

COMMENTARIO

AO

CODIGO PENAL PORTUGUEZ

POR

LEVY MARIA JORDÃO

DOUTOR EM DIREITO.

TOMO I.

LISBOA.

TYPOGRAPHIA DE JOSE' BAPTISTA MORANDO,
RUA DO MOINHO DE VENTO N.º 69.

—•—
1853.

O Código mais perfeito carece de commentarios. A lei sómente deve estabelecer principios geraes : pensar que ella póde prevenir e resolver todas as difficuldades, que na prática se apresentam, é nutrir uma esperança chimerica. Justiniano, pela louca persuasão de considerar a sua reforma legislativa eminentemente perfeita, prohibíra os commentarios; mas esse homem, cuja missão tinha sido escrever o testamento do direito romano. vio, não obstante, multiplicar esse genero de escriptos nascidos de circumstancias mais imperiosas e mais fortes, do que as prescrições de uma constituição imperial. Frederico 1.^o teve a mesma illusão, e Napoleão não pôde reprimir um movimento de despeito ao ver o primeiro commentario ao seu código civil.

O Código penal portuguez não é isempto desta sorte, e a experiencia o fará sentir cada vez mais, porque a prática é o espelho aonde reflectem as imperfeições da lei. A repentina passagem de uma legislação para outra fundamentada em principios inteiramente differentes, a difficuldade, que as suas disposições hão-de forçosamente encontrar em sua intelligencia e applicação, exigiam, além de outras causas, a publicação de algumas notas explicativas. Resolvem'o nos a publical-as ; confessando que este imperfeito

VI

e talvez pouco sazonado fructo de nosso estudo não teria sahido a lume, se a illustrada Commissão, a quem coube a gloria de elaborar o projecto do Codigo, tivesse (seguindo o louvavel exemplo das nações estranhas¹) feito ao paiz o inapreciavel serviço de o enriquecer com suas observações, a par dos motivos justificativos das disposições do Codigo. Não se julgue porém que com esta publicação temos a louca persuasão de pretender illustrar os outros; procuramos pelo contrario esclarecer-nos a nós mesmos.

O systema que seguimos é deduzido da mesma natureza do direito: toda a legislação tem um elemento historico e philosophico; foi por isso que ao desenvolvimento theorico e philosophico das doutrinas juntámos o antigo direito patrio e romano, bem como as disposições dos codigões modernos pela conveniencia innegavel de se poderem comparar as suas disposições com as da nossa lei, hoje que a legislação comparada é um dos meios mais poderosos para profundar as questões juridicas.

O que sentimos sobre o merecimento do Codigo, considerado á luz da sciencia, ver-se-ha do commentario a cada um de seus artigos, limitando-nos nesta introduccão a tocar apenas de leve alguns pontos mais

¹ N'algumas partes da Allemanha, como succedeo na Baviera, o ~~governo mandou publicar um~~ commentario official ao codigo, obrigando aos professores das Universidades de se restringirem no ensino exclusivamente a essa obra: o commentario em 3 vol. foi publicado em 1813 com o titulo de *Anmerkungen zum Strafgesetzbuche fur das Königreich Baiern, nach den Protokollen des Königlichen geheimen Raths.*

geraes: julgamos porém conveniente fazer preceder essas observações de um rapido esboço da historia da legislação penal portugueza, fragmento de um trabalho mais extenso, o qual se o animo nos não faltar, tencionamos ao diante publicar.

O direito tem, como o genero humano, uma idade poetica, idade de ignorancia e de barbaridade, na qual o instincto abafa a razão, a imaginação domina a intelligencia, e as sensações do corpo absorvem as percepções do espirito. E' por isso que o estado dos Lusitanos antes da conquista dos romanos não comportava idéas justas sobre o direito penal; o qual, porque é uma derivação necessaria do direito de punir, mal podia ser entrevisto por esses povos, aonde as individualidades se achavam muito isoladas e distintas; pois não estavam ainda desenvolvidas as verdadeiras noções sobre a formação, natureza, e fim do Estado, e o direito de punir deriva-se todo dessa natureza e desse fim. A vingança particular devia ser o principio que então dominava na Lusitania como correlativo á idéa de crime, e apenas vemos em Strabão referida a lapidação como pena imposta pelo povo¹. E' que os homens nesta epocha, diz Rossi, sentem apenas confusamente que o mal' merece o mal, e sub-

¹ Todos os que passavam pelo cadaver do criminoso lhe lançavam uma pedra; deste costume conjectura Fr. Bernardo de Brito (*Mon. Lus.* liv. 2 c. 3) que teriam talvez principio os montes chamados *Ficis de Deos* levantados em lugares ermos — A. C. do Amaral, *Mem. para a hist. da legisl. e costum. de Portug.* nas *Memor. de litterat. da Acad.* tom. 1.^o — Elucid. de S. Rosa, v.^o *Ficis de Deos*.

VIII

jugados pelas necessidades immediatas, pela violencia das paixões, e pela distincção das individualidades não vêem senão o offensor e o offendido, e individualisam aquelle principio identificando a punição com o direito de defeza, com a vingança essencialmente individual e brutal em sua acção. A justiça não era ainda um principio positivo e social que fizesse convergir todos os sentimentos particulares para um centro commum ; era uma disposição particular do coração, era uma relação de homem a homem.

Com a dominação dos romanos na peninsula vigorou entre nós a legislação criminal desse povo, que se reduzia ás diversas leis especiaes, aos edictos dos magistrados, constituições dos imperadores, etc.¹. Mas essa legislação devia quasi desaparecer no seculo V, quando a ~~raça germanica veio sepultar~~ o mundo romano, esse pantheismo social aonde o individuo não era senão um instrumento e não salvava a sua personalidade senão á força de grandeza e de heroismo.

Com a conquista dos wisigodos, esses primogenitos dos povos barbaros, regeo a Lusitania o codigo wisigothico, o mais perfeito e mais bem ordenado da meia idade. Já não é o principio da vingança particular que então domina exclusivamente, ou apparece transformado na vindicta pública revelada no systema de intimidacão e de terror, ou modificado pelo systema das ~~composições pecuniarias~~ ; sendo porem de notar que a mesma lei parecia, postoque excepcionalmente, favorecer a vingança particular pela entrega

¹ O systema penal dos romanos pôde ver-se em Invernizi, *De publ. et crimin. judic. roman. etc.*

que por vezes mandava fazer do offensor ao poder do offendido ¹. E' notavel esta synthese que a lei wisigothica pretende fazer de principios tão diversos em quanto que na progressão historica e mesmo philosophica do direito penal vemos as *composições* substituirem a vingança particular, e a vindicta pública substituir as composições. Este character especial é digno de notar-se porque muito influiu na nossa primitiva legislação, revelando-se ainda nas Ordenações Philippinas.

Tudo isto porem era filho da posição especial desses povos do norte, que estancearam na peninsula. Os wisigodos, ao passo que traziam seus costumes e tradições proprias, achavam estabelecido o systema penal romano com toda a sua variedade de penas ; por isso quando a raça hispano-latina, diz o Sr. A. Herculano, foi equiparada á germanica e se promulgou para toda a nação um codigo unico, os dois systemas compenetraram-se destruindo-se em parte, impregnando-se tambem de algumas das maximas das leis da Igreja. A civilisação romana apesar de vencida e arruinada exercia nas instituições e costumes dos vencedores uma poderosa influencia. O barbaro, diz Guizot, podia desprezar individualmente o romano, mas o mundo romano lhe representava no seu todo uma certa superioridade ; e todos os grandes homens da idade da conquista, os Alaricos, os Ataulphos, os Theodoricos e tantos outros, destruindo e

¹ Veja-se a nota 391 da 3.^a Mem. de A. C. do Amaral nas de litteratura da Academia tom. 6 pag. 349 e seg.

calcando aos pés a sociedade romana, faziam todos os esforços para a imitar.

A penalidade era baseada toda, como já levamos dito, no principio da intimidação. As penas infamantes e atrozes, de talião, descalvação, mutilação, arrancamento d'olhos, etc. são derramadas ás mãos cheias e applicadas sem proporção, igualdade, ou analogia a crimes mais e menos graves, mais e menos differentes ¹. E' porque a vida era menos rica do que hoje, menos viva, menos aberta á sensação e por consequente á dôr ; é porque da vida á morte havia uma distancia muito menor do que no nosso seculo, depois dessas camadas successivas de vitalidade que o progresso tem deposto e amontoado sobre a nossa substancia ². Por isso o auctor do *Espirito das leis* não duvidou escrever no seu livro immortal estas significantes palavras — « ao codigo wisigothico devemos todas as maximas, todos os principios, todas as idéas da inquisição. » —

A invasão dos arabes e a dissolução da sociedade wisigothica não vieram melhorar o estado da penalidade. Os christãos conseguiram delles a troco de contribuições terem juizes seus, os quaes lhe administrassem a justiça civil e criminal pelas suas leis, não podendo porém executar-se pena de morte sem a confirmação do governador mouro.

Os povos subjugados pelos arabes regiam-se pelo

¹ A legislação penal contém-se nos Tit. 2, 3, 4, e 5 do Liv. 3, e nos Liv. 6, 7, 8, e 12, e n'outras leis dispersas pelos differentes titulos.

² Pelletan, *Profession de foi au XIX siècle.*

codigo wisigothico, e collecções de canones dos Concilios ; e tanto mais livremente quanto se iam libertando do jugo de seus dominadores. A esta legislação accresce no principio do seculo XI o chamado *Foro de Leão* publicado por Affonso 5.^o em 1020, e mandado observar em 1050 em Portugal, na Gallicia e nas Asturias pelo concilio de Coyança. As leis penaes formavam a sua parte principal ; a maioria das penas eram pecuniarias, ou commutaveis a dinheiro, e constituiam uma fonte de rendimento para o fisco. Seria isto filho da theoria das composições, ou seria só uma medida fiscal? talvez fossem ambas as cousas.

No tempo que medeia entre a fundação da monarchia e as Ordenações Affonsinas vigora a principio o codigo wisigothico, mais talvez como costume incarnado na existencia dos povos, do que como lei escripta¹ ; mas os foraes feitos á imitação dos fóros de Leão vão-se generalizando. Nestas leis especiaes, accommodadas aos usos e costumes das diversas povoações, e que os Reis e Senhores davam aos conceelhos e terras, figuram, resentindo-se todavia das idéas wisigothicas e do feudalismo, não só as penas corporaes, incluindo a mutilação e a morte², mas as

¹ Veja-se a Memoria do Sr. J. da C. N. e Carvalho sobre a auctoridade que entre nós teve o codigo wisigothico : nas Mem. da Acad. tom. 6.

² No foral de Arganil se comina tambem a pena *descalvação*, e *exterminio além do rio* ; no de Ourem a de *prisão á porta da rua*, e a *lapidação* ; no de Marmelar a de *exterminio para fóra da villa* e a *sepultura de homem vivo* ; no de Cintra a de *açoutes etc.* A estas penas dos foraes accrescem outras filhas dos usos do paiz

XII

penas pecuniarias (*calumnias e coimas*¹). E' porem certo que a *calunnia* não constituia a reparação integral do delicto; representava, como sustenta o Sr. A. Herculano, uma substituição ou remissão do desaggravo da sociedade, mas não a indemnisação ao offendido nem a expiação, como tem sido opinião geral dos escriptores².

Torna porem a apparecer considerada não só como um direito mas até como uma obrigação moral a vingança particular, que nos tempos gothicos se achava quasi obliterada legalmente. A célebre lei das *revendictas e encoutos* (que vem no Tit. 53 Liv. 5 da Ord. Affons.) permittia esta vingança só aos fidalgos e homens bons, e quem não vingava a injúria feita a seus parentes era tido na opinião pública

e de leis especiaes, tal é a imposta aos blasphemos pelo Sr. D. Diniz por Lei de 7 de Janeiro da era 1353, na qual mandava que lhes fosse arrancada a lingua pelo pescogo e que os queimassem vivos.

¹ Tambem tinham o nome de *indicias*, e no tempo do Sr. D. Manoel começaram a ser designadas por pena de sangue ou pena de arma — « as *indicias* (a que o Foral antigo chama *vozes e coimas*, e que agora se chamam *Pena de Sangue ou Pena de Arma* etc.) » — diz o mesmo Rei no Foral do Mogadouro de 1512. Elucid. v.^o *indicias*.

² Além de outras provas com que o illustre auctor da Historia de Portugal comprova isto, veja-se o documento por elle transcripto na nota de pag. 385 do 4.^o vol. que é a carta de coutamento das herdades do mosteiro de Santa Cruz expedida por D. Affonso 1.^o em 1184.

como deshonrado¹. O Legislador restringindo este direito aos nobres e homens bons procurava talvez combater essas idéas, que de frente não podia arrosar²: apesar disto a opinião pôde mais, e a usança de *acoimar* era geral; D. Affonso 3.^o qucrendo obviar a isto permittiu a cada um chamar a sua casa e terras homens armados para se defender dos ataques de seus inimigos sem por isso incorrer nas penas das assuadas; a auctoridade procurou ainda obstar-lhe no tempo de D. Affonso 4.^o pelas LL. de 17 de Março da era 1364 e 11 de Abril da era 1383, e no de D. Pedro 1.^o pelas *Cartas de seguro* requeridas pelos povos nas Còrtes de Elvas, assim como pela instituição dos *coutos* e *asylos*³, abolidos depois pela L. de 10 de Janeiro de 1692.

A reforma systematica da legislação meditada e preparada por D. João 1.^o e publicada por D. Affonso

¹ Daquí vem as chamadas *cartas de perdão* que os parentes do morto costumavam dar aos matadores: Brandão no Liv. 15 Cap. 19 da *Monarch. Lusit.* refere uma passada em Santarem a 4 de Abril da era 1293 pela qual Gomes Pires de Alvarenga, e Estevão Annes perdoam ao Conselho de Elvas «*todo o homisio e má vontade que delles tinhamos pela morte de nossos irmãos Fernão Pires e Paio Pires.*»

² D. Affonso 2.^o tinha prohibido que os fidalgos podessem acoimar morte e deshonra de seus parentes, como se vê em Viterbo no seu *Elucidario*, v.^o *Omizio II.*

³ Já Filangieri dizia na sua *Sciencia da legislação* (Tom. 4 Cap. 11) — «encontramos os *asylos* em todos os seculos aonde o direito de punir é exercitado por qualquer individuo» — não é isto dizer que foram um meio de obstar á vingança particular?

5.º em 1446, apezar de trabalhada sobre as leis geraes, resoluções de Côrtes, usos e costumes nacionaes etc. foi na parte criminal principalmente influenciada pelo direito romano e canonico ¹. O principio da intimidacão revela-se por isso de novo em toda a sua força, e crueza, sem attender ao fim das penas, e á proporção que entre ellas e o delicto deve existir. As penas de morte cruel e atroz, de mutilação, de fogo, açoites etc. são a cada passo applicadas já a factos que não mereciam tão grande punição, já a crimes imaginarios como a feitiçaria e outros, já a factos que propriamente eram peccados e não delictos, não advertindo o Legislador que *se a legislação tem o mesmo centro que a moral, nem por isso tem a mesma circumferencia* ². A par disto manifesta-se a influencia do feudalismo na distincção que a todo o momento se faz entre o nobre e o plebeo para a applicação da pena.

Nas Ordenações do Sr. D. Manoel (1521) cuja divisão, systema, e principios são em geral os mesmos da legislação affonsina, não houve alteracão no espirito da penalidade, objecto do Liv. 5.º

¹ A influencia do direito canonico na legislação penal do Liv. 5.º da Ord. Affons. se vê no Tit. 1 § 5 sobre a heresia, no Tit. 19, e 121 sobre barrégãas dos clérigos, no Tit. 20 e outros sobre as mancebias, no Tit. 21 e 25 sobre delictos carnaes dos religiosos e dos christãos com judeus e mouros, no Tit. 42 sobre feitiçeiros, e no Tit. 99 sobre os blasphemos — Vide a Mem. de João Pedro Ribeiro nas de Litteratura da Academia tom. 6 pag. 1 e seg.

² Bentham.

Nas Ordenações Philippinas (1603) não apparecem tambem alterações notaveis nesta parte do direito. A penalidade é modelada pelo mesmo systema, animada do mesmo espirito, não esquecendo a distincção entre penas honestas e vis, a infamia, o confisco, a morte civil, e os tormentos¹; e só no Tit. 124 foi inserida a nova ordem do processo criminal, na qual se acham as solemnidades antigas e as do direito romano, misturadas com as do canonico e com as doutrinas dos glossadores e escriptores do seculo XIII.

No meio de tudo isto ainda apparecem na Ord., como já advertimos, vestigios da vindicta particular: no Tit. 38 se permite sem rebuço essa vindicta no caso de adulterio, e no Tit. 3 § 5 do Liv. 1 se approva e sustenta; outros exemplos se acham no Liv. 3 Tit. 89 § 1, Liv. 4 Tit. 23 § 3, Tit. 57 § 1, e Tit. 76 § 3, aonde se consente a cada um fazer justiça por si mesmo.

Depois das Ord. apparecem algumas leis extravagantes, quasi todas feitas debaixo das mesmas idéas, taes são a L. de 6 de Dezembro de 1612 § 20

¹ O uso dos tormentos, que já fazia revoltar a Ulpiano na L. 1 § 23 Dig. *de quæstion.* foi julgado tão barbaro que os proprios tribunacs o começaram a restringir áquelles casos que sendo provados mereciam pena de morte; assim se acha expresso no Ass. da Relação do Porto de 16 de Agosto de 1661. Sobre o antigo estado da nossa jurisprudencia veja-se a *Prática criminal de Ferreira*, e as *Linhas criminaes e Classe dos crimes* de Pereira e Souza.

XVI

e Alv. de 31 de Março de 1742 § 8, as quaes sancionaram a marca nas costas e a polé¹.

Não nos admiremos porem de, nessas epochas, nos acharmos em tal estado ; não era mais lisongeira a condição da legislação penal dos outros povos ; da França disse *de Lamoignon* quando se discutia a Ordenança de Luiz 14.^o de 1670, « se compararmos o nosso processo criminal com o das outras nações conheceremos não haver outro mais rigoroso, principalmente depois da Ordenança de 1539. » E nem nos deve admirar este atraso geral, esta barbaridade da penalidade, não obstante o desenvolvimento da philosophia desde a reforma de Descartes, porque as sciencias philosophicas perdendo-se em abstracções methaphysicas e ontologicas pouco ou nada haviam curado do bem-estar do homem social, e a prova disso são os poucos progressos que a sciencia philosophica do direito fez até Kant.

A reforma completa da penalidade, a reabilitação da humanidade aos olhos da consciencia estava reservada para o seculo XVIII. Os philosophos e jurisconsultos protestam unanimemente contra os horri-veis abusos de um direito em si legitimo : Rousseau, Beccaria, Voltaire, Servan, Mably, Brissot e tantos outros estudam o direito de punir em suas bases, fixam-lhe limites ; seus esforços vingam a humanidade ultrajada ; e a revolução franceza vem acabar a reforma da philosophia destruindo as antigas instituições penaes. Começa então a reforma em toda a Eu-

¹ O Ass. de 30 de Abril de 1613 determinou a marca com que os ladrões deviam ser marcados.

ropa; a França, a Austria, a Baviera, a Prussia, todas as nações se empenham em obter codigos mais perfectos.

Portugal não podia ficar estranho a esse movimento. A Sr.^a D. Maria 1.^a por Dec. de 31 de Março de 1778 creou uma junta para a reforma de toda a legislação. Ao Sr. Paschoal José de Mello, honra e gloria da Universidade e do nome Portuguez, coube a confecção dos Codigos de direito público, e criminal, os quaes concluiu em cinco annos, sendo por Dec. de 3 de Fevereiro de 1789 nomeados censores para reverem e censurarem aquelle trabalho. Não foi porem ávante o projecto do Sr. Paschoal; a sua promulgação foi fortemente combatida por Antonio Ribeiro dos Santos, varão de grande merito, cujas censuras (não sei se innocentes) privaram o paiz de um Codigo, para o seu tempo de grande merecimento, e do qual ainda hoje ha muito que aproveitar¹.

Apezar disto, e collocada a nação ainda debaixo do imperio das Ordenações e mais leis extrayagantes, a penalidade foi sendo reformada na prática pelos Tribunaes, e por algumas providencias legislativas; assim na L. de 5 de Março de 1790 § 12 se reconhece legalmente terem cahido em desuso os tormentos, e o Dec. de 12 de Dezembro de 1801 mandou applicar a morte só aos crimes atrocissimos.

Em 1821 depois da revolução politica que inaugurou o systema liberal nomearam as Côrtes uma commissão para confeccionar o codigo criminal, a qual nada chegou a fazer. Em 1823 pela Carta de

¹ Foi impresso com uma introducção e as notas ou prevas do auctor em Lisboa em 1823 por Miguel Setaro.

XVIII

Lei de 14 de Fevereiro foi votado pelo corpo legislativo um premio de quinze mil crusados e uma medalha a quem o fizesse; e para o mesmo fim foi votado em 1835 outro de vinte mil crusados pela Carta de Lei de 25 de Abril. Apesar destes estímulos não houve resultado algum; como porem o Sr. José Manoel da Veiga tivesse offerecido um projecto de codi-go, o Governo por Portaria de 19 de Dezembro de 1836 o mandou rever por uma commissão, que o approvou, sendo mandado observar por Dec. de 4 de Janeiro de 1837, logo que fosse integralmente publicado; razões porem que ignoramos fizeram que não tivesse lugar essa publicação official, o que é tanto mais para sentir quanto é certo que muito merecimento tem esse trabalho do Sr. Veiga. Finalmente pelo Dec. de 10 de Dezembro de 1845 foi nomeada de novo uma commissão, a qual concluiu o seu projecto em 30 de Setembro de 1852, sendo publicado e adoptado como lei do estado pelo Dec. de 10 de Dezembro do mesmo anno, e é este o Codigo que por ora nos rege.

As suas fontes foram os codigos de França, de Hespanha, do Brasil, da Austria, e de Napoles: é raro o artigo que se não encontre em algum desses codigos, mais ou menos bem applicado, e donde por vezes é quasi verbalmente extrahido. Além disto a *Théorie du Code pénal* de Chauveau e Faustin Hélie, e o *Traité du droit pénal* de Rossi serviram n'algumas materias de directorio aos Redactores do Codigo⁴. Desta diversidade de fontes, a que se re-

⁴ Destes dois livros (desde já o confessámos) nos ser-

correu, nasceram a maior parte dos defeitos que no corpo legislativo e na imprensa periodica foram notados. « A unidade e a consequencia, diz um dos escriptores que mais têm profundado a organização judiciaria e a sciencia da legislação ¹, são para a lei escripta o que a vida é para a organização animal. Nada é mais facil do que seguir ao acaso disposições adoptadas neste ou naquelle paiz, mudar alguns artigos de lei, substituir outros inteiramente novos ou bebidos em fontes estranhas; mas como a legislação deve formar um systema completo, é tão absurdo intercalar-lhe partes heterogeneas sem ter coordenado todas as outras disposições, como pretender reparar a perda de um membro no corpo organizado com outro de qualquer individuo. »

Sem unidade de systema, e de principios é impossivel que um codigo satisfaça o seu fim; assim como se não pôde conceber lei que não seja o resultado da harmonia dos principios da sciencia e dos costumes nacionaes. Por isso Lerminier pensa e mui judiciosamente que todo o codigo deve ser ao mesmo tempo um systema e uma historia; se Tasso, diz elle, do alto de uma collina exclamou — eis alli o meu poema! — o Legislador deve reflectir em sua obra o character e a vida de sua nação tornando-os mais puros e mais bellos.

A nossa lei penal pecca por isto. Basta lançar

vimos tambem, além de outros, neste commentario, transcrevendo por vezes as proprias expressões desses bem conhecidos criminalistas.

¹ Meyer, *Institut. judic. de l'Europe*, tom. 5.

os olhos 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 a confecção do Código, fundamento que é impossivel descobrir; porque umas vezes se nos figura filho da escola utilitaria ou sensualista, outras da espiritualista ¹.

Outros defeitos mais se notam além destes — falta de methodo, tratando de algumas contravenções conjunctamente com os crimes sem distincção alguma, bem como a falta de systema na deducção e ligação das materias: — uma escala penal confusa e não abrangendo penas empregadas no Código: — 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 harmonisa com o systema de processo ou com a organisação 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.

¹ Não queremos dizer com isto que no Código se declarasse qual o fundamento de direito de punir que lhe serviu de base, como pensa Foucher nas observações ao código do Brasil; o lugar proprio para isso era o relatorio, no qual nem uma palavra se diz a tal respeito.

Estas e outras observações, muitas das quaes já foram apresentadas na Camara dos Pares pelo Sr. Conselheiro Ferrão, e na dos Deputados pelo Sr. Conselheiro Mello e Carvalho, duas auctoridades de grande consideração e membros do primeiro Tribunal do paiz ¹, teremos occasião de tornar mais palpaveis no commentario aos respectivos artigos. O proprio Redactor da *Gazeta dos Tribunaes*, que tanto se empenhou na ardua tarefa da defeza do Codigo, confessou tambem não o achar conforme com os principios da sciencia quando em o n.º 1665 desse jornal procurando responder a algumas arguições que se faziam ao Codigo disse: «sem prisões penitenciarias e sem presidios penaes de que servia um bom codigo feito *secundum artem*?» quer isto dizer que, por entre nós não existirem esses estabelecimentos, era sufficiente um codigo, que não fosse feito segundo os preceitos da sciencia.

E' em verdade para sentir que hoje, quando a Europa possui codigos tão perfectos e de tanto merecimento, como é o moderno da Prussia publicado em 1852, a obra por certo mais acabada que neste genero até hoje se conhece (o que não é para admirar se attendermos ao cuidado que os allemães empregam na confecção das suas leis, e as muitas revisões porque ellas passam antes de serem publicadas ²), é pa-

¹ O discurso do Sr. Mello e Carvalho proferido nas sessões de 7 e 8 de Abril de 1853 acaba de ser impresso em separado. Muitas vezes teremos occasião de citar as proprias palavras do profundo philosopho e jurisconsulto, digno ornamento do Supremo Tribunal de Justiça.

² Algumas têm sido depois de concluidas revistas

ra sentip, diziamos; que o nosso, publicado no mesmo anno, careça ainda de uma completa reforma. O Governo de Sua Magestade já reconhecco isto mesmo, quando nomeou uma commissão para proceder á sua immediata revisão da qual faz parte o Sr. Bazilio Alberto de Souza Pinto, digno lente de direito criminal na Universidade de Coimbra, de quem nos presamos de ter sido discipulo: os profundos conhecimentos da sciencia e da legislação criminal de tão consummado jurisconsulto são uma solida garantia de que o Código ficará mais ao par do estado dos conhecimentos depois da sua revisão, cuja necessidade se torna tanto mais sensivel, quanto é notoria a difficuldade do direito penal, que é uma sciencia quasi universal ligada a muitas outras, aonde vai buscar subsidios: á moral, ao direito natural e das gentes por seus principios geraes; á politica, á economia social, e ás mathematicas na determinação da proporção entre os delictos e as penas; ás sciencias naturaes, á logica e á methaphisica enfim para a investigação dos delictos e para chegar a descobrir os culpados¹.

Nesta importancia da sciencia achamos uma circumstancia attenuante, a qual relevará aos olhos dos homens de letras as imperfeições do nosso commentario.

por uma commissão de revisão, depois têm sido apresentadas á censura das faculdades de direito e dos melhores criminalistas, e discutidas no conselho de estado até serem por fim apresentadas ao corpo legislativo. Obras tão meditadas não podem sahir imperfeitas.

¹ Nicolini, Principes philosoph. et pratiq. du droit pénal, traduits par E. Flotard. (Paris 1851).

CODIGO PENAL.



LIVRO PRIMEIRO.

DISPOSIÇÕES GERAES.

O Legislador seguindo o exemplo dos codigos das nações civilizadas dividiu a lei penal em duas partes: — a primeira contém as disposições geraes, isto é, os principios que dominam toda a materia penal, que devem penetrar e dirigir a applicação do codigo no meio da immensa variedade de circumstancias modificativas, e aonde se encontram as regras sobre a criminalidade, criminosos, penas, seus effeitos, applicação, e execução, sobre as causas que eximem de responsabilidade penal, que a attenuam ou aggravam, e sobre a extincção dos crimes e das penas, etc. — a segunda comprehende a especialidade dos crimes considerados em seus differentes generos e especies.

A conveniencia e importancia da parte geral, objecto deste livro 1.^o, reconhecida hoje por todos os criminalistas, é innegavel, uma vez que seja perfeita, e remedeia os inconvenientes que, pela sua falta, apresentavam as antigas legislações, aonde os principios geraes da penalidade se achavam, como na nossa Ordenação, disseminados pelos differentes artigos de leis, sem ordem nem methodo, e com muita inexactidão e defficiencia.

A parte geral é, ou antes deve ser, toda philosophica; a sua perfeição é o problema mais difficil

que o Legislador tem a resolver, porque della depende a exactidão, com a qual o Juiz deve apreciar a moralidade dos factos, determinar os differentes grãos de criminalidade, e distribuir proporcionalmente as penas. Um código imperfecto, nas suas disposições geraes é um código sem vida, dissê um escriptor moderno: e estas palavras desse homem, que uma morte prematura roubou á sciencia, devem fazer recear todo aquelle que intenta empreza tão arriscada. A nossa lei penal por certo que é melhor do que a antiga Ordenação, quanto aos principios que a dominam, mas na sua parte geral é sem dúvida a mais imperfecta da Europa civilisada.

TITULO I.

DOS CRIMES EM GERAL E DOS CRIMINOSOS.

Seria incompativel com a natureza da codificação penal deixar o Legislador de apresentar noções geraes sobre a natureza *legal* daquelles actos, cuja punição é reclamada pelos principios da justiça. E' por isso que o Código se occupa neste titulo *dos crimes em geral, e dos criminosos*, considerando no Cap. 1.º os factos puniveis pelo lado objectivo (*dos crimes*) e no 3.º pelo subjectivo (*dos criminosos*); tomando tambem na devida conta no 2.º Cap. aquellas circumstancias objectivas ou subjectivas, que podem aggravar ou attenuar a criminalidade.

Seria por certo mais methodico que o objecto deste 2.º Cap. fosse tratado posteriormente ao Cap. 3.º, pois não devemos occupar-nos com a aggrava-

ção ou atenuação da criminalidade, sem termos uma idéa perfeita dos seus elementos, e um destes é o subjectivo, ou a theoria dos criminosos, objecto do Cap. 3.º

Confessamos que teria sido melhor fundir n'um só os Cap. 1.º e 3.º; mas adoptada a sua separação procede a observação que fizemos.

CAPITULO 1.º

CRIMES.

Artigo 1.º

Crime, ou delicto, é o facto voluntario declarado punivel pela lei penal.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Vide o commentario.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 1.º; do Brasil art. 2.º; da Austria art. 1.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Alv. de 22 de Junho de 1786 § 6; Ord. Liv. 5 tit. 35 pr., tit. 39 § 3, tit. 66 § 8, donde se vê que sem culpa não ha pena.

COMMENTARIO.

Antes de entrar no exame da definição do art. convém advertir que crime e delicto são expres-

sões synonimas no Código, assim como o foram na Ordenação, e não apresentam a mesma differença que na legislação franceza, aonde constituem dois géneros mui diversos de penalidade.

Entre nós não temos agora differença senão entre crimes e contravenções, e nesta parte está o Código de acordo com a idéa fundamental que tem presidido á confecção dos codigos mais modernos da Europa, como são a maior parte dos da Allemanha, e o hespanhol, que só fez distincção entre *delictos e faltas*¹.

Os romanos faziam distincção entre *delictum, maleficium, e crimen*: delicto era uma expressão generica que comprehendia toda a especie de factos puniveis; maleficio designava os delictos contra o interesse particular; crime expressava aquelles delictos contra o interesse e ordem pública, e que faziam objecto dos *publica judicia*². A distincção pois entre maleficio e crime não era (como a que o Código faz entre crimes e contravenções) deduzida da natureza intrinseca do facto, mas dos interesses que este ia offender; podendo dizer-se, sem perigo de errar, que essa distincção correspondia á que muitos auctores e codigos tinham feito até hoje entre crimes *publicos e particulares*.

¹ As acções puniveis ou tiram a sua criminalidade da moralidade do facto, e da intenção do agente, ou são apenas infracções materiaes ás prescripções da lei, como diz Chauveau.

² Não é nossa tenção sustentar que esta distincção fosse constantemente observada; basta para isso ver a L. 1 Dig. de publ. jud. aonde se diz: « *Non omnia judicia, in quibus crimen vertitur, et publica sunt et c.* »

Os codigos antigos não tinham curado de dar a definição de delicto, nem das suas especies; os modernos porem tem procurado fazel-o, e o nosso seguiu o seu exemplo, copiando com pouca differença o hespanhol.

O Jurisconsulto Javoleno com razão dissera na L. 202 Dig. *de reg. jur.* que toda a definição é perigosa em direito; por isso, e considerando que as leis não são livros de doutrina, mas antes regras de prática, os codigos modernos entenderam, diz Pacheco, que as definições em direito criminal deviam limitar-se ao aspecto práctico e externo, ou á resenha das circumstancias evidentes e tangiveis, que na esphera legal distinguem e caracterisam o que se trata de explicar.

O nosso codigo assim o fez, e com quanto, doutrinalmente considerada, a definição não seja exacta, póde todavia sustentar-se pelo lado práctico e legal. Diz elle que é crime ou delicto o *facto voluntario, declarado punivel pela lei penal*; examinemos a definição em todas as suas expressões.

Facto. Nesta expressão comprehendem-se a *acção* e a *omissão*, não só se attendermos á significação da palavra, mas ao art. 5.º, o qual, dizendo — *nenhum facto, ou consista em acção ou em ommissão, póde etc.*, — bem mostra que é esta a significação legal da expressão empregada. E em verdade, a violação dos direitos individuaes ou sociaes póde consistir em acções ou ommissões, segundo as obrigações, que correspondem a esses direitos forem positivas ou negativas.

De ordinario o mal consiste em acção, o mal

por omissão é **menos** frequente ; mas tão mal é fazer o que se não deve, como deixar de fazer o que se deve ; Dec. de 23 de Setembro de 1701. Exemplo de crime que consiste em omissão se vê no art. 286.º Cumpre porem advertir que estas acções ou omissões hão-de ser cousas externas, e que a simples cogitação nunca pôde ser punida em quanto se não manifestar por actos externos. Este principio reconhecido já por Ulpiano na L. 18 Dig. de *pæn.* aonde diz, *cogitationis pœnam nemo patitur.* é admittido por todas as legislações, e mesmo pelo nosso Codice, como se vê do art. 6.º (— *acto exterior e voluntario*). A razão disto é porque o direito, e por conseguinte a lei penal, não toma conhecimento se não das acções *externas*, ou das internas, quando revestem o character de *exterioridade* ; as *internas*, propriamente taes, são do dominio da moral ; poderão ser peccaminosas, mas o homem só responde por ellas perante Deos e a sua consciencia. Além de que accresce a impossibilidade de verificar a responsabilidade do homem por acções meramente interiores, pela impossibilidade que se dá em verificar a sua existencia.

