *degredo perpetuo* para as possessões *occidentaes* de Africa, e a de trabalhos públicos temporarios pela de degredo temporario com prisão no logar do degredo até três mêses (artt. 3.º e 6.º).

3.ª A pena de prisão maior perpetua era substituida pela pena fixa de degredo por vinte annos para as possessões occidentaes de Africa (art. 4.º).

4.ª A pena de degredo perpetuo era substituida pela pena fixa de degredo por quinze annos para as possessões occidentaes de Africa (art. 5.º).

5.ª O maximo das penas temporarias de prisão maior e degredo era reduzido a doze annos (art. 7.º).

6.ª Estabelecia-se o preceito de que as penas perpetuas se não aggravavam, e que as penas fixas de degredo por quinze e vinte annos podiam aggravar-se com prisão até seis mêses no logar do degredo (artt. 8.º e 9.º). Podiam, porém, ser attenuadas, applicando-se, em vez da pena de degredo perpetuo na Africa oriental, a mesma pena sem prisão, ou a pena de degredo perpetuo na Africa occidental, ou alguma das penas fixas de degredo (art. 11.º), e, em vez da pena de degredo perpetuo na Africa occidental ou das penas fixas, as penas immediatamente inferiores, podendo descer-se até ao minimo das penas maiores temporarias, segundo o numero e importancia das circunstancias attenuantes (art. 12.º).

7.ª Quanto ás penas temporarias, dispunha-se que podiam ser aggravadas até ao maximo das mesmas penas e reduzidas até ao minimo e descer até á prisão correccional não inferior a dois annos, e que, na falta de circunstancias aggravantes ou attenuantes, fossem ellas applicadas no *termo*

medio da sua duração de modo que, se a pena applicavel variasse entre três e doze annos, sería o réu condemnado a 7 $^1/_2$ annos (artt. 10.º, 13.º e 14.º).

8.ª A proposta continha disposições transitorias destinadas a facilitar a sua execução e a regular a sua applicação aos processos pendentes (art. 17.º), e modificava tambem differentes artigos da parte especial do codigo (art. 16.º).

9.ª Além dissso era o governo auctorizado a fazer uma nova publicação do codigo penal, no qual se introduzissem estas modificações (art. 18.º).

Foram precedentes da proposta do sr. José Luciano:

a) A portaria de 21 de agosto de 1869, que provocava o parecer dos magistrados judiciaes e do ministerio público sobre uma reforma a effectuar no direito penal e no processo respectivo.

b) O discurso da corôa de 2 de janeiro de 1870, que promettia a apresentação de propostas tendentes a modificar o codigo de 1852 e a legislação correlativa.

c) O decreto de 13 de janeiro de 1870, que criava junto do ministerio da justiça, sob a presidencia do ministro respectivo, uma commissão incumbida de examinar os *relatorios* dos magistrados e quaesquer outros documentos relativos á reforma penal projectada.

A proposta do sr. José Luciano não teve seguimento, porque, cinco dias depois de ser apresentada ás côrtes, caíu o governo pelo golpe de estado de Saldanha (19 de maio).

Seguiu-se o ministerio dos cem dias do qual fizeram parte Saldanha (presidente), Rodrigues Sampaio, D. Antonio da Costa, Marquês de Angeja, Dias Ferreira, Camara Leme e Conde de Magalhães.

Depois de soffrerem dois adiamentos foram as côrtes dissolvidas.

121. Abolição da pena de morte nas provincias ultramarinas. — Ao ministerio Saldanha deve-se o decreto de 9 de junho de 1870, que tornou extensiva *ás provincias ultramarinas* a *abolição da pena de morte nos crimes civis* (art. 1.º), mandando que nos crimes punidos com a pena de morte fosse applicada a pena immediata (art. 2.º). Foi confirmado pela lei de 27 de dezembro de 1870.

A lei de 1 de julho de 1867 não fôra publicada nos boletins officiaes do ultramar, nem referendada pelo ministro da marinha.

Daqui derivou a falta de uniformidade na applicação da pena de morte nos juizos de primeira instancia e até nas Relações.

Juizes havia que observavam a disposição do codigo de 1852, não considerando em vigor, no ultramar, a lei de 1867.

Esta incerteza desappareceu com a publicação do decreto dictatorial de 1870.

«Ao Rei que abolira a escravidão no ultramar, diz o *relatorio* que precede este decreto, cabia bem abolir a pena de morte, dando ao mundo exemplos nobres que chamem a attenção dos estranhos para a doçura dos nossos costumes e para o poder da nossa civilização».

122. Outros projectos de reforma penal até 1884. — Ao ministerio dos cem dias succedeu o ministerio presidido por Sá da Bandeira, e a este, em outubro de 1870, o gabinete Avila.

Nesta situação occuparam a pasta da justiça successivamente o MARQUÊS DE AVILA (interino), SARAIVA DE CARVALHO, MELLO GOUVEIA e JOSÉ MARCELLINO SÁ VARGAS.

Em sessão de 6 de maio de 1871, foram apresentadas por este último duas propostas á camara dos deputados.

A primeira, convertida depois na lei de 15 de junho de 1871, criou no extincto convento das Monicas uma *casa de detenção e correcção* para menores do sexo masculino (1).

A segunda, renovando a proposta do sr. JOSÉ LUCIANO com algumas modificações, consistia, como esta, numa reforma penal em substituição do systema penal do codigo de 1852.

Dizia-se alli que nem o projecto de 1861, nem a lei de 1867 tinham saído das regiões da theoria; e que se devia pôr fim ao extremo rigor das penas, pois este não corrige os criminosos, que vão buscar alento principalmente á esperança da impunidade.

A proposta de SÁ VARGAS introduzia algumas novidades relativamente ás aggravantes e attenuantes: não chegou, porém, a ser discutida.

Á proposta de 6 de maio de 1871 seguiu-se uma proposta do sr. dr. JULIO DE VILHENA, apresentada á camara dos deputados em uma sessão de março de 1883 sobre *prisão preventiva e fiança criminal*, e outra, apresentada em sessão de 23 de dezembro

(1) Esta casa de detenção e correcção foi transferida para Caxias por lei de 27 de abril de 1903, ficando o edificio das Monicas para *casa de detenção e correcção* de menores do *sexo feminino* (art. 1.º § unico), criada pela mesma lei (art. 1.º).

do mesmo anno (1), que abolia a pena de *prisão cellular perpetua*, substituindo-a pela de prisão cellular por quinze annos, seguida de degredo perpetuo.

No *relatorio* que precede esta última proposta, o sr. dr. JULIO DE VILHENA, depois de confessar que lhe repugna em these a abolição das penas perpetuas, reputa, contudo, a prisão cellular perpetua incompativel com os principios que servem de base ao systema penitenciario.

Esta proposta foi abandonada por deixar o seu auctor de fazer parte do ministerio.

123. Escola agricola. — Por lei de 22 de junho de 1880, da iniciativa do sr. Conselheiro JOSÉ LUCIANO DE CASTRO, foi auctorizada a criação de uma escola agricola, destinada a educar e a tornar aptos para os trabalhos agricolas e industrias correlativas:

1.º Os menores, que por vadios e mendigos forem postos á disposição do governo, na conformidade dos artt. 256.º e 269.º do codigo penal;

2.º Os menores expostos, abandonados e desvalidos a cargo das juntas geraes de districto ou de outros corpos administrativos, cuja admissão for por estes solicitada, mediante a retribuição fixada nos regulamentos;

3.º Os menores desobedientes e incorrigiveis, cuja admissão for requerida por seus paes ou tutores, e auctorizada pela auctoridade judicial, conforme o art. 143.º do codigo civil e tambem mediante a devida retribuição (art. 1.º).

A admissão dos menores comprehendidos na pri-

(1) *Diario da camara dos deputados*, de 1883, pag. 1886 e segg.

meira classe prefere sempre á dos pertencentes ás outras duas classes, e os da última classe podem permanecer no estabelecimento, além do tempo marcado no art. 143.º do codigo civil, pelo mais que for fixado nos regulamentos (art. 1.º §§ 1.º e 2.º).

A tutela dos rapazes admittidos na escola pertence ao Estado emquanto lá permanecerem; e depois da sua saída, emquanto não attingirem a maioridade legal, ou não forem havidos por maiores, pertence respectivamente ao Estado, aos corpos administrativos e aos paes ou tutores (art. 2.º).

No julgamento dos menores ou vadios os juizes de direito poderão, em attenção ás circunstancias attenuantes, deixar de condemná-los em prisão correccional, pondo-os desde logo á disposição do governo (art. 3.º).

Foi auctorizado o governo a fazer os regulamentos e a tomar as providencias convenientes para a organização e regimen da escola agricola, tomando por modelo os estabelecimentos dos países onde existem similhantes instituições (art. 4.º), habilitou-se o governo com a receita necessaria para compra do terreno e sua apropriação á escola (art. 5.º), criou-se dotação especial para a escola (art. 6.º) e impôs-se ao governo a obrigação de dar conta ás côrtes do uso que fizesse das auctorizações concedidas pela mesma lei (art. 7.º) (1).

Gastou o governo quinze annos para dar execução a esta lei. A escola foi installada em Villa Fernando, cêrca de Elvas, e abriu-se em 6 de outubro

(1) A proposta desta lei, os pareceres das commissões, sua discussão e approvação encontram-se no *Diario das sessões da camara dos deputados* de 1880, pag. 2009 e 2390 e no *Diario das sessões da camara dos pares* do mesmo anno, pag. 974.

de 1895 tendo sido antes, por decreto de 1 de agosto do mesmo anno, approvado um regulamento provisorio, que foi substituido pelo de 17 de agosto de 1901, actualmente em vigor, o qual substituiu a denominação *Escola agricola* de Villa Fernando pela de *Colonia agricola correccional* de Villa Fernando, mais expressiva e conforme á natureza deste instituto.

124. As três propostas de 10 de março de 1884. — A reforma penal mais importante foi a que apresentou Lopo Vaz na sessão de 10 de março de 1884, acompanhada por duas outras propostas (1).

A reforma penal encontrava-se na proposta n.º 2.

Pela primeira acabava a condemnação em alternativa, quanto aos criminosos do *sexo masculino*, aos quaes coubessem as penas perpetuas do codigo de 1852.

Continuava pois a condemnação em alternativa para todos os condemnados do *sexo feminino* e ainda para os do sexo masculino a que fosse imposta a prisão maior cellular.

Para os mais condemnados do sexo masculino a necessidade da alternativa desappareceu depois da construcção da penitenciaria de Campolide, onde elles podiam cumprir as penas de *prisão maior cellular seguidas de degredo* (penas fixas), que substituiram as penas perpetuas do codigo de 1852.

E, como as dimensões deste estabelecimento comportassem ainda o internato de alguns, mas

(1) Vid. *Relatorio e propostas*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1884. O relatorio, que é um só para todas as propostas, acha-se publicado tambem na *Rev. de. leg. e de jur.*, vol. XVIII, n.ºs 898 e segg.

não de todos os condemnados a prisão maior cellular e, em alternativa, nas de prisão maior e degredo temporarios, estabeleciam-se certas regras para a escolha dos condemnados desta categoria que deviam entrar em prisão cellular.

A primeira proposta criava tambem uma instituição nova, o conselho geral penitenciario, para resolver as questões relativas ao systema cellular, e cujas funcções eram gratuitas.

A terceira proposta continha preceitos relativos ao processo, restabelecendo o processo correccional, que foi criado pelo decreto de 10 de dezembro de 1852, eliminado pela lei de 18 de agosto de 1853, e proposto de novo em 1870 pelo sr. José Luciano de Castro e restabelecido pelo decreto n.º 2 de 29 de março de 1890.

Lopo Vaz copiou apenas a proposta do sr. José Luciano e o respectivo relatorio, e exceptuava igualmente do processo correccional os crimes que por lei têem processos especiaes, e os crimes de diffamação, em que o diffamador se promptifica a provar os factos imputados aos funccionarios públicos, relativamente ao exercicio das suas funcções.

123. A proposta da reforma penal; a Nova reforma penal. — A segunda proposta, que reservamos para logar especial por ser a mais importante e a que mais nos interessa, foi a unica discutida e votada, sendo sanccionada por lei de 14 de junho de 1884. É por isso conhecida pelo nome de *Nova reforma penal de 1884. Nova,* relativamente á *reforma penal de 1867.*

Divide-se em duas partes: *geral* e *especial.*

A parte geral, corresponde ao livro I do codigo

de 1852 e comprehende dois titulos sem inscripção, mas que correspondem, em geral, o titulo I ao titulo I do livro I do codigo de 1852, e o titulo II aos titulos II, III e IV do mesmo livro, como se vê das inscripções dos capitulos que seguem em numeração seguida, sem subordinação aos titulos, assim como estes não têem numeração subordinada ás *partes.* Tem 90 artigos.