Voluntario. Não basta que exista um facto externo, declarado punivel pela lei penal, para que esse facto possa, segundo o nosso Codice, ser qualificado como crime ; é preciso mais uma condição *essencial e indispensavel*, isto é, que esse facto seja *voluntario*. Convém precisar bem toda a força desta palavra *voluntario*. Por ella quiz a lei significar que para o facto ser criminoso deve ser filho da *intelligencia* e da *liberdade* do individuo que o pratica ; assim se deduz expressamente do art. 22.º, e do art.

14.º n.º 1.º e 2.º. Esta significação complexa da vontade, além de conforme ao proprio Código, vai de accordo com os principios da psychologia: é certo com effeito que as duas idéas de intelligencia e liberdade se encerram na de vontade; se por um lado a liberdade *physica e moral* é a característica da vontade, que consiste toda na determinação spontanea da personalidade humana, não é menos evidente que sem a noção de intelligencia não poderíamos chegar, philosophicamente fallando, a completar a natureza da vontade, porque não podemos suppôr resolução no homem sem fim, e sem calculo de consequencias, por outra, sem motivos ou idéas offerecidas á vontade pela intelligencia; e tanta importancia tem alguns philosophos ligado a esta influencia da faculdade pensante, que chegaram a dizer — *a vontade é a intelligencia em acção* ¹.

As questões que jogam sobre os grãos de liberdade; sobre a força mais ou menos irresistivel, que a podem coarctar; e sobre os diversos estados que podem diminuir ou extinguir a acção intelligente serão tratadas em seu lugar proprio (art. 14.º, e 23.º). Não basta porem, e esta observação é essencial, que o facto fosse praticado com intelligencia e liberdade para, *criminalmente* fallando, se poder chamar voluntario; é mister que o mal produzido, isto é, que o resultado da acção ou omissão seja consequencia da

¹ Deste numero foi Hegel. Vide *Man. de philos.* par A. Jacques (Paris 1851) pag. 146 e seg.; Garnier, *Traité les facultés de l'âme* (Paris 1852) tom. I pag. 319 e seg.; *Diccion. des scienc. philos.* de Franck v.º *liberté*, etc.

intelligencia e da liberdade do homem. Esta feição particular que apresenta a vontade humana, dirigindo a acção ou omissão a um resultado criminoso, constitue a *intenção*, sem a qual póde, é verdade, existir uma contravenção (art. 3.º), mas não um crime.

Assim o caçador que atirando a um veado, mata um homem por um caso fortuito, nem por isso é criminoso. A acção foi livre e reflexiva *em si*, porque além de elle ter a liberdade de atirar, conhecia os effeitos do tiro, mas não foi voluntaria quanto *ao seu objecto*.

Declarado punivel pela lei penal. Não quer o Código dizer com isto que fica ao arbitrio dos homens designar quaes as acções que são ou não criminosas; uma tal proposição iria abalar todos os principios do direito e da moral; «dizer que só é justo ou injusto o que as leis positivas mandam ou prohibem, escreveu Montesquieu, é dizer que antes de se traçar o circulo os raios não eram iguaes:» o auctor do *Espirito das leis* tinha razão; o direito é um principio absoluto superior ao homem; á intelligencia incumbe descobri-lo, á vontade executá-lo; e todas as vezes que a lei não fôr a expressão exacta desse principio é injusta, é arbitraria. O Código pois, partindo do principio que o Legislador se deve guiar pelo justo, não quiz estabelecer uma doutrina erronea, mas sim um principio de segurança para os cidadãos, declarando-lhes que só a lei, e não a vontade do poder executivo ou judiciario, póde significar quaes as acções, que aos olhos do direito são criminosas: esta segurança apresentou-a o Legislador mais desenvolvidamente nos art. 5.º e 68.º

Apezar disto n'uma definição doutrinal, méramente scientifica, não poderíamos, sem grave erro, admittir a lei positiva, como origem do direito de punir.

Artigo 2.º

A punição da negligencia nos casos especiaes determinados na lei, funda-se na omissão voluntaria de um dever.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Que a negligencia quando é filha de causas inculpaveis não deve ser punida já se deprehende do Alv. de 22 de Junho de 1788 § 6.

COMMENTARIO.

Este art. , ainda quando devesse ter lugar n'um código penal, era inexacto, improprio, deficiente e nada significava ; — *inexacto*, porque o fundamento da punição não é a omissão voluntaria de um dever, é a justiça, uma vez que no facto se verifiquem certos requisitos internos e externos, exigidos pela mesma justiça ; — *improprio*, porque o código não é livro de theoria : o Legislador suppõe-se que se hãde guiar sempre pelos principios de direito ; — *deficiente*, porque dando a razão da punição da negligencia, devia dar tambem a da punição da acção ; — e *nada significava*, porque se a negligencia é a omissão de um dever, o art. vem a dizer que a punição da negligencia se funda na negligencia !

Artigo 3.º

Considera-se contravenção o facto voluntario punivel, que unicamente consiste na violação, ou na falta de observancia das disposições preventivas das leis e regulamentos, independentemente de toda a intenção malefica.

Artigo 4.º

Nas contravenções, é sempre punida a negligencia.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Os romanos não tinham precisado bem a distincção entre crimes e contravenções, mas não a ignoravam. — LL. 4 *de offic. præf. vigil.*, 5 § 6 *de his, qui effuderint*, 30 *Dig. de pœn.* e 3 e 5 *Cod. de maleficis.* — Vide Arnold, *de legum romanarum, quæ politiam spectant, usu hodierno.* (Gœtting 1800).

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. Fr. art. 1.º; da Austria art. 3.º, 4.º etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

As contravenções correspondem em geral ao que se chamavam crimes de policia correccional.

COMMENTARIO.

Já dissemos que o Código apenas admittira a distincção entre crimes e contravenções: nos dois primeiros artigos expoz doutrina relativa aos crimes: agora no 3.º e 4.º apresenta dois principios ácerce

das contravenções. O art. 3.^o caracterizando as contravenções, expõe ao mesmo tempo a differença radical, que as separa dos crimes: para existir crime é *indispensavel* que além do facto material se verifique a intenção malefica; para existir contravenção basta unicamente que haja o facto material da desobediencia ás prescripções das leis ou regulamentos administrativos, abstrahindo *sempre* do elemento intencional.

Não podemos deixar de advertir por esta occasião que a palavra *voluntario* empregada neste artigo não tem a mesma significação, que se lhe liga no art. 1.^o; alli é mais lata, designa o facto, que, além de praticado com intelligencia o liberdade, é acompanhado de intenção malefica; aqui é mais stricta, e comprehende sómente os factos, que são praticados com intelligencia e liberdade, mas sem attender á intenção, ou fim com que o elemento pensante e livre interveio nelles. Já se vê pois que se por falta de intelligencia (loucura, demencia etc. art. 23.^o), ou de liberdade (art. 14.^o) alguem praticar algum facto dos que as leis qualificam de contravenção, não devo ser punido, porque com quanto o Codigo não tome em conta a intenção nas contravenções, nem por isso despreza o elemento livre e intelligente, como se deduz da referida expressão — *voluntario* — empregada no art.

Mas se o Legislador não attende á intenção deverão ser consideradas como circumstancias aggravantes algumas das mencionadas pelo Codigo, e que dizem immediata relação a esse elemento ¹? e se elle

¹ Como é a premeditação etc.

pune só pelo simples facto da desobediencia ás prescripções da lei, deverão ser tomadas em conta para a imposição da pena algumas das circumstancias atenuantes, como é a ignorancia de ser criminoso o facto praticado? (art. 20.º n.º 6).

Parece-nos que não ; admittimos é verdade uma certa flexibilidade nas penas das contravenções, mas é uma flexibilidade motivada só por aquellas circumstancias externas, que sem relação com o elemento intencional podem produzir effeitos differentes. Todavia posto que seja este o nosso sentir, acima de qualquer theoria (legalmente fallando) está a lei positiva, e esta não faz excepção alguma. — Nas contravenções será punivel a tentativa e o delicto frustrado? examinaremos este ponto nos art. 6.º, e 11.º

O Codigo apesar de admittir a distincção entre crimes e contravenções não foi methodico ; remetendo no art. 487.º para as leis, e regulamentos administrativos e de policia ¹, aonde se punem muitas contravenções, d'esse mesmo art. se vê que algumas se acham introduzidas no Codigo entre os crimes, como se collige dos art. 254.º e 255.º que punem as *caças e pescarias defezas*. Teria sido melhor tratar das contravenções em titulos separados, ou em um pequeno *Codigo de contravenções*, como se fez no Wurtemberg.

O art. 4.º apresenta um principio que, quanto a nós, é desnecessario, por já se achar comprehendido nas idéas expressas nos artigos anteriores : pois a intelligencia que lhe damos é, que se nos crimes

¹ Assim como no art. 257.º

não se pune a negligencia uma vez que não haja intenção, como se deduz do Código, não succede assim nas contravenções, as quaes abstrahem completamente do elemento intencional.

Artigo 5.º

Nenhum facto, ou consista em acção, ou em omissão, póde julgar-se criminoso, sem que uma lei anterior o qualifique como tal.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

L. 131 Dig. *de verb. sign.*

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 2.º; de França art. 4.º; da Austria art. 6.º; do Brasil art. 1.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Vide o annotado ao art. 68.º

COMMENTARIO.

Este principio do Código, proclamado no mundo scientifico pelos Jurisconsultos romanos nas suas regras de direito — *ubi non est lex, nec prævaricatio* — é um principio evidente e instinctivo, de todos os tempo e de todos os lugares; é uma garantia do direito que tem os cidadãos á justa liberdade de suas acções. Se o poder legislativo deve nas suas leis, formular os principios do justo, os cidadãos tem todo o direito a praticar as acções, que nellas não são pu-

nidas, pois se a lei as não prohibe é porque ellas não lesam os direitos da sociedade e dos individuos; e as acções que não lesam os outros são justas. « Se com toda a efficacia, dizia Treilhard no Conselho d'Estado em França, se com toda a efficacia nos occupámos em perseguir os homens que se constituem em estado de guerra com a sociedade, não curámos menos em não perturbar a segurança do cidadão pacífico, que não transgride as disposições de lei alguma. »

Artigo 6.º

Considera-se tentativa do crime qualquer acto exterior e voluntario, que constitua começo de execução do crime.

Artigo 7.º

A tentativa do crime é punivel quando a execução começada foi suspensa por effeito de circumstancia independente da vontade do criminoso.

Artigo 8.º

A tentativa do crime é sómente punivel quando a lei manda punir esse crime com alguma das penas maiores, salvos os casos especialmente declarados.

Artigo 9.º

Nos casos especiaes em que a lei qualifica como crime consummado a tentativa de um crime, a suspensão da execução deste crime pela vontade do criminoso não é causa justificativa.

Artigo 10.º

Os actos puramente preparatorios não constituem a tentativa; e sómente são puniveis quando a lei os qualifica comõ taes.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

L. 16 § 8 *de pæn.*; L. 1 *de extraord. crim.*; L. 21 § 7 *de furtis*; L. 19 *Dig. ad leg. Corn. de falsis*; etc. ¹

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 3.º; das Duas Sicilias art. 70.º; do Brasil art. 4.º; da Austria art. 7.º; da Prussia art. 41.º; da Baviera art. 58.º, 59.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 35 § 2, 4, e 5; Tit. 41 pr.; L. de 20 de Outubro de 1763 § 3; etc. ² — Vide o annotado ao art. 39.º § un.

¹ Vide em contrario as LL. 1 § 3 *ad leg. Corn. de sicar.*, e 65 *Dig. de furtis*. Não é possível estabelecer uma theoria geral sobre a tentativa entre os romanos, cujo direito penal, mórmente no tempo da republica, se compunha só de leis especiaes. — Vide Lelièvre, *de conatu*.

² Na nossa legislação não se acham as distincções precisas de tentativa, delicto frustrado etc. As leis citadas mostram que o espirito da legislação em alguns casos era que o delinquente devia ser castigado, ainda que senão seguisse o effeito necessario para constituir o delicto.

COMMENTARIO.

Neste e nos seguintes artigos occupa-se o Código com a importantissima materia da tentativa, dos actos preparatorios, e do delicto frustrado. Não se póde negar que a lei, antepondo a tentativa aos actos preparatorios, inverteu a ordem genealogica das idéas, segundo a qual estes precedem aquella logicamente: por isso commentando estes tres art. (6.º, 7.º, 8.º) faremos primeiramente algumas reflexões sobre os actos preparatorios, deixando o desenvolvimento da theoria do delicto frustrado para o art. 11.º

O crime, diz um criminalista moderno, não apparece no mundo como appareceo Minerva nas theogonias dos philosophos e poetas gregos, sahindo de uma vez e armada da cabeça de Jupiter. O crime é um acto complexo, porque envolve uma serie de actos internos e externos de variada intensidade e gravidade, os quaes devem por isso ser bem determinados e avaliados para que a punição possa ser justa e proporcionada á criminalidade.

E' esta talvez uma das partes mais difficil, e ao mesmo tempo mais elevada, da sciencia penal: tracta-se, diz Chauveau, de apreciar o valor moral dos actos puniveis, e o gráo de responsabilidade que deve pezar sobre seus actores; é mister discernir as diversas e multiplicadas faces da criminalidade, traçar a linha divisoria que separa o pensamento do crime do mesmo crime, e medir, quanto ser possa, a estrada percorrida pelo agente em sua execução. A sciencia não póde sujeitar ao escalpelo da analyse todas

essas variedades, e por isso os criminalistas se tem occupado com os mais salientes.

Esses actos são *internos* ou *externos*; e estes dividem-se em *actos preparatorios*, *tentativa*, *delicto frustrado*, e *delicto consummado*.

Os *actos internos* começam na cogitação do crime e acabam na *resolução*; póde porem existir a cogitação, e não se chegar a verificar a resolução, já porque o homem avalia devidamente as difficuldades da execução ou as suas consequencias, já porque a consciencia moral patentea ao individuo em toda a sua fealdade a criminalidade da acção, etc.: e póde tambem verificar-se a resolução, sem que esta se converta em acto algum externo, e isto por muitas causas, como o arrependimento, medo etc.

Já dissemos que estes actos não entram na esphera do direito, porque este só conhece dos actos externos, ou dos internos quando revestem o caracter de exterioridade; é então que elles tem um caracter de certeza, e de damno, imminente á sociedade: é então que esta tem direito a punir. **O pensamento**, dizia o infeliz Rossi, é livre, escapa á acção material do homem, ao imperio da justiça humana; da sua criminalidade só conhece Deus e a consciencia. Este principio, já o dissemos, foi reconhecido por Ulpiano na L. 18 Dig. *de pæn.*, e applicado pelos Jctos romanos a casos especiaes, como se conhece da L. 225 Dig. *de verb. signif.*, e pelo nosso Codigo que falando dos actos puniveis emprega a expressão *externo*.

Os *actos externos* tem por fim a realisação da resolução tomada, e presuppõem por isso todos os internos. são ou simplesmente preparatorios, ou de

execução (tentativa, delicto frustrado, e consummado).

Os *actos preparatorios* são o termo medio entre a resolução e a execução, e comprehendem todos aquelles actos que tem por fim *facilitar* a execução da resolução criminosa, sem todavia constituirem *começo de execução*. Assim, o preparar uma espingarda, carregal-a com bala, tendo-se resolvido matar um homem, constitue um acto preparatorio de homicidio; o comprar gazuas e pés-de-cabra, tendo-se resolvido commetter um roubo é acto preparatorio do crime de roubo.

Mas deverão taes actos ser punidos? Rossi, e com elle grande numero de criminalistas, diz que não, para o que recorre a varias razões. — A 1.^a é porque não são um fundamento bastante solido para a imputação da resolução criminosa, pois não tem uma ligação *immediata e necessaria* com um delicto determinado, a não ser por meio de presumpções arriscadas, de conjecturas frageis, que não podem servir de base á applicação das penas; é certo que o carregar uma espingarda com bala pôde ser preparatorio do crime de homicidio, é mister porem que exista a resolução de o commetter; mas como provar a existencia desta, como fazer a ligação entre a resolução, que é um facto puramente interior, e esse acto externo de carregar a espingarda? — As outras duas razões allegadas por Rossi pertencem mais á politica do que á justiça; convém, diz elle, não punir os actos preparatorios porque os criminosos não se acautelarão tanto, e mais facilmente serão descobertos; e porque não receando que seus planos se conheçam, não se hão de precipitar tanto na execução do crime, o que

póde muitas vezes dar occasião a que desistam delle.

Ha todavia certos actos preparatorios que as leis punem, não como preparatorios de *certos e determinados* crimes (o que é quasi impossivel) mas como *delictos sui generis*, isto é, como actos que só por sua propria natureza constituem um delicto especial: assim o porte d'armas, a mendicidade etc. A razão disto é porque, com quanto não se possa muitas vezes demonstrar a ligação destes actos com um certo e determinado crime, todavia elles são em regra meios *occasionaes* (como lhes chama Rossi) para verificar resoluções criminosas de varias especies, cuja execução possivel o Legislador por este modo procura prevenir. E' esta a doutrina do art. 10.^o ¹.

Aos actos preparatorios seguem-se os actos de execução, os quaes o Codigo divide em tentativa, e delicto frustrado. Não negamos que entre o acto preparatorio, e o começo da execução se podiam talvez marcar ainda grãos: Mr. de Molènes, no seu tratado *De l'humanité dans les lois criminelles* pag. 550, julga que o codigo francez passa muito rapidamente da impunidade dos simples actos preparatorios á severa repressão do começo d'execução, e quer que a pena tenha muitos grãos, e vá seguindo passo a passo os progressos do crime; é certo porem que o Legislador não deve indicar senão aquelles grãos que se podem estabelecer com certeza e precisão; e o juiz a

¹ Rossi, Liv. II, Cap. 26, 27. — Mittermaier, *Neu Archiv. des Criminalrechts* tom. I pag. 167 e seg.; Feuerbach, *Peinl. Recht.* (ediç. de Mitterm. 1847) § 42; Chauveau, n.º 560 e seg. etc.

isso póde attender na applicação da pena por meio da latitude que a lei lhe dá entre o maximo e o minimo.

Mas quaes são os limites que separam os actos preparatorios do começo da execução? E' impossivel, diz Nypels, determinar por uma lei e de um modo geral esses limites para todos os casos: essa determinação depende do character particular de cada especie de delicto; e é a definição legal de cada um delles que deve nesta materia guiar o julgador. Zachariæ porem na sua *Doutrina da tentativa dos delictos* publicada em Gottingue¹, apresenta apezar disso as seguintes bases geraes.

São actos preparatorios: 1.º os que tem por fim impedir a descoberta do crime, ou assegurar ao agente os lucros que delle intenta tirar; 2.º aquelles por meio dos quaes o agente se assegura da *possibilidade* da execução, ou procura conhecer o momento favoravel para esta²; 3.º a aquisição e preparação dos meios que devem servir á execução do crime³; 4.º os actos que tem por fim collocar o agente na posição de executar *imediatamente* o crime⁴.

São actos de execução 1.º os que consistem na

¹ 2 vol. 1836 - 39.

² Por exemplo, o introduzir-se o ladrão n'uma casa sob qualquer pretexto para conhecer as suas localidades; o informar-se do dia em que o dono della costuma ausentar-se; o envenenar o cão que a guarda etc.

³ A compra, v. g., de uma espingarda, de polvora, de veneno, de gazuas etc.

⁴ O dirigir-se, por ex., o ladrão para o lugar do crime, munido de escadas, chaves falsas, ou pés-de-cabra etc.

applicaçào dos meios preparados para a execução do crime ¹; 2.º os que fazem parte integrante dessa execução ².

Passando agora aos actos externos de execução, começemos pela tentativa, que é o primeiro gráo que o Código estabelece.

— Tentativa, diz elle, é qualquer acto exterior e voluntario, que constitua começo de execução: e no art. 7.º diz que ella é punivel só quando a execução começada tenha sido suspensa por effeito de circumstancia independente da vontade do criminoso. Os elementos pois sem os quaes não póde haver tentativa punivel são os seguintes, 1.º *que haja qualquer acto exterior*, 2.º *que seja voluntario*, 3.º *que constitua começo de execução*, 4.º *que a execução começada tenha sido suspensa por circumstancia independente da vontade do agente*. Sem se verificarem *juntamente* todos estes quatro elementos não ha tentativa que os tribunaes possam punir, a não ser que esse acto constitua *por si só* um delicto especial.

Examinemos cada um destes elementos: a necessidade do 1.º é evidente, por que as acções interiores não estão sujeitas ao imperio do direito; exige-se tambem que haja qualquer acto, mas não todos, porque, existindo todos, ha delicto frustrado ou consummado, e não tentativa. Não o é menos a do 2.º pelas razões que apresentámos quando determinámos no

¹ Tal é o caso de o ladrão collocar a escada junto á janella da casa, que quer roubar, e começar o arrombamento.

² V. g., o dar o assassino ao gatilho da espingarda, o apresentar o veneno á victima etc.

art. 1.º o sentido da palavra *voluntario*; o 3.º é indispensavel porque se não constitue ainda começo de execução, não passa de um acto preparatorio; o 4.º tambem é de primeira intuição, porque sendo a suspensão da execução feita pela propria vontade do criminoso, cessou a resolução criminosa, cessou o alarma que esse acto ia causar na sociedade. Haverá pois tentativa, por exemplo, se o ladrão abrir a porta de uma casa com chave falsa, se se introduzir dentro della, se abrir uma arca para tirar dinheiro, e se não chegar a tiral-o, porque os habitantes da casa, sentindo gente estranha dentro, gritaram, e elle fugiu.

Mas se a lei pela gravidade do acto equipára a tentativa ao crime consummado, será a suspensão da execução deste crime *pela vontade do criminoso* causa justificativa, como succede na hypothese do art. 7.º? O Codigo diz que não no art. 9.º; todavia tal decisão não se póde por modo algum conformar com os principios da sciencia; a sua nimia severidade se vê do § 1 do art. 163.º¹, não havendo na hypothese da tentativa proporção alguma entre a pena e o facto. Advirta-se porem que nos referimos ao caso de ser a tentativa *equiparada* ao crime consummado (art. 9.º), e não fallamos della quando *de per si* constitue um crime *sui generis*.

— Resta-nos o delicto frustrado, mas antes disso devemos examinar a doutrina do art. 8.º. Para isto é necessario advertir que alguns Codigos, como são o das Duas Sicilias art. 71.º, e o de Hespanha art

¹ Vide tambem art. 130.º n.º 2 e 3, art. 190.º etc.

5.º, declararam que nas contravenções não se pune a tentativa, e que só quando são consummadas devem ser castigadas. Esta disposição é justa e deduzida mesmo da differente natureza dos crimes e das contravenções; naquella attende-se á parte material, e tambem ao elemento moral, á intenção: nestas abstrahese da intenção, e pune-se o simples facto da infracção material da lei; é por isso que nellas não deve ser punida a tentativa, porque nesta não está ainda concluida a execução, e sem execução acabada não ha contravenção; cessa a causa da punição. O Codigo quiz imitar esta disposição dos outros códigos estrangeiros, mas não andou bem; era melhor dizer — só se pune a tentativa dos crimes e não a das contravenções — do que dizer que só se pune a tentativa quando ao crime cabem penas maiores, porque para isto era preciso que tivesse declarado que as penas maiores só se impunham aos crimes, o que nem fez, nem observou: é a mesma falta de methodo que se nota em muitas partes do mesmo Codigo. Quanto á excepção do art. 8.º, temos um exemplo no art. 380.º § 2.

Segue-se agora occupar-nos do delicto frustrado, objecto do

Artigo 11.º

Ha delicto frustrado quando o criminoso praticou todos os actos de execução, que deviam produzir o resultado considerado pela lei como elemento constitutivo do crime, sem que este resultado se seguisse.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Vide a Dissertação hoje rara, de Cropp; *Commentatio de præceptis juris romani circa puniendum conatum delinquendi* (Heidelberg 1813), e a de Lelièvre já citada.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. da Baviera art. 60.^o, 61.^o; d'Oldenburg art. 45.^o - 50.^o; do Wurtemberg art. 61.^o e seg.; de Hespanha art. 3.^o; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Veja-se o annotado ao art. 6.^o, e 89.^o § un.

COMMENTARIO.

No delicto frustrado temos mais criminalidade do que na tentativa; não é já só um ou outro acto, constituindo começo de execução; é a execução de todos os actos necessarios para produzirem o crime; se este, apesar disso, se não realisou completamente, foi porque causas estranhas independentes da vontade do agente o impediram. Assim aquelle que pretendendo matar a outro descarrega sobre elle uma pistola, e o tiro não acerta porque alguém bateo na arma na occasião de dar fogo e fez desviar a pontaria, é réo de crime frustrado. Praticou todos os actos que estavam ao seu alcance para executar a morte, a sua intenção criminosa é manifesta e completa; só lhe faltou a realisação do resultado. Não tem por isso o crime frustrado tanta gravidade como o crime con-

summado, mas tem muito mais do que a tentativa, porque nesta não ha senão começo d'execução, não ha ainda a manifestação completa e perfeita da intenção criminosa. Será tambem punivel o delicto frustrado nas contravenções? aqui já o Código nos não deu a mesma regra que a respeito da tentativa estabeleceu no art. 8.º; e não podia deixar de a estabelecer, como fez o código hespanhol; é mais razoavel julgar que elle foi omisso nesta parte, do que fazer a injustiça da suppôr que seguiu uma doutrina contraria a todos os principios¹.

Artigo 12.º

A ignorancia da lei penal não se considera, como justificativa do crime.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

L. 9 *de legib.*; L. 12 *Cod. de jur. et fact. ignor.*; L. 38 § 4 *Dig. ad leg. Jul. de adulter, etc.*².

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. da Austria art. 3.º; da Baviera art. 121.º; de Saxe art. 68.º; de Brunswick art. 31.º; de Hesse: art. 41.º; etc.

¹ Rossi Liv. 2 Cap. 28.º; Zachariæ loc. cit. § 163 e seg.; Chauveau n.º 575 e seg. etc.

² Savigny, *System des heutig. rom. Rechts*, tom 3 append.; Sr. J. J. d'Oliveira, *Dissertação sobre o erro de facto e de direito* na Gazeta dos Tribunaes de 1852.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 1.º Tit. 98 *in fin.* ; Dec. de 9 de Setembro de 1747 ; *etc.*

COMMENTARIO.

O Codigo não admitte a ignorancia da lei penal como causa justificativa do crime ; e com effeito se a lei civil difficilmente admitte a ignorancia do direito, de modo algum a havia admittir a lei penal, por isso que as maximas desta, além de publicadas, devem achar-se gravadas na consciencia do homem. Seria ridiculo que se reputasse como justificação do homicidio o allegar o criminoso a ignorancia da lei que punia esse crime.

E' possivel porem que um cidadão ignore a existencia da lei penal ; mas a justiça humana, como diz Rossi, não poderia admittir a prova deste facto sem se abdicar, para assim dizer, a si mesma.

Mas será desculpavel aquelle que julga injusta a lei positiva, pensando que ella prohibe um acto licito, até mesmo o cumprimento de um dever ? Neste caso o agente póde commetter um crime por motivos puros, e desinteressados, e expôr-se a grandes sacrificios para o executar : os assassinos do marechal d'Ancre estavam convencidos da legitimidade da sua acção ; e é de crer que o assassino do principe de Orange julgasse, em boa fé, praticar um acto de virtude, quando era Philippe, o monarcha devoto, que lhe entregava o punhal com o seu manifesto publicado á face da Europa, no qual se promettiam magnificas recompensas e titulos de nobreza.

Não podemos porem ainda neste caso admittir a impunidade. Se um individuo, sem estar louco, concebeo e nutrio erros funestos, desmentidos pela consciencia universal, e pela lei escripta, *sibi imputet*; e é tanto menos excusavel quanto a voz solemne da lei, a consciencia publica formalmente revelada nas palavras do Legislador, a auctoridade em fim do poder social o advertiam do seu erro ¹.

Pereira e Sousa na *Classe dos crimes* (§ 14 not. 21) diz que os estrangeiros, laborando na ignorancia da lei positiva, não devem ser castigados com a pena ordinaria. Esta opinião é hoje insustentavel, não só á vista da disposição do art. 27.º do Código, e das disposições semelhantes dos codigos estrangeiros, mas tambem attendendo aos principios de direito internacional privado. Mr. Fœlix (que a morte ha poucos annos roubou á sciencia) diz com razão; « os nacionaes e estrangeiros acham-se debaixo da protecção das leis do estado, e tem por isso tambem obrigação de as respeitar. O poder soberano tem o direito de reprimir a violação dessas leis, sob pena de deixar de ser soberano. Não ha pois lugar para distinguir se o auctor da violação é nacional, ou estrangeiro ². »

Artigo 13.º

Contra a disposição da lei penal não são causas justificativas as circumstancias do offendido pelo crime, ou o seu consentimento, ou approvação.

¹ Rossi Liv. 2 Cap. 22.º

² *Traité du droit internat.* Liv. 2 Tit. 9 Cap. 3.º

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. da Austria art. 4.^o; da Baviera art. 123.^o; etc.

COMMENTARIO.

A doutrina deste artigo é a de Pereira e Sousa no § 17 not. 22 *in fine*, seguida já por outros criminalistas e pelo código d'Austria ¹. « Daqui vem, diz o citado auctor, que pôde (*quanto ás circumstancias do offendido*) commetter-se crime contra os furiosos, e dementes, contra os infantes, etc., e até (*quanto ao consentimento do offendido*) contra aquelles que consentem que o crime se commetta. » A razão é porque nem essas circumstancias, nem esse consentimento destroem a criminalidade da acção que a lei qualifica como crime; porque não destroem, nem podem destruir a natureza humana e os direitos que a ella são inherentes; e porque a pena não pune só o dano causado ao offendido, antes tem uma natureza e um fim, que interessa toda a sociedade. O axioma pois: *volenti non fit injuria* foi proscripto pelo código, e coherente vai elle no art. 354.^o com a doutrina aqui estabelecida.

E' notavel a este respeito o facto succedido em 1703, e referido por Belime na sua *Philosophia do direito*, tom. 1 pag. 226; um soldado prussiano tendo commettido um crime em sua mocidade, cheio de remorsos fez voto de ser feito em pedaços para satis-

¹ Puttman, *Elem. jur. crim.* I, 1, § 49; Ruffazzi, *idem* I, 10, § 5.

fazer a sua consciencia ; rogou para esse fim um seu camarada que teve a fraqueza e crueldade de o satisfazer ¹.

Artigo 14.º

Nenhum acto é criminoso :

1.º Quando o seu auctor, no momento de o commetter, estava inteiramente privado da intelligencia do mal que commettia.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

L. 8 Cod. *si advers. delict.* ;

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Vide o annotado ao art. 23.º n.º 1 e 2 ; etc. aonde se vê que a legislação estrangeira reconheceu este principio.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 14 *in fine*.

COMMENTARIO.

Antes de entrar no exame da doutrina deste art. convém advertir que, comparando-o com os art. 22.º e 23.º, facilmente se reconhece a falta de methodo que reina nesta lei, e quanto é perigoso não seguir

¹ Lepage, *Elem. de la science du droit*. tom. 1 pag. 116.

um systema uniforme, imitando diversos codigos que seguiram systemas diversos. E' por isso que muitas idéas deste art. se acham repetidas nos art. 22.º e 23.º

A doutrina do numero 1.º é evidente; como haver com effeito criminalidade, aonde falta o principio da imputação? um exemplo da applicação desta disposição se pôde ver no art. 232.º. Das palavras — *no momento de o commetter* — se vê que o Legislador não exige uma privação contínua e habitual da intelligencia do mal que se commette, como succede com os dementes; basta que ella se verifique no *momento* da acção para ter lugar a não responsabilidade penal do seu auctor. Em França o tribunal de cassação fez applicação deste principio ao caso de um militar que tinha morto um seu camarada *n'um accesso de epilepsia*; condemnado pelo conselho de guerra, o tribunal de cassação declarou não haver culpabilidade no reo por acordam de 8 Brumaire do anno XIII.

Mas não se julgue daqui que os crimes commettidos durante uma *paixão* não tem impuição: « Assimilhar as paixões á perda da intelligencia é justificar a immoralidade: o homem que obra debaixo do imperio de uma paixão começou por deixar corromper a sua vontade; foi esta, que impellida por aquella se precipitou no crime; as paixões não suspendem as faculdades do homem, e ainda no paroxysmo dellas não deixa elle de ter a percepção do bem e do mal, e de conhecer a natureza dos actos que pratica. » Esta doutrina de Chauveau é seguida por Boitard, Rossi, Mittermaier e outros Jctos.

Artigo 14.^o (*continuação.*)

2.^o Quando foi constrangido por força irresistível.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

L. 184 Dig. *de reg. jur.*; L. 9 *de his quæ vi metusve causa*, L. 13 Cod. *de transaction.*; etc.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. da Austr. art. 2.^o § 5; da França art. 64.^o; de Hesp. art. 8.^o n.^o 9; do Brasil art. 10.^o n.^o 3; das Duas Sicílias art. 62.^o; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Alv. de 12 de Março de 1760; etc.

COMMENTARIO.

Esta força de que o Código falla pôde ser *physica* ou *moral*. Quanto á primeira, sendo irresistível não ha duvida, pois o acto commettido debaixo de uma força physica irresistível não pôde ser imputavel porque não é voluntario. A lei é feita para os homens dotados de uma força de character ordinario, e não para heroes, nem para martyres. A força ou coacção physica consiste, segundo Puffendorf, em que, «apezar da resistencia de uma pessoa seus membros são obrigados a fazer ou soffrer alguma cousa¹.»

¹ *Droit de la nature et des gens.* (edição, de 1712) tom. 1 pag. 75. — Vide tambem o *Diction.* de Morin, v.^o *Contrainte*, etc.

Pelo que respeita á força ou coacção moral, póde ella resultar ou de ameaça de um mal mais ou ménos grave no caso de o individuo se recusar a executar o crime, ou da ordem de uma pessoa que tem auctoridade sobre o agente. Desta ultima não fallamos, é seu lugar o art. 23.º n.º 5. Fallamos só da primeira, que é a que resulta da ameaça, mas de uma ameaça de natureza tal que não tenha sido possível resistir-lhe. Os codigos dos Estados-Unidos, o da Prussia e outros consideram-na como causa justificativa, e o nosso tambem a comprehende na expressão força irresistivel. E' verdade que no art. 20.º n.º 3 vemos a ameaça, sem distincção alguma, considerada como circumstancia attenuante, mas é só a resistivel, pois tambem ahi vem consignada a violencia, que nesse lugar senão póde entender tambem senão da *resistivel*; além de que outra intelligencia seria absurda. Com effeito se o medo destroe em direito civil os actos filhos d'elle, como não ha-de em direito criminal isemtpar de criminalidade os factos que só a elle são devidos?