A *parte especial* tem um só titulo (o III da reforma), e em rigor um só artigo, o art. 91.º, que começa por enumerar os artigos da parte especial do codigo penal de 1852 que eram substituidos, e fez em seguida as substituições, referidas aos mesmos numeros que esses artigos têem no codigo de 1852 e pela mesma ordem que alli estão, sem referencia alguma aos titulos, capitulos e secções, e conservando por conseguinte as mesmas divisões e subdivisões.

Na parte geral esta reforma é tão vasta que poderia comportar a parte geral de um codigo.

O auctor da proposta hesitou muito tempo, segundo confessa, se devia apresentar um codigo penal completo, ou uma reforma parcial.

Pensou até em incumbir da organização desse codigo a commissão nomeada por decreto de 13 de janeiro de 1870; mas, além dos trabalhos desta estarem atrazados, não havia ainda bases seguras para uma reforma completa.

Não podia adoptar-se o systema do codigo de 1852, pois estava condemnado pela lei de 1867, nem a escala penal desta lei, porque faltavam dados experimentaes que permittissem verificar se as penas do regimen penitenciario eram exaggeradas ou insufficientes, e se o regimen cellular devia, ou não, soffrer modificações.

Se não era opportuno e conveniente, nem talvez possivel, elaborar naquelle momento um codigo penal, é innegavel que muitas disposições do codigo de 1852 precisavam ser modificadas por injustas e desiguaes.

O auctor da proposta affirma que o codigo de 1852 era em muitos pontos iniquo e desigual nas penas, o que explicava a frequencia das decisões absolutorias dos jurados, que frequentemente negavam a criminalidade evidente dos réus, ou admittiam a existencia de circunstancias attenuantes, desnaturando assim o crime.

Este facto, diz LOPO VAZ, por varias vezes tem sido exposto ao parlamento em diversas épocas, tendendo a augmentar, como o provam os dados estatisticos dos processos com intervenção do jury.

Um codigo penal, nacionalizado ou original, tem de respeitar os costumes, a indole do povo e as tendencias predominantes.

Se o não fizer, produzir-se-á contra ella uma certa reacção.

Assim se explica o facto de não se applicar frequentemente o codigo de 1852, cujas disposições, severas e por vezes crueis, estavam em opposição com a indole dos portuguêses, branda e inclinada á benevolencia.

A pena de morte desapparecêra de facto antes da abolição.

Os trabalhos públicos applicavam-se com frequencia, desprezando-se, porém, o rigor legal do art. 33.º do codigo de 1852; se o condemnado não cumpria essa pena nas obras públicas de Lisboa e Porto, expiava-a nas cadeias.

O jury revoltava-se geralmente contra a perpetuidade das penas, impondo ao juiz, pela affirmação de circunstancias attenuantes, a substituição nos termos do art. 81.º, ou decretando a impunidade, quando o julgador, reagindo contra aquella imposição, punia com rigor.

A grande duração maxima das penas maiores temporarias, ou a sua distribuição irregular pelos diversos crimes, concorria igualmente para a impunidade, ou para o uso excessivo da auctorização de substituição de penas, consignada no § unico do art. 82.º

A reforma impunha-se em face da proxima execução parcial do systema penitenciario e da pouca harmonia entre o codigo e a lei de 1867, que se tornava evidente pelo confronto das suas disposições.

Estas desigualdades não tinham sido notadas até então, porque se cumpria exclusivamente o systema do codigo de 1852, e qualquer dos dois systemas considerado isoladamente era logico. Agora, porém, que ia começar a executar-se o systema da lei de 1867 e continuaria ainda o do codigo de 1852, estas desigualdades tornar-se-íam manifestas e indignariam a opinião pública.

E estas desigualdades dar-se-íam tanto no caso de dois criminosos cumprirem, um as penas do systema penitenciario e outro as do codigo de 1852, como no caso de ambos cumprirem as penas do systema penitenciario.

Exemplificando este último caso, o *relatorio* aponta as penas do systema penitenciario correspondentes á dos trabalhos públicos perpetuos nos termos da lei de 1867, art. 64.º e § unico. Segundo esta lei, a pena de morte foi substituida pela de prisão maior cellular perpetua (art. 3.º), e na alternativa pela de trabalhos públicos perpetuos (art. 64.º

§ unico); mas, na mesma lei, a pena de trabalhos públicos perpetuos era substituida pela de prisão maior cellular por oito annos, seguida de degredo por doze.

Tal incongruencia, facilmente explicavel por não haver no systema do codigo, depois de abolida a pena de morte, pena mais grave do que a de trabalhos públicos perpetuos, originaría grandes desigualdades na applicação do systema penitenciario, porque de dois criminosos, condemnados em alternativa á pena de trabalhos públicos perpetuos, um soffreria a prisão cellular perpetua e outro uma pena de duração limitada a vinte annos, sendo oito apenas expiados em prisão cellular.

Outro exemplo. A pena de trabalhos públicos, comquanto fosse legalmente mais grave do que a de prisão, de facto não o era porque se cumpria na prisão. E assim de dois condemnados, um a trabalhos públicos perpetuos e outro a prisão perpetua, se cumprissem estas penas expiariam de facto a mesma pena com o mesmo soffrimento, mas, cumprindo as penas do systema penitenciario, o primeiro expiaria a pena de prisão cellular por oito annos e degredo por doze, e o segundo a prisão cellular por seis e degredo por dez (lei de 1867, artt. 4.° e 7.°).

Maiores seriam, porém, as desigualdades no caso de dois condemnados ás mesmas penas, cumprir um a pena do codigo e outro a da lei de 1867.

A violencia da pena de trabalhos públicos e a humilhação por ella causada compensariam, se fosse executada a disposição do art. 33.° do codigo penal de 1852, talvez demasiadamente o isolamento inherente á prisão cellular, e portanto a sua perpetuidade era evidentemente injusta desde que

lhe correspondia no systema penitenciario a pena de oito annos de prisão maior cellular seguida de degredo por doze.

A prisão maior perpetua correspondia, como vimos, á prisão maior cellular por seis annos seguida de degredo por dez. É evidente a desproporção entre uma pena de prisão perpetua, em que podia haver tambem o isolamento (artt. 34.°, 49.° e 78.° do codigo de 1852), e uma de dezaseis annos, seis dos quaes apenas de isolamento cellular.

Aos crimes punidos com degredo perpetuo mandava a lei de 1867 applicar a pena de degredo por oito annos, precedida de prisão maior cellular por quatro. De modo que a uma pena perpetua equivalia outra de doze annos, quatro dos quaes sómente de prisão cellular.

A pena de degredo perpetuo, a que na lei de 1867 corresponde prisão cellular por quatro annos seguida de degredo por oito, está na ordem da gravidade um gráu acima da pena de prisão cellular de dois a oito annos.

Como a prisão maior temporaria podia ser imposta por quinze annos e com isolamento (art. 34.°), o que equivale a quinze annos de prisão cellular, tinhamos que, em face da lei, quinze annos de prisão cellular eram considerados pena menos grave que uma pena de doze com quatro sómente de isolamento cellular.

A prisão maior temporaria de três a quinze annos era substituida, na escala penal da lei de 1867, pela de prisão maior cellular de dois a oito annos, podendo assim uma pena maior cellular de oito annos estar em equivalencia com uma cellular de quinze.

A necessidade de supprimir estas desigualdades tornava urgente uma reforma (1).

Por outro lado, a pena de prisão cellular perpetua, que fora inventada para vencer os sustos infundados dos animos timoratos que viam na suppressão da pena de morte um grave perigo para a sociedade, e que concederam em homenagem a esta pena o que não teriam concedido á de trabalhos públicos perpetuos, tendo desempenhado já a missão providencial que lhe fora assignada na expurgação e melhoramento do nosso antigo systema penal, podia desapparecer tambem sem inconveniente, pois, sobre ser injusta como castigo, era desnecessaria para a intimidação, como o demonstrava a experiencia de dezasete annos (1867-1884) durante os quaes só nominalmente foi applicada, executando-se de facto a de trabalhos públicos, sem que todavia augmentasse o numero dos crimes a que pelo codigo penal era applicavel a pena de morte (2).

Em harmonia com estes principios, a Nova reforma penal aboliu a pena de prisão cellular perpetua, e substituiu-a pela pena fixa de *prisão cellular por oito annos, seguida de degredo por vinte annos* (artt. 46.° e 49.°) e, em alternativa, pela de *degredo* por *vinte e oito annos* com prisão no logar do degredo por oito a dez annos (art 50.° n.° 1.°): aboliu tambem, para a alternativa, as penas perpetuas de trabalhos públicos, prisão e degredo estabelecidas no codigo de 1852, e substituiu-as pelas penas fixas de *vinte e cinco, vinte* e *quinze annos de degredo* (artt. 47.° e 50.° n.os 2.°, 3.° e 4.°), tendo ido buscar estas duas últimas á proposta de 1870; aboliu tambem a pena de trabalhos públicos temporarios do codigo de 1852 e a correspondente pena de prisão cellular por três annos seguida de degredo por três a dez annos do art. 5.° da lei de 1 de julho de 1867 (art. 48.°), sem a substituir por outra pena geral, e applicando-se na parte especial da proposta ás hypotheses em que o codigo comminava a pena de trabalhos temporarios as penas de degredo por quinze annos, de prisão maior ou degredo temporarios segundo a gravidade dos crimes; aboliu a pena perpetua de expulsão do reino e substituiu-a pela de *expulsão do reino sem limitação de tempo* (artt. 53.° e 54.°); aboliu a pena da *perda dos direitos politicos* e substituiu-a pela *pena fixa de suspensão de direitos politicos por vinte annos* (art. 56.°); reduziu a *doze annos* o maximo das penas temporarias de prisão maior, degredo e expulsão do reino (artt. 51.° e 55.°), reducções que já se propunham na proposta de 1870, e fixou em *dois annos* o maximo da prisão correccional (art. 57.°) (1), resolvendo assim a dúvida que tinham

(1) Cit. *Rel.*, pag. 21 a 25.

(2) Cit. *Rel.*, pagg. 42 e segg. A pag. 48, apresenta o relatorio alguns dados estatisticos extraídos da *Estatistica da administração da justiça criminal nos tribunaes de primeira instancia do reino de Portugal e ilhas adjacentes*, nos annos de 1878 e 1879. Não se referiu á estatistica do anno de 1880, provavelmente por ainda não estar publicada a esse tempo. Segundo os relatorios que precedem estas *Estatisticas*, a somma annual dos homicidios voluntarios antes da lei de 1867 nunca foi inferior a 140; em 1878 foi de 139 (e não 189 como por erro diz o relatorio de Lopo Vaz), em 1879 foi de 121, e em 1880 foi de 110. Segundo os mesmos relatorios, a pena de morte, se ainda existisse, teria sido applicada, em 1878, a 21 crimes, em 1879, a 20 e, em 1880, a 13.

(1) Declara tambem este artigo que o maximo da pena dos direitos politicos era fixado em 12 annos, parecendo assim dar a inten-

suscitado as disposições dos artt. 33.° e 64.° da lei de 1 de julho de 1887 relativamente á duração da pena de prisão correccional quando fosse cumprida segundo o regimen do codigo (1).

Taes são as alterações feitas pela Nova reforma penal ao systema penal do codigo de 1852 e da lei de 1867, cujo conhecimento se torna indispensavel para comprehensão e correcção do codigo penal de 1886.

E para que melhor possam fixar-se, apresentamos em seguida um quadro com o systema penal do codigo de 1852 e as penas correspondentes das reformas de 1867 e de 1884, de onde facilmente se inferem quaes as penas que foram eliminadas e substituidas ou simplesmente modificadas e as que nenhuma alteração soffreram.

---

der que anteriormente era maior e ficava reduzido áquelle limite, mas nenhuma innovação fez a reforma nesta parte, pois este era já o maximo fixado pelo codigo de 1852 (art. 40.°).

(1) Quando se désse este caso, poderia ir até 3 annos, como determinava o codigo de 1852, ou só até 2 annos como determinava o art. 33.° da lei de 1867? Eis a dúvida sobre que eram encontradas as decisões dos tribunaes. A opinião mais razoavel era a que considerava inapplicavel ao caso o art. 64.°, porque este mandava applicar as penas *estabelecidas* na lei e em alternativa as do codigo; ora a pena de prisão correccional não foi estabelecida gela lei, que no art. 33.° declarou que esta pena *continuaria* a ser applicada aos crimes a que era applicavel pelo codigo penal, fixando contudo em 2 annos o maximo da sua duração e regulando no artigo subsequente o modo como devia ser cumprida sob o imperio do regimen penitenciario. Não podendo pois considerar-se a prisão correccional como pena estabelecida pela lei de 1867, mas como uma pena estabelecida pelo codigo e de novo regulada por aquella lei, parece que não devia considerar-se abrangida pelo art. 64.° e que o art. 33.° devia ser considerado como de applicação e execução immediata desde a promulgação da lei, sem prejuizo de não estar em vigor o systema penitenciario nem interinamente, nem parcialmente. E neste sentido foi a dúvida resolvida pena Nova reforma penal, cit. art. 67.°, que declara interpretado o art. 33.° da lei de 1867.