A difficuldade está em marcar qual será o medo invencivel; para isto, diz Chauveau, devemos distinguir as ameaças que se dirigem á vida do agente, seus membros, e pessoa, e as que só dizem respeito a seus bens e fortuna. Só as primeiras deverão ser consideradas como causa justificativa, porque só ellas podem violentar a consciencia humana.

Artigo 14.º (continuação.)

3.º Quando foi obrigado pela necessidade actual da legitima defeza de si, ou de outra pessoa.º

LEGISLAÇÃO ROMANA.

LL. 4, 5, 45 § 4 *ad leg. Aquil.*; L. 3 Dig. *de just. et jur.*

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 8.^o n.^{os} 4, 5, e 6; de França art. 328.^o; do Brasil art. 14.^o; da Austria art. 127.^o; de Saxe art. 72.^o; do Wurtemberg art. 106.^o

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 35 pr.; Tit. 36 § 1; Tit. 39 § 3; etc.

COMMENTARIO.

O homem defendendo os seus direitos obra justamente; aquelle que os vem atacar vem offender a esphera de justa actividade dos outros, e póde ser repellido pela força. Se o lesante obrou contra a razão para que respeitar uma dignidade que elle desmentiu, quando a nossa pessoa se acha em risco? A lei não poderia dizer ao homem que não se defendesse no momento em que ella mesma o não póde defender. O Codigo reconheceu o mesmo direito no homem quando obra na legitima defeza de outra qualquer pessoa parente ou estranho, porque tendo nós a obrigação moral de o fazer, o direito achar-se-hia na mais completa opposição com a moral se o prohibisse¹. A civilisação multiplicando os meios de policia

¹ Sobre este direito da legitima defeza não nos demoramos por ser principio de direito natural; mais des-

e de soccorro póde restringir o uso deste direito, mas não póde fazel-o desaparecer, porque é fundado na natureza humana, e tem a sua sancção na nossa consciencia.

O que a lei deve é marcar, de acordo com a razão, os limites do direito de defeza, para que á sua sombra não se introduza a desordem na sociedade, e fiquem impunes verdadeiros delictos. E' para estranhar que o Codigo não o fizesse claramente, achando essa doutrina no codigo hespanhol, e até nos escriptores antigos de que tanto se serviu a cada passo: por isso ajudados da letra do artigo e dos outros codigos marcaremos esses limites, designando os requisitos necessarios para justificar o uso desse direito, os quaes nos parece poderem reduzir-se aos seguintes; 1.º *aggressão illegitima*; 2.º *que ataque a vida ou os direitos pessoases do aggreddido, ou de outra qualquer pessoa*; 3.º *que no momento da aggressão haja necessidade da defeza*, isto é, que a defeza seja immediata ao ataque; 4.º *que essa necessidade seja verdadeira*, isto é, que não houvesse outro modo menos prejudicial de evitar a aggressão; 5.º *que a defeza não caüse um mal maior que o que se pretende evitar*; 6.º *e que (no caso de ser em defeza propria) não houvesse provocação sufficiente da parte do aggreddido.*

Mr. Pastoret diz, que, como muitas destas circumstancias são difficéis de determinar, bastará, para escusar o homem que se defende, não se provar con-

envolvimento se acha no commentario a Martini do Sr. Dr. Fenet § 152, e em Ahrens *Philosophie du droit.*

tra elle que abusou dellas para commetter crime ¹.

Artigo 11.º (continuação.)

4.º Quando o acto fôr consequencia accidental de um facto licito.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

§ 4, 5, *Inst. de lege Aguil.*; L. 55 *Dig. de reg. jur.*; L. 5 *Cod.* (IX, 16) etc.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 8.º n.º 8; do Brasil art. 1.º n.º 4; da Austria art. 2.º n.º 3; etc.

COMMENTARIO.

E' mister que o acto seja filho de um facto licito, e que só tenha succedido por mero accidente.

A lei exige que seja um facto licito, porque intende ser a innocencia absoluta uma condição precisa para justificar o succedido; e na verdade se o crime fosse consequencia de um facto illicito deveria ser punido e não justificado, pois é impossivel justificar o crime com o crime. Assim, se houver prohibição de correr a toda a brida em qualquer praça publica, e alguem, sabendo da prohibição, o faz, e na corrida

¹ Muito se tem escripto sobre o direito de legitima defeza; Bœhmer cita 37 dissertações publicadas a tal respeito nos tres ultimos seculos! Modernamente mencionaremos os trabalhos de Zœpfl nos *Archiv. des criminal Rechts* de 1842, pag. 118 e seg; de 1843, pag. 27 e seg.

succede matar alguém por accidente, nem por isso deve ficar isempto de pena, embora lhe seja attenuada; porque ella foi, senão a causa proxima; pelo menos a causa remota do facto.

Exige tambem o Codigo que o acto seja filho de acaso; por conseguinte é mister que da parte do individuo que pratica o facto licito não haja nem intenção, nem ainda culpa, aliás o crime deve ser-lhe imputado. Daqui deduzimos mais que esse facto licito deve ser praticado com a devida diligencia, como expressamente exige o codigo hespanhol.

Artigo 14.º (continuação,)

3.º Quando o acto fôr auctorisado pela lei, e praticado por pessoa competente com as fórmãs devidas, se a lei as decretar.

LEGI-SLAÇÃO ROMANA.

L. 55 Dig. de reg. jur.

LEGI-SLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. Hesp. art. 8.º n.º 11.

COMMENTARIO.

Este art. é tão claro, a sua justiça é tão evidente que não carece de commentario, e essa é a razão porque muitas legislações não fazem menção desta doutrina por desnecessaria. Assim os soldados que fuzilam o seu camarada condemnado á morte sendo para isso designados pela auctoridade competente, o beleguim que prende um individuo por ordem do juiz

é com as fórmulas legais não são por isso criminosos; a lei declarando-os taes seria contradictoria comsigo mesma. Confira-se este art. com o n.º 5 do art. 23.º

Artigo 15.º

Não são crimes os actos, que não são qualificados como taes por este Código.

§ unico. Exceptuam-se da disposição deste artigo :

1.º Os actos qualificados crimes por legislação especial nas materias que não são reguladas por este Código, ou naquellas em que se fizer referencia á legislação especial.

2.º Os crimes militares.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. das Duas Sicilias art. 469.º, 470.º; de França art. 5.º; de Hesp. art. 7.º

COMMENTARIO.

Este art. estabelece doutrina, que é um corollario do principio estabelecido no art. 5.º Se nenhum facto póde ser julgado criminoso sem que uma lei anterior o qualifique como tal, e se o Código é a lei penal geral, é claro que não são crimes os factos que nelle não apparecerem incriminados.

Isto porem soffre duas excepções que vem consignadas nos §§ 1 e 2: a do § 2, exceptuando da disposição do art. os crimes militares foi justa; « a milicia é uma como cidade separada, uma sociedade de especial e diverso genero, a qual se funda em con-

dições factícias, porem necessarias, e carece para a sua existencia de um regimen singular, de uma severa disciplina, de uma penalidade propria, de um codigo enfim expressamente adaptado a seu particular governo. » Assim se exprime D. Joaquim Pacheco, no que lhe achamos toda a razão, pois não sendo os deveres na milicia identicos aos deveres na sociedade commum, não podia ser identica a sanção desses deveres ; póde muitas vezes ser crime capital naquella ; o que nesta não passa de uma contravenção. Entre nós ha leis especiaes para crimes militares, mas carecemos ainda de um codigo ; das que temos podemos dizer o que Chaveau diz das francezas ; são confusas, sem ligação, sem principios fixos, e sem outra harmonia que não seja a prodigiosa elevação de suas penas.

A excepção estabelccida no § 1 não serve senão para difficultar a legislação ; a belleza dos codigos consiste tambem em não usar de referencias a legislação especial, nem deixar lacunas que a ella nos façam recorrer ; o codigo hespanhol, apesar de seguir o mesmo systema, não merece censura ; apenas diz não serem sujeitos ás suas disposições os delictos militares, os de contrabando, e os contra as leis sanitarias em tempo de epidemia. O systema do nosso Codigo, em vez de simplificar a legislação, complica-a ; e tem o inconveniente de nos fazer recorrer a legislação com espirito differente, e com penas muitas vezes desproporcionadas.

Artigo 16.º

São crimes militares os factos que offendem dis

rectamente a disciplina do exercito, ou da marinha, e que a lei militar qualifica e manda punir como violação do dever militar, sendo commettidos por militares, ou outras pessoas pertencentes ao exercito ou marinha.

§ unico. Os crimes communs commettidos por militares, ou outras pessoas pertencentes ao exercito ou marinha, serão sempre punidos com as penas determinadas na lei geral, ainda quando julgados nos tribunaes militares.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

L. 14 *de pœn.*; L. 2 e 6 *Dig. de re militari*; etc.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

L. Franc. de 21 de Março de 1832.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Alv. de 21 de Outubro de 1763; Dec. de 15 de Setembro de 1763; etc. ¹.

COMMENTARIO.

Tendo exceptuado os crimes militares da disposição do art. 15.º, diz agora o Código o que se deve entender por crimes militares. Da definição se vê que elle não considera crime militar todo o crime só por ser commettido por um militar; a qualificação de militar vem-lhe da natureza dos deveres que elle

¹ Vide a legislação citada por Per. e Sousa *Prim. inh. crim.* § 8 not. 2.

violou. Para haver pois crime militar exige o Código tres cousas : 1.^a que o facto offenda directamente a disciplina do exercito ou da marinha ; a razão é porque a não ser assim entraria na regra do direito commum, ou deixaria de ser crime ; 2.^a que seja qualificado como tal e punido pela lei militar, pois se esta o não castiga é porque o não reputa criminoso ; 3.^a que seja commettido por militar ou outra pessoa pertencente ao exercito ou á marinha ; porque se fôr commettido por pessoa em quem senão verificar alguma destas circumstancias não haveria crime militar, por não haver violação de dever militar. Mas quando é que o homem começa a ser reputado militar para o effeito de regular a competencia ? Chauveau (n.º 70 e 71) dá a este respeito algumas regras, que entre nós não podem ter applicação ; porque se entende que qualquer é militar desde o momento em que tem praça assente, como se deduz do Aviso de 31 de Maio de 1777.

A regra do § un. do art. é importante ; mas póde dar lugar á seguinte questão. As palavras *delicto commum* podem significar ou um delicto que é punido pela lei penal geral, e pela militar *ao mesmo tempo*, ou que é punido *sómente* por aquella. Se attendermos á disposição da Carta Constitucional que só conservou o fóro privilegiado fundado na *natureza da causa*, diriamos que o Código não se póde entender senão daquelles crimes que são punidos tanto pela lei penal militar, como pela lei penal commum, pois os que são punidos unicamente por esta entram na regra do direito commum, e não tem lugar a natureza da causa para serem julgados nos tribunaes mi-

Mares: no entanto é certo que, com quanto o espirito da Carta se opponha a que os tribunaes militares conheçam de crimes que são punidos só pela lei geral, todavia a prática tem sido em contrario ¹.

Artigo 17.º

As disposições das leis civis que, pela prática, ou omissão de certos factos, modificam o exercicio de algum dos direitos civis, ou estabelecem condemnações relativas a interesses particulares, e sómente dão lugar á acção, e instancia civil, não se consideram alteradas por este Codigo sem expressa derogação.

COMMENTARIO.

Esta disposição é tão clara que nem era talvez necessario vir consignada no Codigo; a sua razão está no mesmo art.

Assim o prodigo é privado da administração de seus bens na fórma da Ord. Liv. 4 Tit. 103; nem póde fazer testamento. Ord. cit. Tit. 81 § 4: — do mesmo modo a Ord. do mesmo livro Tit. 98 § 6 priva o pai do usufructo dos bens dos filhos no caso em que por morte da mãe não fizer inventario dentro de dous mezes contados do dia do fallecimento della: — tambem os filhos nos casos de comitte-

¹ Vide Bosch, *Droit pénal et discipline militaire* (Bruxelles 1837), Broutta, *Cours de droit militaire* (Paris 1837), etc. Os casos em que pelas nossas leis cessa o foro militar vem em Per. e Sousa, *Prim. linh. crimin.* loc. cit.

rem contra o pai ingratição, em virtude da qual podem ser desherdados, não tem direito a alimentos, bem como no caso de casarem sem consentimento paterno ; Ass. de 9 de Abril de 1772 § 2 n.º 3 e 4.

Artigo 18.º

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.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

L. 7 § 3 *ad Leg. Jul. maj.*, L. 3 *Dig. de Leg. Pompeia de parricid*¹.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Brunswick art. 4.º, do Wurtemberg art. 1.º, de Saxe art. 1.º, da Luisiania art. 8.º

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Concordam os Ass. de 4 de Maio de 1754, 8 de

¹ Mulenbruch na sua *Doutrina das Pandectas* tom. 1 § 64, fundado nestas leis segue que os romanos admittiam no direito penal a analogia e a paridade de razão ; não obstante as LL. 42 *de pæn.* e 155 *D. de reg. jur.* para sustentar o contrario. — Thibaut, *Logische Auslegung*, § 21 ; Feuerbach, *Revision d. Grundr. und Grundbegr. d. posit. peincl. Rechts.* Part. 2 pag. 16 e seg.

Agosto de 1758, 23 de Novembro de 1769, Alv. de 21 de Outubro de 1763 § 18; Ord. L. 2 Tit. 13 pr. *in fine* ¹. — E' notavel a este respeito a Carta Regia de 20 de Janeiro de 1745 escripta em nome do Sr. D. João 5.^o por Alex. de Gusmão ao corregedor do crime da Côrte e Casa ² — Veja-se porem a Cart. 9 de 21 de Outubro de 1757 sobre o motim e sedição da cidade do Porto.

COMMENTARIO.

Estabelece este art. uma regra geral para os Tribunaes qualificarem qualquer facto como crime. Esta regra (que *nunca* deve soffrer excepção, pois o Codigo diz «*sendo sempre necessario etc.*») póde formular-se por esta fórma — *é preciso que no facto inculminado se verifiquem aquelles elementos, que a lei penal declara expressamente como essencialmente constitutivos do crime.* —

Esta disposição, assim entendida é justa; pois não se verificando esses elementos não existe crime aos olhos da lei, e os Tribunaes, procedendo d'outro modo, iriam, como dizia Beccaria, confundir as funcções do julgador com a do Legislador, a quem unicamente compete declarar quaes os factos que o direito considera como crimes, e quaes as penas que lhes devem corresponder. Parece que o mesmo devia

¹ Borg. Carneiro, *Dir. Civ.* tom. 1 pag. 50. Pegas, *For.* 5 Cap. 81.^o n.^o 31 — Rep. á Ord. verb. *Lei penal se entende etc.*

² Vem transcripta em Per. e Sousa, *Prim. linhas sobre o proc. crim.* § 242 not.

estabelecer o Código a respeito da applicação da pena (o que é uma verdade palpavel,) mas não o fez talvez por se achar isso prevenido nos art. 68.^o e 69.^o

Estabelecido este principio, com razão julgou o Código, no começo do art., não ter lugar nunca a analogia ou inducção por paridade de razão, conformando-se com a disposição da nossa antiga legislação nos *Assentos* que já mencionámos. Deve-se porem advertir que fazendo os escriptores de hermeneutica distincção entre *analogia de direito*, e *analogia da lei*, convém determinar bem se o Código quiz proscrever ambas estas especies ou só alguma dellas. A analogia da lei, á qual Eckhard ¹ dá tambem o nome de *parallelismo*, é uma operação da interpretação *grammatica* pela qual procuramos esclarecer o sentido de um lugar obscuro da lei, pelos outros mais claros: pelo contrario a analogia do direito, que faz parte da interpretação *logica*, tende, fundada nos motivos da lei ou no seu principio organico, a determinar um caso, cuja resolução ella não providenciou; por outra, tende, para nos servirmos das expressões de Savigny, a completar o direito em virtude da força organica do mesmo direito ². E' nossa opinião que o Código não se referiu, nem podia referir senão á analogia de direito, pois a analogia da lei é um elemento

¹ *Hermeneut. jur.* § 39, da edição de Walch.

² Mittermaier julga difficil marcar bem a differença que separa estas duas especies de analogia; não julgamos porem que a distincção de Eckhard seja tão vaga como elle quer julgar.

indispensavel para a intelligencia da lei, quando esta é obscura ¹.

A analogia de direito, a inducção por paridade e maioria de razão, que é admittida no direito civil ², foi judiciosamente proscripta pelo Codigo, seguindo a nossa legislação antiga; e na verdade em abono desta disposição militam não só as razões que deixamos expostas, mas a diversa indole do direito civil e do direito penal, pois naquelle é o facto que provoca a lei, neste é a lei que determina o facto. Beccaria no 4.º Capitulo do seu *dei delitti e de peni*, e Portalis no seu precioso *discurso preliminar ao Codigo Civil* defenderam esta mesma doutrina, a qual quando não fosse baseada na sã philosophia, como é, tinha uma base não menos solida nos principios da humanidade ³.

¹ Sobre a natureza da analogia, vide Stahl, *Philosophie des Rechts* II. pag. 156.

² Entre nós pela Ord. Liv. 3 Tit. 25 § 5, Liv. 4 Tit. 81 § 4, Carta Regia de 21 de Outubro de 1757, e L. de 24 de Outubro de 1764 § 1.

³ E' verdade que o célebre chefe da escola philosophica em Allemanha, Thibaut, rejeitou a doutrina seguida pelo nosso Codigo, mas em França e na Belgica tem sido constantemente observada, como attesta Nypels nas suas addições á *Théorie du Code pénal* de Chauveau tom. 1 pag. 16 (ed. de Bruxellas de 1845.) — Sobre a interpretação das leis penaes vide Mailher de Chasat, *De l'interpretation des lois* pag. 163 e seg. etc.

CAPITULO II.

DAS CIRCUMSTANCIAS QUE AGGRAVAM OÙ ATENUAM
OS CRIMES.

Se o crime é composto de varios elementos, a intenção, o damno etc., os quaes podem todos ser susceptiveis de maior ou menor intensidade, era mister que o Legislador tractasse de caracterisar quaes as causas, que, influindo nelles, vão por isso tornar o crime mais ou menos grave; pois devendo a pena ser proporcionada ao delicto, era justo determinar a natureza e as variações deste para se poder depois estabelecer na penalidade uma escala correspondente a essas multiplicadas variações.

Já se vê pois que a determinação das circumstancias aggravantes e attenuantes se funda n'um principio exacto.

No art. 20.º apresentaremos um esboço, posto que rapido, da origem e desenvolvimento da theoria das circumstancias attenuantes, passando já ao exame de cada uma das aggravantes no proximo

Artigo 19.º¹

São circumstancias aggravantes :

¹ Os Jetos romanos já advertiam que na imposição da pena devia o juiz attender ás circumstancias aggravantes, e a L. 16 § 1 Dig. *de pœn.* diz que ellas se devem avaliar attendendo á *causa, pessoa, lugar, tempo, qualidade, quantidade e effeito*: o que os canonistas reduziram ao verso — *quis, quid, ubi, cur, quomodo, quando.*

1.º A premeditação.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 10.º n.º 6; do Brasil art. 16.º n.º 8; de França art. 106.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

E' a *rixa velha* da nossa Ord.

COMMENTARIO.

O Codigo não nos declara neste lugar quaes os elementos que a lei reputa como constitutivos da premeditação, mas sim no art. 332.º no Capitulo do homicidio, aonde realmente se acha deslocado, o que não admira porque esse art. até ás palavras — *alguma condição* — é copiado do codigo francez, o qual póde dizer-se que não tem uma parte geral.

A premeditação, diz o art. 332.º, *consiste no desígnio formado antes da acção de attentar contra a pessoa de um individuo determinado etc.* Apesar de o Codigo dizer — *formado antes da acção* — devemos advertir que não se deve por modo algum confundir a premeditação com a vontade ou intenção, a qual logicamente fallando sempre precede a acção. A premeditação, diz Chauveau, não envolve como condição essencial da sua existencia que o crime tenha sido commettido a sangue frio; a regra geral é que existe premeditação todas as vezes que o intervallo, que separa a vontade do crime e a sua execução, é bastante para fazer admittir (salva a prova em contrario) que

nesse intervallo existiu a meditação e reflexão sobre o crime que se intentava commetter ¹. Nós conhecemos a difficuldade que ha em apresentár uma definição legal com todo o rigor : Haus, diz que o Codigo de 1791 tinha obrado com mais prudencia que o de 1810 não definindo a premeditação ; o nosso Codigo quiz seguir este ultimo, e até o copiou ; cabe-lhe por isso a censura deste illustre Jcto. Na verdade a definição suppondo que ha reflexão ou meditação, todas as vezes que o designio de attentar contra qualquer pessoa é formado antes da acção, não é exacta. Haus, que é auctoridade na materia, chega a dizer que esta doutrina é tão *erronea* como o sustentar que o crime é irreflectido quando não parece que existiu intervallo entre o projecto e a execução do crime. Uma paixão, por exemplo, póde durar algum tempo, póde ser alimentada por effeito do vinho, de ultrajes, de disputas etc. , póde pois o designio do crime ser formado antes da acção, mas nem por isso deveremos considerar o crime como um acto reflectido e meditado.

O Codigo teria ido mais conforme com as verdadeiras idéas se dissesse — *ha premeditação todas as vezes que o projecto do crime fôr meditado e reflectido pelo criminoso.* — Outro defeito que tem a definição é ser relativa só ao homicidio, e poder applicar-se unicamente por extensão a todos os crimes contra a segurança das pessoas ; esta é a razão por-

¹ O codigo do Brasil admite a premeditação uma vez que esse intervallo não seja menor de 24 horas. O nosso Codigo deveria ser mais preciso nesta parte para evitar arbitrios.

que reservamos o commentario ao resto desse art. 352.º para a Secção 1.ª, Cap. 3.º, Tit. 4 do Liv. 2.

Uma observação nos resta a fazer. Será a premeditação uma circumstancia aggravante em todos os delictos? parece-nos que só poderá ser considerada como tal naquelles que podérem commetter-se sem premeditação; pois naquelles crimes em que ella entra como elemento essencial não pôde ser circumstancia aggravante. Como conceber, diz Pacheco, uma conspiração sem a premeditação, quando ambas se identificam? Este nosso sentir vai de acordo com o art. 78.º O mesmo se deve dizer da 5.ª circumstancia no caso de *assuada*, da 9.ª nos crimes dos empregados publicos etc.

Artigo 19.º (continuação.)

2.º A embuscada, o disfarce, a espera, a surpresa, a aleivosia, ou qualquer fraude.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod de Hesp. art. 10.º n.ºs 2 e 7; do Brasil art. 16.º n.ºs 2, 9, 15 e 16; de França art. 289.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 37 § 1; Tit. 103; etc.

COMMENTARIO.

A embuscada, a que os francezes chamam *guet-ápens*, está incluída na premeditação, e não devesa ser mencionada como circumstancia distincta; esta

opinião é a de Carnot, de Rauter e de Chauveau. Todas as mais circumstancias são com effeito aggravantes porque denotam maior preversidade no criminoso. Pelo que respeita ao *disfarce* devemos tomar em conta que se por exemplo n'um baile mascarado occorrer uma desordem entre os mascarados, e tiver lugar um homicidio, não é circumstancia aggravante o ser commettido por um individuo mascarado; pois o que augmenta a criminalidade não é servir-se da mascara sem a intenção de commetter o crime, mas o recorrer a ella de proposito para o executar.

Artigo 19.º (continuação.)

3.º A convocação, ou seducção de outros individuos para commetter o crime.

4.º A invenção, e instrucção do plano de execução do crime, quando é commettido conjunctamente com outro individuo.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. da Austria art. 37.º n.ºs 3 e 4; etc.

COMMENTARIO.

Ambas estas circumstancias augmentam a criminalidade; a 3.ª porque o criminoso concorre para arrastar ao crime outros individuos; a 4.ª porque o co-réo que inventa o plano e os meios de o levar a effeito tem uma parte muito maior no crime, obra com premeditação manifesta; era até escusado talvez ~~con-~~signal-a pois se acha incluída na premeditação.

Artigo 19.º (continuação.)

5.º Commetter o crime acompanhado de outras pessoas, ou ter manifesta vantagem sobre o offendido em razão da idade, ou do sexo.

6.º Commetter o crime com auxilio de pessoas que facilitem a impunidade.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 10.º n.ºs 8 e 14; do Brasil art. 16.º n.º 6; etc.

COMMENTARIO.

Commetter o crime acompanhado de outras pessoas é uma circumstancia aggravante, e sendo auxiliado por gente que facilite a impunidade. denota maior preversidade, porque além da premeditação e da força, indica não só que se quiz ir acompanhado de outras pessoas para o crime não poder deixar de ter lugar, mas tambem que se buscou o seu auxilio para escapar á acção da justiça. Esta circumstancia será aggravante só naquelles crimes que poderiam ser commettidos por uma unica pessoa, mas não naquelles em que é necessario o concurso de outras como é, v. g., uma sedição. Pelo que respeita ao ter manifesta vantagem sobre o offendido em razão da idade ou do sexo, tambem não podia deixar de ser considerado como aggravante; aquelle que mata uma criança, o que espanca um velho tem maior criminalidade, porque além de ser a idade uma garantia sufficiente para repellir do pensamento do criminoso

o projecto do seu crime, o réo quando o commette vai seguro de que não encontra resistencia na victima. Em vista porem do art. 78.º esta circumstancia não tem lugar no crime de infanticidio.

Artigo 19.º (continuação.)

7.º Commetter o crime por dinheiro, ou por qualquer recompensa, ou promessa.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 10.º n.º 3; do Brasil art. 16.º n.º 11; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 35 § 3; etc.

COMMENTARIO ¹.

Se commetter o crime aleivosamente é uma das circumstancias que aggravam a criminalidade, não o é menor o commetter o crime por dinheiro, recompensa, ou promessa. Se o delicto é um factio moral, se a moralidade é um dos primeiros principios que o regulam, ella deve influir na determinação das circumstancias que o aggravam: e quem dirá que o praticar um crime levado por qualquer desses meios não

¹ Cicero *pro Cluentio* nos dá um exemplo da aggravação da pena neste caso — « *Milesiam quantam mulierem quæm esset in Asia, quod ab herèdibus secundis accepta pecunia partum sibi medicamentis abegisset, rei capitalis esse damnatam.* »

indica uma depravação de moralidade fóra do commum? O Codigo estabelecendo esta regra prestou homenagem aos verdadeiros principios.

Artigo 19.º (*continuação.*)

8.º A obrigação especial que o criminoso tinha de não commetter, ou de obstar a que se commettesse o crime, ou de concorrer para a sua punição.

9.º Ser o criminoso empregado publico, civil, militar, ou ecclesiastico.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 10.º n.º 10; do Brasil art. 275.º; de França art. 198; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 12 § 5, Tit. 21 pr. e § 1.

COMMENTARIO.

A 8.ª não a podiamos considerar como circumstancia aggravante se não houvesse a palavra *especial*, porque era da essencia do crime; sem ella não poderia este existir; e nós já temos dito que sómente são aggravantes aquellas circumstancias accessorias, sem as quaes se poderia ter verificado o crime. Se qualquer tinha obrigação de não commetter um crime, o facto de o commetter constitue o crime, mas não é circumstancia aggravante desse crime; é o mesmo crime. Da doutrina do Codigo seguir-se-hia que

todas as penas deviam ser aggravadas, porque ~~todas~~ ~~tem~~ obrigação de não commetter crimes : mas a palavra *especial* salva a disposição ; assim o ~~catholico~~ que violar as Sagradas Fórmulas Eucharisticas é mais criminoso do que um judeo que commetter o mesmo crime. A 9.^a circumstancia não se póde justificar de modo algum. Ou os crimes dos empregados são commettidos no exercicio de suas funcções ou não ; no primeiro caso não póde ser aggravante a qualidade de empregado, porque sem ella não haveria crime ; é da essencia deste ; no segundo não o póde ser porque nada tem com o elemento intencional, nem com o damno causado ; o juiz por exemplo que seduzir uma mulher casada não deveria ter maior pena que outro qualquer seductor. E' a opinião de Pacheco com a qual nos conformamos. O codigo hespanhol por certo que foi mais philosophico quando em vez de se exprimir como o nosso, disse ser circumstancia aggravante *o prevalecer-se o criminoso do caracter publico que tiver em razão do seu emprego* ; neste caso ha outra razão, e justa, que agrava a criminalidade. No entanto *dura lex sed lex*.

Artigo 19.^o (continuação.) ²

10.^o Ser o offendido parente ou affin do criminoso até ao segundo gráo por direito civil, ou ser, ou ter sido seu mestre, tutor, amo, ou de qualquer maneira seu superior.

11.^o Commetter o crime, tendo recebido beneficio do offendido, ou com offensa ou desprezo do respeito, que por sua dignidade, idade, ou sexo elle merecer.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 10.^o n.^o 1 e 20; do Brasil art. 16.^o n.^o 5 e 7; das Duas Sicilias art. 175.^o, 176.^o; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 41 § 1; etc.

COMMENTARIO.

A doutrina deste n.^o 10 está em manifesta opposição com o art. 431.^o, assim como o está no código hespanhol o art. 468.^o com o n.^o 1 do art. 10.^o, donde foram extrahidos ou copiados. Approvamos a doutrina do Código no art. 431.^o, mas achamos que para tirar a contradicção com este n.^o se deveria declarar não ser esta circumstancia aggravante quando os delictos forem sobre as cousas e não contra as pessoas. A razão que justifica este n.^o, assim entendido, é deduzida dos laços de amor, amizade, superioridade e dependencia com que a natureza ligou essas pessoas, além dos sentimentos de mutua sympathia com que a Providencia dotou a todos homens. Os romanos tinham attingido o mesmo principio na L. 28 § 8 Dig. *de pæn.*¹. Mas este n.^o está tão mal redigido que dá em resultado a conclusão de que o ser a offensa feita pelo neto ao avô é circumstancia aggravante, mas que não o é ser feita pelo bisneto ao bisavô.

Pelo que toca ao n.^o 11 não podem deixar de

¹ Devemos porem notar que este n.^o quanto á limitação do gráo oppõe-se ao art. 365.^o

se considerar como aggravantes as circumstancias enumeradas pelo Código. O que commette um crime contra aquelle que o beneficiou além de faltar aos sentimentos geraes com que a natureza ligou os homens entre si, calca aos pés um dos sentimentos moraes, que mais ennobrecem o coração humano, a gratidão, e é por isso mais criminoso. O que injuria um ancião, o que fere uma criança, o que espanca uma mulher tambem denota mais criminalidade, porque por uma lei natural era especialmente obrigado a respeitar essas idades e esse sexo. Tão pouco é menos criminoso do que os antecedentes quem mata um magistrado, quem injuria um sacerdote etc., porque além de offender o homem, offende a dignidade social, e vai ferir as idéas de ordem e subordinação, que são uma das mais solidas garantias para o consequimento do fim social.

Artigo 19.º (continuação.)

12.º Ser o crime commettido por um preso, ou contra um preso; ou contra o que está sob a immediata e especial protecção da auctoridade publica.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 35 § 6; etc.

COMMENTARIO.

As circumstancias incluídas neste n.º 12 não podem deixar de se considerar como aggravantes. O ser o crime commettido por um preso denota maior

preversidade nesse homem que deveria ter abandonado a estrada do crime, e não encetar-a de novo. O crime commettido contra um preso é mais grave por isso que vai offender uma pessoa que pelo facto da prisão deveria ser objecto de dó e compaixão, e não de paixões criminosas e indignas. Da mesma sorte se aquelle que está debaixo da immediata protecção da auctoridade publica é victima d'algum delicto, torna-se este tanto mais aggravante quanto envolve uma violação do acatamento devido ás auctoridades.

Artigo 19.º (continuação.)

13.º Commetter o crime em estrada ou lugar ermo; e bem assim em casa destinada á habitação, ou em edificio destinado ao culto religioso, ou em acto publico do culto religioso, ou nos paços reaes, e nas repartições publicas, ou na presença de qualquer auctoridade publica exercendo suas funcções.

14.º Commetter o crime de noite, ou na occasião de incendio, naufragio, terremoto, ou outra calamidade publica, ou desgraça particular do offendido.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. do Brasil art. 16.º n.º 1; de Hesp. art. 10.º n.ºs 13, 15, 16, e 19; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 1 Tit. 65 § 32; Liv. 5 Tit. 122 § 1; Tit. 60 § 1, e Tit. 61 § 1; Alv. de 20 de Outubro de 1763; e a Cart. Reg. de 26 de Abril de 1617 determina que nos crimes commettidos em Igreja não se conta perdão delles, nem commutação de degredo.

COMMENTARIO.

Pelo que respeita ao n.º 13, é certo que o crime commettido em estrada traz consigo a idéa de medo e desamparo da parte do offendido, o que torna o crime mais atroz, e o Alv. de 20 de Outubro de 1763 reconheceu isto mesmo a respeito dos crimes commettidos em estrada pelos salteadores, dando nelle o Sr. D. José judiciosas providencias. — O delicto commettido em casa de habitação tem maior gravidade, porque é n'um lugar que as leis de todos os povos tem considerado como um asylo inviolavel e sagrado; e não é menos grave o praticado em edificio destinado ao culto religioso etc., porque o réo, além do seu crime, menospresa as idéas religiosas, que são um dos mais solidos fundamentos da vida social, e ataca o respeito devido ás auctoridades publicas.

Pelo que toca ao n.º 14, o crime commettido de noute é mais aggravante, porque não só envolve igualmente a idéa de desamparo e medo da parte do offendido, mas tambem porque de noute está a segurança dos cidadãos mais exposta do que de dia. As nossas Ordenações reconheceram isto mesmo, pois as duas primeiras citadas faziam caso de devassa o ferimento feito de noute, postoque não fosse no rosto, com differença do ferimento acontecido de dia; e já entre os romanos as Leis das 12 Taboas puniam mais severamente o ladrão nocturno, do que o diurno. — O delicto perpretado na occasião de incendio, naufragio, terremoto etc. não ha dúvida que apresenta criminalidade mais intensa. Nesses momentos supremos de

perigo e de desolação, a moral e o direito mandam socorrer os homens : quem não escuta estas leis naturaes, quem além disso as despreza para nessas occasiões de confusão augmentar a afflicção daquelles, a quem a natureza está affligindo, denota uma perversidade fóra do commum, e que deve ser mais severamente punida. Na L. 1 Dig. *de incend. ruin. naufrag.* se reconhece isto mesmo, e essa foi a razão porque se impuseram gravissimas penas aos ladrões por occasião do terremoto de 1755.

Artigo 19.º (continuação.)

15.º Commetter o crime com arrombamento, escalamento, ou chaves falsas ; e bem assim por meio de veneno, de fogo, de inundação, ou com instrumento ou arma, cujo uso fôr prohibido.

16.º O emprego simultaneo de diversos meios para commetter o crime, ou a insistencia nos esforços de o consummar, depois de malogrados os primeiros.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 10.º n.ºs 4, 21, e 22 ; do Brasil art. 16.º n.ºs 2, 13 ; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 35 § 4 ; etc.

COMMENTARIO.

Para empregar o arrombamento ou o escalamento, é mister maior resolução ; o que mostra maior tenacidade em commetter o crime. Circumstancias es-

tas que indicam maior perversidade, e causam mais alarma na sociedade. O que seja o escalamento se vê do art. 397.º do código penal francez, e do § 3 do art. 442.º do nosso Código ¹. Seria melhor ter empregado a palavra *escalada* em vez de *escalamento*, por ser talvez mais pura ².

Esta circumstancia porem não é aggravante na hypothese do art. 432.º em vista da disposição do art. 78.º— O que o Código diz a respeito das chaves falsas era escusado á vista do n.º 20, e do art. 443 que considera o uso de gazua como crime especial.

O veneno, incendio, e inundação empregados na execução do crime suppõem já uma perversidade extrema, já uma barbaridade a toda a prova; e augmentam por isso a criminalidade. Não se deve porem esquecer o art. 78.º

O commetter o crime com arma prohibida é uma circumstancia que está incluída no n.º 20 deste art. porque o uso de arma prohibida é já em si um crime (art. 253.º), e então dá-se o caso da accumulção de crimes.

A 16.ª circumstancia não se póde negar que seja aggravante; demonstra mais tenacidade na intenção criminosa, no proposito de executar o crime.

Artigo 19.º (continuação.)

17.º Quaesquer actos de crueldade, espoliação ou destruição, desnecessarios á consummação do crime

¹ O que seja arrombamento vê-se do art. 442.º § 1.

² E' expressão empregada por Jacintho Freire de Andrade.

18.º A privação, ou inhabilitação de algum membro ou órgão do corpo para as suas funcções ; a deformidade, o aleijão, ou lesão de algum órgão essencial á vida do offendido.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 10.º n.º 5 ; do Brasil art. 17.º ;
etc.

COMMENTARIO.

Em qualquer dos casos destes dous n.ºs ha mais preversidade no delinquente, mais damno causado ao offendido, e mais alarma produzido na sociedade : a aggravação da pena é reclamada pela justiça. Assim o que querendo matar um homem, começa pelo mutilar, e o vai atormentando até lhe tirar a vida, é mais criminoso do que aquelle que se limita a commetter um simples homicidio.

Convem notar a palavra *desnecessarios* usada pelo Codigo no n.º 17 ; porque quando o criminoso, de boa fé (permitta-se-nos a expressão), os julgar necessarios e indispensaveis para a execução do crime não tem lugar a disposição do Codigo.

Artigo 19.º (continuação.)

19.º A frequencia dos crimes da mesma natureza.

20.º A accumulção de quaesquer crimes commettidos pelo criminoso.

21.º A reincidencia.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 10.^o n.^{os} 17 e 18; de França art. 56.^o e 57.^o; da Austria art. 37.^o n.^{os} 1, 2, e 3; das Duas Sicilias art. 79.^o; do Brasil art. 16.^o n.^o 3; etc.

COMMENTARIO.

O homem que, pela frequencia ou reiteração de delictos da mesma natureza, vai mostrando o habito adquirido na estrada do crime; o homem que, não contente de praticar uma acção criminosa, pratica umas poucas; o homem que, depois de condemnado por sentença passada em julgado, commette outro crime da mesma natureza, mostra uma excessiva perversidade aos olhos da consciencia humana, e vai causar na sociedade um grande alarma.

E' mister advertir quanto aos n.^{os} 19 e 21 que é a analogia do crime que constitue essas circumstancias aggravantes, e cessando ella cessam estas; assum se um homem fosse condemnado por crime de rebellião e depois por furto não poderia a pena deste, só por esse facto, ser aggravada. — No art. 85.^o examinaremos os caracteres da reincidencia.

Artigo 19.^o (*continuação.*)

22.^o Em geral as circumstancias que precede ou acompanham, ou seguem o crime, e mostram maior perversidade na sua execução, ou augmentam o sofrimento do offendido, ou a difficuldade de evitar offensa, ou de que resulta maior perigo á causa publica, são circumstancias aggravantes desse crime.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 10.^o n.^o 23; da Austria art. 36.^o; etc.

COMMENTARIO.

Este n.^o 22 é quasi cópia do art. 36.^o do código da Austria. Admittindo a disposição do n.^o 11 do art. seguinte não podemos conformar-nos com a deste. Se o Código diz no art. 5.^o que não serão punidos como crimes senão os actos qualificados taes por uma lei anterior, se no art. 68.^o diz que não poderá ser punido delicto algum senão com a pena estabelecida na lei, não repugnará com o espirito destes principios a doutrina de que um tribunal possa declarar circumstancia attenuante o que a lei não qualifica expressamente como tal? Se a lei não quiz que ficasse ao arbitrio dos tribunaes a imposição da pena, quererá por ventura que fique a sua aggravação? Se o Código no art. 18.^o rejeita a analogia e a maioría da razão para qualificar qualquer acto como crime, como a admite para aggravar a criminalidade?

Além das circumstancias mencionadas haverá mais alguma que deva concorrer para o augmento da pena e que nellas se não ache comprehendida? E admittida essa possibilidade será conveniente abandonar aos tribunaes um arbitrio tão grande? Pacheco diz que o não crê, e nós fazemos côro com o illustre criminalista hespanhol.

Artigo 20.^o

São circumstancias attenuantes :

COMMENTARIO.

A origem da legislação sobre circumstancias atenuantes vai ligar-se em França, donde passou para as outras nações, á historia do seu direito criminal. Pela Ordenança de 1670 as penas eram arbitrariamente applicadas pelo juiz, segundo a natureza e gravidade do factó criminoso. Um abuso tão monstruoso, que ás regras do direito substituia a vontade de um homem, não podia deixar de se tornar manifesto. A assembléa constituinte reconheceu-o; não era de balde que as idéas philosophicas do seculo XVIII tinham impressionado todos os espiritos; mas esse seculo era um seculo de transicção, cuja missão era mais preparatoria, do que definitiva; a reforma da assembléa constituinte não remediou o mal; em lugar de limitar um poder excessivo encerrou-o n'um circulo de ferro, e o codigo de 1791 veio substituir as penas fixas ás penas arbitrarías, cahindo no extremo opposto, cujos inconvenientes facilmente se revelam, attendendo ás infinitas modificações de criminalidade de que o mesmo crime pôde ser susceptivo em differentes casos.

O codigo de 1810 veio estabelecer um meio termo; impondo a cada crime uma pena variavel nos limites de um *maximo* e de um *minimo*, limitou por um lado o perigoso principio da legislação de 1670 ao passo que pelo outro deixou aos juizes uma certa latitude, rasoavel sem duvida, para fixar as penas dentro daquelles limites determinados. Mas este systema ainda era vicioso, não só porque restringia o po

der dos juizes para attenuar as penas ás materias correccionaes, mas ainda mais porque subordinava a attenuação do delicto ao prejuizo que d'elle resultava ¹; como se fosse unicamente o resultado material que constituísse a criminalidade, como se o elemento intencional não devesse ser tambem tomado em conta!

As Leis de 25 de Junho de 1824, e a reforma de 1832 procuraram remediar esse mal, mas incompletamente; porque a apreciação das circumstancias attenuantes, não deve ser considerada, como foi em todas essas leis, como um remedio á legislação criminal existente, mas antes como um principio derivado da mesma natureza do crime, e da justa relação e proporção, que entre elle e a pena deve existir. Alguns codigos reconheceram esta verdade que não podia deixar de ser abraçada promptamente ². Dous systemas se podiam offerecer ao Legislador nesta materia, ou estabelecer um principio geral, ou descer á determinação especial de certos typos, dentro dos quaes se devem comprehender todas as circumstancias attenuantes: o primeiro tem o inconveniente do arbitrio, o segundo o da deficiencia, pois podem dar-se circumstancias, que a lei não podia prevêr. O nosso Codigo, imitando o codigo hespanhol seguiu um systema mixto; porque determinando especificadamente

¹ Quando não excedia a 25 francos.

² Entre nós tinhamos penas fixas, penas arbitrarías, e penas que participavam da natureza daquellas duas, tal é a da Ord. Liv. 5 Tit. 136 § ult. *in fine* — *os condemnem no degredo, que lhes bem parecer* — Modernamente veio nas leis de processo a admittir-se o principio das circumstancias attenuantes.

nos primeiros onze numeros do art. as diversas circumstancias attenuantes, no n.º 12 estabelece um principio geral.

Artigo 20.º (*continuação.*)

1.º A menoridade até aos vinte annos completos.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. da Austria art. 39.º n.º 1; de Hesp. art. 9.º n.º 2; do Brasil art. 18.º n.º 10; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 135.

COMMENTARIO.

No art. 23.º n.ºs 2 e 3 faremos ver que a lei divide a idade do homem em quatro periodos para o effeito da imputação; dos 20 annos por diante ha imputação completa, dahi para baixo a lei considera a idade como uma attenuação, por suppôr que até então o completo desenvolvimento do homem não existe ainda. A lei é justa e razoavel; poderia. é verdade, questionar-se se o praso dos 20 annos é certo, mas como era mister adoptar um, o Legislador seguindo as idéas da legislação anterior, e attendendo á natureza do clima julgou ser este o mais conveniente para se adoptar n'um Codigo penal portuguez. Os romanos já nas 12 Taboas consideravam a idade como uma causa de attenuação da pena, e os Jetos do Digesto sancionaram o mesmo principio nas LL. 23 § 2 *de edilit. edict.*, e 22 *pr. ad leg. Cornel.*

de fals. Parecerá porem que a lei é incoherente julgando o homem apto para todos os effeitos criminaes aos 20 annos completos, e para os civis só aos 25. Não é porem assim, e a razão de differença deduz-se mesmo da diversa natureza do direito civil e criminal; para os negocios civis, filhos das convenções dos homens, e dependentes de multiplicadas circumstancias é mister grande desenvolvimento e madureza: não succede o mesmo nos negocios criminaes; as acções puniveis são reprovadas pela consciencia do homem antes de o serem pelo Legislador, e para conhecer o bem e o mal, o justo e o injusto basta menos idade, porque são idéas typos e fundamentaes, que nascem com o homem, posto que não obrem a principio, nem se manifestem com tanta lucidez e presteza.

Artigo 20.º (continuação.)

- 2.º A provocação.
- 3.º A violencia, ou ameaça.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 9.º n.º 4; do Brasil art. 18.º n.º 4-8; etc. da Austria art. 2.º § 5, art. 39.º § 4; etc.

COMMENTARIO.

N.º 2. Se a lei conhecesse que todo o homem possuia uma tranquillidade de animo, que podesse resistir impassivel a todos os ultrages, a todas as pro-

vocações escusado seria considerar a provocação como circumstancia attenuante do crime commettido; mas a lei é feita para os homens e não para os anjos, e ao seu auctor não esqueceu que em geral a provocação da parte de qualquer pessoa nos pôde levar aos maiores excessos, pela influencia e excitação que as injurias e ataques produzem no espirito humano. Se a provocação não é causa sufficiente para excusar o crime, deve pelo menos ter a força de o attenuar.

Mas daqui se vê já que esta provocação deve ser *immediata*, como exige o código hespanhol; se o não fôr, já não deve ser considerada como circumstancia attenuante, porque cessa a razão da lei, porque já não deve existir esse arrebatamento que nos podia levar ao crime, e este apparece então com o character intencional e reflexivo em toda a sua força ¹.

Cumpre porem advertir que na provocação pôde haver grãos, pôde ser maior ou menor, pôde o crime não se reputar filho da provocação se entre esta e elle não houver proporção alguma; isto porem não pôde deixar de ficar ao prudente arbitrio dos Tribunaes porque a lei não poderia prevenir tudo. Assim

¹ N'uns autos crimes da Relação de Lisboa, vindos do juizo de direito de Thomar em 1853 perguntou o juiz nos quesitos ao jury se o réo teria commettido o crime com a circumstancia aggravante da provocação ao morto! Como se a provocação, nos casos especiaes em que se verifica, não fosse da parte do offendido, e não devesse ser considerada como attenuante; e como senão fosse sempre o criminoso quem atacasse? Era Relator o Ex.^{mo} Conselheiro Rebello Cabral, Escrivão Reis, Appellantes João da Silva Cairão e Antonio dos Santos.

art. 373.º as injurias verbaes, as diffamações etc. não são consideradas como provocação para attenuar o homicidio voluntario na hypothese do art. 370.º : quando chegarmos a estes artigos teremos occasião de mais desenvoldidamente tractar esta materia.

N.º 3. Este n.º póde tomar-se em dous sentidos : — no primeiro póde significar que, se qualquer commetter um crime contra outro em razão de violencias ou ameaças praticadas por este, deve ser-lhe attenuada a pena ; — no segundo póde significar que se qualquer commetter um crime atemorizado e coagido com violencias e ameaças de outra pessoa, lhe deve ser tambem attenuada a pena. O primeiro caso está comprehendido na provocação ; e por isso é do segundo que aqui se tracta.

Já no art. 14.º n.º 2 dissemos que a violencia, e ameaça sendo irresistiveis, justificavam o crime ; e se o não fossem eram apenas consideradas como circumstancias attenuantes.

Se o individuo cedeu a simples ameaças, ao receio de um mal de pouca importancia, se obedeceu a uma força que não era irresistivel, obrou com uma especie de vontade, a coacção não foi absoluta, mas condicional, deve por isso ser responsavel ; mas a lei attendendo a que a vontade não foi inteiramente livre, diminue a pena, considerando essa circumstancia como attenuante.

Artigo 20.º (continuação.)

4.º A intenção, e necessidade de evitar um mal.

5.º A falta de pleno conhecimento do mal que deve causar o crime.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 9.^o n.^{os} 1 e 3; do Brasil art. 18.^o n.^o 2; etc.

COMMENTARIO.

A circumstancia do n.^o 4 merece alguma attenção. Se o mal que se pretende evitar é de natureza, que auctorisce a legitima defeza, não ha responsabilidade penal; quando porem na justa defeza se não verificam todos os requisitos della nesse caso não ha irresponsabilidade, ha attenuação. Assim se o meio que empreguei para repellir a aggressão injusta não era necessario ou foi excessivo e sem proporção com ella, apenas deverá ser attenuada a pena; v. gr. se Pedro se dirige a Paulo para lhe dar com um páo, e elle o mata com um tiro. O que se deve ter em conta é que este mal seja real e não ficticio, e simplesmente imaginario.

Todo este modo de expressar do Codigo é pouco preciso, vago, e abstracto. Melhor andou o codigo hespanhol que, depois de enumerar no art. 8.^o como causas que eximem da responsabilidade penal a legitima defeza etc., considera como attenuantes no art. 9.^o essas circumstancias quando não forem acompanhadas de *todos* os requisitos por elle exigidos.

A 5.^a circumstancia attenuante é justa; pois não ha intenção completa, e esta é um dos elementos essenciaes para soffrer tambem a responsabilidade penal completa. Assim o que indignado com outrem lhe atira com um tinteiro de ferro, mas sem intenção de lhe dar na cabeça, nem de o matar, e por infelici-

dade o mata, está comprehendido nesta disposição do Código.

Artigo 20.º (continuação.)

6.º A ignorancia de que o facto é criminoso.

7.º A apresentação voluntaria ás auctoridades.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. da Austria art. 39.º n.º 8; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 14 pr.; etc.

COMMENTARIO.

Quanto á ignorancia da criminalidade da acção o Código não a considerou como justificativa, mas só como attenuante. A nossa Ordenação Liv. 5 Tit. 14 pr. *in fine*, que se inscreve — *do infiel que dorme com alguma christã, e do christão que dorme com infiel*, — attendeu a isto porque dizia — *E assi mesmo o que tal peccado fzer por ignorancia, não sabendo, nem tendo justa razão de saber como a outra pessoa era d'outra lei, não deve haver por elle pena de Justiça.* — Pelo que respeita á apresentação voluntaria ás auctoridades parece-nos ser uma porta aberta para evitar o rigor da lei; sem podermos admittir em theoria semelhante principio, julgamos que a adoptar-se devia ser com a restricção do código da Austria art. 39.º n.º 8 que diz — « *se podendo facilmente fugir ou esconder-se (o criminoso) se denunciou e confessou o crime,* » — e apezar do nosso Co-

digo não ter expressamente declarado esta restricção, ella não pôde, segundo nos parece, deixar de ser tomada em conta pelos tribunaes, aliás o art. teria uma intelligencia absurda, a qual devemos sempre evitar.

Artigo 20.º (continuação.)

8.º A embriaguez não completa, quando fôr casual, e não fôr posterior ao projecto de commetter o crime.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 9.º n.º 6; do Brasil art. 18.º n.º 9; etc.

COMMENTARIO.

Tres requisitos exige o Codigo cumulativamente para que a embriaguez seja considerada como circumstancia attenuante — 1.ª que não seja completa; 2.ª que seja casual; 3.ª que não seja posterior ao projecto de commetter o crime.

No art. 23.º n.º 4 veremos que a embriaguez tambem pôde ser uma das causas que eximem da responsabilidade penal, sendo para isso necessario que ao 2.º e 3.º requisito deste n.º 8 reuna o de ser completa. Examinemos porem agora os requisitos da embriaguez para poder attenuar o crime — 1.º *não completa*. Adiante teremos occasião de observar no art. 23.º que sendo a embriaguez completa priva o agente do uso da razão, e da consciencia do bem e do mal; por isso o individuo que nesse estado pratica um facto, que a lei pune, não pôde ser criminoso, por-

que nenhuma acção lhe póde ser imputada. Mas se a embriaguez não fôr completa já não póde vigorar o mesmo principio, porque o homem não está inteiramente privado da consciencia do mal que pratica, e portanto não está isempto de responsabilidade. O Legislador porem, attendendo a que, com quanto o homem nesse estado não esteja privado dessa consciencia do bem e do mal, não conserva todavia o uso da reflexão, não póde admittir uma responsabilidade completa, e por isso attenua o crime e a pena — 2.^a quando fôr casual. O Codice não considera a embriaguez habitual como attenuante, e por isso diz que só attenua o crime quando fôr casual. A distincção entre embriaguez habitual e casual remonta a Bartolo (á L. 38 Dig. *ad leg. Jul. de adult.*;) e foi seguida por outros Jctos, os quaes posto que desculpavam a embriaguez casual, regeitavam a escusa e attenuação baseada na habitual, fundados em que nesta ha uma culpa muito grave, e que ninguem deve tornar melhor a sua condição por meio de um delicto¹; este principio era hevido nessa L. 38 § 1, aonde se estabelecia a maxima, que quem commette um facto illicito é responsavel por todas as consequencias da sua acção. Além de semelhante maxima não ser applicavel no direito criminal, ainda mesmo quando o fosse nada provava nesta materia; porque, segundo nota Chauveau (que não fez mais do que reproduzir a tal respeito as idéas do italiano Carmignani) é confundir a causa com o effeito: a embriaguez poderá ser illicita em si, mas isso nada influe na natureza dos actos

¹ Deste numero foi Filangieri.

praticados pelo embriagado, nem faz com que este, quando os pratica, tenha a plena consciencia do mal que obra, sem o que não póde haver imputação completa. — 3.º e não for posterior ao projecto de commetter o crime. Parece-nos que a idéa do Código se acha mal formulada; o Legislador attendeu sem duvida á distincção feita pelos criminalistas entre embriaguez imprevista, e embriaguez premeditada ou procurada de proposito pelo individuo para mais facilmente executar o crime; esta é que elle quiz delelarar que não attenuava, porque o homem que projecta uma acção criminosa e procura na embriaguez já a audacia necessaria para a executar, já um meio de abafar os remorsos suspendendo o uso regular de suas faculdades, já uma desculpa anticipada para o crime que intenta commetter, não deve ser isempto da pena, nem esta deve ser attenuada, porque a embriaguez neste caso envolve uma verdadeira premeditação; e até Dalloz a considera como circumstancia aggravante. Mas a letra do Código não está clara e póde levar-nos a tristes consequencias: um individuo póde embriagar-se depois de ter concebido o projecto do crime, sem que de proposito procure collocar-se n'um estado tão deploravel. Julgamos por isso desnecessario este 3.º requisito, porque se o criminoso se embriagou de proposito para commetter o crime não lhe aproveita esta circumstancia á vista do 2º requisito, por isso que não é casual.

Artigo 20.º (continuação.)

9.º A espontanea reparação do damno.

10.º A obediencia ao superior na ordem hu

rarchica nos casos em que é inferior não ficar, segundo a lei, isempto da pena pela obediencia.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. da Austria art. 39.º n.º 3 e 7.

COMMENTARIO.

Approvamos a 10.^a circumstancia attenuante ; porque, se o crime se pune pela perturbação moral, que causa na sociedade, pela depravação do criminoso, e pelo damno causado, é evidente que desapparecendo este pela reparação espontanea feita pelo réo, diminue a criminalidade e com ella a pena que lhe corresponde.

A 11.^a circumstancia só por considerações politicas póde ser justificada. O inferior quando o superior lhe ordena que pratique um acto criminoso, não deve pratical-o, se a lei não o obriga a obedecer naquelle caso ; se fizer o contrario, é criminoso, porque estava na sua mão deixar de o praticar. Além disto accresce a disposição dos §§ 1 e 2 do art. 303.º, á vista dos quaes tendo o empregado inferior a faculdade de representar, tem occasião de saber se deve ou não obedecer, e de ficar isempto de responsabilidade. Todavia como esta faculdade de representar nem sempre póde ter lugar, e como os inferiores pela dependencia em que se acham, e receio que tem de incorrer no desagrado dos superiores (o que infelizmente a experiencia confirma) podem muitas vezes achar-se em collisão, por isso lhe é attenuada a pena.

Artigo 20.º (continuação.)

11.º Em geral, as circumstancias que precedem, ou acompanham, ou seguem o crime, e enfraquecem a culpabilidade do criminoso, ou diminuem por qualquer modo os efeitos do crime, são circumstancias attenuantes.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 9.º n.º 8; etc.

COMMENTARIO.

Dissemos a respeito do n.º 22 do art. 19.º não concordarmos com a doutrina do Código a respeito das circumstancias aggravantes, ao passo que dissemos admittir semelhante doutrina a respeito das attenuantes; esta opinião, que seguimos, é a do criminalista hespanhol D. Joaquim Pacheco. As circumstancias que attenuam a criminalidade podem ser tantas e tão variadas, que o Legislador deve entrar na duvida se as enumerou a todas; e por isso recorre a um principio geral para que os individuos não soffram uma injustiça sendo punidos com uma pena, que deveria ter sido attenuada á vista das circumstancias, que precederam, acompanharam, ou seguiram o crime. Mas não succede o mesmo nas circumstancias aggravantes; porque o arbitrio deixado aos Tribunaes póde dar em resultado os inconvenientes que apontámos no art. antecedente n.º 19; além de que, pelo facto de não vir mencionada no Código alguma circumstancia aggravante, nem por isso o crime fica impune, nem

a sociedade tem a recear. No art. 358.º § 1 e 3 se vêem exemplos de circumstancias attenuantes não mencionadas neste art. O codigo da Austria no art. 39.º considera como attenuantes o bom comportamento anterior, o ter estado o criminoso preso por muito tempo por demora do processo etc.

Artigo 21.º

As circumstancias aggravantes, ou attenuantes do crime, influem na criminalidade de todos os co-réos, ou sejam auctores, ou sejam cúmplices, excepto quando são derivadas da qualidade, ou posição pessoal de qualquer delles.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. das Duas Sicilias art. 76.º, 77.º; de Hesp. art. 69.º; etc.

COMMENTARIO.

A doutrina deste art. , que no codigo hespanhol se acha com muita mais clareza e precisão, é inquestionavel. Se o effeito das circumstancias attenuantes ou aggravantes é aggravar ou diminuir a pena, é porque aggravaram ou diminuíram a criminalidade; ora se ha circumstancias que só attenuam, v. g., a responsabilidade de *um* dos co-réos, nem por isso deve ser attenuada a pena dos outros, e a razão é porque a criminalidade destes não diminuiu. Circumstancias derivadas da qualidade ou posição pessoal de qualquer dos co-réos são a provocação, embriaguez, minoridade, parentesco, premeditação, reincidencia etc.

Mas este principio póde offerecer difficuldades na

aplicação. Supponhamos um individuo, que acompanhado por um primo se dirigia ao campo; encontra um homem que o provoca com offensas e o deita por terra com uma pancada; levanta-se o offendido e juntamente com seu primo matam o aggressor; a attenuação do art. 370.º do Codigo será applicavel ao primo seu co-réo? Parecc-nos que sim, embora pareça á primeira vista opposto á doutrina do art., e assim o sustentámos na Relação de Lisboa n'uma causa vinda de Thomar entre partes o Ministerio Publico, e Antonio dos Santos e João da Silva Carrão (Relator o Ex.^{mo} Conselheiro Rebello Cabral.) A razão que se nos offereceu foi, que a provocação deste genero não se podia considerar rigorosamente pessoal, por isso que os vinculos do sangue a fazem reverter sobre os parentes, a não ser que estes sejam destituidos dos sentimentos que devem ornar toda a alma bem formada. Além de que esta nossa opinião vai de accordo com o espirito do Codigo no art. 14.º n.º 3, o qual exime de responsabilidade penal o individuo, que pratica um acto punido pela lei, obrigado pela necessidade da legitima defeza de si, ou de *outra pessoa*. Ora se neste caso, aonde pela extensão da letra do art. qualquer póde matar outro na justa defeza ainda de outro que não é seu parente, não aproveitará a um parente a circumstancia attenuante do art. 370.º? Póde ser que o nosso juizo, seja errado, mas quer-nos parecer que necessariamente lhe deve aproveitar.

CAPITULO 3.º

DOS CRIMINOSOS.

Considera-se o crime neste Capitulo pelo lado subjectivo, isto é, com relação ao sujeito que o commetteu.

Artigo 22.º

Sómente podem ser criminosos os individuos que tem a necessaria intelligencia, e liberdade.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

L. 22 Cod. *si advers. delict.*; etc.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Saxe art. 31.º e 32.º; de Bade art. 97.º - 103; de Hanover art. 41.º - 51.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 35 pr.; Tit. 39 § 3, donde se vê que não ha delicto sem malicia ou vontade.

COMMENTARIO.

Este art. é uma consequencia da doutrina estabelecida no Cap. 1.º Se a intelligencia do mal que se commette, ou a intenção, é um elemento constitutivo do crime (art. 1.º, e 14.º n.º 1), e se a liberdade de acção tambem é outro elemento essencial para a existencia da criminalidade (art. 14.º n.º 2, 3)

não poder deixar de ser verdadeiro o principio sancionado neste art.

Deve-se porem notar : 1.º que o Codigo refere-se ao momento em que o crime foi commettido (art. 14.º n.º 1), 2.º que os limites da liberdade devem ser estabelecidos de acordo com o mesmo art. 14.º n.º 2 e 3, e com as observações que a esses dous n.ºs fizemos seguindo os codigos modernos, e a theoria dos melhores criminalistas.

Do que levamos dito se vê quão absurdas eram as penas impostas aos irrationaes, das quaes temos exemplo entre nós ainda no seculo XVII ; -pois o senador Themudo, attesta ter visto em 1654 queimar uma egoa como cumplice do crime de *bestialidade* !

Artigo 23.º

Não podem ser criminosos :

1.º Os loucos de qualquer especie, excepto nos intervallos lucidos.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

L. 40 *de reg. jur.* ; L. 391 *de injur.* ; L. 14 *Dig. de offic. præsid.*

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 8.º n.º 1 ; da Austria art. 2 ; do Brasil art. 1.º ; da Baviera art. 120.º, 121.º ; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Era doutrina seguida pelos nossos Jctos, como Ferreira e outros, fundados no direito romano, e na analogia da Ord. Liv. 4 Tit. 81 pr. e § 1.

COMMENTARIO.

Este n.º do art. 23.º contém doutrina importantíssima ; não pelo principio em si, mas pela applicação variada a que póde dar lugar. Estabelece o Código duas proposições, 1.ª que os loucos de qualquer especie não são criminosos, 2.ª que o são todavia commettendo o facto, que a lei qualifica como crime, em intervallos lucidos. Que os loucos não podem ser criminosos é obvio, depois dos principios estabelecidos nos art. 1.º, 14.º, e 22.º ; falta no agente a necessaria intelligencia e liberdade. Mas a difficuldade nasce immediatamente ao applicar esta regra de irresponsabilidade aos innumeraveis actos, a que pelo seu character ou por analogia, póde ser reclamada a applicação da regra.

A primeira cousa, que devemos advertir, é que o Código pela expressão generica — *loucos* ¹ — quiz designar os individuos que se acham em estado de alienação mental, e não tomou essa palavra no sentido stricto e rigoroso, que em medicina se lhe liga ; é este um defeito que notamos na lei ; melhor fôra ter dito que não eram criminosos os individuos que se achassem em estado de alienação mental.

A medicina distingue nas affecções mentaes dous grãos principaes, o *idiotismo* e a *loucura*. O *idiotismo* é uma especie de estupidez congénita, que póde apresentar diversos grãos, conforme fôr mais ou me-

¹ Esta expressão designa um genero, como se vê pelas palavras seguintes — *de qualquer especie*. —

nos pronunciada ; — a intelligencia dos idiotas nunca chegou a desenvolver-se, a não ser de um modo muitissimo incompleto ; falta-lhes a memoria, e só possuem uma vida meramente animal ¹. A *loucura* comprehende as perturbações, enfraquecimento, ou extincção accidental da intelligencia já desenvolvida. Divide-se em *dementia* propriamente dita, *mania com delirio*, e *mania sem delirio*, ou *monomania*.

A *dementia* é uma debilidade particular das operações da intelligencia, e da vontade, e é caracterizada pela perda da memoria, e desapparecimento do pensamento. Quando provem de velhice ou de doenças cerebraes chronicas é caracterizada por uma quasi completa nullidade de *volição* ; o individuo não obedece a motivos internos, mas sim a impulsos as mais das vezes externos.

A *mania com delirio (furor)* é um delirio geral, variavel. O maniaco não póde ter idéas fixas, nem ligar seus pensamentos, e é affectado muitas vezes, de furor.

Outras vezes o delirio póde versar sobre uma idéa fixa e exclusiva, ou póde n'um delirio mais geral apparecer uma serie de idéas dominantes sobre o mesmo objecto, ou uma paixão fortemente pronunciada e invencivel, que fixam de continuo a attenção do doente e de quem o observa ; é a que se dá o nome

¹ A grande maioria dos idiotas fica de corpo pequeno e definhado ; a cabeça não chega a ter dezoito pollegadas de circumferencia ; tem a testa estreita, baixa, e lançada para traz. Alguns, mas raros, tem pelo contrario a cabeça mui volumosa.

de *monomania*, ou mania sem delirio, a qual a sciencia antigamente designava pelo nome de melancolia. Gall conta que uma mulher instou em não querer lavar sua filha criança, porque uma voz interior a impellia a deixal-a afogar; este e outros semelhantes exemplos que poderiamos apresentar constituem a *monomania homicida* ¹, ou homicidio bestial.

Estabelecidos estes typos geraes da alienação mental, determinemos, em relação a cada uma dellas, os effeitos do principio da não-criminalidade ou da irresponsabilidade.

Pelo que respeita ao *idiotismo*, pôde ser completo ou incompleto; quanto ao primeiro não pôde haver duvida alguma; a vida racional acha-se como que extincta; quanto ao segundo não se pôde estabelecer uma regra geral; e o unico principio que julgamos razoavel é o de Rossi e de Chauveau, isto é, que neste caso os tribunaes devem examinar se a intelligencia incompleta e confusa do agente podia ou não discernir o character do acto praticado, e se das circumstancias, que acompanharam e seguiram esse acto, resulta ou não que elle tinha a consciencia da sua criminalidade: a imputabilidade depende desta apreciação.

Pelo que toca á *dementia* e á *mania* ou furor, uma vez provados, não ha difficuldade alguma; a applicação da pena, além de injusta, seria inefficaz.

Quanto á *monomania* tem ella sido objecto de

¹ Sobre esta especie de monomia vide a nota de Mr. Esquirol a pag. 309 no tractado de Medicina legal relativa aos alienados etc. por J. C. Hoffbauer.

de muitas e difficeis questões ; a affecção pôde ser tão exclusiva, pôde a intelligencia estar tão desembaraçada e livre a todos os outros respeitos, que o affectado pôde realmente inculcar um perfeito estado de espirito, em quanto não dirige sua attenção para o objecto da monomania. A unica regra que a este respeito se poderá estabelecer com mais alguma segurança é que se os crimes commettidos pelos monomaniacos forem relativos á idéa fixa, dominante e exclusiva, sobre que versa a mania, não lhes devem ser imputados ; se lhe não dizem respeito devem-no ser, porque fóra desse ponto unico conservam a liberdade d'acção. Mas nestas excusas de imputação deve haver muita cautela ; sem se provar que o réo estava privado de liberdade ou da força necessaria para resistir á idéa criminosa, e apreciar seus actos não se pôde julgar sem crime.

A apreciação destes diversos estados da mentalidade por quem deverá ser feita ? Kant, nos fins do seculo passado, sustentou que competia aos philosophos ; porem Metzger e muitos outros sustentaram a competencia dos medicos, opinião que geralmente tem prevalecido, posto que as affecções mentaes podem ser do dominio da psychologia ou da medicina, conforme as causas que as determinam. ⁴

⁴ Vide nesta materia Sedillot, *Médecine légale*, Cap. 11 ; Hencke, *Lehrbuch der Gerichtlichen Medicin* (Berlin 1841) § 329 e seg. ; Rossi, Liv. 2 Cap. 17 ; Mittermaier, *De principio imputationis alienationum mentis in jure criminali* (Heidelberg 1838 ;) o artigo de Molinier sobre a monomania na *Révue de législation de 1853*,

A segunda proposição que o Código estabelece neste n.º é que os crimes committidos nos lucidos intervallos são imputados aos loucos. Era esta a doutrina da L. 14 Dig. *de offic. præc.*, que foi seguida por Farinacio e outros Jctos. Uma vez que se verifique existir realmente algum lucido intervallo no louco, quando commetteu o crime, a doutrina será verdadeira, porque obrou com conhecimento de causa. Mas a difficuldade está em o provar, mesmo com os subsidios da medicina; e na duvida deve-se negar a existencia de tal intervallo, não só porque póde ser apparente, mas até porque, quando o não seja, sempre o individuo se acha n'um estado extraordinario, susceptivel de ser excitado a acções violentas por accidentes que não produziriam este effeito, se elle não se achasse nesse estado d'affecção: e esta regra dá-a o proprio Farinacio (*quæst.* 98, n.º 8) apezar da barbaridade, que respira em seus escriptos. Demais á vista do disposto no art. 93.º e seu § não ha tanto perigo.