Correspondencia entre as penas do codigo de 1852 e das reformas penaes de 1867 e 1884

Codigo de 1852	Reforma penal de 1867		Nova reforma penal de 1884	
	Regimen penitenciario	Penas em alternativa	Regimen penitenciario	Penas em alternativa
Penas maiores com alternativa				
Pena de morte	Pr. cel. perpetua	Trab. publicos perpet.	Pr. cel. por 8 an. e 20 de degredo	28 annos de degredo
Trab. pub. perpetuos	Pr. cel. por 8 an. e deg. por 12	Trab. publicos perpet.	Pr. cel. por 8 an. e 12 de degredo	25 annos de degredo
Pr. maior perpetua	Pr. cel. por 6 an. e 10 de degredo	Prisão maior perpetua	Pr. cel. por 6 an. e 10 de degredo	20 annos de degredo
Deg. perpetuo	Pr. cel. por 4 an. e 8 de degredo	Deg. perpetuo	Pr. cel. por 4 an. e 8 de degredo	15 annos de degredo
Trab. pub. temp. de 3 a 15 an.	Pr. cel. por 3 an. e 3 a 10 de degredo	Trab. publicos temp.	Abolida e não substituida	Abolida e não substituida
Pr. maior temp. de 3 a 15 an.	Pr. cel. por 2 a 8 annos	Prisão maior temp. de 3 a 15 annos	Pr. cel. por 2 a 8 annos	Prisão maior temp. de 3 a 12 annos.
Deg. temp. de 3 a 15 annos	»	Deg. temp. de 3 a 15 an	»	Deg. temp. de 3 a 12 annos
Penas maiores sem alternativa				
Expulsão perpetua do reino	—		Expulsão do reino sem limitação de tempo	
Exp. temp. do reino de 3 a 15 annos	—		Expulsão temporaria do reino de 3 a 12 annos	
Perda dos dir. politicos	—		Pena fixa de suspensão dos direitos politicos por 20 annos	

Penas correccionaes		
Codigo de 1852	**Reforma penal de 1867**	**Nova reforma penal de 1884**
Pr. cor. de 3 dias a 3 annos	Prisão correccional até 2 annos	Prisão correccional até 2 annos.
Dester. por 3 mêses a a 3 annos	—	—
Susp. temp. dos dir. pol. por 2 a 12 an.	—	Suspensão temporaria dos direitos politicos até 12 annos
Mult. temp. de 3 dias a 3 annos	—	—
Reprehensão	—	—
Penas especiaes		
Demissão	—	—
Susp. por 3 mêses a 3 annos	—	—
Censura	—	—

Não se limitaram, porém, a isto as modificações da Nova reforma na sua parte geral.

São importantes as modificações feitas nos capitulos relativos á applicação das penas e seus effeitos, e tambem sobre a retroactividade da lei penal, criminalidade em geral, delicto imperfeito, cumplicidade e circunstancias, abrindo alguns capitulos novos e tocando em quasi todos os capitulos do codigo penal, com excepção do da *execução das penas* e da *responsabilidade civil*, sem que aliás pretendesse revogar todas as disposições contidas nos capitulos a que se referiu, antes expressamente resalvou no art. 3.º as que não fossem contrarias á mesma reforma. Algumas foram revogadas expressamente por varios artigos da Nova reforma, que a ellas se referem directamente, como são os artt. 43.º, 52.º § 2.º, 54.º § 2.º e 90.º; outras foram-no por serem contrarias ás da mesma reforma, o que nem sempre é facil verificar, e daqui a difficuldade de dar cumprimento ao disposto no art. 5.º da lei que sanccionou a Nova reforma, o qual auctorizou o governo a fazer uma nova publicação do codigo penal, devendo inserir-se nella as disposições da mesma lei.

Para o estudo desta reforma, sobretudo na parte geral, prestam valioso subsidio o relatorio a que nos temos referido, e algum a discussão parlamentar da proposta (1).

426. Execução parcial do regimen penitenciario. — Na previsão de em breve começar a execução parcial do regimen penitenciario pela conclusão da penitenciaria geral de Lisboa, o decreto de 24 de janeiro de 1884 determinára que o pessoal das

(1) A proposta n.º 2 foi estudada e obteve parecer da commissão de legislação criminal na sessão de 4 de abril de 1884. Na mesma sessão começou a discutir-se a sua generalidade, que se prolongou pelas sessões de 5, 7, 14, 15, 16 e 18, sendo votada, a final, na sessão de 19 de abril, em que começou a discutir-se na especialidade a parte geral approvada em 24 do mesmo mês.

Entrou depois em discussão a segunda parte, correspondente ao livro II do codigo de 1852, e foi votada em sessão de 28 do dicto mês (Veja o *Diario das sessões da camara dos deputados*, 1884, pagg. 1047, 1208 e segg. e 1285 e segg.).

Passou logo para a camara dos pares e, apresentado o parecer da commissão em 9 de maio, entrou logo em discussão, sendo approvada na generalidade e seguidamente, sem discussão, na especialidade (*Diario das sessões da camara dos pares*, pag. 532 e segg.).

eadeias civis fosse provido *provisoriamente,* a fim de não causar estorvos áquella execução.

A carta de lei de 29 de maio de 1884 fixou o quadro e vencimentos do pessoal da penitenciaria geral de Lisboa, regulando ao mesmo tempo a nomeação, aposentação, demissão ou suspensão deste.

O art. 6.º auctorizava o governo a decretar num regulamento as attribuições, direitos e deveres de todos os empregados da cadeia, e as penas disciplinares applicaveis.

Usando desta faculdade e da concedida pelo art. 60.º n.º 2.º da lei de 1867, o governo publicou, com caracter provisorio, o regulamento da penitenciaria geral de Lisboa, approvado por decreto de 20 de novembro de 1884, seguindo o systema das cadeias de Louvaina e Madrid, visitadas por dois funccionarios do ministerio da justiça (1).

Em 20 de novembro de 1884 publicou-se outro decreto, correspondente á proposta n.º 1 de Lopo Vaz, que se occupava da execução parcial do systema cellular (2), ordenando que, desde 15 de janeiro de 1885, seja este applicado na penitenciaria de Lisboa aos seguintes réus do sexo masculino:

a) A todos os condemnados por sentença passada em julgado posteriormente a 14 de janeiro de 1885, em alguma das penas estabelecidas no art. 49.º da reforma penal de 1884 e nos artt. 4.º, 7.º e 9.º da lei de 1867 (hoje art. 55.º n.ºs 1.º, 2.º, 3.º e 4.º do codigo penal de 1886), ou, em alternativa, nas dos n.ºs 1.º, 2.º, 3.º e 4.º do art. 50.º daquella reforma (hoje art. 57.º n.ºs 1.º, 2.º, 3.º e 4.º do citado codigo);

b) Aos condemnados depois da mesma data nas penas de prisão cellular de dois a oito annos, ou, em alternativa, nalguma das penas temporarias de prisão maior e degredo, que forem expressamente designados pela commissão delegada do conselho penitenciario (1), a qual preferirá:

1.º Os menores de 21 annos, condemnados a

(1) Este regulamento está ainda em vigor, mas com algumas modificações feitas por diplomas posteriores. Assim, o capitulo II relativo ao pessoal foi modificado por decreto de 26 de novembro de 1896, publicado no uso da auctorização concedida pela lei de 21 de maio do mesmo anno, art. 1.º

(2) Este decreto diverge da proposta n.º 1 no seguinte: 1.º eliminou o art. 1.º da proposta (que mandava que não fossem condemnados em alternativa nas penas fixadas pelo codigo penal os criminosos do sexo masculino a que fossem applicadas as quatro penas fixas do systema penitenciario), por isso que um decreto não podia alterar uma lei (a lei de 1867, art. 64.º § unico); 2.º Em ter criado uma *commissão delegada do conselho geral penitenciario:* 3.º Em admittir na penitenciaria condemnados mesmo a prisão correccional.

(1) O conselho geral penitenciario era e é constituido por vogaes natos e vogaes electivos (cit. decreto de 20 de novembro de 1884, art. 6.º).

São vogaes natos:

1) O ministro da justiça, que é o presidente;

2) O procurador geral da corôa e fazenda, vice-presidente;

3) O juiz do Supremo Tribunal de Justiça, que for nomeado por decreto;

4) O juiz da Relação de Lisboa, nomeado por decreto;

5) O juiz relator do Tribunal Superior de Guerra e Marinha, (actualmente Supremo Conselho de Justiça militar);

6) Os conselheiros directores geraes do ministerio da justiça;

7) O juiz de direito do districto criminal da comarca de Lisboa, em cuja circunscripção está a cadeia penitenciaria;

8) O professor da Escola Medica de Lisboa, que for nomeado por decreto;

9) O professor da Escola Polytechnica, nomeado por decreto (dec. cit., art. 7.º).

São vogaes electivos:

1) Dois advogados eleitos pela Associação dos Advogados de Lisboa;

2) Dois socios effectivos da Academia Real das Sciencias, eleitos pela mesma;

3) Um medico eleito pela Sociedade das Sciencias Medicas de Lisboa;

4) Um engenheiro architecto, eleito pela Associação dos Engenheiros Civis (dec. cit., art. 8.º).

Os ministros de Estado honorarios, que tenham occupado a pasta

prisão maior cellular por tempo não excedente a quatro annos, ainda que tenham soffrido já outra condemnação;

2.º Em desigualdade de penas o condemnado a pena menos grave;

3.º Em igualdade de penas: *a)* os condemnados que não tiverem soffrido outra condemnação relativamente aos que a tenham soffrido; *b)* os condemnados mais novos em relação aos de maior idade.

A commissão regulará as admissões de condemnados na cadeia geral penitenciaria do districto da Relação de Lisboa, de maneira que nunca faltem cellas em que sejam recolhidos os condemnados nas penas maiores fixas (cit. dec., artt. 2.º, 11.º e 13.º).

---

da Justiça, os presidentes das camaras dos pares e deputados, o presidente da Associação Commercial de Lisboa e o presidente da Camara Municipal da mesma cidade, podem tomar parte nas sessões do Conselho geral penitenciario, quando se tracte de assumptos da sua competencia (art. 10.º).

As attribuições do Conselho geral, são (art. 12.º):

1.º Recommendar ao governo, ouvido o director da penitenciaria, a proposição ao poder moderador do perdão ou diminuição das penas comminadas aos réus que, depois de cumprirem duas terças partes da pena de prisão cellular, houverem dado provas de completa regeneração (Confronte-se o art. 7.º do decreto de 16 de novembro de 1893 sobre liberdade provisoria ou condicional, que exige prévia consulta do mesmo conselho para a concessão da liberdade provisoria);

2.º Promover a organização de sociedade protectoras dos condemnados que tenham cumprido as penas (Vid. lei de 6 de julho de 1895, art. 7.º, e decreto de 23 de agosto de 1902).

Do Conselho geral penitenciario destaca-se uma commissão delegada, composta dos directores geraes do ministerio da justiça e de dois membros eleitos pelo Conselho penitenciario, sendo presidente o director geral mais antigo (cit. dec., art. 11.º), devendo notar-se que a esse tempo os directores geraes do referido ministerio eram três, ao passo que hoje são apenas dois (decreto de 21 de setembro de 1901, que reorganizou esta Secretaria de Estado art. 1.º).

Tambem poderão cumprir penas na cadeia penitenciaria os réus condemnados pelos tribunaes militares na pena de prisão cellular (dec. cit., art. 3.º)(1), e tambem, temporariamente e emquanto houver espaço disponivel, poderão cumprir nella a pena de prisão maior temporaria os condemnados do sexo masculino não designados pela commissão, contanto que não fiquem sujeitos ao regimen da absoluta separação de prêso a prêso (cit. decreto art. 4.º) (2).

Igualmente serão admittidos na penitenciaria por ordem do ministro da justiça, emquanto não estiverem construidas as prisões cellulares, criadas pela lei de 1867, quaesquer outros prêsos do sexo masculino, abrangendo mesmo os condemnados a prisão correcional, desde que houver espaço disponivel na cadeia penitenciaria, sem prejuizo nem restricção da admissão dos réus para o cumprimento das penas do systema cellular, não ficando sujeitos ao regimen de absoluta separação (cit. dec., art. 5.º).