Seria conveniente que o nosso Código tivesse adoptado o disposto no de Hespanha, cujo art. 8.º determina que o tribunal decrete a reclusão do louco ou demente n'um estabelecimento de alienados, ou a entrega a sua familia, prestando esta caução de o guardar de modo, que a sociedade não fique sujeita a soffrer o resultado de suas loucuras.

tom. I pag. 253 e seg., e Chauvcau n.º 818, de quem principalmente extrahimos as presentes reflexões.

Artigo 23.º (continuação.)

2.º Os menores de sete annos.

3.º Os maiores de sete e menores de quatorze, quando praticam o acto com o necessario discernimento.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

L. 12 *ad leg. Corn. de sicar.*; L. 14 *Dig. ad Senat. cons. Sillan.*; Gaius, III, § 109; § 18 *Inst. de obligat quæ ex delicto*; etc.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. Hesp. art. 8.º; da Austria art. 4.º; da Baviera art. 120.º; do Wurtemberg art. 95.º, 96.º; de Hesse art. 37.º, 115.º, 116.º; de Saxe art. 62.º, 66.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 135; etc.

COMMENTARIO.

Com quanto a razão e as demais faculdades que caracterisam o homem nasçam com elle, é certo que sem terem chegado ao devido gráo de desenvolvimento (que é sempre progressivo) não podem satisfazer o seu fim; o elemento espirital participa da fraqueza do corpo no seu nascimento. Em quanto pois o desenvolvimento intellectual e moral do homem não fôr sufficiente não póde a sociedade tornal-o responsavel por seus actos, porque ou ignora a moralidade das acções humanas, ou não a percebe senão confusamen-

te, como atravez da obscuridade nebulosa do primeiro circulo do Dante.

Mas qual a idade em que se pôde dizer que chegou esse desenvolvimento? qual o ponto que separa essas épocas para os effeitos penaes? A natureza, o clima, e a educação são circumstancias que tornam quasi impossivel estabelecê-lo com certeza; é por isso que as legislações variam a este respeito.

Os periodos percorridos na marcha gradual do desenvolvimento moral do homem, diz Ortolan ¹, em relação á penalidade, são quatro, que se podem caracterisar por esta fórma: 1.º certeza de não-imputabilidade; 2.º duvida, questão a resolver; mas, no caso affirmativo, culpabilidade menor; 3.º certeza d'imputabilidade; culpabilidade mais elevada do que no caso precedente, mas ainda não plena e completa; 4.º culpabilidade plena e completa.

O nosso Codigo estabeleceu o 1.º periodo até aos sete annos; o 2.º dos sete até aos quatorze ²; o 3.º dos quatorze aos vinte ³; o quarto dos vinte em diante.

Os codigos estrangeiros divergem nesta parte; apresentaremos o systema dos allemães, quanto aos dous primeiros periodos, que são o objecto deste art.

Os codigos allemães offerecem quanto á determinação destes periodos quatro typos differentes, que mais facilmente se conhecerá pelos seguintes quadros

¹ Revue de Legislat. 1843 pag. 469.

² Provado o discernimento tem lugar o disposto no art. 73.º

³ Neste caso tem lugar a disposição do art. 20.º n.º 1, e dos art. 71.º e 72.º

1.º PERIODO.			
Baviera, Oldenburg.	Wurtemberg.	Saxe, Hesse etc.	Brunswick.
até aos 8	até aos 10	até aos 12	até aos 14
2.º PERIODO.			
8 aos 12	10 aos 16	12 aos 18	14 aos 18

No primeiro periodo marcado pela nossa lei declara ella que não ha o desenvolvimento moral necessario para ter lugar a imputação ; no segundo suppõe e presume só essa falla de desenvolvimento, admitindo porem prova em contrario ; de modo que no segundo ha presumpção *juris*, no primeiro uma presumpção *juris et de jure*.

A respeito da palavra *discernimento* empregada no n.º 3 e copiada do codigo hespanhol, devemos notar com Pacheco, que por ella não se designa só a intelligencia clara e regular, aliás a lei fundar-se-hia na presumpção de que até aos quatorze annos os homens são *tontos* ; quiz designar mais alguma cousa, isto é, a malicia, a comprehensão das consequencias, essa synthese, para assim dizer, dos objectos externos e das relações que os ligam, que é o character distinctivo da intelligencia varonil ¹.

¹ Sobre esta materia vide Rossi, Liv. 3 Cap. 15 ;

Artigo 23.º (continuação.)

1.º Os ebrios, se a embriaguez é completa, casual, e não posterior ao projecto de commetter o crime.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Vide o annotado ao n.º 8 do art. 20.º, aonde vimos ser a embriaguez por direito romano considerada como circumstancia attenuante.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. da Austria art. 2.º § 3; do Wurtemberg art. 97.º; de Hesp. art. 9.º n.º 6; do Brasil art. 18.º n.º 9. Estes dous ultimos codigos só consideram a embriaguez como circumstancia attenuante.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

A nossa legislação patria militar não considera a embriaguez como escusa, nem como attenuação, senão como circumstancia aggravante.

COMMENTARIO.

Tres circumstancias exige o Codigo para que a embriaguez seja considerada como excusa do crime; 1.ª *ser completa*; 2.ª *casual*; 3.ª *não posterior ao projecto do crime*.

Quanto á primeira é justissima, porque a embriaguez completa, diz Rossi, tira inteiramente a con-

Engelkens, *De imputatione ad pœnam propter ætatis defectum* (Groning 1834), o artigo de Mittermaier nos *Archiv. des criminal. Rechts* de 1841 pag. 155, e Chauveau n.º 745 e seg.

sciencia do bem e do mal, priva o homem do uso da razão ; é uma especie de demencia passageira. Seria pois uma contradicção indesculpavel declarar a criminalidade de um ebrio completo, ao mesmo tempo que se reconhecia a falta da razão na occasião da ebridade. Confessamos a difficuldade da applicação deste principio, mas não é ella motivo para o rejeitar ; os tribunaes, se por um lado não devem deixar-se enganar, tambem não devem ser precipitados ; devem buscar todos os indicios e provas, a natureza do facto, os diversos actos do agente, o interesse que elle tinha na acção, seus habitos etc. , para poderem decidir se o réo conservava ou não a percepção da natureza da sua acção. Se a embriaguez não fôr completa será sómente circumstancia attenuante reunindo os requisitos do art. 20.º n.º 8. Quanto á segunda circumstancia (*ser casual*), tem lugar a mesma reflexão que fizemos no n.º 8 do citado art. 23.º ; a distincção entre a embriaguez casual e habitual é hoje reprovada pelos criminalistas de melhor nota ; no emtanto o Codigo exige a circumstancia da casualidade, e com elle nos devemos conformar ; *dura lex, sed lex !*

Pelo que respeita á terceira circumstancia militam a favor della os mesmos principios que a justificam no art. 23.º n.º 8, para cujo commentario remettemos o leitor.

Combine-se este art. com o 74.º, de que adiante nos occuparemos.

Artigo 23.º (*continuação.*)

5.º Os que praticam o acto em virtude de obediencia devida, nos termos em que a lei a determina

LEGISLAÇÃO ROMANA.

L. 167, 169 *de reg. jur.* ; L. 37 *ad leg. aquil.* ; L. 20 *Dig. de oblig. et action.*

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. da Baviera art. 122.º de Hanover art. 85.º ; de Hesse art. 40.º ; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Nov. Ref. art. 840.º ; etc.

COMMENTARIO.

O Código reconhece a obediencia hierarchica como um dos principios fundamentaes da ordem social, mas suppõe a *legitimidade* da ordem ; cessando essa legitimidade o facto deixa de ser filho da obediencia devida, e o que o pratica responde por elle. Esclareçamos a doutrina com alguns exemplos.

A ordem póde ser militar, civil, de pai para filho, de marido para mulher, e de amo para criado. Quanto á *militar*, sômos os primeiros a reconhecer a necessidade da obediencia e disciplina militar, como uma salvaguarda da segurança social, mas deverá ser essa obediencia tão céga, que obrigue o soldado a praticar um facto evidentemente criminoso, uma vez que não seja ordenado na lei? Alguns, e dessa opinião já era S. Agostinho (*de civit. Dei*, Lib. 50 Cap. 26.º), seguiram a affirmativa ; não nos podemos conformar com tal principio que além de injusto iria comprometter a segurança social. O militar só obe-

dece a seu superior legitimo, e só naquillo a que é obrigado em razão da sua qualidade de militar.

Quanto á *civil*, póde ser filha da lei ou do poder judicial: se é filha da lei deve cumprir-se porque sempre se suppõe justa; póde ella ser iniqua, diz Rossi, mas converter a todos em juizes da lei sería deslocar o poder legislativo, e despojal-o de todas as suas fórmas tutelares: se é filho do poder judicial, deve-se distinguir; ou o mandato do juiz está dentro das suas attribuições ou não; no primeiro caso, ainda que seja injusto, o que lhe obedece não tem responsabilidade; no segundo deve tel-a.

Quanto á *de pai para filho*, deve-se observar que o patrio poder não excede os limites da lei, da moral, e da razão, e se o filho por tanto commetter um homicidio, não o exime da imputação a ordem do pai. O mesmo se deve dizer a respeito da obediencia devida pela mulher ao marido, e pelo criado ao amo.

A respeito dos empregados publicos veja-se o art. 298.º

Os codigos estrangeiros tambem eximem da responsabilidade penal; — 1.º os surdos e mudos de nascimento, sem educação, quando se provar que não podem comprehender o caracter penal e as consequencias da sua acção; Cod. de Saxe art. 67.º, de Baviera art. 121.º, de Brunswick art. 30.º, de Hesse art. 37.º etc.; — 2.º os somnambulos, quando commetterem o crime no estado de somnambulismo.

Já Pereira e Sousa na nota 8 ao § 8 da sua Classe dos crimes havia seguido a mesma doutrina, e antes d'elle o bem conhecido Antonio Gomes, profes-

sor de Salamanca, nas suas *Resolutiones variae* tom. 3 Cap. 1.º n.ºs 69 e 74, para não mencionar outros antigos e modernos. Admira-nos que no Código se não ache consignada expressamente esta doutrina, não por ella ter sido recebida nas legislações modernas, mas sim por ser já sustentada pelos antigos Jctos, cujas idéas em tantas materias se revelam na nossa lei penal. A seguirem-se os antigos deve ao menos ser no que elles tinham de bom.

Apezar disto sustentamos aquellas duas excusas da criminalidade por argumento do art. 22.º

Artigo 24.º

Os co-réos de qualquer crime são ou auctores, ou cúmplices.

LEGISLAÇÃO ROMANA ¹.

¹ O direito romano não apresenta principios donde possamos deduzir uma regra geral sobre a participação de muitas pessoas no mesmo delicto. As leis particulares determinavam para cada *especie* os actos de participação puniveis, e este systema foi seguido no tempo dos imperadores. Todavia nos *crimina publica* os cúmplices eram, em geral, punidos com a mesma pena que os auctores principaes: LL. 6, 7 *ad leg. Pomp. de parricid.*; L. 8 e 14 *ad leg. Jul. de adult.*; L. 1 *Dig. de receptor.*; outras vezes eram punidos com menor pena L. un. *Cod. de Nili agger. non rump. etc.* — Vide Schnell, *de pæn. regulariter mitiorib. in sociis crim. . . sancitis* (Heidelberg 1809)

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. do Brasil art. 4.^o e seg. ; da Baviera art. 44.^o e seg. ; do Oldenburg art. 66.^o e seg. ; de Wurtemberg art. 74.^o e seg. ; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

As nossas leis não seguitam uma distincção rigorosa, porque tambem a não fizeram na applicação da pena — Vide Ord. L. 5 Tit. 60 § 5, e Tit. 45 § 1 ; etc.

COMMENTARIO.

Póde um crime ser commettido por muitas pessoas, mas póde tambem a participação de cada uma dellas não ser igual ; e reclamando a justiça que a pena seja graduada segundo a culpabilidade relativa dos criminosos, era mister, para na applicação das penas haver proporção, que a lei apresentasse alguns typos geraes da participação criminosa para por elles se afferir a respectiva culpabilidade e se applicar a devida pena.

O nosso Codigo féz a distincção entre auctores e cúmplices ; e nos art. seguintes diz quaes são os participantes que entram na primeira ou na segunda classe. Para fazer esta distincção dividiu a participação em *principal* e *secundaria*, e uma e outra em *anterior* e *coetanea* á execução. E' certo porem que tambem póde haver uma cooperação posterior, v. gr. pela receptação dos objectos roubados, porem o Codigo não a considerou como um grão de cooperação, e com razão, porque a não se adoptar este modo de

ver haveria contradicção manifesta nos termos, pois é impossivel cooperar ou tomar parte n'um acto já consummado. Se no facto posterior á execução, ha crime, não póde ser senão um crime especial¹. Vide art. 197.º, 198.º

Os codigos da Baviera, do Oldenburg, do Wurtemberg, e do Hanover, fazem distincção entre auctores, cúmplices e fautores, comprehendendo nesta ultima classe os actos de cooperação posterior ao delicto; e o codigo hespanhol no art. 11.º seguiu o mesmo systema.

No lugar competente veremos o modo de applicar a pena a cada uma destas especies; mas agora passemos a examinar quaes as pessoas que o Codigo considera como auctores no

Artigo 25.º

São considerados auctores :

1.º Os que por acto immediato tomam parte na execução do crime.

2.º Os que dão ordem para se commetter o crime a pessoa que lhe está sujeita.

3.º Os que por dadia, promessa, violencia, ameaça, abuso de auctoridade, ou de poder, convencionam, ou obrigam, ou provocam á execução do crime.

¹ Excepto quando esse acto foi promettido e ajustado antes da execução do crime; porque nesse caso a anterioridade da promessa constitue a cumplicidade. E' a doutrina de Mittermaier not. ao § 53 de Feuerbach; Rossi, Liv. 2 Cap. 34 - 40.

4.º Os que aconselham, quando o conselho fôr causa determinante, e sem elle não se executaria o crime.

§ unico. O excesso do mandatario é imputavel ao mandante, se este o podia ter previsto como consequencia provavel do mandato.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Vide o annotado ao art. antecedente.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. da Baviera art. 45.º-48.º; do Wuttemberg art. 74.º-77.º; de Hasse art. 71.º-82.º; da Sardenha art. 107.º; de Hesp. art. 12.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 35 pr.; etc.

COMMENTARIO.

Apresenta a lei neste art. as pessoas que por sua participação no crime são consideradas como auctores. Com razão diz o Código — *são considerados como auctores* — e não — *são auctores*; — pois quando o Legislador toma uma palavra importante e capital n'um sentido extensivo, e diverso daquelle que natural e ordinariamente lhe corresponde, é bem entendido o systema da lei, designando pelas expressões que emprega ser convencional e facticio o sentido da palavra *auctor*. Assim se exprime D. Joaquim Pacheco a respeito do codigo hespanhol; cujas reflexões

transcrevemos por isso mesmo que o nosso Código não fez senão copiar essas palavras do hespanhol. “

Uma cousa que devemos já advertir é que o art. considera como auctores em principio os que *directamente* concorrem para a perpetração do crime, em contraposição aos cúmplices ; mas essa cooperação directa póde ser immediata ou mediata ; daquella falla o Código no n.º 1, das outras nos n.ºs 2, 3 e 4.

N. 1. Dous requisitos são pois necessarios : 1.º *tomar parte na execução* ; essa parte póde ser maior ou menor, mas ha-de sempre ser real e effectiva ; 2.º *por acto immediato*, isto é, por meio de actos ou obra praticadas na execução, e não por meio de actos de simples preparação. Assim, por exemplo, em um assassinato, em que intervieram muitos criminosos, não só os que dão os golpes são auctores, mas tambem os que põe a mordaga na boca da victima, os que a seguram para ella não offerecer resistencia etc.

Devemos porem observar com Pacheco, que ha certos delictos que costumam agrupar-se por tal fórma que vem uns a dar occasião a outros. N’uma sublevação podem occorrer roubos, violencias etc. ; n’ um roubo de estrada podem tambem succeder desastres de outra ordem. Daqui vem grandes difficuldades sobre a qualificação dos auctores em cada um dos crimes commettidos : na sublevação, v. gr., todos os co-réos tinham um fim, mas houve um roubo no calor della ; serão todos os sublevados considerados tambem auctores do roubo ? Que são auctores daquillo em que anteriormente haviam convindo e tomado parte immediata não ha duvida ; mas a questão

É respeito daquillo que, *sem anterior concerto*, sobreveiu no decurso da execução do crime ajustado: para a resolver faz o criminalista hespanhol a seguinte distincção que adoptamos; se a derivação de um para outro delicto era necessaria ou provavel, os auctores do delicto ajustado são tambem auctores dos delictos que sobrevieram na execução daquelle; não assim se essa derivação não era necessaria, nem provavel; por exemplo se o viajante atacado na estrada, querendo defender-se dos ladrões, é morto por um delles, todos se presumem auctores do roubo e da morte; mas quando o viajante não offerece a menor resistencia, e é morto repentinamente por um dos ladrões, todos são auctores do roubo, mas só este do homicidio. Não obstante é mister muito cuidado nestas inducções, e não decidir por simples presumpções.

Depois de vermos quaes são co-réos que por sua participação directa e *immediata* são considerados auctores, passamos agora a occupar-nos daquelles que, participando directamente na execução, mas de um modo *mediato*¹, são tambem considerados como taes.

N.º 2. A razão é obvia, pois sem essa ordem do superior não se teria perpetrado o crime: isto porem só tem lugar quando realmente o que deu a ordem tinha o *jus imperandi* de que falla a L. 37 pr. Dig. *ad leg. Aquil.*, d'outro modo essa ordem não passaria de um conselho ou de um mandato. Mas será o executor considerado tambem como auctor? em regra diremos que sim, attendendo ao n.º 1 deste art.º, ex-

¹ Sem cuja intervenção porem não se verificaria o crime.

cepto quando apparecem circumstancias de escusa ou justificação (art. 14.º e 23.º), ou quando se verifica a hypothese especial do n.º 5 do art. 23.º, isto é, quando o acto fôr praticado em virtude de obediencia devida. Apesar disto a culpabilidade do que dá a ordem e do que a executa não é igual em todos os casos, porque a do primeiro está na razão directa da sua auctoridade sobre o segundo, e do mal que ameaçava este no caso de desobediencia, em quanto que a do segundo está na razão inversa desta auctoridade e do receio que racionalmente podia ter¹. A differença da culpabilidade está pois no gráo della, e não na sua natureza; e por isso, diz Rossi, que a differença da pena deve ser na quantidade e não na qualidade.

N.º 3. Comprehende tres especies — dativa e promessa — violencia e ameaça — abuso de auctoridade e de poder. Quanto ás dativas e promessas, constituem ellas o que se chama participação por mandato; esta participação é directa, e causa proxima do crime, pois sem ella senão teria elle executado; mas tão criminoso é o mandante como o mandatario; se este executou o crime, aquelle concebeu-o, meditou-o, e serviu-se do mandatario como de um instrumento; e por isso a velha Ordenação muito philosophica nesta parte impunha a pena de morte ao que *matar ou mandar matar*, e o mesmo principio reconheceu a L. 7 § 5 *in fine* Dig. de *jurisdict.*

Uma questão prática se pôde apresentar a respeito do mandato; tendo o mandatario accettato o

¹ Lições de direito crimin. do Sr. Basilio Alberto pag. 52.

mandato, e tendo-o depois revogado o mandante, *quid juris?* Devemos distinguir se a execução do mandato tinha sido começada ou não; neste ultimo caso o mandante não tem nenhuma responsabilidade, porque o crime não existe ainda, e elle deixou de tomar parte nelle; na primeira hypothese devemos ainda distinguir se o mandatario teve ou não conhecimento da revogação do mandato; no primeiro caso cessou tambem a responsabilidade do mandante e pésa toda sobre o mandatario; no segundo o mandante é sempre responsavel, e se o mandatario não conheceu a tempo a mudança da sua vontade *sibi imputet*.

Pelo que respeita á violencia e ameaça, é certo que se alguém impelle outrem a commetter um crime por violencia physica ou moral, sobre elle pésa a responsabilidade, é o seu verdadeiro auctor, porque sem essa violencia, sem essa ameaça não se teria verificado o crime. Mas será o violentado e o ameaçado considerado tambem como auctor, ou deverá ser isempto de pena? Combinando o n.º 2 do art. 14.º com o n.º 3 do art. 20.º devemos fazer uma distincção entre força e ameaça resistivel ou irresistivel; no primeiro caso tem responsabilidade, mas attenuada, no segundo não tem responsabilidade. Nós não podemos admittir esta distincção que o Código fez levado das idéas de Barbeyrac, pelas razões que demos commentando aquelles art.

Resta-nos o abuso de auctoridade ou de poder; doutrina que vai em harmonia com o n.º 5 do art. 14.º; logo que se excedam os limites do poder e da auctoridade o facto praticado é criminoso, e aquelle que o manda praticar é auctor, porque passa a ser

equiparado ao mandante. Assim o pai que mandar a seu filho commetter um assassinato, excedeu os limites do patrio poder, a sua acção é criminosa.

N.º 4. A L. 50 § 3 Dig. *de furt.* caracteriza verdadeiramente o conselho dizendo — *consilium dare videtur qui persuadet et impellit atque instruit consilio.* Para que aquelle que aconselha seja considerado como auctor é preciso, segundo o Codigo, que o conselho seja causa determinante. Em regra o conselho induz sómente cumplicidade, porque não faz senão corroborar um projecto já formado por outros; Mittermaier estabelecendo este principio¹, acrescenta, se porem o que aconselha fizer nascer a resolução de um crime, dando instrucções de modo que façam determinar alguém a executal-o, este conselho é causa principal, e quem o dá deve ser considerado como auctor, porque sem elle não se teria o criminoso arrojado ao crime. Esta especie de conselho é que os antigos doutores chamavam *consilium vestitum, qualificatum* ou *instructum*, em opposição ao *nudum* ou *simplex consilium*, que só induz cumplicidade.

§ un. Assim por exemplo, se o mandato tinha só por objecto ferir alguém, e o mandatario fez uma ferida mortal, o mandante responde por este resultado, é tambem auctor do homicidio, se da ferida resultar a morte; se porem incumbiu ao mandatario o rapto de uma mulher, e este a violou, não responde o mandante pela violação. Esta doutrina é a de Chauveau e outros criminalistas, postoque Legraverend sus-

¹ *Nou Archiv. des crim. Rechts* tom. 3 pag. 137 e seg.

tenta que em todo o caso o mandante é responsável pelo crime com todas as suas circumstancias ¹.

Artigo 26.º

São considerados cúmplices :

1.º Os que aconselham, sendo o conselho alguma das causas determinantes do crime.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

LL. 30 § 3 *de furtis* ; 1 § 3 *de servo corrupto* ; 3 § 8 *de incendio*, 4º *de reg. jur.* ; 53 § 1 *Dig. de verb. signif.* ; L. 1 *Cod. si rector. prov.* ; etc.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 13.º ; da *Baviera* art. 73.º ;

COMMENTARIO.

A doutrina do Código neste n.º 1 é conforme com a dos bons auctores ; e já era seguida pelos antigos escriptores, como Julius Clarus e Farinacius. Já dissemos no art. antecedente n.º 4, apresentando as idéas de Mittermaier, que quando o conselho fosse a causa *única* que tivesse determinado o criminoso a executar o crime, o conselheiro não podia deixar de ser considerado como auctor, porque era a causa do delicto, e se achava quasi na mesma posição que o mandante a respeito do mandatario. Porem não sendo o conselho a *única*, senão *alguma* das causas determinantes do crime, a participação do conselheiro não

¹ *Lois crimin.* Liv. 1 Tit. 2 § 2 n.º 3.

é tão directa nem tão immediata, porque não faz senão corroborar o proposito do crime determinado por outras causas, e nesse caso aquelle que aconselhou não poderia ser equiparado aos auctores do crime, devendo ser considerado só como cúmplice.

Esta doutrina é exacta, mas julgamos difficil de se poder provar em muitos casos se o conselho foi ou não a causa unica que determinou o crime ¹.

Artigo 26.º (continuação.)

2.º Os que de qualquer maneira que não seja alguma das referidas no art. antecedente provocam ao crime.

3.º Os que preparam, ou fornecem instrumentos, ou quaesquer meios para se commetter o crime, sendo disso sabedores.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

L. 54 § 4 Dig. *de furtis*; etc.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. do Grão Ducado de Hesse art. 83.º; da Sardenha art. 108.º; das Duas Sicilias art. 74.º n.º 3; etc.

COMMENTARIO.

A doutrina do n.º 2 não offerece duvida uma vez que se note que essa provocação para induzir cumplicidade deve ser alguma das causas determinan-

¹ Rossi, Liv. 2 C. 36 *in fine*; Chauveau n.º 648-649.

tes do crime, aliás não havendo ligação entre este e ella, não pôde induzir cumplicidade : esta intelligencia confirma-se com o § un. do art. 486.º

Pelo que respeita ao n.º 3 podia sustentar-se que os que preparam ou fornecem instrumentos ou quaesquer meios para se commetter o crime, devem ser considerados como auctores ; Rossi é desta opinião uma vez que elles *tenham tomado parte na resolução do crime*, que parece ser o mesmo que a restricção do Codigo nas palavras — *sendo disso sabedores*. — Em theoria nem seguiríamos a opinião de Rossi nem a do nosso Codigo, e fariamos a seguinte distincção, ou esses meios fornecidos para se commetter o crime, com conhecimento de que são para esse fim, eram de tal genero que sem elles o crime se não podia verificar, ou não ; no primeiro caso os que os fornecessem seriam considerados auctores, no segundo cúmplices.

Artigo 26.º (continuação.)

4.º Os que com igual conhecimento ajudam os auctores do crime em quaesquer actos para facilitar a execução.

5.º Os que deixando maliciosamente de impedir o crime, sendo-lhe possível, concorrem para o facilitar, com intenção de que se execute.

6.º Os que para a execução do crime scientemente servem de intermediarios entre o mandante e mandatario, ou outros quaesquer co-réos.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. da Sardenha art. 108.º ; da Austria art. 191.º ; das Duas Sicilias art. 74.º n.º 4 ; etc.

COMMENTARIO.

É principio certo que todos os que tomam parte immediata e principal na execução do crime devem ser considerados como co-auctores ; na hypothese porém do n.º 4 tracta-se dos que ajudam os auctores do crime em qualquer acto para facilitar a execução ; e estes com justa razão são considerados como eumplices, uma vez que o seu adjutorio *não seja indispensavel*, pois a parte que tomaram no crime não é principal, mas sómente secundaria.

Pelo que respeita á materia do n.º 5 devemos advertir que não basta o facto de não impedir o crime para qualquer ser considerado como cumplice, o Codigo exige mais que elle concorra para o facilitar com intenção de que se execute. Os romanos puniam o simples facto de não se obstar á execução do delicto, uma vez que nisso não houvesse risco pessoal, por isso na L. 45 Dig. *ad leg. Aquil.* se diz — *qui prohibere potuit, tenetur si non fecit* ; — e na L. 109 Dig. *de reg. jur.* : — *nullum crimen patitur is qui non prohibet, cum prohibere non potest.* O Codigo tambem parece admittir até certo ponto esta distincção na palavra *maliciosamente*.

As antigas legislações iam ainda mais longe porque consideravam como cumplicidade o facto da não revelação do crime, tal era a nossa Ord. Liv. 5 Tit. 6 § 12 que impunha a mesma pena do crime de Lésa Magestade áquelle que tendo conhecimento do crime o não descobria.

A materia do n.º 6 é conforme ao que diz Chau-

veau (n.º 647): os antigos juriconsultos, como Farinacius e Jousse, consideravam como auctores aquelles que serviam de mediadores ou intermediarios entre o mandante e o mandatario; todavia tal opinião é dura, porque ainda quando estes agentes tenham cooperado *scientemente*, como diz o Codigo, para a execução do crime, essa cooperação não é senão secundaria, e não pôde ser considerada como causa determinante e proxima do crime. O Codigo sempre considera o conhecimento do crime como essencial para a participação constituir a cumplicidade legal, como se vê das expressões, *scientemente, sendo disso sabedor etc.*; e a razão é porque sem isso não ha criminalidade, como se deduz da lei, e tem sido uniformemente julgado em França por varios accordãos do Tribunal de Cassação por Chauveau na nota ao n.º 695.

Artigo 27.º¹.

As disposições deste Codigo são applicaveis, não havendo tractado, ou lei especial em contrario:

1.º A quaesquer estrangeiros residentes em domínios portuguezes.

2.º Aos portuguezes que fóra dos mesmos domínios commetterem crimes contra a segurança interior, ou exterior do Estado, falsificação de sellos publicos, de moedas portuguezas, ou de papeis de credito publico, ou de notas de quaesquer bancos portuguezes auctorizados por lei.

¹ NB. As concordancias deste art. vão conjunctamente com o commentario a cada n.º para mais facilidade.

3.º Aos estrangeiros que commetterem qual-quer destes crimes, uma vez que compareçam em territorio portuguez, ou se possa obter a entrega delles.

4.º A todo o portuguez que em paiz estrangeiro commetter algum crime contra outro portuguez, sendo achado neste reino, e não tendo sido punido no paiz em que commetteu o crime, se o proprio offendido querellar.

5.º A todos os individuos que commetterem crimes a bordo de navio portuguez no mar alto.

6.º A todo o portuguez que commetter algum crime contra outro portuguez a bordo de navio portuguez surto em porto estrangeiro.

7.º A todos os portuguezes ou estrangeiros que commetterem algum crime a bordo de navio estrangeiro em porto portuguez, excepto se esse crime fôr commettido por pessoas da sua tripulação contra outras da mesma tripulação.

COMMENTARIO.

A materia deste art. ficaria melhor n'um titulo preliminar, do que neste lugar.

N.º 1. E' certo que tanto o poder judicial como o legislativo se estende sobre todos os individuos, que se acham no territorio, ou sejam nacionaes ou estrangeiros, assim como sobre os factos praticados tanto por uns, como por outros. Com effeito pelo que respeita aos estrangeiros (pois quanto aos nacionaes não pôde haver duvida), assim como tem direito a ser protegidos pelas leis do paiz aonde se acham, tem

tambem a rigorosa obrigação de as respeitar. E' este um principio admittido em direito internacional, como se póde ver na estimavel obra de Mr. Fœlix, Liv. 2 Tit. 9 Cap. 3. Em França á vista do art. 3.º do cod. civ. segue-se a mesma doutrina; o mesmo succede nos Estados Pontificios nos termos do art. 60.º do Regulamento do processo criminal, e na Austria pelo art. 31.º do cod. pen. ¹. — Do Dec. de 20 de Dezembro de 1661, e da Res. de 30 de Agosto de 1785 se via já que os estrangeiros em quanto vivem em Portugal são sujeitos ás leis, governo, e auctoridades, salvo no que lhes era concedido ou dispensado por lei especial: e algumas leis fazem mesmo expressa menção delles; tal é a Pragmatica de 24 de Maio de 1749 art. 29.º, e a L. de 11 de Agosto de 1753 sobre o contrabando dos diamantes etc'.

N.º 2. Este n.º, semelhante ao art. 862.º da *Novis. Reforma*, é copiado com pouca differença do art. 5.º do cod. de instrucção criminal franceza; e concorda com o art. 6.º da lei do processo criminal das Duas Sicilias, e com o art. 5.º do cod. penal da Sardenha. Na Inglaterra, na Escocia e nos Estados Unidos vigora um principio absolutamente contrario: nenhum cidadão póde ser punido por crimes commettidos em paiz estrangeiro ²: na Allemanha porem alguns codigos punem indistinctamente os delictos das nacionaes ou sejam commettidos na propria nação ou

¹ Vide Fœlix *loc. cit.*; Story, *Conflict of laws* § 620 e seg. (Boston 1841); Abegg, *Ueber die Bestrafung der im Ausland begangenen Verbrechen* § 23.

² Story § 620 - 622.

em paiz estrangeiro ; é o que se vê do Decreto da promulgação do codigo da Baviera art. 3.^o

As legislações da Allemanha que adoptaram esta theoria seguiram a opinião de Voet, e de Boehmer ¹; a legislação ingleza e americana seguiram porem as idéas de Abegg e Kluber ².

N.^o 3. Esta disposição é a mesma do cod. de instrucção criminal francez art. 6.^o, do cod. penal da Sardenha art. 6.^o, e da *Novis. Reforma* art. 682.^o § un. Em regra geral as leis positivas das diversas nações não admittem procedimento algum contra um estrangeiro por crimes commettidos em outro Estado, a não ser que ou o crime prejudique o Estado (considerado como corpo) aonde se procede contra esse estrangeiro, ou seja da maior gravidade ; o Codigo copiando a legislação franceza foi coherente com este espirito geral do direito positivo das nações.

O art. diz que serão punidos uma vez que compareçam em territorio portuguez ou se possa obter a entrega delles (*extradição*). A respeito da extradição devemos advertir que segundo a opinião de Story, Wheaton, Mittermaier e outros Jctos, as nações não são obrigadas a conceder a extradição de um delinquente, a não ser que haja tractados especiaes ³, posto

¹ Voet, *De statutis*, sect. 11, cap. 1, n.^o 4 ; Boehmer, *De delict. extra territ. commis.* § 13 e seg.

² Abegg, § 28, 35, 36, 41 ; Kluber § 63.

³ Como são as convenções do nosso Portugal com os Paizes-Baixos sobre a entrega de desertores de 8 de Maio de 1784, com a Hespanha de 8 de Março de 1823 sobre o mesmo objecto, e de 1 de Março de 1778 sobre a entrega dos individuos accusados de moeda falsa e

que o façam de ordinario mesmo sem tractado : no que ha sempre porem muita difficuldade, diz Fœlix, é em qualquer nação consentir em entregar os seus proprios subditos a outra, e até as leis de muitos estados o prohibem expressamente ; taes são os codigos da Baviera art. 30.º e do Oldenburg art. 501.º

N.º 4. O disposto neste numero tem por fonte proxima a *Novis. Reforma* art. 863.º, e por fonte remota o art. 7.º do codigo de instrucção criminal francez. Tres condições exige o Codigo para ter lugar a applicação deste art. ; 1.ª *ser achado neste reino* ; fazemos a mesma observação que faz Rogron a esse art. 7.º ; é mister que o portuguez se ache de volta a este reino por sua vontade ; seria na realidade uma barbaridade entender o artigo applicavel a um desgraçado que fosse por um naufragio lançado nas costas de Portugal ; 2.ª *não ter sido punido no paiz em que commetteu o crime* ; é justa esta condição ; em direito criminal tem todo o lugar a maxima : *non bis in idem* ; 3.ª *haver querella do proprio offendido* ; esta condição não deroga o principio geral do Dec. de 10 de Dezembro de 1852, segundo o qual a querella de todos os crimes compete em regra ao Ministerio publico, por isso que vai de accordo com a limitação feita no art. 1.º do mesmo Decreto.