---

(1) Ainda hoje os réus militares cumprem nas penitenciarias civis a pena de prisão maior cellular a que forem condemnados (codigo de justiça militar de 13 de maio de 1896, art. 18.º e § unico). A cadeia penitenciaria de Santarem, que foi convertida em presidio militar, é destinada sómente aos réus condemnados á pena de presidio militar (*Reg. geral dos estabelecimentos penaes militares*, de 24 de dezembro de 1896, art. 1.º), e esta pena é diversa da de prisão maior cellular (cit. cod., artt 13.º, 17.º, 18.º e 20.º), se bem que corresponde para os crimes militares á pena de prisão cellular para os crimes communs, e é cumprida de modo similhante (regimen *auburniano*). (Vid. relatorio que precede o decreto de 10 de janeiro de 1895, que approvou e promulgou em dictadura o codigo de justiça militar).

(2) Estes prêsos não são obrigados a trazer capuz, podem trabalhar em commum, mas vigiados por guardas, e podem passear nos pateos sem separação dos outros prêsos da mesma classe, ou nas dependencias da cadeia, devidamente vigiados e guardados (*Reg. prov. da cadeia geral penitenciaria de Lisboa*, de 20 de novembro de 1884, artt. 289.º a 294.º).

Estas últimas disposições (artt. 3.º, 4.º e 5.º) não tinham correspondentes na proposta de Lopo Vaz.

Quanto ás primeiras, vê-se dellas que Lopo Vaz, na impossibilidade de dar execução plena ao systema penitenciario e tendo de estabelecer preferencias quanto aos criminosos que haviam de cumprir a pena segundo este regimen, seguiu um systema ecletico, dando, por um lado, preferencia aos grandes criminosos condemnados a penas mais graves, e, por outro, de entre os criminosos condemnados ás penas menos graves, aos que o fossem ás mais leves.

Na França e na Hespanha, dizia, dava-se preferencia, para o cumprimento das penas na penitenciaria, aos condemnados menos perigosos por se intender que, sendo presumptivamente menor a sua depravação, eram mais prejudicados pela vida em commum com os outros criminosos e auferiam daquelle systema resultado mais efficaz sob o ponto de vista da sua regeneração moral, e porque, entrando na penitenciaria os condemnados a prisão de menor duração, a maior numero podia aproveitar o beneficio do regimen cellular. Mas, sem desconhecer a força destes argumentos, julgava Lopo Vaz necessario attender a outros principios, e, nomeadamente, ao effeito intimidativo da pena.

Depois da abolição das penas perpetuas, oppostas ao systema penitenciarista, devia tratar-se da segurança geral do Estado, tendo-se em vista o duplo principio da regeneração do criminoso e da intimidação, o que se conseguia com a prisão cellular, augmentando o rigor das penas e diminuindo a sua duração.

Lopo Vaz, confiando no effeito intimidativo da cella, affirmava que era licito suppor que, entre cem dos maiores criminosos, não havia vinte que a preferissem, tal era o terror que despertára no país aquella reclusão. Não lhes applicar desde logo o regimen cellular seria talvez agradavel aos pacientes, mas contrario aos interesses da humanidade e da justiça.

Relativamente aos condemnados nas penas maiores temporarias, era necessario fixar as bases da sua escolha, por não poderem ser todos internados na penitenciaria.

A este respeito o auctor da proposta, prescindindo do effeito intimidativo do regimen cellular, já porque as penas temporarias do codigo de 1852 eram exaggeradas, não havendo por isso a esperar sob o ponto de vista da intimidação resultado apreciavel da sua substitnição pelo regimen cellular, já porque havia outros dados a attender, adoptou o systema francês e hespanhol, dando preferencia áquelles criminosos, cuja regeneração fosse presumptivamente menor ou a preversão mais provavel attenta a inferior gravidade das sus penas e outras circunstancias dignas de igual consideração.

A admissão na penitenciaria dos condemnados a penas temporarias ficava dependente da commissão delegada do conselho geral penitenciario, porque a capacidade daquella cadeia era insufficiente para conter todos os condemnados a essas penas.

Segundo os calculos do *relatorio,* foram impostas as penas maiores a 339 criminosos no anno de 1878, e a 312 no anno de 1879, podendo avaliar-se em numero não inferior a 300 a media dos individuos assim condemnados annualmente.

A duração da prisão cellular não é inferior a

dois annos nem superior a oito, salvos os casos previstos na lei.

Ora, como se vê pelo mappa demonstrativo do numero de cellas existentes na penitenciaria de Lisboa (1), só poderiam alli cumprir as sentenças 536 criminosos, ou, quando muito, 556, segundo o regimen do isolamento individual, o que não sería sufficiente para abranger de um modo regular e permanente todos os condemnados a pena maior ainda que a duração desta não excedesse em caso algum ao minimo legal da prisão maior cellular, isto é, a dois annos, hypothese aliás absolutamente inadmissivel.

127. Prisão preventiva e fiança criminal. — Foi regulado este assumpto pela lei de 15 de abril de 1886, que revogou os artt. 2.°, 3.° e 4.° do decreto de 10 de dezembro de 1852.

Desde muito se vinha tentando esta reforma. Já dissémos que em 1870 fôra apresentada ao parlamento pelo sr. Conselheiro José Luciano de Castro uma proposta sobre este assumpto (*supra*, n.° 120). Em 1881 foi apresentado á camara dos deputados pelo deputado Alves da Fonseca, em sessão de 29 de janeiro, um projecto sobre este assumpto, que chegou a ser approvado pela mesma camara em sessão de 19 de março do mesmo anno, mas não teve andamento na camara dos pares.

Repetida a proposta em 1883 pelo sr. dr. Julio de Vilhena e consignadas algumas disposições sobre o assumpto na proposta n.° 3 de Lopo Vaz,

(1) Cit. *Rel.*, pag. 9.

não lograram ainda por estas vezes obter approvação.

Foi só em 1886, sando ministro da justiça o sr. Conselheiro Beirão, que o assumpto foi regulado de novo pela lei de 15 de abril de 1886 (1).

Depois de declarar os casos em que os réus não podem livrar-se soltos, aquelles em que podem livrar-se soltos mediante fiança, e aquelles em que para isso nem sequer precisam de caução, bastando, depois de reconhecida a sua identidade, um simples termo de residencia e de comparecimento em juizo, resolveu esta lei algumas dúvidas sobre a amplitude dos recursos em fianças e sobre recursos em processo de policia correccional (artt. 6.° e 8.°).

Esta lei foi regulada, quanto ao modo de se reconhecer a identidade e quanto ao termo de residencia dos réus prêsos para serem soltos, pelo decreto de 12 de maio de 1886, e foi applicada ás provincias ultramarinas por decreto de 25 de dezembro do mesmo anno, excepto na parte que diz respeito á substituição das penas do systema penitenciario, por não estar em execução no ultramar a lei de 1 de julho de 1867.

128. Codigo penal de 1886. — A lei de 14 de junho de 1884, que approvou a *Nova reforma penal*, contém um art. 5.°, que é do teor seguinte: «É auctorizado o governo a fazer uma nova *publicação offi-*

(1) A proposta desta lei, os pareceres das commissões de legislação criminal da camara dos deputados e pares, a sua discussão e approvação encontram-se no *Diario da camara dos deputados*, de 1886, pag. 717, e no da dos *pares* do mesmo anno, pag. 331.

cial do codigo penal, na qual deverão inserir-se as disposições da *presente lei*».

Usando desta auctorização, o governo approvou por decreto de 16 de setembro de 1886 a nova publicação official do codigo penal, vulgarmente conhecido por *Codigo penal de 1886.*

O decreto é concebido nos termos seguintes:

«Usando da auctorização concedida ao governo pelo art. 5.° da carta de lei de 14 de junho de 1884: hei por bem, em nome de El-rei, approvar, para todos os effeitos, a nova publicação official do codigo penal, que com este baixa assignado pelo ministro e secretario de Estado dos negocios ecclesiasticos e de justiça. O presidente do conselho de ministros, etc.».

Cumpre ter sempre presente a origem deste codigo, não só para se aquilatar do valor das suas disposições, mas tambem para não se suppôr que só estas podem ser invocadas como direito penal commum em vigor.

Do que fica exposto vê-se que o codigo penal de 1886 não é um codigo penal propriamente dicto, obra do poder legislativo e tendo, por conseguinte, força de lei todas as suas disposições e revogando toda a mais legislação commum, mas uma compilação da legislação penal.

E nem sequer é completa a compilação, pois a auctorização foi sómente para a publicação do *codigo penal de 1852, com as modificações da lei de 1884.*

Tendo, porém, esta lei por fim harmonizar o codigo penal de 1852 com a reforma penal de 1867, parecia razoavel que as disposições desta lei, que não foram revogadas, como são as dos artt. 11.°, 13.°, 14.° e 15.°, tambem deviam ser insertas em o novo codigo. Todavia o compilador não as inseriu, apesar de ter inserto outras, para que aliás tambem não estaria auctorizado interpretando-se estrictamente o citado art. 5.° da lei de 14 de junho de 1884, como são as da lei de 1 de julho de 1867 sobre o caracter territorial e pessoal da lei penal, que passaram para o art. 53.° do codigo penal de 1886, a do art. 18.° da lei de 18 de julho de 1885 sobre custas, que passou, com pouco criterio, para o art. 128.° do mesmo codigo, etc.

A dar-se esta amplitude á interpretação do art. 5.°, parece que o dever do governo sería inserir no texto do codigo de 1852 as modificações ou accrescentamentos feitos ás suas disposições por qualquer lei posterior em vigor. E assim: relativamente a custas, devia ter-se considerado a disposição do art. 111.° da lei de 30 de junho de 1864; relativamente ás acções provenientes do crime e influencia reciproca dos julgados, devia modificar-se a doutrina do art. 403.° em conformidade do disposto no art. 1209.° do codigo civil, etc. Não o fez, mas nem por isso podemos concluir que têem força de lei, por terem sido insertas em o novo codigo, estas disposições que já estavam revogadas ou modificadas, pois o novo codigo não é obra directamente do legislador e as suas disposições sómente têem a força que tinham nos diplomas onde o compilador as foi buscar.

Por isso mesmo, tambem não podemos assentir ás modificações que o governo entendeu dever fazer no codigo de 1852, quer eliminando disposições daquelle codigo que não estavam revogadas, quer reproduzindo outras que o estavam.

Como exemplo desta última especie póde citar-se o art. 197.° do codigo de 1852, que, além de ter

sido revogado pela disposição geral do art. 14.º da Nova reforma penal sobre encobrimento, o foi tambem expressamente pelo art. 74.º § unico da mesma Reforma, e todavia foi reproduzido em o novo codigo com uma ligeira alteração quanto ao maximo da prisão correccional.

Como exemplos de disposições do codigo de 1852 que não tinham sido revogadas e que por isso deviam ter passado para o novo codigo, apontaremos aqui as dos art. 79.º e 82.º daquelle codigo, e em logar opportuno indicaremos outras (1).

Não merecerão mais consideração as disposições que se encontram em o novo codigo e que não se baseam em algum texto de lei anterior, representando por isso innovações para que o governo não estava auctorizado. Tal é, por exemplo, a relativa á enunciação da pena fixa de suspensão dos direitos politicos *por quinze annos,* a que se referem os artt. 57.º, pena 9.ª, e 63.º, e o *minimo de três annos* para a *suspensão temporaria dos direitos politicos,* referido no art. 66.º

Quanto ao plano do novo codigo, devemos notar que é fundamentalmente o do codigo de 1852, e assim devia ser tratando-se de uma nova publicação deste codigo.

Todavia notam-se algumas differenças.

O livro I, que foi o mais profundamente modificado e a que o legislador procurou dar o mesmo numero de artigos que tinha o codigo de 1852 (129), não por haver correspondencia entre elles, mas para não alterar a numeração dos artigos do livro II, tem, como este codigo, quatro titulos, mas

(1) Veja-se a *Rev. de leg. e de jur.*, vol. XXIII, pag. 20, vol. XXV, pag. 178, etc., e *Rev. dos trib.*, vol. XIII, pag. 273.

o tit. IV, em vez de ser destinado á *responsabilidade civil e extincção dos crimes e das penas,* inscreve-se *Disposições transitorias* e contém um só artigo, que manda continuar a condemnação em alternativa emquanto não estiver em inteira execução o systema penitenciario.

A materia da responsabilidade civil desappareceu do codigo, porque nesta parte já o codigo penal de 1852 tinha sido revogado pelo codigo civil, e por isso a Nova reforma penal limitou-se a consignar no art 41.º uma unica disposição sobre o assumpto, disposição que passou para o art. 51.º do novo codigo.

As disposições relativas á extincção dos crimes e das penas passaram para o cap. VI do tit. III, com a inscripção *Da extincção da responsabilidade criminal.* Com este capitulo e mais o IV, que se inscreve *Da applicação das penas em alguns casos especiaes,* e que foi criado pela Nova reforma penal, artt. 72.º a 80.º, passou o tit. III a ter 6 capitulos, em vez de quatro que tinha no codigo de 1852.

É para notar-se que o novo codigo penal, mantendo exactamente a inscripção do cap. IV tal como se acha na Nova reforma penal, alterou todavia o seu conteúdo passando para o capitulo antecedente as disposições relativas á punição da cumplicidade, da frustração e da tentativa, e deixou nelle as relativas á punição do encobrimento, sem que possa perceber-se o motivo desta separação e deslocação.

No livro II nenhuma modificação se encontra quanto aos titulos, havendo pois alli os mesmos titulos e designações que se encontravam no codigo de 1852 (1), e quanto aos capitulos nota-se apenas

(1) São sete estes titulos, e não cinco, como por equivoco se es-

no tit. V a supressão do capitulo IV que se inscrevia *Dos receptadores, encobridores e dos que se approveitam dos effeitos do crime,* ficando por isso este titulo sómente com quatro capitulos.

Os artigos que o capitulo supprimido abrangia eram três e tinham os n.os 363.°, 364.° e 365.° Os dois primeiros foram expressamente revogados pelo art. 74.° § unico da Nova reforma penal, e o último, relativo ao encobrimento por empregados públicos, foi transferido para a parte geral do novo codigo, passando a ser o § unico do art. 71.°

Da eliminação dos três artigos referidos resultou ficar o codigo penal de 1886 com 486 artigos, ou menos três que o de 1852, e resultou tambem que, para se encontrar, depois do art. 462.° do codigo penal de 1886, correspondencia entre os seus artigos e os do codigo penal de 1852, é necessario accrescentar três ao numero respectivo.

---

creveu em o n.° 104, pag. 364. Aos cinco titulos alli referidos ha a accrescentar o VI com a inscripção *Da provocação pública ao crime*, e o VII com a inscripção *Das contravenções de policia.*

CAPITULO VIII

Direito penal portuguez posterior ao codigo penal de 1886

129. Transição.—Nem por si, nem pelas reformas de que é producto, contém o codigo penal de 1886 elementos novos que possam servir para iniciar um novo periodo da historia do nosso direito penal, antes é, com a reforma penal de 1884, o remate de um periodo em que o liberalismo classico e porventura ultra-humanitario attingiu entre nós seu mais elevado gráu.

Os principios em que se inspiravam as reformas de 1867 e de 1884 são os da escola classica na phase penitenciarista e de uma exaggerada credulidade no conceito da corrigibilidade dos delinquentes.

É certo que a reincidencia foi considerada como circunstancia aggravante especial e que nestas reformas apparecem já algumas providencias contra a criminalidade juvenil e contra a dos alienados e dos ebrios (Nova reforma penal, artt. 25.°, 27.°, 37.°, 38.°, 39.° e 40.°); mas nem as disposições sobre a reincidencia deixaram de inspirar-se no mesmo conceito de corrigibilidade dos delinquentes, nem as mais disposições sobre os criminosos jovens, alienados e ebrios passam de um rudimentar esboço da lucta contra estes factores da criminalidade.

Por isso terminámos com este Codigo o periodo que entre nós corresponde ao predominio incontestavel da escola classica, e abrimos depois delle um novo periodo em que a nossa legislação penal, apesar de continuar a ser fundamentalmente classica, vai sentindo por vezes a influencia das novas ideias, traduzidas numa ou noutra reforma parcial.

130. Reforma de prisões. Penitenciarias de Coimbra e de Santarem. — As *cadeias districtaes* destinadas ao cumprimento da pena de prisão correccional foram extinctas pela lei de 24 de maio de 1888, que mandou cumprí-la, em conformidade da lei de 1 de julho de 1867, nas *cadeias comarcãs* construidas de novo ou adaptadas para esse fim (art. 1.º).

Quanto ás cadeias penitenciarias geraes, que pela lei de 1 de julho de 1867 eram três, foram por esta lei elevadas a cinco, não excedendo, todavia, as cellas o numero de 1700, e podendo aproveitar-se para ambos os sexos o mesmo edificio com absoluta separação e não communicando interiormente as duas partes do edificio. Por esta mesma lei foi auctorizado o governo a adquirir e apropriar para penitenciarias geraes até dois edificios construidos para prisão de criminosos nos termos da lei de 1 de julho de 1867 (art. 2.º).

Os edificios, a que esta auctorização visava, eram as penitenciarias districtaes de Coimbra e Santarem, unicas cadeias districtaes que tinham sido construidas em execução da lei de 1867.

Com effeito, o governo, no uso desta auctorização, adquirin as duas cadeias. A primeira foi destinada por decreto de 12 de dezembro de 1889 a penitenciaria geral com 300 cellas para condemnados do sexo masculino, mandando-se observar nas admissões de condemnados as prescripções do decreto n.º 1 de 20 de novembro de 1884 (artt. 1.º e 2.º).

Pelo mesmo decreto foi fixado o quadro e vencimentos do pessoal de nomeação do governo (artt. 3.º e 5.º), e auctorizou-se o director a nomear para as differentes necessidades do ensino profissional e do serviço da cadeia, nos termos da lei de 20 de maio de 1884 e do art. 24.º e § unico do regulamento provisorio da cadeia geral penitenciaria de Lisboa, de 20 de novembro do referido anno, individuos competentes, que poderá demittir ou suspender quando o julgar conveniente (art. 4.º).

Quanto á administração e serviço desta cadeia, mandou o mesmo decreto que se observassem as disposições do regulamento provisorio já citado da cadeia geral penitenciaria de Lisboa (art. 7.º).

O pessoal superior foi nomeado em janeiro de 1890, mas um officio da direcção geral dos negocios da justiça declarou que estes empregados se deviam considerar como não estando no exercicio das suas funcções. Só em 5 de outubro de 1899 é que o subdirector foi encarregado de receber do ministerio das obras públicas o edificio principal da penitenciaria e de propôr e adoptar as providencias necessarias para a sua installação.

Em 16 de novembro do mesmo anno foi nomeado o restante pessoal, com a declaração de que só entraria em exercicio e venceria quando o serviço o exigisse. O pessoal entrou em exercicio em 1 de julho de 1900; mas um decreto de 5 do dito mês suspendeu do exercicio e vencimento todos os empregados. Em 19 de setembro de 1901 foi o subdirector encarregado de novo dos trabalhos da

installação, e no dia 1 de novembro entraram em exercicio todos os empregados nomeados e começou a penitenciaria a receber condemnados, 10 em 1901, 55 em 1902, 8 em 1903, 17 em 1904, 12 em 1905 e 25 em 1906.

A lotação que, segundo o decreto de 12 de dezembro de 1889, era de 300 cellas, mas que realmente é só de 271, ainda até agora não foi attingida nem sequer disso se approximou, pois ainda não subiu em anno algum acima de 65 o numero dos prêsos.

Quanto á penitenciaria de Santarem, foi ella posta á disposição do ministerio da guerra por decreto de 7 de fevereiro de 1895, e por decreto de 25 de abril do mesmo anno passou a denominar-se *Presidio militar* e regulou-se o seu serviço interno, que começou a funccionar em 1 de maio do mesmo anno.

O regulamento em vigor é de 24 de dezembro de 1896. Como se infere da propria denominação, é destinada aos militares condemnados á pena de *presidio militar* (*supra,* pag. 435, nota 1).

131. Instituições complementares do regimen penitenciario. Isenções da pena de prisão cellular. — Como já dissémos, esqueceu a lei de 1 de julho de 1867 os institutos da liberdade e da condemnação condicionaes. Foi supprida a lacuna pela lei de 6 de julho de 1893, que nos artt. 1.º a 7.º regulou o primeiro destes institutos e impôs ao governo a obrigação de promover e auxiliar a organização de associações protectoras dos condemnados, e nos artt. 8.º a 11.º o instituto da condemnação condicional.

Por decreto de 16 de novembro de 1893 foi regulado o processo a seguir para a concessão da liberdade condicional, condições a que devem satisfazer os libertos e revogação da concessão. O instituto da liberdade condicional aproveita não só aos condemnados unicamente a pena de prisão cellular, mas tambem aos condemnados a degredo, quer como pena principal, quer como pena complementar da prisão cellular (cit. lei, artt. 1.º e 5.º e cit. reg., art. 21.º e § unico).

O instituto da condemnação condicional é só para a pena de prisão correccional e a favor de delinquentes que ainda não tenham soffrido condemnação alguma por qualquer crime (cit. lei, art. 8.º).

Quanto ás associações protectoras dos condemnados, instituição indispensavel para proteger e amparar os libertos durante o periodo da liberdade provisoria e os condemnados restituidos á sociedade, não só a lei referida mas tambem o regulamento das cadeias civis de 21 de setembro de 1901, artt. 211.º a 216.º, incumbem o governo de promover a sua criação.

Por decreto de 23 de agosto de 1902 foram criadas duas commissões de patronato, uma na cidade de Lisboa e outra na do Porto, regulando-se minuciosamente a sua organização, attribuições e funccionamento, e o das suas delegações comarcãs e das commissões auxiliares.

Pelo codigo penal de 1886 as penas de prisão cellular applicaveis aos crimes eram impostas a todos os condemnados sem excepção; porém a lei de 27 de abril de 1903 veio isentar desta pena os réus que forem *cegos* e os que *excederem a idade de 70 annos* ao tempo da condemnação, e bem assim

os *surdo-mudos* e os que por *aleijão* ou *deformidade* estejam absolutamente impossibilitados de cumprir a referida pena nos termos da lei de 1867, sendo-lhes applicavel, em substituição da pena de prisão cellular só, ou seguida de degredo, a pena de prisão maior sem trabalho, que será cumprida nas cadeias das sédes dos districtos judiciaes das respectivas relações em compartimentos separados dos outros prêsos (artt. 1.°, 2.° e 5.°) (1).

152. Casas de detenção e correcção para menores. — O codigo penal de 1852 apenas se referiu num logar a casas de educação para os menores de 14 annos que commettessem algum crime praticando o facto sem discernimento (art. 73.°). A lei de 1867 nada dispôs a tal respeito, e a Nova reforma de 1884, artt. 38.° e 39.° (codigo penal de 1886, artt. 48.° e 49.°), sómente se refere a estabelecimentos de correcção ou colonias penitenciarias para os menores que forem isentos de responsabilidade criminal em virtude da idade ou por terem procedido sem descernimento.

Mas para os menores que forem responsaveis?

Afóra as disposições dos artt. 76.° e 77.° (codigo penal de 1886, artt. 107.° a 109.°) relativas á diminuição das penas em virtude da menoridade, nada se encontra nesta reforma nem no codigo de 1886. E todavia o principio de que a educação e correcção devem ser o fim principal de todo o tratamento repressivo imposto aos menores já a esse

(1) A proposta, pareceres, discussão e approvação desta lei encontram-se no *Diario das sessões da camara dos deputados* de 1903, n.° 16, pagg. 12 e segg., e n.° 17, pag 6 e segg.; e no *Diario das sessões da camara dos pares* do mesmo anno, n.° 18, pag. 167.

tempo era largamente conhecido e bastante praticado lá fóra e até em Portugal.

Como já vimos, a lei de 15 de junho de 1871 criou no extincto convento das Monicas uma *casa de detenção e correcção* para menores do sexo masculino, e a lei de 22 de junho de 1880 auctorizou o governo a criar uma *escola agricola* para menores do mesmo sexo (*supra*, n.^{os} 122 e 123).

Em 1888, o ministro da justiça sr. Conselheiro Veiga Beirão, aproveitando os trabalhos da commissão criada por Barjona de Freitas por decreto de 11 de março de 1875 *para propôr ao governo de Sua Majestade os meios de fundar uma ou mais colonias agricolas e casas de correcção para menores de 18 annos, nas comarcas do reino e ilhas*, apresentou á camara dos deputados, em sessão de 4 de fevereiro do mesmo anno, a proposta de lei n.° 13-B para a criação de casas de correcção, colonias agricolas e commissões de protecção para menores de 18 annos, condemnados por vadiagem ou por qualquer outro crime, e ainda outros, como os processados e não afiançados, os prêsos á ordem da auctoridade administrativa, etc.

Esta proposta, que chegou a obter parecer favoravel das commissões de legislação criminal e de fazenda, mas que não chegou a entrar em discussão, criava três casas de correcção, uma em cada uma das cidades sédes das relações do continente e ilhas adjacentes, servindo para a de Lisboa a que já estava então estabelecida nas Monicas, e uma colonia agricola nas vizinhanças de Lisboa, mantendo-se a de Villa Fernando (1).