N.º 5. Apesar de admittida hoje em direito da-gentes a doutrina da liberdade dos mares, outr'or.

contrabando etc. — Vide Fœlix *loc. cit.* Cap. 7, e as notas do Sr. Castro Netto ao § un. do art. 862.º da *Novis. Reforma*.

lão debatida, é reconhecido todavia pelos escriptores de direito internacional que todo o navio que navega em mar alto se deve considerar como formando uma continuação do territorio da nação á qual pertence esse navio ¹. O Codigo vai conforme com isto.

N.º 6. Esta doutrina tambem tem sido seguida em direito das gentes, mas seria melhor que a lei tivesse dito, em vez de *a todo o portuguez etc.* a todo o individuo da tripulação de navio portuguez surto em porto estrangeiro, que a bordo do mesmo commetter algum crime contra outro individuo da mesma tripulação. Mr. Ortolan no seu excellento tractado das *Règles internationales de la mer* ² refere dous casos succedidos em França em 1806, o primeiro foi o de um navio mercante americano (*o Newton*), ancorado no porto d'Anvers, e em cuja lancha teve lugar uma desordem entre dous marinheiros de sua equipagem; elevando-se um conflicto de jurisdicção entre as autoridades francezas e o consul americano; o segundo succedeu com outro navio americano (*Sally*), cujo segundo capitão havia feito uma ferida grave a um dos marinheiros. Ambos foram decididos segundo o principio que o nosso Codigo tambem imitou. Veja-se o *Regulamento Consular Portuguez* de 26 de Novembro de 1851 art. 107.º - 109.º, aonde se marcam os deveres dos consules neste caso.

N.º 7. Este numero contém uma regra e uma

¹ Vattel, *Droit des gens* II, 7, § 30; I, 19 § 216. Wheaton, *Droit internation.* tom. I, part. 2 Cap. 2 § 10; etc.

² Tom. I pag. 293 - 298; Append. pag. 441.

excepção sendo esta uma consequencia do n.º 6. E doutrina seguida geralmente pelos escriptores ¹, mas a respeito da excepção, não deve ella ter lugar, como quer Wheaton, quando os crimes da tripulação entrarem si comprometterem a segurança do porto, porque então os tribunaes da nação a que pertence esse porto podem conhecer dos crimes e punil-os.

TITULO II.

DAS PENAS E SEUS EFFEITOS.

O direito penal seria incompleto se depois de ter estabelecido todos os principios sobre a criminalidade, sobre a diversa natureza das acções criminosas, sobre as circumstancias que podem aggravar ou attenuar essa natureza etc., não se occupasse em seguida de determinar a natureza das penas, suas especies e effeitos, e de apresentar as regras para a sua applicação. A idéa de pena, diz Pacheco, é a segunda elementar do Código, a primeira é a de delicto: é este um systema tão natural, que o Código, laborando muitas vezes n'uma grande falta de methodo não poderia deixar de o seguir.

Neste titulo 2 tracta elle em dous Capítulos de versos, 1.º *das penas*, isto é, da sua classificação, da determinação da differente natureza de cada uma dellas, 2.º *dos seus effeitos*.

¹ Dalloz, Dict. v.º *Compétence criminelle*, n.º 23

CAPITULO 1.º

DAS PENAS.

Escusado é fallar aqui das diversas penas que entre nós estiveram consignadas nas leis patrias ; algumas não apparecem hoje no Código, nem podiam apparecer attendendo aos progressos da civilização.

Sobre as que vem mencionadas no art. 29.º alguma cousa diremos no respectivo lugar, procurando esclarecer a doutrina da lei.

Artigo 28.º

As penas decretadas por este Código são as que se declaram nos artigos seguintes.

Artigo 29.º

As penas maiores são :

- 1.º A pena de morte.
- 2.º A de trabalhos publicos.
- 3.º A de prisão maior com trabalho, ou simples.
- 4.º A de degredo.
- 5.º A de expulsão do reino.
- 6.º A da perda dos direitos politicos.

Artigo 30.º

As penas correccionaes são :

- 1.º A pena de prisão correccional.
- 2.º A de desterro.
- 3.º A de suspensão temporaria dos direitos politicos.

- 4.º A de multa.
- 5.º A de reprehensão.

Artigo 31.º

As penas especiaes para os empregados publicos são :

- 1.º A pena de demissão.
- 2.º A de suspensão.
- 3.º A de censura.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Sobre o systema e escala penal dos codigos allemães vejam-se os de Saxe art. 6.º-24.º, de Brunswick art. 6.º-66.º, de Bade art. 10.º-69.º, do Hanover art. 6.º 31.º, de Hesce art. 7.º-36.º

COMMENTARIO.

O Codigo divide as penas em communs, (art. 29.º e 30.º) e especiaes para os empregados publicos (art. 31.º); subdividindo aquellas em *maiores e correccionaes*.

Esta distincção entre penas maiores e correccionaes é injustificavel, ou seja considerada em relação á natureza das penas ou em relação á organização judiciaria. Não se coaduna com a natureza das penas, porque, afóra a de morte, todas as mais devem ser correccionaes, pois o seu fim é o melhoramento e a emenda do criminoso. Não se harmonisa tão pouco com a organização judiciaria por isso que as penas correccionaes não são privativas do juizo correccional, como se vê do Dec de 10 de Dezembro. Não

corresponde á distincção entre crimes e contravenções, porque as penas correccionaes não são especiaes para as contravenções¹. Por isso o codigo penal da Russia se conforma mais com a sciencia na divisão que estabelece entre penas *capitales* e *correccionaes*.

Não nos occuparemos agora com a apreciação da justiça das penas decretadas noCodigo, nem com a conveniencia ou moralidade das penas perpetuas; são questões mais proprias de um tractado simplesmente theorico, e que tem dividido os escriptores, segundo a diversidade de seus systemas. Limitar-nos-hemos apenas a notar nos respectivos artigos aquelles pontos em que nos parecer que oCodigo não se conformou com os principios da sciencia, nem adoptou um bom systema.

Na escala das penas *maiores* apparece a prisão, dividida só em prisão com trabalho e simples: mas no art. 34.^o estabelece-se que essa pena póde ser tambem com *isolamento* e por toda a vida, não tendo fallado d'elle no art. 29.^o! Sem nos occuparmos neste lugar em fazer sensível quanto a lei penal se mostra vacillante e incerta sobre a natureza da prisão (o que fazemos no art. 34.^o), não podemos deixar de advertir que, mencionando-se na escala penal a prisão com trabalho, deveria ter sido igualmente classificada nella

¹ E' notavel que oCodigo adoptasse esta divisão de penas quando n'outros lugares parece querer seguir um systema conforme á natureza das infracções, e do processo: assim que, fallando da prescripção no art. 124 e seu § 1 diz que as penas *maiores* prescrevem passados vinte annos etc., as *correccionaes* passados cinco, e as *das contravenções* (NB.) passados dous!

a prisão com isolamento, que é mais grave do que aquella, e talvez a pena maior que se pôde applicar.

Quiz-se no art. 78.º § 3 considerar o isolamento só como *aggravação* e no art. 34.º declarou-se que a prisão *simples* podia ser com isolamento!

A multa não é só correccional, como o Código pretende significar; e a prova disso é que com ella se pôde aggravar a pena da perda dos direitos politicos e a de expulsão do Reino (art. 78.º § 6). Limitamo-nos a estas considerações, feitas pelo Sr. Conselheiro Mello, e para sermos methodicos iremos fazendo nos seguintes artigos deste Capitulo as observações que julgarmos rasoaveis.

Artigo 32.º

A pena de morte consiste na simples privação da vida.

COMMENTARIO.

A pena de morte é a primeira da escala penal, porque a vida é o bem mais precioso de que o homem pôde ser privado. Não é nossa tenção apresentar o que se tem escripto sobre a justiça ou injustiça desta pena, a qual, diz um escriptor moderno, é para a sciencia penal um problema tão difficil como o da quadratura do circulo para a mathematica. A civilização moderna já a aboliu nos crimes politicos, e o Acto addicional á Carta não duvidou consignar um principio tão luminoso, e conforme com a justiça. Feliz será a humanidade na época em que a poder abolir nos crimes civis.

Este art. era desnecessario; todos sabem que

matar a outrem é privar-o da vida; e se o **Código** julgou preciso fazel-o para indicar que proscreviu a morte cruel, sancionada pela Ord. Liv. 5 Tit. 6 § 9 e outras leis, nem ainda assim deixava de ser inutil o art., não só porque a Carta Constitucional aboliu as penas atrozes e crueis no art. 145.º § 18, mas até porque sendo a morte *cruel* uma aggravação (posto que inutil¹) da pena morte, no art. 78.º § 1 se diz que esta pena em caso algum pôde ser aggravada.

Artigo 33.º

O condemnado na pena de trabalhos publicos será empregado nos trabalhos mais pesados com corrente de ferro no pé, ou com cadêa presa a outro companheiro se a natureza do trabalho o permittir. Esta pena pôde ser por toda a vida com as restricções prescriptas na lei, ou temporaria desde tres até quinze annos.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 15.º; das Duas Sicilias art. 9.º; etc.

COMMENTARIO.

Esta pena, como já dissemos, existia na nossa legislação antiga. O Código até ás palavras = *o per-*

¹ *Nihil quod crudele utile*, dizia com razão Cicero *de offic.* III, 11. — São conhecidas as torturas que algumas vezes precediam entre nós a execução da pena capital; e delles temos ainda um exemplo horroioso no supplicio dos nobres que attentaram contra a vida do Sr. D. José 1.º

mitter = copiou o art. 13.º do código francez. A escolha destes trabalhos, a que elle chama *pesados* e o de França *pénibles*, pertence ao governo, como succede nos outros paizes. — Quando esta pena fôr por toda a vida, diz o art., deve-se entender com as restricções marcadas na lei; refere-se ao art. 72.º e seu § un., donde se vê que chegando o condemnado aos 60 annos, ou soffrendo enfermidade incompativel com tal pena, deve ser esta substituida pela de prisão com trabalho ou sem elle.

Este genero de penalidade tem sido mui combatido pelos escriptores, chegando o célebre Carlos Lucas a dizer que a nação inteira era uniforme em sua opinião quanto aos seus desastrosos effeitos; todavia alguns criminalistas, entre elles Chauveau, apezar de lhe reconhecer alguns vicios, reputam-na adoptavel mas com muitas modificações. Nós respeitamos a lei, não censuramos o Legislador, mas no campo da sciencia regeitamos uma pena, a qual, se pelo habito do trabalho procura reformar o criminoso, pela infamia da publicidade tende mais fortemente a depreval-o. Achamos que tanto ella como a de degredo devem resolver-se no estabelecimento de colonias penaes, das quaes adiante fallaremos.

Sendo temporaria esta pena póde estender-se de 3 até 15 annos¹.

Artigo 34.º

O condemnado á pena de prisão maior será

¹ Os romanos tambem tinham a pena de trabalho publico, e era a immediata á de morte. L. 28 Dig. de poen. — «*proxima mortis poena in cellis coercitio.*» —

cluso em fortaleza, ou cadêa, ou estabelecimento publico destinado para este fim. A prisão com trabalho obriga o condemnado a trabalhar dentro do estabelecimento conforme as suas circumstancias e aptidão, applicando-se em seu beneficio parte do producto, segundo os respectivos regulamentos. A prisão simples não priva o condemnado de communicar com outras pessoas, segundo os regulamentos do governo, salvo quando fôr com isolamento. A prisão maior, ou com trabalho, ou simples, pôde ser por toda a vida, ou temporaria, que excedendo a tres annos não passe de quinze.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Vide os codigos citados nos art. 28, 29, 30 e 31; e os codigos dos Paizes-Baixos art. 10.^o - 14.^o; de Hesp. art. 17; etc.

COMMENTARIO.

Deste art. se vê que a prisão maior pôde ser com trabalho ou sem elle (*simples*), e tanto uma como outra perpetua ou temporaria.

E' para lamentar que depois da Europa agitado por tanto tempo a questão do systema penitenciario, ainda ha poucos annos ventilada no congresso penitenciario de Francfort, appareça no nosso Codigo a pena de prisão sem ao menos se resentir das novas idéas, nem das disposições de todos os codigos modernos. O isolamento que constitue a base de dous differentes systemas (o de Auburn com isolamento nocturno, e o da Philadelphia com isolamento continuado), apenas é considerado como uma aggravação material da pena de prisão no § 3 do art. 78.^o.

quando devia ser reputado um principio de emenda e regeneração do culpado.

A mesma observação tem lugar a respeito do trabalho, o qual deveria ser uma das bases das penas dos crimes, em quanto no Codigo só apparece adoptado em parte. O Sr. Paschoal, no seu tempo, apresentou idéas mais precisas e luminosas a este respeito, apezár do atraso em que este ramo de sciencia penal se achava no seu tempo: mas o illustre Montesquieu portuguez era um desses homens que só apparecem de seculos a seculos; as suas *Instituições de direito portuguez*, e o *projecto de codigo criminal*, são monumentos mais que sufficientes para immortalisarem o seu nome e o tornarem respeitavel na Europa culta.

Esta deficiencia do Codigo no meiado do seculo XIX, e quando tantos subsidios se offereciam é para lamentar, como dissemos.

A prisão maior póde ser perpetua ou temporaria, e esta de 3 até 15 annos. Com quanto n'outro tempo nos não repugnassem as penas perpetuas, hoje achamol-as contrarias á natureza das penas, e ao fim do direito de punir ¹.

¹ Os romanos apezar das falsas idéas, que então vigoravam, não admittiam a prisão perpetua, e por isso na L. 6 Cod. *de pæn.* se lê — *Incredibile est quod allegas, liberum hominem, ut vinculis perpetuis contineatur esse damnatum.* — Apezar disso ella apparece no direito canonico approvada por Bonifacio no Cap. 3 *de pæn.* E' verdade porem que á Igreja se deve a idéa eminentemente moralisadora do systema penitenciario, idéa que foi abraçada e desenvolvida pela civilisação moderna,

Achamos muitas vantagens na pena de prisão, estamos até convencidos que com o progresso da civilisação hade ser ella a unica pena que hade figurar nos codigos penaes; e a nossa L. de 13 de Julho de 1678 tinha razão dizendo que ella era o meio mais justo que as leis introduziram para evitar e castigar os delictos.

Quanto ao que o Codigo diz ácerca da applicação do producto do trabalho do condemnado é deficientissimo. Approvamos a disposição do codigo hespanhol, o qual no art. 105.º diz: — o producto do trabalho dos condemnados será applicado; 1.º para tornar effectiva a responsabilidade dos condemnados proveniente do delicto; 2.º para indemnisar o estabelecimento dos gastos occasionados; 3.º para lhes proporcionar alguma vantagem ou allivio durante a detenção; e para lhes formar um fundo de reserva, o qual lhes será entregue quando sahirem do estabelecimento. —

Sobre o melhoramento do estado das prisões tem havido muitas e diversas providencias. O Dec. de 6 de Setembro de 1826 procurou melhoral-as nomeando commissões para examinarem o estado dellas na Côte e Reino, e proporem os meios de o remediar. A Port. de 31 de Outubro de 1833 mandou desfazer os car-

(*Caus. 22, quæst. 2 c. 23; Caus. 23, quæst. 4 c. 51; Cap. 27 § 1 x de verb. signif.*). Faustin Hélie no seu *Tractado de processo criminal* e Guizot na sua *Historia de civilisação na Europa* fazem nesta parte a devida justiça á Igreja, que tanto influiu na reforma do direito penal.

ceres e segredos do Limoeiro, designando lugar para os presos incommunicaveis. O Dec. de 27 de Fevereiro de 1834, e Port. de 27 de Abril, e 7 de Setembro de 1837 deram novas providencias para a reforma das cadêas, e além de outras disposições, o Regulamento provisorio da policia das cadêas, distribuido em 13 capitulos, e mandado observar por Dec. de 16 de Janeiro de 1843, veio regular a policia de todas as cadêas do Reino, a distribuição dos presos segundo seus crimes, distincção de sexo e idade, sustentação de pobres, visitas, e outras providencias correlativas.

Apezar disto, e dos esforços dos dignos Procuradores Regios, o estado das prisões em Portugal é, e hade ser lamentavel em quanto se não adoptar o systema penitenciario, cuja efficacia já foi reconhecida pela Carta de Lei de 29 de Julho de 1839 e outros Decretos, chegando até a destinar-se para esse effeito em Lisboa o edificio de Xabregas.

Artigo 35.º

O criminoso que fôr condemnado em pena de degredo, será levado para uma das possessões ultramarinas para ahi permanecer por toda a vida, se o degredo fôr perpetuo; ou pelo tempo declarado na sentença, se o degredo fôr temporario, o qual não poderá ser menor de tres annos, nem exceder a quinze annos.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 17.º; etc.

COMMENTARIO.

A nossa legislação tambem admittia degredo por tóda a vida, Ord. Liv. 5 Tit. 139 § 2 e 3, e temporario, Ord. Liv. 5 Tit. 140 pr., e Tit. 143; na primeira especie comprehendia-se o degredo *até mercê do Principe*, citada Ord. Tit. 18 § 3, e Tit. 23 pr.¹.

O minimo do degredo temporario é de 3 annos, mas pela citada Ord. Tit. 140 § 1, sendo para o Brasil, não podia ser por menos de 5.

Nós seguiriamos antes este minimo da Ord.; no codigo das Duas Sicilias é de 6 annos.

O Dec. de 2 de Março de 1801 concedeu aos degradados o poderem levar suas mulheres para o lugar do degredo.

A pena de degredo como tem lugar entre nós é inutil, e nada tem de reformadora. Admittir o systema das colonias penaes, para as quaes tantas proporções se nos offerecem, é o meio de harmonisar esta pena com a natureza e fim do direito de punir, e de fazer desaparecer os inconvenientes da perpetuidade do degredo.

E' bem notorio quanto este objecto tem attraído a attenção da nação ingleza, a qual, com quanto tenha empregado a *transportação* para colonisar suas possessões, nem por isso tem sido sempre feliz nos systemas adoptados para esse effeito.

¹ E de que igualmente se faz menção na Ord. Liv. 5 Tit. 42 pr., no *Regimento de Fazenda* Cap. 122, etc. Phebo, Part. 2.^a Decis. 177.

As discordias politicas do reinado de Carlos 1.º contribuíram para a colonisação da America do Norte, e um *bill* do Parlamento regularisou a execução dessa pena, que começou a ter lugar na provincia de Maryland, até que a insurreição e emancipação das colonias em 1775 forçou o governo a buscar outro lugar para a deportação dos condemnados ; foi escolhida para este fim a Nova-Hollanda (então ha pouco descoberta), e que parecia propria para constituir o centro das novas relações com a America, a China, e as Indias. Van-Diemen, Norfolk, e Bermuda tem sido os principaes estabelecimentos penaes, nos quaes dous systemas tem vigorado, o das *assignações* até 1843, e o das *probações* de então para cá. Não é este o lugar de entrarmos em largas considerações sobre esta materia que mais pertence a um tractado theorico, do que a um commentario ; os curiosos acharão o devido desenvolvimento em Blossville, *Des colonies pénales*, e em Bérenger nos seus excellentes artigos sobre *a repressão penal* na *Révue de legislation* de Wolowsky, 1852, e 1853.

Sobre a historia da pena de degredo entre nós, diremos quanto fôr compativel no art. 50.º

Artigo 36.º

Pela pena da expulsão do reino, é o criminoso obrigado a sahir do territorio portuguez com inhição de nelle tornar a entrar. Esta pena póde ser por toda a vida, ou temporaria desde tres até quinze annos.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. das Duas Sicilias art. 12.º, 13.º; de França art. 32.º, 33.º; dos Paizes-Baixos art. 15.º; etc.

COMMENTARIO.

Esta pena póde ser considerada, diz Chauveau, debaixo de dous aspectos ; ou como uma pena geral applicavel a crimes de differentes especies, ou como uma medida especial reservada para crimes de uma natureza particular e identica. Beccaria não duvida adoptal-a debaixo do primeiro aspecto ; fundado em que aquelle que não obedece ás leis, e que viola as condições debaixo das quaes os homens reciprocamente se sustentam e defendem, deve ser excluido da sociedade. Pastoret porem combateu taes idéas, sustentando que uma pena, em virtude da qual um povo procura lançar sobre outro a escoria da sua sociedade, é filha do egoismo da lei, e desconhece os principios que ligam mutuamente as nações. E em verdade, estas poderiam repellir um tal systema, perigoso para a sua segurança, não consentindo que para o seu territorio fossem enviados criminosos estrangeiros.

E' por isto que esta pena em França foi com razão applicada a certos crimes politicos, os quaes, como advertia Treilhard, não suppõem no delinquente a perversidade que se revela nos crimes em geral. Rossi, e Carlos Lucas ¹ seguiram esta mesma idéa, a qual, a admittir-se semelhante pena, deveria ser adoptada pelas legislações que a fulminam.

Livingston ² combate-a apezar disto, dizendo que

¹ Rossi, Liv. 3 Cap. 9 ; Lucas, *Du système pénal*, part. 3 Cap. 5.

² *Report on the plan of a pénal Code*, pag. 20.

é perigosa, pois o delinquente póde, fóra do seu paiz, achar meios mais efficazes e perigosos para attentar contra elle ; mas neste caso o mal não é para o paiz que o recebe, mas sim para a patria que o expulsa ; e a experiencia pelo menos não tem confirmado os receios do jurisconsulto americano.

Esta pena que corresponde na essencia á *interdictio aquæ et ignis* dos romanos, denominada *exilium* na L. 2 Dig. *de public. judic.*, passou para as nossas Ordenações com o nome de *banimento*, que ainda apparece na Carta Constitucional art. 8.º § 3¹ ; e na Carta de Lei de 19 de Dezembro de 1834 em caso especialissimo.

A expulsão ou banimento, nos codigos allemães, é sómente uma pena *accessoria*, applicavel aos delinquentes *estrangeiros*, a quem é imposta depois de cumprida a pena principal a que são condemnados, e substitue a respeito delles a sugeição á vigilancia especial da policia, que nos **mesmos casos** é applicavel aos nacionaes².

Artigo 37.º

A pena da perda dos direitos politicos, consiste na incapacidade de tomar parte por qualquer maneira no exercicio, ou no estabelecimento do poder publico, ou funcções publicas. Esta pena é perpetua, salva a rehabilitação nos casos determinados na lei.

¹ Os banidos podiam ser mortos por qualquer do povo, Ord. Liv. 5 Tit. 127 § 8 ; porem esta Ord. cahiu em desuso.

² Cod. da Baviera art. 31.º, 36.º ; do Hanover art. 24.º § 30 ; do Wurtemberg art. 45 ; etc.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. dos Paizes-Baixos art. 17.^o; das Duas Sicilias art. 14.^o; de Hesp. art. 30.^o n.^o 2; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Carta Constit. art. 8.^o; etc.

COMMENTARIO.

A interdicção dos direitos politicos é uma pena, diz Rossi, que nada tem de immoral; é uma incapacidade perpetua ou temporaria, geral ou parcial, que pésa sobre aquelle que pelo seu delicto se mostrou indigno de exercer essas funcções. Se os direitos politicos fossem direitos naturaes, mais difficil seria a justificação desta pena, mas não são naturaes, são filhos da organização social; e se a sociedade póde tornar o seu exercicio dependente de certas condições de capacidade, rendimento etc., com muito maior razão póde privar do seu exercicio aquelle, que, por suas acções criminosas, se mostrar indigno de tomar parte no exercicio ou no estabelecimento do poder e funcções publicas, cujo fim é a applicação do direito á vida social ¹.

¹ São estranhas deste lugar as questões sobre a justiça ou conveniencia de suffragio universal; ainda que o principio de não serem os direitos politicos naturaes ao homem nada lhe prejudica.

E' certo porem que a conveniencia desta pena dependerá da natureza do delicto ; porque é uma daquellas que, para serem efficazes e instructivas, exigem mais analogia com o facto que se quer punir. Os auctores aconselham tambem que se applique esta pena com muita reserva, porque as paixões politicas poderiam servir-se della para fins immoraes.

A interdicção perpetua, ou perda dos direitos politicos póde ser pena principal, ou accessoria de outras, como se vê dos art. 52.º, 53.º, 54.º, 55.º Poderá duvidar-se se o Codigo se acha ou não em contradicção com a Carta Constitucional, por isso que esta restringe só a tres casos a perda dos direitos de cidadão no art. 8.º, e o Codigo a applica fóra desses casos já como pena principal, já como accessoria. Não podemos deixar de confessar que nos parece estar o Codigo em contradicção com a Carta em alguns art. , como iremos mostrando em seu lugar proprio para não deslocar materia : observando porem desde já que nos parece que a Carta restringiu sómente a tres casos a perda dos direitos politicos, e, ainda assim, parece consideral-a mais como pena accessoria do que principal.

Apezar de ser perpetua esta pena póde o criminoso rehabilitar-se na fórma do § 3 do art. 129.º, paragrapho que está em contradicção com o respectivo art. , como adiante veremos.

Artigo 38.º

A prisão correccional terá lugar em cadêa ou estabelecimento publico destinado para este fim. Não obriga a trabalho, e não póde exceder a tres annos.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 24.º; de França art. 9.º, e 40.º; das Duas Sicilias art. 21.º; etc.

COMMENTARIO.

Já notámos no art. 30.º a impropriedade desta expressão, que se acha em manifesta opposição com a excusa do trabalho, porque, sendo este um dos principios que a civilização moderna tem julgado mais proprios nas prisões para melhorar o culpado, ou havemos dizer que excluir o trabalho daquellas penas, que pela sua denominação deveriam ter por fim a emenda do culpado, é uma contradicção injustificavel, ou então é mister confessar que a expressão *correcional* depois da palavra *prisão* nada significa, nem é justificada pelo systema de organização judiciaria.

Artigo 39.º

A pena de desterro obriga o réo a permanecer em um lugar determinado pela sentença, no continente, ou ilha em que o crime fôr commettido, ou a sahir da comarca por espaço de tempo que não exceda a tres annos.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 24.º; da Austria, Part. 2.ª, art. 8.º n.º 6; das Duas Sicilias art. 21.º n.º 3; etc.

COMMENTARIO.

Esta pena corresponde ao que as nossas Ordenações chamavam *degredo para fóra de villa e termo* (Ord. Liv. 5 Tit. 140 § 1) e de que se acham vestígios nos antigos foraes¹: mas ha uma differença, e é que o desterro póde ser de dous modos, como se vê do art., ou simplesmente para fóra da comarca sem designação de lugar de residencia, (como era pela legislação antiga, e foi recordado pela Port. de 10 de Janeiro de 1842) ou para um lugar determinado pela sentença dentro do continente ou ilha em que o crime fôr commettido. De fórma que quando o Codigo impõe a pena de desterro *para fóra da comarca*, por exemplo no caso do art. 372.º, entende-se ser o desterro na fórma antiga sem designação de lugar. A Port. de 4 de Janeiro de 1843 determinou que os réos condemnados a degredo para alguma das terras do Reino não fossem demorados nas cadêas.

Artigo 10.º

A suspensão temporaria dos direitos políticos consiste na privação do exercicio de todos, ou de alguns dos direitos politicos por um determinado espaço de tempo, que não póde exceder a doze annos.

¹ No de Marinhão é designada por *exterminio para fóra da villa*, e no de Arganil por *exterminio além rio*. — Advirta-se que os chamados desterrados da côrte (Ord. Liv. 5 Tit. 141) só se entendiam prohibidos de entrar no Paço, e no suburbio aonde residia o Príncipe.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 24.º; de França art. 9.º e 42.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Carta Constit. art. 9.º § 2; etc.

COMMENTARIO.

Nada temos a acrescentar neste lugar ao que dissemos no art. 37.º E' applicavel á suspensão dos direitos politicos a doutrina, que justifica em certos casos a perda desses mesmos direitos, e que aconselha a prudencia que deve haver em fulminar esta pena.

O maximo de 12 annos é excessivo; em nossa opinião não deveria exceder a 3, como se acha determinado n'outras legislações.

Artigo 41.º

O condemnado em multa é obrigado a pagar para o Estado uma quantia proporcional ao seu rendimento, até tres annos, arbitrada na sentença, de modo que por dia, não seja menor que cem réis, nem exceda a dous mil réis, salvo nos casos em que a lei taxar quantias determinadas.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

No commentario fallamos das disposições dos codigos das nações civilisadas.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR

Vide o commentario.

COMMENTARIO.

Alguns fazem derivar esta pena das chamadas *composições* dos povos barbaros, a que já na introdução nos referimos, e uma parte das quaes cabia ao Rei ou Senhor das terras onde tinha lugar a condemnação, em compensação das despezas que elle fazia com a administração da justiça.

Seja porem qual fôr a origem desta pena, que mais ou menos figura em todos os codigos modernos ella tem grandes vantagens e póde produzir bons e feitos, uma vez que entre ella e o crime haja analogia, e não seja imposta, por exemplo, aos delictos moraes ¹.

Bentham no Liv. 3 da sua *Theoria das penas e recompensas* diz que não ha pena mais igual, nem que melhor possa ser proporcionada á fortuna dos delinquentes, uma vez que consista não na mesma somma nominal, mas n'uma somma igualmente proporcionada ao seu capital.

A Magna Carta d'Inglaterra já reconheçera mesmo principio nos art 25.^o a 28.^o

Esta igualdade porem tão simples em theoria

¹ Esta observação serve já para demonstrar a incompatibilidade da pena de morte com a propriedade com que nos art. 78.^o § 6, e 79.^o § 4 mandam aggravar com multa penas que com ella não tem analogia.

apresenta difficuldades na applicação ; as legislações tem procurado resolver-as de differente modo, e as suas idéas nesta parte podem reduzir-se a quatro typos geraes ; — 1.º fixar na lei quantias certas e determinadas sem attenção á qualidade e faculdades do delinquente ; este systema foi seguido algumas vezes na Ordenação, mas para resolver a difficuldade renega o principio ; — 2.º deixar a fixação da multa ao arbitrio do Juiz attendendo ás circumstancias, natureza do crime etc. ; este methodo, que pretendendo remediar um mal cahe n'outro peor, foi seguido na antiga legislação franceza ; — 3.º regular a pena pelo rendimento diario do criminoso, proveniente de seus bens, emprego ou industria ; é o systema do codigo do Brasil no art. 55.º ; — 4.º adoptar este principio da legislação brasileira, marcando porem um maximo que a pena não deve exceder, e um minimo abaixo do qual não póde descer ; este methodo que é o dos codigos allemães ¹ parece-nos o mais perfeito, e foi o que o nossoCodigo quiz seguir. E' porem para sentir que tendo abraçado este systema, approve o das quantias fixas e determinadas na lei, como se vê da ultima parte do art., pretendendo conciliar principios inteiramente oppositos.

Este art. é mui deficiente. Aonde estão as regras e os meios para calcular com exactidão os rendimentos do delinquente? « Quando se ha-de fazer essa liquidação, será antes ou depois da sentença? Se antes, a condemnação será incerta e sem base ; se depois

¹ Do Wurtemberg art. 32.º, do Hanover art. 28.º, de Bade art. 47.º, etc.

da sentença, ainda é necessaria outra sentença, que fixe a quantia, segundo o rendimento liquidado. Teremos dous processos, como bem disse o Sr. Conselheiro Mello e Carvalho, o da condemnação, e o da liquidação com audiencia dos interessados, que por ella podem ser offendidos; teremos execuções, embargos de terceiro, preferencias etc.» O resultado desta falta da lei é que os Tribunaes sem esses recursos marcam uma pena a seu arbitrio dentro do maximo e minimo, que vem no art., podendo muitas vezes ser enganados pelas apparencias.

Demais, como bem notou o auctor do mencionado artigo da *Gazeta das Tribunaes*, o Codigo, reduzindo a cem réis por dia o minimo da multa, não está em harmonia com a substituição que o art. 101.º § 4 faz de quinhentos réis por cada dia de prisão a quem não tiver bens. O que na nota a essas reflexões diz o *Redactor da Gazeta*, strenuo campeão do Codigo, não salva uma contradicção tão palpavel.

Na *Novissima Reforma* apparecem sobre as multas methods diversos. Assim no art. 165.º se impõe a de cinco até vinte cinco mil réis, segundo as suas faculdades e culpa, áquelle que, tendo as qualidades requeridas para jurado senão fizer inscrever no livro da matricula; no art. 366.º a multa contra o que der algum juiz de suspeito, não se provando a suspeição, é de cinco até vinte mil réis, mas sem se attender ás faculdades do recusante.

Artigo 12.º

A pena de reprehensão obriga o condemnado a

comparacer em audiencia publica do juizo respectivo, para ahi ser reprehendido.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 24.^o; e os codigos citados no art. 28.^o

COMMENTARIO.

Esta pena de reprehensão apparece nos codigos allemães e no hespanhol. Dando-se á reprehensão publica em audiencia o character de verdadeira pena, ella só deve ter lugar nas contravenções mais leves, como é na hypothese do art. 430.^o § 2, a qual seria injusta se não houvesse a disposição do § 4 do mesmo art.

Parece-nos de todo o peso a opinião do Sr. Joaquim da Rocha Pinto na *Gazeta dos Tribunaes* n.^o 1666 de 6 de Abril de 1853, o qual opina que esta pena deve ser eliminada; porque sendo apenas imposta em tres casos; nos dous primeiros (art. 130.^o § 2, 168.^o § un.) póde cumular-se com a prisão pelo tempo ahi prescripto, e é sufficiente; no terceiro é um facto quasi innocente pelos nossos costumes e até permittido no Deuteron. Cap. 23.^o vers. 24 e 25.

Artigo 43.^o

A pena de demissão ou perda do emprego, póde ser com declaração de incapacidade para tornar a servir qualquer emprego; e póde ser sem essa declaração.

Artigo 44.º

A suspensão do exercício do emprego, não pôde exceder a tres annos.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 24.º; do Brasil art. 58.º; etc.

COMMENTARIO.

Esta pena é necessaria e justa; pois ha crimes cuja punição para ser analogica devia consistir na perda do emprego, taes são grande parte dos commettidos pelos empregados publicos no exercicio de suas funcções. O perdimento do officio já era imposto na antiga legislação; nos casos designados no Alv. de 3 de Abril de 1691 é comminada aos Thesoureiros, Almojarifes e Recebedores.

Segundo se vê do art., esta pena pôde ser com declaração de incapacidade absoluta para tornar a servir qualquer emprego publico; e pôde ser sem essa declaração. A regra geral é que deve ser imposta sem essa declaração, excepto nos casos em que a lei especificamente a determinar, como é expresso no § do art. 79.º: mas ainda quando a demissão ou perda de emprego não tenha essa declaração, produz incapacidade de tornar a servir o *mesmo* emprego na fórmula do art. 62.º § un.