(1) *Da correcção de menores. Casas de correcção, colonias agricolas e commissões de protecção. Proposta de lei...*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1888.

Em 1893 foi renovada pelo ministro da justiça de então, sr. Conselheiro ANTONIO DE AZEVEDO, a iniciativa deste projecto (1), mas ainda então não obteve melhor resultado.

Por lei de 21 de maio de 1896, artt. 1.º e 2.º, foi o governo auctorizado a *reorganizar* a casa de detenção e correcção da comarca de Lisboa, dando conta ás côrtes do uso que fizesse desta auctorização. Demorou-se o governo a usar desta actorização, pois só em 1901, por decreto de 10 de setembro, promulgou o *regulamento geral da casa de detenção e correcção de Lisboa,* achando-se ainda auctorizado a *reorganizar* o estabelecimento, pois a referida auctorização da lei de 1896 foi mantida na lei de 12 de junho de 1901.

E cumpre não perder de vista a origem deste regulamento, pois tem força de lei e por isso deve observar-se mesmo nas disposições que excedem a materia regulamentar e naquellas em que fôr contrario á lei de 15 de junho de 1871, como são as dos artt. 7.º e 17.º Outro tanto não succede com o regulamento da *colonia agricola correccional de Villa Fernando,* de 17 de agosto de 1901, pois foi publicado pelo governo unicamente no uso das suas attribuições regulamentares.

O ensaio feito com a casa de detenção e correcção de Lisboa foi favoravel e animou os poderes públicos a proseguir nesta via, unica que tem dado resultados apreciaveis na lucta contra a reincidencia.

Por lei de 17 de abril de 1902 foi criada uma

(1) *Diario do Governo* de 1893, n.º 131, de 14 de junho, pag. 1542.

nova *casa de detenção e correcção para menores do sexo masculino* do districto judicial da Relação do Porto (1), e por lei de 27 de abril de 1903 (2) criou-se outra para *menores do sexo feminino de todas as comarcas do districto judicial da Relação de Lisboa,* a qual sería installada no edificio das Monicas, passando a do sexo masculino para o antigo convento da Cartuxa, em Caxias.

Por decreto de 19 de agosto de 1903 mandou-se observar na casa de detenção e correcção do districto judicial do Porto o regulamento da de Lisboa em tudo que não fosse especialmente determinado na lei que criou aquelle estabelecimento.

133. Criminosos alienados. — Determinava a Nova reforma penal, art. 37.º (codigo penal, art. 47.º), que os loucos, que, praticando o facto, fossem isentos de responssbilidade criminal, seriam entregues a suas familias para os guardarem, ou recolhidos em hospital de alienados se a mania fosse criminosa ou se o seu estado o exigisse para maior segurança.

Esta disposição, que se tornava tanto mais necessaria quanto os progressos de psychiatria tinham ampliado a isenção da responsabilidade criminal com este fundamento, era quasi letra morta por falta de organização hospitalar.

(1) A proposta, pareceres, discussão e approvação desta lei encontram-se no *Diario das sessões da camara dos deputados* de 1902, n.º 26, pag. 6 e segg., e n.º 32, pag. 7 e segg., e no *Diario das sessões da camara dos pares* do mesmo anno, n.º 32, pag. 301 e segg.

(2) A proposta, pareceres, discussão e approvação desta lei encontram-se no *Diario das sessões da camara dos deputados,* de 1903, n.º 15, pag. 10 e segg., e n.º 16, pag. 10 e segg., e no *Diario das sessões da camara dos pares* do mesmo anno, n.º 17, pag. 152, e n.º 18, pag. 162.

Foi a lei de 4 de julho de 1889 sobre alienados que, no art. 5.°, mandou recolhê-los nas enfermarias annexas ás penitenciarias centraes e nas enfermarias especiaes que lhes fossem destinadas no hospital de alienados de Lisboa, e no art. 2.° auctorizou o governo a estabelecer estas enfermarias (1).

A lei de 3 de abril de 1896 veio completar estas disposições estabelecendo regras para a apreciação da responsabilidade criminal dos individuos que se julguem atacados de alienação mental, quer antes do crime, quer depois mas antes do julgamento, quer já em cumprimento da pena (2). As disposições desta lei estão modificadas na parte relativa aos exames pela lei sobre serviços medico-legaes de 17 de agosto de 1899, art. 6.°, e respectivo regulamento de 16 de novembro do mesmo anno, artt. 35.°, 43.° e 104.° e segg.

Por lei de 21 de maio de 1896 foi auctorizado o governo a construir uma enfermaria annexa á penitenciaria geral de Lisboa para criminosos alienados, nos termos e para os fins designados nas citadas leis de 4 de julho de 1889 e de 3 de abril de 1896, auctorização aliás desnecessaria, visto a

(1) A proposta, pareceres, discussão e approvação desta importante lei encontram-se no *Diario das sessões da camara dos deputados* de 1888 pagg. 1716 e 2488, e de 1889, pagg. 1001, 1003 e 1007, e no *Diario das sessões da camara dos pares* de 1889, pagg. 479 e 491.

(2) Esta lei foi na sua primeira fórma o decreto dictatorial n.° 5, de 10 de janeiro de 1895. Foi depois revisto pelo parlamento conforme a disposição do art. 1.° § unico da lei do *bill* de 14 de fevereiro de 1896. O projecto da referida lei de 3 de abril de 1896, os pareceres das commissões, a sua discussão e approvação encontram-se no *Diario das sessões da camara dos deputados* de 1896, pagg. 524 e 535, e no *Diario das sessões da camara dos pares* do mesmo anno, pag. 273.

auctorização mais geral consignada no art. 2.° da lei de 4 de julho de 1889.

134. Reincidencias, vadiagem e mendicidade. — Procurando combater a criminalidade nas suas principaes fontes, varias medidas têem sido adoptadas contra os reincidentes, vadios e mendigos.

Para os primeiros, isto é, para aquelles que, tendo soffrido um certo numero de condemnações, se mostrem por isso mesmo incorrigiveis ou profissionaes, e para os vadios, maiores de 18 e menores de 60 annos, foi estabelecida pela lei de 21 de abril de 1892, vulgarmente conhecida pelo nome de *lei das reincidencias* (1), a transportação para as possessões ultramarinas, disposição que pela lei de 3 de abril de 1896, art. 7.°, foi ampliada aos individuos condemnados por mendigos ou rufiões.

Ainda no mesmo intuito permittiu esta última lei elevar, no caso de reincidencia, a prisão correccional até três annos, poniu de modo especial a reincidencia nos crimes de furto, ampliou as disposições do codigo penal sobre o crime de mendicidade e equiparou os rufiões aos vadios para os effeitos penaes (2). Foi applicada esta lei ás provin-

(1) A proposta, pareceres, discussão e approvação desta lei encontram-se no *Diario das sessões da camara dos deputados* de 1892, n.° 43, pag. 16, e no *Diario das sessões da camara dos pares* do mesmo anno, n.° 37, pag. 22. O art. 15.° desta lei, que pune com a primeira pena da escala penal os attentados por meio de dynamite, melinite ou outras substancias de analogos effeitos explosivos, foi um accrescentamento proposto pela commissão de legislação criminal da camara dos deputados.

(2) Esta lei foi na sua primeira fórma o decreto dictatorial n.° 5 de 15 de dezembro de 1894. Foi revisto pelo parlamento, encontrando-se o projecto, pareceres, discussão e approvação da lei no *Diario das sessões da camara dos deputados*, de 1896, pag. 513, e no *Diario das sessões da camara dos pares* do mesmo anno, pag. 295.

cias ultramarinas por decreto de 17 de dezembro de 1903.

Por decreto de 17 de março de 1899 foi regulado o destino a dar aos vadios e mendigos postos á disposição do governo.

135. Anarchismo. — Não satisfeito com a severa e por vezes injusta repressão imposta pelo art. 15.º da lei de 21 de abril de 1892 contra os attentados por meio da dynamite ou de outras substancias explosivas, o nosso legislador, imitando as leis francêsas de 12 de dezembro de 1893 e 28 de julho de 1894, incriminou, pela conhecida lei de 13 de fevereiro de 1896, a publicação, defêsa, applauso, conselho ou provocação, quer por discursos ou palavras, quer por escripto ou por qualquer outro meio de publicação, de actos subersivos, quer da existencia da ordem social, quer da segurança das pessoas ou da propriedade, e bem assim a profissão de doutrinas de anarchismo conducentes á pratica desses actos, e mandou pôr os réus destes crimes, depois de cumprida a pena, á disposição do governo para serem transportados para as provincias ultramarinas (artt. 1.º e 2.º); e modificou o processo a seguir-se para o conhecimento e julgamento destes crimes e dos previstos no art. 15.º da lei de 21 de abril de 1892, subtrahindo-os á competencia do jury e admittindo a respeito delles a prisão sem culpa formada e sem fiança (art. 3.º) (1).

(1) A proposta, pareceres, discussão e approvação desta lei encontram-se no *Diario das sessões da camara dos deputados*, de 1896, pagg. 235 e 252, e no *Diario das sessões da camara dos pares* do mesmo anno, pag. 113.

A incriminação estabelecida por esta lei foi limitada, por lei de 21 de julho de 1899, áquelles que *professarem doutrinas de anarchismo*, passando os restantes a serem punidos nos termos do art. 483.º do codigo penal, salvo se os factos referidos forem praticados por qualquer fórma de publicação graphica, pois então serão considerados abusos de liberdade de imprensa, nos termos e para os effeitos do art. 3.º da lei de 7 de julho de 1898 (artt. 1.º e 2.º) (1).

Grandes e intensos têem sido os clamores da opinião contra estas leis *excepcionaes* e de *occasião*, o que levou o actual ministro da justiça a apresentar á camara dos deputados a proposta de lei n.º 20-B de 14 de novembro de 1906, sobre o mesmo assumpto (2), proposta que pende da discussão na camara dos deputados e que não modifica fundamentalmente o estado existente. Pelos deputados progressistas dissidentes foi apresentado tambem na camara dos deputados um projecto de lei sobre o mesmo assumpto (3).

136. Juizo de instrucção criminal. — Inspiradas em parte na mesma ordem de ideias, a que obedecem os diplomas a que nos referimos em o numero an-

(1) A proposta, pareceres, discussão e approvação desta lei encontram-se no *Diario das sessões da camara dos deputados*, de 1899, n.º 23, pagg. 11 e segg., e no *Diario das sessões da camara dos pares* do mesmo anno, pagg. 342 e segg.

(2) Publicada no *Diario das sessões da camara dos deputados*, de 1906, n.º 30, pag. 19 e segg.

(3) Tem a data de 15 de outubro de 1906 e teve segunda leitura na sessão da mesma data, achando-se publicado na acta respectiva, *Diario das sessões da camara dos deputados*, de 1906, n.º 11.º, pagg. 3 e segg.

terior, são as reformas operadas ha quinze annos sobre a policia de Lisboa e juizo de instrucção criminal.

Por decreto dictatorial de 28 de agosto de 1893 foram reformados os serviços policiaes de Lisboa, distribuindo-se em três ramos — de segurança pública, de inspecção administrativa e de investigação judiciaria e preventiva — entregando-se a direcção deste último a um magistrado, tambem incumbido da instrucção criminal, tirado do quadro da magistratura judicial. Foram dadas a este magistrado attribuições amplissimas e faculdades discricionarias, offensivas de principios de processo criminal e de direitos e garantias individuaes até então reconhecidos, como a faculdade de ordenar, pelo tempo que reputasse indispensavel, a detenção preventiva dos suspeitos e dos que por qualquer motivo inspirassem desconfiança e ainda de quaesquer pessoas que julgasse poderem esclarecer a instrucção quando não se prestassem voluntariamente a auxiliar a policia, houvesse receio de que ellas se evadissem, ou conveniencia na sua incommunicabilidade; a attribuição da força de corpo de delicto a todos os autos das investigações e diligencias ordenadas pelo referido juiz, que era ao mesmo tempo o instructor de todas os processos; a prisão sem culpa formada em muitos mais casos do que por direito commum, etc.

O regulamento da policia judiciaria e preventiva de Lisboa de 12 de abril de 1894 aggravou estes inconvenientes, attribuindo fé em juizo até prova plena em contrario aos autos lavrados pelos chefes e agentes da policia judiciaria, quanto aos factos que presenciaram; e a lei de 3 de abril de 1896, pela qual foi revisto pelo parlamento aquelle decreto, reproduziu quasi integralmente as suas disposições.

Se os inconvenientes referidos foram parcialmente attenuados pelo decreto de 20 de janeiro de 1898, que reformou de novo os serviços policiaes de Lisboa, em virtude de auctorização para isso concedida ao governo por lei de 3 de setembro de 1897, e regressou aos principios liberaes eliminando ou restringindo algumas das referidas attribuições, foram elles aggravados de novo pelo decreto de 19 de setembro de 1902, que ampliou desmesuradamente as attribuições do juizo instructor de Lisboa e alargou a sua esphera de jurisdicção a *todo o continente do reino,* incumbindo-o da direcção superior das investigações e diligencias necessarias para verificação dos crimes contra a segurança do Estado, de falsidade de moeda e de notas de bancos nacionaes e de alguns titulos do Estado, e contra a ordem e segurança social, previstos nas leis de 13 de fevereiro de 1896 e 21 de julho de 1899, do descobrimento dos responsaveis e formação dos respectivos autos, e bem assim das diligencias de vigilancia e fiscalização dos individuos suspeitos destes crimes (art. 1.°).

Este diploma, de uma orientação mais retrograda e anti-constitucional do que todos os anteriores, foi vivamente combatido no parlamento e pela imprensa.

Em sessão da camara dos deputados de 12 de outubro de 1906 foi apresentada pelos actuaes ministros da justiça e do reino a proposta de lei n.° 8-B, de 12 de outubro de 1906, reformando o juizo de instrucção criminal (1), proposta que já

(1) Publicada no *Diario das sessões da camara dos deputados* de 1906, n.° 9, pagg. 20 e segg.

teve parecer da commissão de legislação criminal, mas que ainda não entrou em discussão. Desapparecem ou são attenuados por esta proposta alguns dos inconvenientes referidos, nomeadamente o da detenção indefinida, e introduz-se no mecanismo do processo penal um principio novo — o da instrucção contradictoria — já consagrado na legislação de diversos povos, nomeadamente em França pela lei de 1897. É de 15 de outubro e foi apresentado á camara dos deputados em sessão da mesma data o projecto de lei sobre o mesmo assumpto assignado pelos deputados progressistas dissidentes (1).

137. Liberdade de imprensa. — Por mais de uma vez tem sido regulado este assumpto no curto periodo de que estamos tratando.

Por decreto dictatorial n.º 1 de 29 de março de 1890, approvado pela lei do *bill* de 7 de agosto do mesmo anno, foi elle regulado pela primeira vez ampliando-se a responsabilidade pelos crimes commettidos por abuso de liberdade de imprensa, que pela lei de 17 de maio de 1866 era attribuida exclusivamente ao auctor da publicação incriminada, tambem ao editor, e, na sua falta, ao dono ou administrador da officina ou officinas, e adoptando-se outras providencias de caracter pouco liberal.

Depois, foi o assumpto regulado de novo pela lei de 7 de julho de 1898, que revogou o citado decreto n.º 1 de 29 de março de 1890 e *toda a legislação especial* sobre liberdade de imprensa publicada até

(1) Publicado no *Diario das sessões da camara dos deputados* de 1905, n.º 11, pagg. 9 e segg.

7 de agosto de 1890. Neste diploma regulam-se não só as condições de exercicio do direito de liberdade de imprensa, determinam-se os abusos que constituem crimes e a responsabilidade criminal e civil por elles, mas tambem a competencia para o seu julgamento e respectivo processo.

A este diploma accresceram o decreto de 12 de novembro de 1898 sobre remessa de periodicos aos magistrados do ministerio público, a lei de 21 de julho de 1899 sobre a responsabilidade editorial relativamente a periodicos no caso de fallecimento do editor, o decreto de 2 de agosto de 1902, applicando a lei de 1898 ás provincias ultramarinas, e o decreto de 7 de dezembro de 1904 sobre a apprehensão de jornaes.

Parece, porém, estar destinada a ter pouca duração esta lei, porquanto está quasi concluida a discussão parlamentar de uma proposta de lei regulando de novo o assumpto. Esta proposta, que foi apresentada na camara dos deputados em sessão de 28 de novembro do anno findo (1), estabelece algumas innovações, como a que dispensa qualquer habilitação para os periodicos e impõe a responsabilidade, além do auctor da publicação incriminada, ao director ou redactor principal do periodico, a que dispensa a formação do corpo de delicto para os processos por estes crimes e outras que têem sido vivamente combatidas.

O projecto de lei dos deputados dissidentes so-

(1) Publicada no *Diario das sessões da camara dos deputados* de 1906, n.º 39, pagg. 12 e segg. Os pareceres das commissões e a discussão encontram-se no mesmo *Diario*, sessões 52.ª, 53.ª e 54.ª, e no de 1907, sessões 3.ª a 8.ª, e no *Diario das sessões da camara dos pares* de 1907, sessões 29.ª a 43.ª

bre o mesmo assumpto é de 15 de outubro de 1906 e foi apresentado á camara dos deputados em sessão da mesma data (1).

138. Crimes militares. — Estes crimes, resalvados nos artt. 15.º e 16.º do codigo penal, são hoje regulados pelo novo *Codigo de justiça militar,* approvado por lei de 13 de maio de 1896 (2), e pelo *Codigo de justiça da armada* approvado por lei de 1 de setembro de 1899 (3).

Estes codigos regulam não sómente o direito penal militar, mas tambem a organização e competencia dos tribunaes e o processo respectivo.

Antes do codigo de justiça da armada applicava-se aos crimes commettidos por militares ou outras pessoas pertencentes á armada o codigo de justiça militar (lei de 13 de maio de 1896, art. 2.º), mas com modificações feitas pela lei de 26 de maio de 1896.

Os regulamentos para a execução destes codigos foram respectivamente approvados por decretos de 24 de dezembro de 1896 e 11 de agosto de 1900. Tratam principalmente do processo e são

(1) Publicado no *Diario das sessões da camara dos deputados* de 1906, n.º 11, pag. 5.

(2) Na sua primeira phase este codigo foi approvado pelo decreto dictatorial n.º 6 de 10 de janeiro de 1895. Submettido á revisão parlamentar, foi approvado pela citada lei de 13 de maio de 1896. O projecto, pareceres e approvação desta lei encontram-se no *Diario das sessões da camara dos deputados,* de 1896, pagg. 1577 e segg., e no *Diario das sessões da camara dos pares,* do mesmo anno, pagg. 726 e segg.

(3) O projecto, pareceres, discussão e approvação desta lei, encontram se no *Diario das sessões da camara dos deputados,* de 1899, n.º 117, pagg. 41 e segg., e no *Diario das sessões da camara dos pares* do mesmo anno, pagg. 760 e segg.

acompanhados de fórmulas ou modelos para os principaes actos do mesmo processo.

139. Outras leis de processo penal. — Afóra as leis de processo penal a que já nos referimos em os numeros anteriores, muitas outras podem indicar-se pertencentes a este periodo.

Mencionaremos em primeiro logar o decreto n.º 2 de 29 de março de 1890, que restabeleceu o processo correccional ou intermedio, modificou o de policia correccional e criou o summarissimo ou verbal, e a lei do *bill* de 7 de agosto do mesmo anno que o confirmou, mas com algumas modificações.

Vem depois o decreto n.º 1 de 15 de setembro de 1892, que, entre outras disposições, extinguiu os summarios, ampliou a funcção do corpo de delicto, acceitou os autos administrativos como corpos de delicto para os crimes e contravenções de policia correccional quando os réus forem prêsos em flagrante delicto, e providenciou sobre os aggravos, appellações e revistas crimes.

É importante tambem a lei de 4 de maio de 1896, que sanccionou, com modificações, o decreto dictatorial de 22 de maio de 1895, e determinou o numero de testemunhas necessarias nos corpos de delicto para a verificação dos crimes, os casos em que o respectivo processo deverá ser archivado, a solidariedade dos réus quanto a custas e a remissão destas por prisão.

Merecem ainda mencionar-se: a lei de 3 de abril de 1896 sobre rehabilitação dos réus cujas sentenças condemnatorias tenham transitado em julgado; a de 7 de agosto de 1899 e respectivo regulamento de 16 de novembro do mesmo anno reor-

ganizando os serviços medico-legaes em materia penal; o codigo de fallencias de 26 de julho de 1899 estabelecendo algumas disposições sobre o processo para os crimes de quebra culposa ou fraudulenta, artt. 20.° e 141 e segg. (hoje codigo de processo commercial de 14 de dezembro de 1905, artt. 202.° e 320.° e segg.), o decreto de 18 de janeiro de 1906 que approvou o regulamento dos postos anthropometricos, e o decreto de 17 de março de 1906 que reorganizou o serviço do registo criminal.

140. Ultramar. — Por decreto de 18 de dezembro de 1854 foi mandado executar nas provincias ultramarinas o codigo penal de 1852, e por decreto de 11 de dezembro de 1884 foi tambem mandada executar alli a lei de 14 de junho de 1884 de que faz parte a Nova reforma penal, excepto no que respeitava ás alterações feitas á lei de 1 de julho de 1867, por não se achar alli em execução esta lei.

Não conhecemos diploma que determinasse o mesmo a respeito do codigo penal de 1886, nem isso se tornava necessario, porque, estando alli em vigor a lei de 14 de junho de 1884, implicitamente ficaria em vigor a nova publicação official que do codigo penal de 1852 fizesse o governo no uso da auctorização concedida pelo art. 5.° da mesma lei.

Entendemos, pois, estar alli em vigor este codigo, excepto no que toca ao regimen penitenciario, quer quanto ás disposições estabelecidas nesta lei, quer a respeito das modificações que lhes fez a lei de 1884. Não ha pois condemnações em alternativa, mas unicamente ás penas que correspondem em alternativa ás do systema penitenciario, ou áquellas para que não ha alternativa.

Ha contudo algumas especialidades que cumpre ter presentes.

O decreto de 20 de fevereiro de 1894 que approvou o *reginento da administração de justiça nas provincias ultramarinas* dispôs, quanto a penas, o seguinte:

«Art. 3.° Na condemnação dos indigenas de Timor, de S. Thomé e Principe e das costas oriental e occidental da Africa por delictos a que corresponda pena de *prisão, poderão* os tribunaes substituir esta pena pela *temporaria de trabalhos públicos* remunerados convenientemente, applicando-a em harmonia com as regras estabelecidas na lei penal.

§ 1.° É o governo auctorizado a estabelecer para os mesmos indigenas, além das penas comminadas no codigo penal e neste artigo, a de *trabalho correccional de quinze dias a um anno,* nos casos e condições determinadas em regulamento, e que consistirá na obrigação de trabalhar, sob a vigilancia da policia, mediante salario fixo, em serviço do Estado ou qualquer outro.

§ 2.° O governo fará tambem os regulamentos necessarios para que todos esses indigenas, quando *detidos nas cadeias públicas á ordem do juizo competente para serem julgados,* sejam obrigados a trabalho devidamente remunerado, dentro ou fóra da cadeia, sob a vigilancia policial».

Estas disposições foram regulamentadas por decreto de 20 de setembro de 1894, que definiu o que eram indigenas a que podiam ser applicadas estas penas, a natureza dellas e sua duração, applicação e modo de execução.

O decreto de 23 de dezembro de 1897, que approvou o *regimento da administração de justiça na provincia de Cabo Verde,* admittiu as mesmas penas, mas com algumas modificações, tornando obrigatoria a substituição da pena de prisão maior pela de trabalhos públicos e facultativa a substituição da pena de prisão correccional pela de trabalho correccional, cuja duração maxima foi elevada a dois annos, e determinando a applicação do trabalho dos condemnados, o modo de cumprimento da pena quando se recusarem ao trabalho ou estiverem impossibilitados de trabalhar, a ilha onde devem cumprir a pena, etc.

Destas disposições devem approximar-se ainda as do decreto de 13 de dezembro de 1897, que approvou a organização judicial da comarca da Beira, criando nas circunscripções do territorio do governo de Manica e Sofala juizes territoriaes com attribuições bastante amplas, entre as quaes a de julgarem os indigenas por crimes a que correspondam penas correccionaes, applicando-lhes a pena temporaria de trabalhos públicos ou a de trabalho correccional (art. 9.°), e as do regulamento provisorio do trabalho indigena e fomento agricola na provincia de Angola de 16 de julho de 1902, que admittiu tambem, afóra o trabalho compellido, o trabalho correccional destinado a punir aquelles para quem os meios suasorios e as disposições regulamentares da compulsão ao trabalho forem inefficazes, e regulou a fórma da prestação do trabalho e da applicação da sua retribuição (artt. 78.°, 80.°, 119.°, etc.).