O que dissemos ácerca da justiça e conveniencia desta pena é applicavel á suspensão do exercicio do emprego que era já imposta nos art. 548.º § 1005.º, 1006.º, e outros da *Novis. Reforma.*

O código do Brasil no art. 58.º determina que o empregado durante o tempo da suspensão não possa desempenhar outro algum cargo a não ser de eleição popular; mas isto entre nós não póde ter lugar. O maximo desta pena é de 3 annos; o código hespanhol estabeleceu o maximo de 2 annos, e o minimo de 1 mez; a determinação do minimo é util para que a pena da lei não seja applicada irrisoriamente, impondo-se, por exemplo, a suspensão por um ou dous dias.

Artigo 45.º

A pena de censura dos empregados publicos póde ser, ou simples, ou severa, com as formalidades decretadas na respectiva lei disciplinar.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Ord. Liv. 1 Tit. 1 § 45; e a L. de 10 de Abril de 1849 em caso especial.

COMMENTARIO.

Esta pena tem a respeito dos empregados publicos o mesmo effeito que a de reprehensão; é mais leve que a suspensão, e só deve ser applicada em casos de menos importancia. A Ord. Liv. 1 Tit. 1 § 45 auctorisava o Regedor da Casa da Supplicação a reprehender os Desembargadores e mais officiaes da justiça quando eram negligentes, remissos em seus despachos, e escandalosos ás partes etc. uma vez que não se emendassem com admoestação particular.

Artigo 46.º

A duração das penas temporarias é determinada pelos juizes, não podendo exceder-se nem abreviar-se os termos, mais do que é marcado na lei, salvo nos casos especialmente declarados.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 74.º; da Austria art. 26.º; etc.

COMMENTARIO.

A lei deixando um arbitrio aos juizes para applicarem as penas temporarias dentro do maximo e do minimo de cada uma dellas, com justa razão determina que elles não possam estender nem abreviar a sua duração além desses limites; a razão é obvia, d'outro modo a pena seria arbitraria, e iriamos cahir nos inconvenientes, que a arbitrariedade das penas tem apresentado nas épocas, em que era conferida aos Tribunaes. Este principio acha-se confirmado nos art. 79.º e 82.º

O Codigo exceptua os casos **especialmente** declarados; vide o art. 82.º § un.

Artigo 47.º

A gravidade das penas considera-se em geral, segundo a ordem de precedencia em que se acham descriptas neste Capitulo; entendendo-se que as penas perpetuas de trabalhos publicos, prisão, e degredo, são mais graves do que qualquer das penas temporarias.

§ unico. Considerar-se-ha a pena de degredo immediatamente superior á de prisão correccional, nos casos em que a lei decretar, sem mais declaração, a pena immediatamente superior, ou inferior; e não poderão ter lugar as penas de expulsão do reino, e da perda dos direitos politicos, senão nos casos em que a lei especialmente as decretar.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 79.º; etc.

COMMENTARIO.

A disposição deste art. era necessaria para na pratica se regular a applicação da pena, porque o Código muitas vezes manda impôr a pena immediatamente superior ou inferior, como é no § un. do art. 89.º, e n'outros muitos. A gravidade das penas considera-se, é verdade, segundo a ordem da precedencia; mas como ellas são divididas em maiores (art. 29.º), correccionaes (art. 30.º) e especiaes para os empregados (art. 31.º), esta regra do Código tem lugar em cada um desses art.; e não quer dizer, por exemplo, que a reprehensão seja mais grave do que a demissão por estar descripta primeiro que esta, mas sim que na escala do art. 29.º a prisão maior temporaria é mais grave que o degredo temporario, etc. ¹. A razão da disposição do § un. é muito sim-

¹ A determinação do § un. considerando o degredo como immediatamente superior á prisão correccional, é uma excepção a este principio.

ples. Dizendo o Código na segunda parte do § que as penas de expulsão e perda de direitos políticos não podem ter lugar senão nos casos, em que a lei expressamente as impozer; era mister prevenir o caso em qua a lei decretava a pena immediatamente superior á prisão correccional, porque a superior a esta é na ordem da precedencia a perda dos direitos políticos; e por isso diz que então se reputa immediatamente superior a pena de degredo:

Artigo 48.º

A pena de trabalhos publicos agrava-se, sendo os trabalhos no Ultramar.

Artigo 49.º

A pena de prisão agrava-se, quando é com isolamento, ou no Ultramar.

COMMENTARIO.

Estes dous art. são fugitivos, porque o seu lugar proprio é só no titulo da aggravação das penas e são repetidos porque o mesmo dizem nesse titulo os §§ 2 e 3 do art. 78.º, para onde nos remetem.

Artigo 50.º

A pena de degredo entende-se em regra ser para a Africa. Nas sentenças se deverá sempre declarar o degredo é para as possessões portuguezas orientaes ou se é para as possessões occidentaes de Africa, e mais designação de lugar certo. No primeiro caso considera-se aggravada a pena de degredo.

§ 1.º Terá lugar o degredo para a India, quando for expressamente determinado na lei.

§ 2.º O governo designará o lugar da residencia do degradado.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Sobre o que a respeito do degredo se observava entre nós diremos o necessario no commentario.

COMMENTARIO.

Este art. contém materia cujo lugar proprio era no Cap. 2.º do Tit. 3.º deste Livro. O que o Codigo se devia limitar a dizer era que a pena de degredo em regra é para as possessões occidentaes ou orientaes da Africa (as quaes se acham designadas no art. 2.º § 2 da Carta Constitucional); e que para a India só tem lugar sendo expressamente determinado na lei¹. A declaração de que a aggravação do degredo consiste em fazel-o cumprir nas possessões orientaes da Africa era propria do já citado Cap. 2.º do Tit. 3.º

O Codigo determinando que a sentença declare unicamente se o degredo é para a Africa oriental ou occidental, sem designar lugar certo, attribue ao Governo esta designação. Não nos parece isto rasoavel: havendo tanta facilidade de formar uma tabella dos diversos lugares das nossas possessões aptas para o

¹ Taes são os casos dos art. 186.º § 2, 196.º § 3, e 354.º § un.

degreto, deveria ter sido inserida na lei para o juiz escolher um desses lugares, tirando-se por esta fórma ao Governo um arbitrio que póde ter terriveis consequencias.

Sobre a pena de degredo entre nós considerada historicamente não conhecemos trabalho mais completo que o de Mr. Hantute, licenciado em direito, inserido na *Révue de droit français* de Mr. Fœlix de 1846 pag. 625 e seg. E' curioso ver como elle, manejando a historia e a legislação portugueza, da qual se mostra profundo conhecedor, vai entroncar o uso desta pena ás nossas conquistas.

Na Ordenação Affonsina apparece empregado já o degredo; mas, como nessa época ainda não haviamos penetrado na India, nem feito nas costas d'Africa essas descobertas, que tanta celebridade nos adquiriram, era para Ceuta que se mandavam os degradados, destinando depois D. Affonso 5.^o tambem para esse fim por lei de 1474 Arzilla e Tanger. O degredo para as costas e ilhas d'Africa, para a India e para o Brasil, diz Hantute, apenas apparece pela primeira vez nas Ordenações Manoelinas; devemos porém notar que já D. João 2.^o mandou degradados para as ilhas do Principe, de S. Thomé e S. Martinho, que tinham sido descobertas em 1481, como se deprehende de uma nota que Martim de Bohemia, astrónomo allemão ao serviço desse monarcha, pôz no seu globo de Nuremberg debaixo daquellas ilhas ¹.

D. Manoel por lei de 15 de Junho de 1502, que vem na compilação de Duarte Nunes (part. 1.^a tit.

¹ Memor. de litterat. da Acad. tom. 8 pag. 374.

22) determinou que os criminosos, que pela sua idade avançada não podessem ir cumprir o degredo fóra do reino, fossem para certos lugares deste (*coutos*⁴), como eram Arronches e Mertola no Alentejo, e Castro-Marim no Algarve: porem as leis de 22 de Novembro de 1525, e 19 de Maio de 1533 supprimiram, aquella o degredo para Arronches, esta o para Mertola, subsistindo o de Castro-Marim, até 1698; este ultimo lugar era destinado tambem para degradados por crimes leves, e conservou este destino, diz Pegas á Ord. Liv. 1 Tit. 3 § 11, por ser exposta ás excursões dos Mouros, *Maurorum expositum excursionibus, et ideo exulis destinatum etc.*

E' notavel a Carta Regia de 31 de Janeiro de 1626, a qual determinava que aos estrangeiros não se impozesse a pena de degredo para as conquistas: deve porem advertir-se que esta disposição foi derogada pelo Dec. de 25 de Junho de 1653 (o qual mandou transportar para Angola os estrangeiros que haviam sido aprisionados fazendo pilhagem em um barco nas costas do Algarve), e pelo Avis. de 6 de Março de 1805 dirigido ao Regedor da Casa da Supplicação, cuja substancia se póde ver em Borges Carneiro Liv. 1 Tit. 2 § 27 n.º 13.

Quanto á applicação e execução das penas de degredo, exporemos o disposto nas nossas leis, visto o Codigo nada dizer a tal respeito.

Ao Ministerio Publico incumbe promover a remessa dos degradados para o seu destino, e fiscalisar o cumprimento das respectivas sentenças. — Reg. de

⁴ Assim se lhe chama na Ord. Liv. 1 Tit. 3 § 11.

15 de Dezembro de 1835, art. 13.º, 32.º e seg.; Reg. de 16 de Janeiro de 1843 art. 42.º e seg. — Port. de 22 de Abril de 1839 — e *Novis. Ref. Jud.* art. 55.º n.º 1.

Em quanto se não verifica a remessa conservam-se os degradados á ordem do Presidente da Relação de Lisboa nas cadêas do Limoeiro, para onde devem ser remettidos os que se acharem nas do reino. — Port. de 19 de Dezembro de 1843, a qual alterou assim o Reg. de 16 de Janeiro de 1843 art. 1.º § 2, que havia destinado para esse fim o presidio da Cova da Moura.

A Port. do Ministerio da Justiça de 16 de Outubro citada pelo Sr. Castro Netto na nota ao art. 1207.º da *Novis. Ref.* declarou não poder o Presidente da Relação ordenar que não embarcasse qualquer degradado dos que designasse o P. R., o qual nesta designação devia observar a ordem da data das sentenças, a menos que o Governo outra cousa não ordenasse.

Os degradados para o Ultramar devem ser acompanhados de guia, em que se declarem especificadamente suas culpas. — Avis. de 21 de Junho de 1815, e 27 de Outubro de 1810; Reg. de 15 de Dezembro de 1835 art. 15.º

CAPITULO 2.º

DOS EFEITOS DAS PENAS.

Depois do Codigo ter apresentado a escala penal, e descripto cada uma das penas que nella figuram, marcando o maximo e o minimo das temporarias etc., passa agora a tractar dos effeitos das penas, isto é. dos resultados ou consequencias que se declavam necessariamente de cada uma dellas.

Artigo 51.º

A condemnação do criminoso logo que passa em julgado, tem os effeitos declarados nos art. seguintes.

COMMENTARIO.

Este art. é transitorio ; a sua doutrina é clara, devendo advertir-se que esses effeitos, de que o Legislador se occupa nos seguintes art. têm lugar sempre em virtude da lei e sem necessidade de declaração alguma na sentença condemnatoria, como é expresso no art. 67.º

Haus concorda em que os effeitos das penas comecem do momento em que ellas passarem em julgado, mas a respeito da pena de morte quer que os seus effeitos comecem sómente desde o dia da execução. Apesar de respeitarmos muito a auctoridade deste criminalista não achamos razão que justifique esta sua distincção.

Artigo 52.º

O condemnado á pena de morte perde todos os direitos politicos ; e bem assim a propriedade, posse, e administração de todos os bens, que immediatamente passam aos seus successores legitimos.

§ unico. Não póde fazer testamento, sendo de nenhum vigor o que já tiver feito.

Artigo 53.º

O condemnado a qualquer das penas perpetuas de trabalhos publicos, prisão, ou degredo, perde todos os direitos politicos ; e bem assim a administração de seus bens, de que não póde dispôr por acto entre vivos. Perde igualmente, assim como o condemnado á morte, o direito á protecção das leis civis para exercer auctoridade a respeito de sua mulher, e de seus filhos ; e não póde ser testemunha, excepto para dar simples informações á justiça ; e nos negocios judiciaes, é considerado como as pessoas que a lei declara incapazes de se regerem.

§ 1.º Sómente poderá receber dos seus bens, ou rendimentos, a porção que o governo julgar conveniente auctorisar.

§ 2.º No lugar do degredo poderá o condemnado exercer os direitos civis.

Artigo 54.º

Qualquer das penas declaradas no art. ~~antec.~~ dente, sendo temporaria, produz o effeito da perda de todos os direitos politicos, e os bens do condemnado são regidos, durante o cumprimento da pena,

como o são os dos incapazes de administrar sua fazenda, observando-se as regras, que a respeito da curadoria em taes casos as leis estabelecem.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Os romanos admittiam a *servidão* da pena, e por isso todos estes effeitos. Veja-se a dissertação do meu distincto collega Luiz José de Vasconcellos Carvajal sobre a morte civil, aonde se tracta a materia *ex professa*.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. civil de França art. 23.^o; cod. penal de França art. 18.^o, 28.^o, 29.^o, 30.^o e 31.^o; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 4 Tit. 86 § 1; etc.

COMMENTARIO.

Nos art. 52.^o e 53.^o menciona o codigo os effeitos da pena de morte e das penas perpetuas de trabalhos publicos, prisão e degredo; no 54.^o os das penas temporarias de trabalhos publicos, prisão, e degredo. Os effeitos da pena de morte são os seguintes para o condemnado; — 1.^o perde todos os direitos politicos; — 2.^o perde tambem a propriedade, posse, e administração de todos os bens, passando estes immediatamente para seus successores legitimos; — 3.^o não póde por isso fazer testamento, sendo de nenhum vigor o que já tiver feito (art. 52.^o); — 4.^o perde mais o direito á protecção das leis civis para exercer auctoridade a respeito de sua mulher e de seus fi-

hos ; — 5.º não póde ser testemunha, excepto para dar simples informações á justiça ; — 6.º e é considerado nos negocios judiciaes como aquelles que a lei declara incapazes de se regerem, devendo por isso ter curador. Os effeitos das penas perpetuas de trabalhos publicos, prisão, e degredo são os mesmos que os da pena de morte, excepto o 2.º, e o 3.º ; o 2.º porque sómente perde a administração e não a propriedade e posse dos seus bens ; o 3.º porque póde dispôr de seus bens em testamento, com quanto o não possa fazer por acto *inter vivos*. (art. 53.º) Adverte o Código no § 1 quanto aos condemnados a estas penas perpetuas que só podem receber de seus bens ou rendimentos a porção que o governo julgar conveniente auctorisar ¹.

Diga-se o que se quizer ; a morte civil existe entre nós á vista destes art. do Código embora tenha uma ou outra leve modificação, e n'alguns pontos é ainda mais severa do que a antiga legislação ; porque a Ord. Liv. 4 Tit. 86 § 6 tirando ao condemnado á morte a faculdade de fazer testamento, concedeu-lhe todavia o testar da terça para missas, redempção

¹ Este arbitrio deixado ao governo é excessivo ; se elle deve ser coarctado no poder judiciario, quanto mais no executivo? Além de que este § ou está em contradicção com o § un. do art. 54.º por causa das expressões — ou esta seja *perpetua*, — copiado do art. 31.º do código penal fiancez, ou então a disposição desse § un. só ha-de ter lugar nas penas de trabalhos publicos e prisão com trabalho, quando o criminoso fôr capaz de trabalhar. e em todo o caso sempre envolve uma restricção ao § 1 do art. 53.º

de captivos, por ser o contrario, diz ella, opposto a *humanidade*; e isto era n'uma época em que a legislação criminal era quasi barbara ! Demais, não vai esta disposição do Codigo prejudicar as pessoas que tiverem sido contempladas no testamento ? Será assim que a pena de morte se não agrava, nem passa da pessoa do delinquente ? Que a morte civil existe entre nós á vista do Codigo é facil de ver comparando as disposições do nosso Codigo penal nos dous art., de que até agora nos temos occupado, com o

Codigo civil francez art. 25.º

« Pela morte civil o condemnado perde a propriedade de todos os bens que possuia ; succedendo nelles immediatamente seus herdeiros, como se elle morresse naturalmente e sem testamento. » E' o que diz o nosso Codigo no art. 52.º

« Não pôde succeder nem transmittir, por este titulo, os bens que tiver adquirido. Não pôde dispôr de seus bens em todo ou em parte, ou seja por doação inter vivos ou por testamento, nem receber por este titulo, a não ser por causa de alimentos. » Do art. 52.º e seu § e do art. 53.º se vê que o Codigo prohibe ao condemnado á morte fazer testamento, annullando o que já tiver feito, e a este e ao condemnado ás penas perpetuas de trabalhos publicos, prisão, e degredo o dispôr de seus bens por acto entre vivos.

« Não pôde ser nomeado tutor, nem exercer as funcções tutelares. » O mesmo determina o Codigo, pois que dizendo nos art. 52.º e 53.º que os condemnados á morte e ás penas perpetuas de trabalhos

publicos, prisão, e degredo, perdem os direitos politicos, accrescenta no art. 57.º que a perda de direitos politicos produz a incapacidade de ser tutor ou curador, ou membro de algum conselho de familia.

« Não póde figurar em juizo como auctor ou réo senão debaixo do nome e pelo ministerio de um curador. » Por outras palavras é o mesmo que determina o Codigo no fim do art. 53.º

Não póde ser testemunha em qualquer acto solemne ou authenticico, nem em juizo. » O Codigo tambem diz que não póde ser testemunha excepto para dar simples informações á justiça ¹.

« *E incapaz de contrahir matrimonio que produza algum effeito civil; e o casamento contrahido antes da condemnação fica dissolvido quanto a todos os effeitos civis.* » O Codigo diz tão sómente no art. 53.º que perde a protecção das leis civis para poder exercer auctoridade a respeito de sua mulher e filhos, em termos mais claro quer dizer que perde o poder patrio e conjugal ². Além disto perde todos os direitos enumerados no art. 57.º

¹ Esta disposição (que é um romanismo bebido na L. 3 § 5 Dig. de testib.) a ter lugar, seria a respeito do condemnados por falsidade ou perjúrio; a disposição absoluta do Codigo é injustificavel.

² O patrio poder e o poder marital derivam-se da natureza humana, são de direito natural; a disposição do Codigo parece-nos contraria á philosophia do direito á moral, e até á politica. Nem isto carece de demonstração nem de mais considerações — *toda a intelligencia comprehende, todo o coração as sente* — disse o Sr. Conselheiro Mello e Carvalho no seu citado discurso.

Estas incapacidades que o Código liga como effectos á pena de morte e ás perpetuas de trabalhos publicos, prisão, e degredo provam, comparadas com a lei franceza, que entre nós existe quasi a morte civil, ficando privado o criminoso senão de todos, ao menos de quasi todos os direitos civis; vindo corroborar esta nossa opinião a disposição do § 2 do art. 53.º, conforme o qual no lugar do degredo póde o condemnado exercer os direitos civis; donde se vê que fóra desse lugar não gosa delles, e que os condemnados a prisão e a trabalhos publicos nunca os podem exercer ¹. E' notavel porem a disposição deste § 2; todavia a estranheza, que elle póde causar, explica-se attendendo-se á sua origem; o código francez fallando da deportação diz na segunda parte do art. 18.º — « *com tudo o Governo poderá conceder ao deportado no lugar da deportação o exercicio dos direitos civis etc.* » — mas em França, como adverte Rogron, foi isto um temperamento ao rigor da Lei exigido pela natureza dos crimes a que era imposta a pena da deportação, isto é, aos crimes politicos; entre nós porem o degredo não corresponde á deportação do Código de 1810, nem é pena especial para

¹ E quando os trabalhos publicos forem no Ultramar não deveriam gosar do mesmo beneficio? não será a mesma a razão?

E em quanto não houverem estabelecimentos proprios para os trabalhos dos presos e que a prisão com trabalho fôr substituida pelo degredo na fórmula do art. 99.º gosarão os condemnados a prisão do beneficio concedido ao degradado? parece-nos que sim porque a substituição da pena é feita pela lei.

os crimes politicos ; e é realmente para sentir, digamol-o de passagem, que no Codigo não haja uma pena *especial* para esta especie de crimes.

Diz Rossi ; — « *a morte civil é um desses anachronismos que devem fazer desconfiar os criticos de si proprios, quando procurarem determinar a data de uma lei pela natureza de suas disposições.* » — Ninguem acreditará daqui a seculos que a morte civil, mais ou menos modificada, figurou n'algumas legislações da Europa no seculo XIX. Partilhamos o sentimento do escriptor, mas não podemos deixar de reconhecer que ás penas perpetuas devem andar ligadas certas incapacidades exigidas mesmo pela natureza das cousas ; não quereríamos porem que fossem tantas como as do nosso Codigo, aliás não se differencam da morte civil. Alguns codigos allemães excluindo o condemnado das funcções de tutor ou curador, concedem-lhe comtudo que o possa ser de seus filhos ; compare-se isto com o art. 53.º que o priva do patrio poder ¹.

Artigo 54.º (continuação.)

§ unico. O criminoso capaz de trabalhar, condemnado a trabalhos publicos, ou a prisão com trabalho, não póde receber porção alguma do rendimento de seus bens durante o cumprimento da pena, ou perpetua, ou seja temporaria.

¹ Chauveau n.º 213 e seg., e veja-se sobre os effects da morte civil a já citada dissertação do Sr. José de Vasconcellos Azevedo Silva Carvajal.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

1) Cod. da França art. 29.º reformado em 1832, e

COMMENTARIO.

Aqui se enumeram os **efeitos das penas** temporarias de trabalhos publicos, prisão, e degredo; os **quaes são**; 1.º a perda dos direitos politicos; 2.º serem os bens do condemnado durante o cumprimento da pena regidos como os dos incapazes de administrar sua fazenda.

O 1.º effeito é opposto á Carta Constitucional, a qual no art. 9.º § 2 diz que se suspende o *exercicio* (NB.) dos direitos politicos por sentença condemnatoria a prisão ou degredo, em quanto durarem os seus effeitos; e de acordo com a nossa Carta vai o código do Brasil no art. 53.º

O 2.º, com quanto modelado pelo código francez, é excessivo, e nesta parte a nossa lei é de todas as modernamente publicadas a mais severa.

A disposição deste art. ; do qual já nos occupámos por occasião de examinar o § 1 do art. anterior é quasi tirada do código francez art. 31.º, com a differença que se accrescentaram no principio, as palavras — *capaz de trabalhar* — talvez porque, podendo trabalhar, não carece de mais rendimentos do que os que tira de seu trabalho, e então seria de recear que com essa porção que lhe viesse de seus bens elle tentasse fugir; é por isso que no caso de lhe ser permitido receber alguma cousa hade ser com licença do Governo na forma do art. 53.º § 1.

Artigo 55.º

O condemnado á pena de expulsão do reino perde todos os direitos politicos, e seus bens são regidos como os dos ausentes.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Os desnaturados (Ord. Liv. 2 Tit. 13 pr. etc.) eram reputados mortos civilmente, e seus bens eram confiscados na falta de descendentes ou ascendentes legitimos Ord. Liv. 2 Tit. 26 § 28, 29, 30, 31; Liv. 5 Tit. 126, 127, etc.

COMMENTARIO.

A pena de expulsão do reino envolve a desnaturalisação, e por isso era logico que não gosasse direitos politicos aquelle que deixava de ser considerado como cidadão. O serem os bens do expulso regidos como o dos ausentes é uma consequencia natural da pena.

Artigo 56.º

O condemnado á pena de prisão correccional, á de desterro, fica suspenso do exercicio dos direitos politicos durante o cumprimento da pena.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 58.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Carta Constitucional art. 9.º § 2; etc.

COMMENTARIO.

Esta suspensão, além de natural, era necessaria. O preso não póde votar em quanto estiver preso, e o desterrado sería escandaloso que tal faculdade lhe fosse permittida.

Artigo 57.º

A perda dos direitos politicos, ou como pena principal, ou como effeito de outra pena, priva o condemnado das honras e distincções da nobreza, de qualquer condecoração, do direito de trazer armas, do de ensinar, ou dirigir, ou concorrer na direcção de qualquer estabelecimento de instrucção, e produz a incapacidade de ser tutor, ou curador, ou membro de algum conselho de familia, de ser procurador em juizo, e de ser testemunha em qualquer acto solemne, e authenticico.

Artigo 58.º

A suspensão do exercicio de todos os direitos politicos produz tambem a suspensão do exercicio dos direitos enumerados no art. antecedente.

§ unico. Fóra deste caso a suspensão de alguns dos direitos enumerados no art. antecedente; e bem assim a suspensão do exercicio de profissão, que exija titulo, terá lugar quando a lei expressamente o declarar.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hanover art. 16.º; da Prussia art. 33.º;

de Hesp. art. 59.^o; art. 34.^o e 35.^o do cod. de França reformado em 1832; etc.

COMMENTARIO.

Indica o Legislador nestes dous art. quaes são as consequencias que a lei deriva da perda e da suspensão dos direitos politicos. Duas considerações geraes se apresentam a respeito de tantas incapacidades ¹; a primeira é que algumas dellas não são consequencia da perda de direitos politicos, porque para as gosar não é mister exercer estes direitos; a segunda é de Chauveau, o qual, fallando da degradação civica, que pela lei de 1832 tem os mesmos effeitos da perda dos direitos politicos, diz — « é difficil justificar a applicação simultanea de tantas incapacidades a delictos de uma ordem secundaria. . . Estas incapacidades sendo divididas corresponderiam melhor talvez á natureza da repressão que muitos delictos exigem applicadas em sua complexa unidade a muitos crimes qualquer que seja a sua natureza e immoralidade, qualquer que seja o caracter e tendencia que elles revelam, parece-nos defeituosa esta pena accessoria. —

Já advertimos que a incapacidade de ser testemunha em juizo ou em qualquer acto solemne e autentico, a ter lugar, deveria ser a respeito dos condemnados por crime de falsidade; estendel-a fóra deste caso é um romanismo, é uma incapacidade extrava

¹ Béranger quando no conselho de estado de França se discutiu o codigo penal disse que algumas das incapacidades se deveriam considerar mais como isempções do que como penas.

gante, como lhe chama Chauveau : apesar disto Carnot no seu commentario ao codigo penal art. 28.º n.º 5 queria que o incapaz de ser testemunha não fosse admittido nem ainda a dar simples informações á justiça ! como se dessas informações, ou do testemunho das pessoas, a que o Codigo liga estas incapacidades, não dependesse muitas vezes a salvação de um innocente injustamente accusado ; por isso Bentam na sua theoria das penas e recompensas dizia com muita razão ¹ — « ha um modo de punir, pelo qual para se fazer uma arranhadura ao culpado, se atravessa uma espada no corpo de um innocente. » —

A doutrina do § un. do art. 58.º é clara ; no art. 224.º § un. se vê um caso aonde o medicó fica suspenso do exercicio da sua profissão ; é certo porem que a interdicção do exercicio de profissão, que exija titulo, é uma pena que se não devia considerar como accessoria, antes como principal em certos crimes, devendo figurar na escala penal.

Artigo 59.º

São sujeitos á especial vigilancia da policia, ainda que a sentença o não declare :

1.º Os condemnados a desterro, durante o cumprimento da pena.

2.º Os condemnados temporariamente a trabalhos publicos, a prisão maior, a degredo, e a expulsão do reino depois do cumprimento da pena, e por

¹ Liv. 4 sect. 7, n.º 3. Este dicto, de admirar no chefe da escola utilitaria, caracteriza perfeitamente esta incapacidade legal.

tanto tempo quanto fôr o da duração da pena, se na sentença se não marcar praso mais curto.

§ unico. Tambem ficam sujeitos á especial vigilancia da policia os que assim forem declarados por sentença, em virtude de expressa determinação da lei.

Artigo 60.º

Quando a pena fôr correccional, não tem lugar a sujeição á especial vigilancia da policia sem especial determinação da lei.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França reformado em 1832, art. 47.º - 50.º, etc.

COMMENTARIO.

A sujeição á vigilancia especial da policia é tirada da legislação franceza, como se verá do art. seguinte, aonde a lei nos diz em que ella consiste. Neste indica-nos as penas em virtude das quaes, independentemente de qualquer declaração da sentença, os condemnados ficam sujeitos a essa vigilancia da policia.

São em 1.º lugar os condemnados a desterro *durante* o cumprimento da pena; — e em 2.º lugar os condemnados temporariamente a trabalhos publicos, prisão maior, e expulsão do reino *depois* do cumprimento da pena. No primeiro caso dura a sujeição á vigilancia da policia em quanto o desterrado não acabar de cumprir a pena; no segundo dura (depois de cumprida a pena) por tanto tempo quanto tiver

sido o da duração desta, excepto se a sentença marcar praso mais certo ¹.

Fóra destes dous casos tambem ficam, diz o § un. do art. 59.º, sujeitos á vigilancia policial os que assim forem declarados por sentença em virtude da expressa determinação da lei; taes são os casos mencionados nos art. 73.º § 2, 74.º § un., 195.º, e 179.º § 1.

As penas correccionaes em regra (art. 60.º) não envolvem esta sujeição á vigilancia da policia, por isso que em geral os crimes a que ellas correspondem são mais leves, e não causam tanto alarma na sociedade; e nesta parte copiou o nosso Codigo, como faz muitas outras vezes, o codigo francez no art. 50.º da reforma de 1832. Todavia hypotheses se podem apresentar em que a pena, apezar de ser correcional, deve envolver a vigilancia da policia, e por isso o Legislador exceptuou estas hypotheses que se verificam nos art. 73.º § 2, e 179.º § 1 aonde as penas impostas são correccionaes, e no proprio art. 59.º n.º 1, porque a pena de desterro é tambem correcional.

Artigo 61.º

Pela sujeição á especial vigilancia da policia é o condemnado obrigado a não comparecer nos lugares que o governo lhe designar, e igualmente é obrigado antes da sua soltura a declarar o lugar em que

¹ De fórma que a sentença pôde diminuir, mas nunca estender além da duração da pena imposta o praso da sujeição á vigilancia da policia.

pretende fixar a sua residencia, a fim de receber uma guia, que regule o itinerario, a qual apresentará logo á auctoridade administrativa desse lugar, fazendo perante esta auctoridade igual declaração, e observando-se o mesmo que fica determinado no caso em que pretenda mudar de residencia.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 44.^o e o mesmo art. da L. de 28 de Abril de 1832; de Hesse art. 35.^o, 36.^o; do Wurttemberg art. 42.^o, 43.^o, 44.^o; de Brunswick art. 22.^o; etc.

COMMENTARIO.

Os primeiros vestigios desta sujeição á especial vigilancia da policia, a que os francezes chamam — *renvoi sous la surveillance de la haute police* — apparecem em França n'um Dec. de 19 do *ventôse* do anno XIII, o qual obrigava os *forçados*, que tivessem cumprido a pena, a declarar o concelho aonde desejavam ir residir, e determinava que nelle ficassem debaixo da vigilancia da policia. O Dec. de 17 de Julho de 1806 determinou que esses *forçados* não poderiam residir na capital, praças de guerras, fronteiras etc., concedendo ao ministro da policia o prescrever-lhes um lugar de residencia, do qual não podiam mudar sem auctorisação. O codigo penal francez veio, nos art. 44.^o, 45.^o, 46.^o, alterar alguma cousa este systema, que desde então não foi restricto só aos *forçados*; até que a L. de 28 de Abril de

1832 mudou completamente as disposições do Código, adoptando ácerca da sujeição á vigilancia da policia os principios que foram copiados pelo nosso Código neste art.

Esta instituição da legislação franceza, adoptada tambem nos codigos alemães e na L. belga de 31 de Dezembro de 1836, é util e justa ; a sociedade deve ter o direito de tomar as medidas de precaução, que julgar convenientes, para com aquelles individuos, cuja conducta póde ser suspeita ; deve conhecê-los e seguir seus passos ; é uma medida de segurança e uma garantia da ordem social.

Só temos a notar no art. as expressões — *nos lugares que o Governo lhe designar* — o mesmo que observa Chauveau a respeito do que diz a lei franceza quasi igual modo.

Seria desconhecer o espirito do Legislador, diz o criminalista francez, o prohibir ao condemnado todos os departamentos, exceptuando só um ; isso viria a corresponder a uma residencia forçada. O fim da lei é afastar o criminoso dos lugares habitados pela victima ou por sua familia, do theatro do seu crime ; é dar aos jurados, ás testemunhas e ao queixoso a segurança de que estão a coberto de qualquer acto de vingança do condemnado. Os lugares pois cuja residencia o Governo deverá inhibir ao criminoso são, em geral, em primeiro lugar os sitios aonde o crime foi commettido ; depois a capital e as grandes cidades, aonde elle facilmente poderia escapar á vigilancia que o deve cercar ; as cidades ou lugares aonde existem estabelecimentos penaes para que não mantenha dentro delles relações criminosas ; e em fim as

praças de guerra, para os condemnados politicos. em tempo de guerra ¹.

Artigo 62.º

A demissão do emprego com a declaração de incapacidade para servir qualquer emprego, ou se imposta como pena principal, ou seja effeito de outra pena, produz a perda de todo o direito a jubilação, aposentação, reforma, ou a qualquer pensão por serviços anteriores, sem prejuizo de pensão alimenticia, que possa depois ser legalmente concedida ao criminoso.

§ unico. A simples demissão de qualquer emprego produz a incapacidade de tornar a servir o mesmo emprego.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 30.º e 34.º; etc. ²

COMMENTARIO.

Enumeram-se neste art. os effeitos da pena de perda do emprego, seguindo a distincção mencionada no art. 43.º — Se a demissão é com a declaração de incapacidade absoluta para servir qualquer emprego, faz perder todo o direito a jubilação etc. Salva porem oCodigo, copiando o art. 3.º n.º 4 do hespanhol as pensões *alimenticias*, que podem ser concedidas ao criminoso na fórma legal. — Se porem a demissão é simples, isto é, não envolve essa declaração; produz sómente a incapacidade de tornar a servir o mesmo en-

¹ Chauveau n.º 241 e seg.

prego ; mas o Codigo deveria tambem declarar que o criminoso perderia neste caso o direito á jubilação, aposentação etc. filha desse emprego, para ser coerente.

Não achamos rasoavel esta doutrina do Codigo, textualmente tirada do de Hespanha, pelo que respeita ás jubilações e direitos que se ganham por serviço de um numero de annos consideraveis feito ao publico ; toda a legislação bem ordenada deve considerar como uma propriedade esses direitos adquiridos, e por isso a disposição do Codigo envolve uma especie de confisco. Os defeitos em que o empregado incorre não destroem o bem feito antes e o direito adquirido, a não ser que a lei tenha effeito retroactivo. E' verdade que o artigo pretende salvar este inconveniente permitindo a concessão de pensão alimenticia na fórmula legal ; mas para que é converter n'uma graça aquillo que era um direito adquirido ?