Quanto ao processo penal nas provincias ultramarinas, devem ter-se em consideração, além das disposições dos artt. 181.° a 185.° do citado *regimento da administração dc justiça de 20 de fevereiro de 1894,* que manda applicar, mas com modificações importantes, a legislação reguladora do processo penal na metropole, o decreto de 20 de setembro de 1896, que criou o processo summarissimo ou verbal para o julgamento de alguns crimes commettidos pelos indigenas de Timor, S. Thomé e Principe e das costas oriental e occidental da Africa, o decreto de 29 de dezembro de 1898, que approvou o do commissario régio da provincia de Angola dc 12 de dczembro dc 1896, que havia reformado a administração da justiça nesta provincia, e o decreto de 16 de julho de 1902, que ampliou e regulou o processo summarissimo ou verbal na mesma provincia.

141. Estabelecimentos penaes no ultramar para cumprimento da pena de degredo. — O degredo, quer como pena complementar da prisão cellular, quer como pena unica imposta em alternativa, cumpre-se nas provincias africanas, como já dissémos (*supra*, n.° 118, alinea *d*).

No intuito de tornar mais util para o Estado e mais moralizadora para os delinqnentes a execução desta pena, foram estabelecidas por decreto de 9 de dezembro de 1869 as bases para a fundação de algumas colonias penaes onde os degredados a cumprissem (*supra,* n.° 119); mas as razoaveis disposições deste decreto não chegaram a ter execução, continuando por isso o degredo a ser cumprido nos antigos presidios, de organização imperfeita e disciplina muito duvidosa, onde a punição resultava inefficaz pelas muitas liberdades de que os condemnados gosavam. A fim de obviar a este estado de cousas, por decreto de 3 de junho de

1880 foi nomeada uma commissão composta de jurisconsultos e de funccionarios coloniaes para estudar e formular um regulamento destes presidios, comprehendendo o seu regimen e a disciplina administrativa e penal dos presidiados. Desempenhando-se a commissão deste encargo, foi approvado por decreto de 27 de dezembro de 1881 o *Regulamento dos presidios no ultramar*, os quaes tomaram o nome de *depositos penaes,* e cujo fim é recolher os condemnados a trabalhos públicos e a degredo que da metropole e das outras possessões forem mandados para a Africa oriental ou occidental, e sujeitá-los a um regimen que os policie, moralize e torne uteis a si e á sociedade.

A organização e o regimen dos depositos penaes foram moldados em grande parte pela organização e regimen das colonias penaes de 1869.

Em cumprimento das disposições deste regulamento estabeleceu-se um deposito geral em Loanda e outro subalterno em Benguella.

Tendo, porém, augmentado muito o numero de degredados, sendo grande a accumulação delles nos depositos e havendo além disso grave inconveniencia em conservar muitas centenas delles num centro importante de população, como Loanda, por decreto de 17 de fevereiro de 1894 o ministro da marinha NEVES FERREIRA criou um novo deposito de degredados em Angola, mas deu-lhe a organização de uma colonia penal militar agricola, constituindo uma forte companhia de guerra, cujo quadro de officiaes superiores e inferiores devia ser escolhido entre o pessoal militar europeu que tivesse pelo menos um anno de residencia na provincia sem nota, e os soldados e primeiros e segundos cabos, em numero de 360, entre os

condemnados dos outros depositos, que pela sua edade e robustez fossem mais aptos para o serviço militar. Além disso, era auctorizado o governo a criar novas colonias penaes em Angola quando as circunstancias o aconselhessem, com o mesmo quadro e nas mesmas bases.

Porém, o governo não só não usou desta auctorização, mas por decreto de 14 de novembro de 1901, que approvou a organização militar no ultramar, extinguiu (art. 191.º) a colonia penal do Moxico, que foi fundada em cumprimento do disposto no decreto de 17 de fevereiro de 1894.

FIM DA PRIMEIRA PARTE.

INDICE

INTRODUCÇÃO

		Pag.
1.	Enunciado da cadeira e sua historia	5
2.	Sociologia criminal: caracter desta sciencia e suas relações com a sociologia geral e com o dircito penal	8
3.	Continuação. Conteúdo proprio da sociologia geral	10
4.	Distincção entre conhecimentos theoricos e conhecimentos práticos. Caracter geral e importancia das sciencias normativas ou de applicação	19
5.	Caracter particular das sciencias ethico-juridicas. Autonomia do direito penal ao lado da sociologia criminal.	23
6.	Politica criminal	28
7.	Direito criminal positivo	32
8.	Direito criminal e direito penal. Importancia e extensão do direito penal preventivo	34
9.	O direito criminal preventivo não constitue uma secção differenciada da sciencia juridica	38
10.	Objecto e complexidade do nosso estudo	39
11.	Relações da sociologia criminal e do direito penal com outras sciencias	44
12.	Plano geral deste curso	58
13.	Observação	65

PRIMEIRA PARTE

A evolução da justiça e da sciencia criminal

LIVRO I

Desinvolvimento historico do direito penal em geral

CAPITULO I

Divisão

Pag.

14. Phases da evolução do direito penal 67

CAPITULO II

Phase natural e primitiva

15. Reacção expontanea como phenomeno biologico 72
16. Noção geral do crime 78
17. Vindicta privada ..... »
18. Fraternidade do sangue. Vindicta familiar 79
19. O talião 81
20. Composição pecuniaria. Origem 84
21. O systema compositorio no direito romano 87
22. O systema compositorio no direito germanico 89
23. Caracter do direito penal nesta phase 93

CAPITULO III

Phase theologico-ethica

24. A justiça penal na phase religiosa 100
25. Direito theocratico ou sacerdotal 102
26. Coexistencia do caracter privado do delicto dentro do systema compositorio com o caracter público que deriva do conceito religioso 105

Pag.

27. Principio ethico da expiação 108
28. Caracter do direito penal nesta phase 120
29. Continuação. Noção da responsabilidade. Concepção subjectiva do crime 123

CAPITULO IV

Phase politica

30. A justiça penal na phase politica em geral 129
31. A justiça penal na phase politica em Roma 130
32. Continuação. A phase politica do direito penal romano no periodo das «quaestiones» 134
33. Continuação. A phase politica do direito romano no periodo posterior ás «quaestiones» 139
34. A phase politica no direito germanico 144
35. Direito penal canonico 146
36. A phase politica do direito penal nas monarchias absolutas 148
37. O processo penal na phase politica 151
38. Principaes criminalistas e codificações penaes deste periodo e elementos aproveitaveis que passaram para a phase seguinte 157

CAPITULO V

Phase juridico-sentimental

39. Reacção da philosophia do seculo XVIII conrra o empirismo e o rigor do antigo regimen 160
40. A revolução franceêsa e as suas reformas em materia penal 163
41. Codificação destes principios. Codigo penal de 6 de outubro de 1791 para os crimes, e lei de 22 de julho de 1791 para os delictos 165
42. A Convenção. Codigo dos delictos e das penas 167
43. O Directorio e o Consulado. Legislação avulsa 169
44. Imperio. Codigo penal de 1810 170
45. Influencia do codigo penal francês de 1810 em varias nações da Europa 173

Pag.

46. Caracter juridico do codigo penal de 1810 e reformas posteriores até á terceira Republica 177
47. Codificações penaes posteriores a 1830 184
48. Consequencias da codificação em materia penal 197
49. Systema penitenciario. *a)* Conceito e fundamentos 200
50. Continuação. *b)* Principaes especies e sua origem 202
51. Continuação. *c)* Seu desinvolvimento na Europa 206
52. Continuação. *d)* Systema penitenciario mixto ou progressivo: systema inglês e systema irlandês 213
53. Continuação. *e)* Regimen penitenciario preferivel: os congressos penitenciarios 219
54. O processo penal na phase juridico-sentimental 224
55. Apreciação da escola humanitaria por PRINS 227

CAPITULO VI

Phase anthropo-sociologica

56. Nova orientação do direito penal 230
57. Classificação dos delinquentes segundo a escola anthropo-sociologica 231
58. Caracteres distinctivos de cada grupo de criminosos: criminosos natos 232
59. Continuação. Criminosos alienados 236
60. Continuação. Criminosos habituaes 237
61. Continuação. Criminosos passionaes 238
62. Continuação. Criminosos occasionaes 239
63. Systema penal e preventivo da escola italiana 240
64. Resumo do systema da escola italiana 241
65. Crítica do systema da escola italiana 242
66. Escola crítica 249
67. União internacional de direito penal 250
68. Resultados da nova orientação 254
69. Principaes defeitos de que enferma a justiça contemporanea nos povos civilizados e seus remedios 259
70. Concepção do direito e do processo penal nesta phase ... 262

LIVRO II

Introducção historica ao estudo do direito penal português

CAPITULO I

Periodo pre-romano

Pag.

71. Dificuldade de reconstituir a vida dos povos peninsulares no periodo pre-romano. Utilidade destas investigações 265
72. Primitivos habitantes da peninsula 267
73. Organização politica e social dos primitivos habitantes da peninsula 269
74. Direito penal 275
75. Organização judiciaria e processo 279
76. Influencia do espirito ibéro-celta na historia da peninsula 282
77. O direito phenicio-punico e o direito grego na Hespanha 283

CAPITULO II

A Hespanha romana

78. Conquista da peninsula pelos romanos 286
79. Romanização da peninsula 287
80. O direito romano e os costumes ibéricos 288
81. A organização judiciaria e o processo 290

CAPITULO III

Periodo das invasões dos barbaros até á reconquista

82. Invasões dos barbaros 293
83. Caracter do systema penal do codigo wisigothico 294
84. Organização judiciaria 299
85. Processo 301
86. Juizo crítico do codigo wisigothico 303
87. A invasão arabe e o codigo wisigothico 305

CAPITULO IV

Direito penal portugués até ás Ordenações

Pag.

88. Direito wisigothico, consuetudinario e foraleiro 308
89. Systema penal do periodo foraleiro 310
90. Leis penaes geracs 317
91. Organização judiciaria 321
92. Processo 321

CAPITULO V

Direito penal portugués desde as Ordenações até ao reinado de D. Maria I

93. Ordenações 326
94. Caracter do direito penal das Ordenações 325
95. A administração da justiça penal e a vindicta privada segundo as Ordenações 331
96. A acção penal 335
97. Precedentes historicos do ministerio público 337
98. Processo 340
99. Legislação criminal posterior ás Ordenações até ao fim deste periodo 341

CAPITULO VI

Direito penal portugués desde D. Maria I ate ao codigo penal de 1852

100. Modificações ao rigor do direito penal Filippino por legislação extravagante 345
101. Primeira tentativa de reforma do livro V das Ordenações 353
102. Tentativas de reforma do direito penal depois da implantação do regimen liberal até ao codigo penal de 1852 356

CAPITULO VII

Direito penal portugués desde o codigo penal de 1852 até ao codigo penal de 1886 *inclusive*

Pag.

103. Codigo penal de 1852: *a)* Fontes 362
104. Continuação. *b)* Plano 363
105. Continuação. *c)* Systema 364
106. Crimes públicos e particulares pelo codigo de 1852 367
107. Defeitos do codigo de 1852 e reconhecimento immediato da necessidade da sua reforma 369
108. Applicação do codigo de 1852 ás provincias ultramarinas 371
109. Elaboração do projecto de 1861 ..... »
110. Plano e bases philosophicas deste projecto 374
111. Systema penal do projecto de 1861 380
112. Instituições complementares do regimen penitenciario .. 383
113. Continuação. Penas indeterminados e detenção supplementar. Condemnação condicional 385
114. Continuação. Fundo de reserva, sociedades de patrocinio, casas e colonias de refugio penal e estabelecimentos de correcção 387
115. Abolição da morte civil e rehabilitação 391
116. Reputação de que gosou e abandono a que foi votado o projecto de 1861 391
117. Codigo penal e disciplinar da marinha mercante e nova lei de imprensa 394
118. Reforma penal e de prisões de 1867 398
119. Colonias penaes no ultramar 410
120. Proposta de 1870 411
121. Abolição da pena de morte nas provincias ultramarinas 415
122. Outros projectos de reforma penal até 1884 ..... »
123. Escola agricola 417
124. As três propostas de 10 de março de 1884 419
125. A proposta da reforma penal; a Nova reforma penal ... 420
126. Execução parcial do regimen penitenciario 431
127. Prisão preventiva e fiança criminal 438
128. Codigo penal de 1886 439

CAPITULO VIII

Direito penal portuguès posterior ao codigo penal de 1886

Pag.

129. Transição 445
130. Reforma das prisões. Penitenciarias de Coimbra e de Santarem 446
131. Instituições complementares do regimen penitenciario. Isenções da pena de prisão cellular 448
132. Casas de detenção e correcção para menores 450
133. Criminosos alienados 453
134. Reincidencias, vadiagem e mendicidade 455
135. Anarchismo 456
136. Juizo de instrucção criminal 457
137. Liberdade de imprensa 460
138. Crimes militares 462
139. Outras leis de processo penal 463
140. Ultramar 464
141. Estabelecimentos penaes no ultramar para cumprimento da pena de degredo 467