Estas reflexões do illustre criminalista hespanhol D. Joaquim Pacheco são justas e rasoaveis.

Artigo 63.º

A suspensão temporaria de qualquer dos direitos politicos, produz, quanto aos empregados publicos, a suspensão do exercicio do emprego, por tanto tempo, quanto aquella durar.

COMMENTARIO.

Isto é uma consequencia da suspensão dos direitos politicos ; a qual a respeito dos empregados publicos, não podia deixar de ter este effeito ; exigia-o a justiça, e a moralidade.

Artigo 64.º

A perda a favor do Estado do objecto, ou producto do crime, e das armas com que foi commetido, ou que eram destinadas para esse fim, tem lugar nos casos em que, ou o offendido, ou algum terceiro, não responsavel pelo crime, não tenha direito de restituição.

§ unico. A perda de quaesquer outros instrumentos do crime tem lugar :

1.º Quando fôr prohibido o seu uso, ou conservação.

2.º Quando a lei expressamente o determina.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 59.º e 490.º; das Duas Sicílias art. 44.º; de França art. 11.º; e quasi todos os codigos allemães.

LEGISLAÇÃO PÁTRIA ANTERIOR.

A perda dos objectos e instrumentos do crime já achava entre nós comminada por algumas leis, como Alv. de 4 de Junho de 1825 art. 8.º e 9.º etc.

COMMENTARIO.

Com razão exceptua o Codice neste art. , e a doutrina foi bebida no art. 11.º do codigo de França, os casos em que o offendido ou algum terceiro não responsavel pelo crime, tenha direito á restituição; porque o que deve ceder a favor do Estado o que é propriamente do réo, aliás a pena estende

se-hia áquelles que nada tem com o crime, a não ser o direito de lhe ser reparado o damno causado, ou de lhe serem restituídos objectos, que lhe foram subtraídos. Assim se um homem matar outro com uma enxada que subtrahiu ou pediu emprestada a um seu visinho deve ser restituída a este, uma vez que elle não tivesse conhecimento do fim para que a havia emprestado ¹; do mesmo modo as roupas que um ladrão tirou de uma casa devem ser entregues a seu dono.

No § un. se determina que terá lugar a perda de quaesquer outros instrumentos do crime em dous casos: o 1.º é quando o seu uso ou conservação fôr prohibido, o 2.º quando a lei expressamente o determinar, como é na hypothese dos art. 240.º § 1, 251.º §§ 1 e 2, 253.º § 3, 267.º § un., 270.º §§ 3 e 4, 281.º, 323.º, 456.º § 1, 457.º §§ 1 e 2, 458.º, 459.º, e 460.º

Cumprê porem notar que nas contravenções a perda dos objectos e instrumentos apprehendidos só tem lugar quando a lei expressamente a decretar, como diz o § un. do art. 489.º

Artigo 65.º

A condemnação passada em julgado, que, ou impozer a pena da perda dos direitos politicos, ou tiver este effeito, será impressa por extracto, e affixada no lugar em que fôr proferida, na cabeça da co-

¹ Carnot, *comment.* art. 11.º n.º 4, sustenta que só deverá o instrumento do crime ser entregue a seu dono, quando, sem este ter disso conhecimento, tiver passado para o poder do criminoso.

marca em que tiver sido commettido o crime, e no lugar do domicilio do condemnado.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. dos Paizes-Baixos art. 19.^o; de Saxe art. 24.^o; de Hanover art. 31.^o; de Hesse art. 30.^o; de Brunswick art. 24.^o; de França reformado em 1832 art. 36.^o; etc.

COMMENTARIO.

Esta disposição é applicada a todos os crimes, pelo novo código dos Paizes-Baixos e pelos allemães; o nosso Código teve só por fim evitar que um homem, privado dos direitos politicos, não possa por qualquer engano vir a gosar delles, illudindo as determinações da lei e da sentença, as quaes por este modo se fazem publicas.

Pela Port. de 3 de Outubro de 1839 apenas transita alguma alguma sentença em julgado na 1.^a e 2.^a instancia, devem os respectivos escrivães tirar certidão della e envia-la ao competente magistrado do Ministerio Publico.

Artigo 66.^o

As penas ecclesiasticas não produzem effeito algum civil.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Dec. de 29 de Julho de 1833.

COMMENTARIO.

Esta disposição copiada do Dec. de 29 de Julho de 1833 é justa e razoavel até certo ponto. Sendo

Igreja uma sociedade inteiramente distincta do Estado, cada uma com sua esphera d'acção diversa, era consequencia que as penas que a Igreja impõe no seu fôro, e cujo direito lhe foi concedido por Jesu Christo, não tivessem effeitos civis.

As penas ecclesiasticas são todas espirituaes, affectam o espirito, e não o corpo e os bens materiaes. como as penas civis, e por isso consideradas de certo modo são mais fortes ainda do que estas : querer pois que ellas tivessem effeitos civis, além de ir contra a diversa natureza das duas sociedades, era accrescentar um mal a quem já não soffre pouco com as privações espirituaes que a Igreja lhe fulmina.

Apezar disto na nossa legislação anterior ao já citado Decreto, as penas ecclesiasticas tinham effeitos civis ; e era essa a razão porque o excommungado, por exemplo, não podia estar em juizo, podendo oppôr-se-lhe a excepção de excommunhão a todo o tempo, e em qualquer estado da causa : Ord. Liv. 3 Tit. 49 §§ 2 e 4 ; disposição que se acha igualmente no direito canonico no Cap. 1.^o *de except. in 6.^o*

Mas este principio, justo até certo ponto, carecia de ser mais claramente sancionado, porque em toda a sua extensão não é verdadeiro. O excommungado, por exemplo, não póde casar, e aqui temos como entre nós, que o casamento é acto civil e religioso ao mesmo tempo, uma pena canonica produz effeitos civis, por isso que priva o homem de um dos actos mais importantes da vida civil.

Artigo 67.^o

Os effeitos das penas têm lugar em virtude da

lei, independentemente de declaração alguma na sentença condemnatoria.

COMMENTARIO.

Este é declaratorio do art. 51.º; e a sua determinação é justa: se os effeitos das penas são uma consequencia que a lei julga se deriva necessariamente dellas, é claro que para esses effeitos terem lugar não se carecia de declaração alguma na sentença condemnatoria.

TITULO III.

DA APPLICAÇÃO E EXECUÇÃO DAS PENAS.

CAPITULO 1.º

DA APPLICAÇÃO DAS PENAS EM GERAL.

Artigo 68.º

Não podera ser applicada pena alguma, que não seja decretada na lei.

Artigo 69.º

Nenhuma pena poderá ser substituida por outra, salvo nos casos em que a lei o auctorisar.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 4.º; de Hesp. art. 19.º; da Austria art. 27.º; das Duas Sicilias art. 60.º; do Brasil art. 33.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

L. de 4 de Dezembro de 1606; Alv. de 28 de Julho de 1751; Ass. de 4 de Maio de 1754, 8 de Agosto de 1758, 23 de Novembro de 1769; Carta Constitucional art. 145.º § 10; etc.

COMMENTARIO.

Assim como a lei não quiz que nenhuma acção fosse julgada criminosa sem que uma lei anterior a qualificasse como tal (art. 5.º), do mesmo modo determinou que, sendo assim qualificada, só fosse punida com as penas expressamente determinadas na legislação.

Deste art. não diremos mais do que disse Haubersart ao discutir-se o art. 4.º do código penal francez: «é um principio de todos os tempos e de todos os lugares o não ser punido o crime senão com as penas cominadas pelas leis em vigor no momento em que foi perpetrado.» A nossa antiga legislação, quando não deixava a pena ao arbitrio do juiz, sempre reconheceu a santidade deste principio.

A disposição do art. 69.º é uma consequencia do art. 68.º; substituir uma pena por outra é applicar uma pena que não é decretada na lei para o crime de que se tracta. A Pragmatica de 24 de Maio de 1749 tambem sancionou esta doutrina porque no § 24 diz: *as penas afflictivas cominadas nesta lei, de nenhuma sorte poderão ser commutadas, nem modificadas por Tribunal, Ministro ou Julgador algum etc.* Exceptua porem o Código os casos em que a lei auctorisar

essa substituição, como é nos art. 71.º, 72.º § u
74.º, 75.º, 81.º, 99.º, etc.

Artigo 70.º

Se depois de commetido o crime a lei modifica a pena, será sempre imposta a pena menor, posto ao tempo da sentença esteja decretada pena mais grave.

§ unico. Se ao tempo da sentença o facto não fôr pela lei qualificado como crime, posto que o fosse pelas leis que existiam ao tempo em que foi commetido, nenhuma pena será applicada.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Dec. (francez) de 23 de Julho de 1810; Cod. de Hesp. art. 20.º; das Duas Sicilias art. 60; etc.

COMMENTARIO.

Este art. e seu § formam uma excepção ao principio da não retroactividade das leis; excepção que facilmente se justifica. Quando o poder social julga que as penas da lei são nimiamente severas, e que a conservação da ordem social não interessa na sua manutenção, e estabelece por isso uma nova penalidade, não poderia permittir que a factos, ainda mesmo anteriores ás suas novas leis, fossem applicadas as penas da antiga legislação, sem uma injustiça flagrante, sem uma contradicção manifesta. Além disso comminando uma pena mais suave o Legislador renunciou ao direito que tinha de requerer a applicação da pena mais forte ¹

¹ Chauveau n.º 44 e seg.; Portalis *Disc prélim. d.*

A disposição do paragrapho justifica-se do mesmo modo, a razão é identica.

Os primeiros vestigios desta regra apparecem em França no ultimo art. do codigo penal de 1791; sendo depois o mesmo principio applicado e desenvolvido no Aviso do Conselho d'Estado de 29 do *prairial* do anno VIII, e no Dec. de 23 de Julho de 1810.

Artigo 71.º

A pena de morte não poderá em caso algum ser applicada aos menores de dezeseite annos; mas será substituida pela de prisão perpetua com trabalho.

Artigo 72.º

A pena de trabalhos publicos não poderá em caso algum ser applicada ás mulheres, aos menores de dezeseite annos, aos maiores de sessenta annos, e aos que tiverem tal enfermidade, que não possam servir nos trabalhos publicos, sendo esta enfermidade competentemente provada.

§ unico. Quando taes pessoas commetterem um crime, que pela lei tem a pena de trabalhos publicos, ou que tendo sido condemnadas a esta pena chegaram á idade de sessenta annos, ou ao estado de enfermidade incompativel com a mesma pena, deverá ella ser substituida pela de prisão com trabalho, ou sem elle.

Code civ. § 13; Sr. Dr. Rocha *Direito civ. portug.* tom. 1 not. a ao § 8; etc.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 70.^o - 72.^o; de Brunswick art. 60.^o; de Hesp. art. 98.^o, 99.^o; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 135; e Tit. 140 § 4; etc.

COMMENTARIO.

Parece escusada a disposição do art. 71.^o, copiada da Ord., á vista do art. 20.^o n.^o 1 que considera a menoridade até aos vinte annos como circumstancia attenuante, e do art. 81.^o que determina que havendo circumstancias attenuantes seja a pena de morte substituida por outra perpetua de trabalhos publicos, prisão ou degredo. Todavia como podia haver casos em que as aggravantes contrabalançassem as attenuantes, poderia a pena de morte ser applicada aos menores de vinte e maiores de quatorze annos, e a isso quiz o Codigo obviar.

Julgamos com Haus, que a pena de morte nunca devia ser imposta aos menores de vinte annos, como determina o codigo criminal dos Estados romanos ¹; e a substituição da prisão perpetua á morte achamolla horrorosa, e contraria a todas as tendencias da legislação criminal moderna.

No art. 72.^o determina-se que a pena de trabalhos publicos não seja imposta ás mulheres, aos menores de 17 annos, aos maiores de 60, e aos que ti-

¹ O codigo de Brunswick exige vinte um.

verem enfermidade (legitimamente provada) que os inhabilite para cumprirem a pena ¹. Neste caso é ella substituida pela prisão com trabalho ou sem elle; e o mesmo tem lugar quando alguém condemnado a trabalhos publicos chegar aos 60 annos, ou ao estado de enfermidade incompativel com esta pena.

A razão disto é porque além de ser impossivel o cumprimento da pena em razão do sexo, da idade, ou da molestia, seria barbaro obrigar essas pessoas a trabalhos publicos.

Estas disposições que o Codigo consignou, seguindo o de França, acham-se consagradas na maior parte das legislações estrangeiras, devendo porem advertir-se que a lei franceza exige nos velhos para ter lugar a substituição da pena a idade de 70 annos. O direito romano já havia attingido o mesmo principio na L. 22 Dig. *de pen.*

Artigo 73.º

O menor de quatorze annos que commetter algum crime, praticando o facto sem discernimento, será entregue, segundo as circumstancias, ou a seus pais, parentes e tutores, ou será recluso em uma casa de educação pelo tempo que fôr determinado na sentença.

¹ Um Dec. de 10 de Dezembro de 1661 da Sagrada Congregação dos Cardeaes interpretes do Concilio Tridentino declarou, que o Parocho, passando certidão pela qual se mostrasse a maioridade de um réo para o effeito de se lhe applicar a pena de morte, não incorria irregularidade *ex defectu lenitatis*. — Repert. á Ord. v.º *menor que fôr etc.*

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 66.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 4 Tit. 103 pr.; etc.

COMMENTARIO.

Este art. é copiado do art. 66.º do código de França com a differença que este accrescenta depois das palavras — *pelo tempo que fôr determinado na sentença* — as seguintes — *et qui toutefois ne pourra excéder l'époque ou il aura accompli sa vingtième année.* —

Se os juizes julgarem os pais habilitados para dirigir os filhos com os verdadeiros principios de educação mandam-lh'os entregar, aliás determinam a reclusão destes em uma casa de *educação*¹. A detenção *em casa de correção*, dizia Faure quando se discutiu o código francez no Conselho d'Estado, não é uma pena, mas um meio de supprir a correção domestica, quando as circumstancias não permittirem que o menor seja confiado á sua familia. A disposição do código francez é justa e conforme aos solidos principios que devem presidir ao aperfeiçoamento da sociedade.

¹ Advirta-se tambem que o nosso Código substitui as expressões — *n'uma casa de correção* — por — *em uma casa de educação*. — Achamos mais moralidade no código francez.

Artigo 73.º (*continuação.*)

§ 1.º O menor de quatorze annos que commetter algum crime a que corresponda alguma das penas maiores, praticando o facto com discernimento, será condemnado a prisão com trabalho ou sem elle por tempo que não exceda a dez annos. Se a pena do crime fôr correccional, a pena que lhe fôr imposta não será maior do que a metade da que deveria impôr-se, no caso em que o criminoso excedesse a idade dos quatorze annos.

§ 2.º Nos casos declarados no § antecedente poderá pronunciar-se na sentença a sujeição á vigilancia especial da policia até dez annos.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 67.º, 69.º; do Brasil art. 13.º; etc.

COMMENTARIO.

A lei suppõe que o culpado, posto que obrasse com discernimento, não está ainda em estado (em razão da idade) de sentir toda a extensão do crime praticado, e por isso faz esta redução da pena imitando o codigo francez, e as legislações das nações civilisadas, as quaes conciliam a clemencia que merece a idade com a necessidade da repressão exigida pelo discernimento do criminoso.

A disposição do § 2 é copiada igualmente do art. 67.º do codigo francez com a differença que este designa o minimo da sujeição á vigilancia da policia que são tres annos: na Belgica porem não tem lugar

neste caso a disposição deste parographo á vista do art. 1.º da L. de 30 de Dezembro de 1836.

Artigo 74.º

Se alguém em estado de embriaguez completa praticar qualquer facto, que a lei penal manda punir, ser-lhe-ha applicada a pena de prisão correccional, podendo aggravar-se segundo as circumstancias do facto illicito, seguido daquelle resultado, nos casos seguintes :

1.º Se a embriaguez não foi casual.

2.º Se foi posterior ao projecto do crime.

§ unico. Neste caso terá lugar a disposição do § 2.º do art. antecedente.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Vide o annotado aos art. 20.º n.º 8, e 23.º n.º 4; e o Cod. da Austria Part. 2.ª art. 267.º, e 268.º; etc.

COMMENTARIO.

No art. 23.º n.º 4 vimos que os ebrios, sendo a embriaguez completa, casual, e não posterior ao projecto do crime, não eram reputados criminosos, e no art. 20.º n.º 8 que não sendo completa a embriaguez, mas reunindo os outros dous requisitos, era considerada como circumstancia attenuante. Agora neste art. manda o Codigo apezar disso punir a embriaguez completa com a prisão correccional, não pelo crime que della resultou, porque por esse não é o ebrio criminoso (art. 23.º), mas pelo facto da embriaguez, dando ao juiz a faculdade de aggravar a

pena nos dous casos mencionados neste art., e no § un., e de pronunciar na sentença a sujeição á vigi-
lancia da policia na fórma do § 2 do art. 73.º, isto
é, até dez annos.

Artigo 75.º

Quando algum individuo, que não tenha, ou
não exerça direitos politicos, commetteu algum cri-
me, se a pena decretada pela lei fôr a da perda dos
direitos politicos, será substituida pela prisão correc-
cional. Se fôr a da suspensão do exercicio de todos,
ou de alguns desses direitos, será substituida pela de
prisão até um anno.

Artigo 76.º

Quando alguma das penas maiores temporarias
houver de ser imposta a um estrangeiro, poderá ser
substituida pela de expulsão do reino perpetua.

COMMENTARIO.

O art. 75.º contém a regra para substituir a
pena da perda ou suspensão de direitos politicos,
quando o criminoso não os tiver, nem exercer. Em
ambos os casos é substituida a pena pela de prisão
correcional, com a differença que quando substitue
a suspensão dos direitos politicos não excede a um
anno. E aqui devemos notar a contradicção em que
se acha este art. do Codice com o art. 6.º do Dec.
de 10 de Dezembro de 1852. Se a suspensão dos di-
reitos politicos póde chegar até doze annos, e se não
póde ser substituida por prisão além de *um* anno,

como é que o Dec. nesse art. 6.º, sujeitando ao correccional de nova especie os crimes que tiverem prisão até *dous* annos, só faz da competencia desse processo a suspensão dos direitos politicos até seis annos, quando sendo até doze póde ser substituida por prisão até um anno ¹ ?

A faculdade concedida pelo art. 76.º póde ser util muitas vezes em certos crimes, a respeito dos quaes mais convenha fazer sahir para fóra do reino o estrangeiro criminoso, do que conserval-o dentro do paiz.

Mas o Codigo não restringiu só esta faculdade ás penas maiores, antes a vemos applicada tambem ás correccionaes, como se determina expressamente nos art. 130.º § 1, e 156.º § un.

CAPITULO 2.º¹¹

DA APPLICAÇÃO DAS PENAS NOS CASOS EM QUE CONCORREM CIRCUMSTANCIAS AGGRAVANTES OU ATTENUANTES.

Artigo 77.º

Se concorrerem em algum crime circumstancias aggravantes, as quaes não sejam consideradas especialmente, e expressamente na lei para qualificar a maior gravidade desse crime, determinando a pena correspondente ; observar-se-hão para augmentar a pena as regras estabelecidas nos art. seguintes.

¹ Esta contradicção foi remediada pela L. de 18 de Agosto de 1853.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA ¹.

Cod. de Hesp. art. 67.^o; etc.

COMMENTARIO.

É um artigo transitorio. Sómente temos a notar a excepção nas palavras — *as quaes não sejam etc.* — ha circumstancias que em hypotheses especiaes se apartam da regra geral, e devem tambem ter na applicação da pena uma influencia especial; taes são a reincidencia (art. 86.^o), o homicidio voluntario nos casos declarados no art. 351.^o, o attentado ao pudor nos casos mencionados no art. 398.^o, e o furto com as circumstancias expressas no art. 426.^o

Artigo 78.^o

Não é circumstancia aggravante, para o effeito de augmentar a pena, aquella que a lei considera como elemento essencialmente constitutivo do crime.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 68.^o; de Saxe art. 42.^o, 43.^o; do Wurtemberg art. 107.^o e seg.; de Bade art. 148.^o e seg.; etc.

¹ Da Ord. Liv. 5 Tit. 17 § 3, Tit. 18 § 2 e 3, Tit. 20 pr., Tit. 25 § 4, Tit. 37 § 1, e da L. de 21 de Outubro de 1763 § 5 se vê que a nossa legislação admittia o principio de que havendo circumstancias aggravantes devia a pena ser aggravada.

COMMENTARIO.

O principio do art. é justo ; para uma circumstancia se dizer aggravante é necessario que seja accessoria, isto é, que o delicto possa ter lugar sem elle ; aliás deixa de ser circumstancia aggravante para fazer parte da essencia do crime ; e a não se admittir esta doutrina teriamos muita vez o delicto aggravado por si mesmo.

Assim o escalamento não é aggravante no roubo porque é um dos elementos que o constituem (art. 432.º) ; o mesmo se deve dizer da fraude na bulha (art. 450.º etc.) Mas apesar disto é difficil de applicar, pela difficuldade em apreciar se uma ou outra circumstancia é ou não em certo caso constitutiva do crime.

Artigo 78.º (continuação.)

§ 1.º A pena de morte não se agrava em caso algum.

§ 2.º Os trabalhos publicos por toda a vida serão no Ultramar.

COMMENTARIÒ.

A pena de morte não se agrava em caso algum, por isso mesmo que é a maior pena que a sociedade póde impôr, porque acima della não ha outra, e porque as crueldades de que outr'ora era acompanhada algumas vezes, estão hoje abolidas pela legislação moderna.

Os trabalhos publicos por toda a vida aggravam-se sendo no Ultramar. Se em regra esta pena se cumpre no continente, é claro que sendo cumprida no Ultramar é aggravada, porque envolve consigo o degredo, e por isto esta aggravação nos parece desproporcionada, pois reúne duas penas.

Artigo 78.º (continuação.)

§ 3.º A prisão perpetua será no Ultramar, ou com isolamento; e tanto nesta pena, como na de prisão temporaria o isolamento pôde ser, ou durante o cumprimento da pena, ou pelo espaço de tempo que parecer aos juizes.

§ 4.º A pena de degredo por toda a vida será aggravada segundo o disposto no art. 50.º; podendo além disto aggravar-se com a prisão no lugar do degredo por um espaço de tempo determinado, como parecer aos juizes.

§ 5.º A pena de degredo para a India, aggravava-se sendo para a Africa.

COMMENTARIO.

A prisão perpetua agrava-se segundo o Codigo sendo no Ultramar, ou com isolamento. Quanto ao primeiro modo não ha duvida, que ha aggravação pela mesma razão que demos no paragrapho anterior; quanto ao segundo tambem o isolamento deve ser considerado como aggravação uma vez que este não é da essencia da pena de prisão, segundo o systema do Codigo. Parece-nos porem que ha um grande abismo entre a prisão perpetua no Ultramar sem iso-

lamento, e a prisão perpetua com isolamento ; muito mais deixando á vontade dos Tribunaes o aggravar a pena de qualquer destes dous modos : admittiu-se por esta fórma o arbitrio que n'outros art. se pretendeu evitar. O isolamento diz o art. que póde ser durante o cumprimento da pena, ou pelo espaço de tempo que parecer aos juizes. O degredo por toda a vida aggravava-se sendo para as possessões orientaes da Africa ; e póde ainda ser aggravada nessas possessões orientaes com a prisão no lugar do degredo por um espaço de tempo marcado pelos Tribunaes. E' esta a intelligencia que damos ao art. ; todavia elle é susceptivel de outra, e vem a ser, que o degredo póde ser aggravado ou para a Africa oriental ou com a prisão no lugar do degredo ; esta intelligencia sería mais razoavel por certo, mas as expressões *podendo além disto etc.* não o comportam.

Quando porem o degredo fôr para a India aggravava-se sendo para a Africa, diz oCodigo ; mas para o oriental ou occidental ? elle não o declara, e parece deduzir-se dahi que póde ser para uma ou para outra ; mas não póde ser assim. Se o degredo para a India é mais suave do que para a Africa occidental, e se este se aggravava sendo para a oriental, é claro que aggravar o degredo na India para a Africa oriental é equiparal-o ao degredo na Africa occidental ; o que não é de justiça. Por isso entendemos que o modo de aggravar o degredo para a India é fazel-o cumprir na Africa occidental.

Artigo 78.^o (continuação.)

§ 6.^o As penas da perda de todos os direitos

políticos, e da expulsão perpetua do reino, serão aggravadas com a mulcta.

COMMENTARIO.

Veja-se a observação que fizemos na nota a pag. 132; devendo a respeito da mulcta guardar-se nesta aggravação o disposto no art. 41.º E por esta occasião advertimos a impropriedade com que a mulcta foi considerada como pena correccional, quando é tambem uma aggravação das penas *maiores*.

Artigo 79.º

Na aggravação das penas temporarias não poderá prolongar-se a sua duração além do termo fixado pela lei, nem mudar-se a sua natureza.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 74.º; etc.

COMMENTARIO.

Não tendo o Codigo dividido as penas temporarias em grãos, mas tendo estabelecido uma pena com um maximo e um minimo, era consequente que a aggravação fosse feita dentro destes dous termos, os quaes só foram estabelecidos para proporcionar a pena ao crime nas diversas modificações, nos differentes matizes (releve-se-nos a expressão) que elle póde apresentar. Além disso se fosse licito prolongar a duração da pena além do termo fixado pela lei, o resultado seria que os Tribunaes poderiam impôr penas

que o Legislador não consignou no Código, contra o disposto no art. 68.º

Artigo 79.º (*continuação.*)

§ 1.º Podem comtudo as penas tempo de trabalhos publicos, de prisão maior e de ser aggravadas dentro do termo legal, applicar as disposições dos §§ do art. antecedente.

§ 2.º A aggravação declarada no § an dente terá lugar, sempre que houver de aggravar o maximo das mesmas penas temporarias, decretada na lei.

COMMENTÁRIO.

O § 1.º indica uma aggravação especial das penas temporarias de trabalhos publicos, prisão maior e degredo, sem destruir o principio da rigorosa observancia do maximo e minimo estabelecido na lei (*dentro do termo legal*). Como o Código manda applicar esta aggravação especial applicar a estas penas temporarias as disposições dos §§ do art. antecedente devem-se observar as seguintes regras — 1.ª os trabalhos publicos temporarios aggravam-se sendo Ultramar — 2.ª a prisão maior aggrava-se sendo Ultramar, ou com isolamento — 3.ª o degredo temporario sendo para Africa occidental aggrava-se para a oriental simplesmente, ou para a oriental com prisão no lugar do degredo pelo tempo designado na sentença; sendo para a India aggrava-se na Africa occidental.

O § 2.º declara que todas as vezes que tiver ser aggravado o maximo destas penas temporarias te

lugar esta aggravação designada no § 1.º; mas não quer dizer que seja só neste caso.

Artigo 79.º (continuação.)

§ 3.º A pena de expulsão temporaria do reino agrava-se tambem com a mulcta.

§ 4.º Se a lei decretar o maximo de qualquer pena correccional, e houver lugar a aggravação, accrescentar-se-ha a pena da mulcta; e se a pena decretada fôr o maximo da mulcta accrescentar-se-ha a prisão até um anno.

§ 5.º A demissão de qualquer empregado publico agrava-se com a mulcta ou com a prisão correccional.

§ 6.º A demissão de qualquer empregado publico, com a declaração de incapacidade absoluta para servir qualquer emprego, terá sómente lugar nos casos em que a lei especialmente a determinar, ou em que fôr effeito de outra pena.

COMMENTARIO.

§ 3.º A respeito da expulsão temporaria seguiu o Codigo o mesmo principio que applicára á aggravação da expulsão perpetua no art. antecedente § 6; tendo lugar a observação que a respeito da mulcta fizemos nesse §.

§ 4.º Nas penas correccionaes segue-se a regra geral deste art., mas neste § se estabelecem duas regras importantes; 1.^a que quando a lei expressamente impozer o maximo de qualquer pena correc-

cional é agravada com a multa na fórmula do art. 41.º; veja-se o que dissemos na nota a pag. 132; 2.ª que sendo imposta pela lei a multa no seu máximo agravar-se-ha com prisão até um anno.

§ 5.º Não se póde justificar este modo de aggravação; o melhor seria accrescentar a declaração de incapacidade absoluta ou temporaria para servir qualquer emprego por haver mais analogia.

Artigo 80.º

Concorrendo em algum crime circumstancias atenuantes, que não tenham sido especialmente, e expressamente consideradas na lei para determinar a pena correspondente, observar-se-hão, segundo a maior, ou menor influencia na culpabilidade do criminoso, as regras seguintes.

COMMENTARIO.

Depois de apresentar os principios que devem guiar os Tribunaes na applicação da pena nos casos de haverem circumstancias aggravantes, passa o Legislador a dar as regras para a applicação da pena no caso de concorrerem circumstancias atenuantes.

Este art. como o 67.º do codigo hespanhol, contém uma disposição transitoria; determina que se sigam as regras dos art. seguintes, excepto o caso em que a lei tenha tomado especial e expressamente em consideração alguma circumstancia, determinando a pena correspondente, como succede na hypothese dos art. 370.º e 373.º

Artigo 81.º

A pena de morte será substituída por qualquer das penas perpetuas de trabalhos publicos, prisão, ou degredo.

§ 1.º A pena perpetua de trabalhos publicos será substituída pela temporaria de trabalhos publicos, ou pela prisão maior temporaria, com trabalho, ou sem elle, ou pelo degredo perpetuo, ou temporario aggravado, ou não aggravado.

§ 2.º A prisão perpetua será substituída, ou pela prisão maior temporaria, ou pelo degredo perpetuo ou temporario, aggravado ou não aggravado.

§ 3.º A pena de degredo por toda a vida será substituída pelo degredo temporario, aggravado ou não aggravado, ou pelo maximo da prisão correccional.

§ 4.º A pena da perda dos direitos politicos será substituída pela da suspensão do seu exercicio.

§ 5.º A pena perpetua de expulsão do reino será substituída pela temporaria, ou pela de prisão correccional cuja duração não seja inferior a dous annos.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. dos Paizes-Baixos art. 74.º; de Saxe art. 62.º-65.º; de Bade 167.º-169.º; de Hanover art. 100.º-103.º; da Sardenha art. 727.º-731.º; da Austria art. 46.º; etc.

COMMENTARIO.

A pena de morte é substituída pelas perpetuas de trabalhos publicos, prisão, ou degredo; as regras dos §§ deste art., semelhantes ás do codigo da Aus-

tria, são claras. não pódem offerecer duvida na applicação ; e deixam ao juiz um campo largo para poder accomodar a pena á criminalidade no caso de concorrerem circumstancias attenuantes em maior ou menor numero. Sómente observaremos a respeito do § 5, que a substituição da expulsão perpetua do reino pela temporaria ou pela prisão correccional não menor de dous annos não nos parece coerente. Se no art. 36.º se disse que a expulsão temporaria era de tres até quinze annos, deveria a expulsão perpetua ser substituida neste § pelo maximo da prisão correccional, que são tres, para corresponder ao minimo da expulsão temporaria que são tambem tres annos.

Artigo 82.º

A duração das penas maiores temporarias será abreviada, podendo reduzir-se até ao minimo.

§ unico. Poderão tambem os juizes, considerando o numero e importancia das circumstancias attenuantes, substituir qualquer das penas immediatamente inferiores, e mesmo a prisão correccional não inferior a dous annos.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. da Austria art. 47.º; de Hesp. art. 74.º; de França, reformado em 1832, art. 94.º; etc.

COMMENTARIO.

Tendo no § anterior visto o modo de attenuar as penas maiores perpetuas, examinamos agora o modo de attenuar as temporarias.

A regra do art. parece-nos razoavel ; se o maximo e o minimo foi estabelecido para a pena poder corresponder á criminalidade, e sendo esta determinada pelas circumstancias attenuantes e aggravantes, não devem os Tribunaes na attenuação da pena abreviar o seu minimo, assim como na aggravação não podem exceder o maximo (art. 79.^o), sem ir de encontro ao fim da divisão da pena em maximo e minimo. E' o mesmo systema do codigo da Austria no art. 47.^o e da maior parte das codigos.

A excepção do § un. deste art. póde ser muitas vezes exigida pela justiça ; mas nunca deve ser observada senão nos casos em que existem *unicamente* circumstancias attenuantes em *grande* numero e de *grande* importancia, não havendo algumas aggravantes ; como se deprehende facilmente do art. 84.^o, da doutrina dos auctores, e dos outros codigos ; aliás sob pretexto de humanidade iria o Codigo favorecer a impunidade, e poder-se-hia dizer d'elle o que Merlin disse de Beccaria, posto que com alguma exaggeração ¹ : « *il se flatte d'avoir plaidé et gagné la cause de l'humanité, mais on peut lui dire avec plus de vérité qu'il a plaidé la cause de la scélératesse.* »

Artigo 83.^o

A redução das penas correccionaes nos crimes, terá lugar sem que a pena desça dos termos seguintes :

1.^o A prisão correccional, e a mulcta, a menos de tres dias.

¹ *Répert. v.^o Peine — Den Tex, De causis crimin.* pag. 7 e seg.

2.º O desterro e a suspensão do emprego, a menos de tres mezes.

3.º A suspensão dos direitos politicos, a menos de dous annos.

§ unico. Nos casos declarados neste art. poderá tambem em lugar da mencionada reduçãõ, ser substituida qualquer das penas correccionaes pela de mulcta; e bem assim poderá applicar-se sómente a pena de mulcta, quando fôr decretada conjunctamente com outra.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. da Austria art. 48.º; etc.

COMMENTARIO.

O que dissemos a respeito do § un. do art. antecedente é applicavel ao disposto no § un. Quanto á doutrina do art. e dos seus tres numeros pôde considerar-se como a declaração do minimo das penas correccionaes, para que entre elle e o maximo marcado nos art. 38.º, 39.º, 40.º, 41.º e 44.º, os Tribunaes possam determinar a pena correspondente ao delicto.

Artigo 84.º

Concorrendo simultaneamente circumstancias aggravantes, e circumstancias attenuantes, conforme umas ou outras predominarem, será aggravada, ou attenuada a pena.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. da Austria art. 41.º; de Hesp. art. 74.º n.º 4; etc.

COMMENTARIO.

Este principio é razoavel, uma vez que o Codigo não deu regras mais especificadas, como fez o de Hespanha, e deixou algum arbitrio aos Tribunaes. Todavia o art. tem uma excepção no art. 355.º § 2.

O codigo hespanhol, como as penas temporarias segundo o seu systema tem tres grãos, deu as seguintes regras no art. 74 : — 1.ª quando não ha circumstancias aggravantes nem attenuantes a pena é imposta no grão medio ; — 2.ª quando concorrer só alguma attenuante é imposta no grão minimo ; — 3.ª quando só alguma aggravante no grão maximo ; — 4.ª quando concorrem umas e outras observa-se a mesma regra deste art.

CAPITULO 3.º

DA APPLICAÇÃO DAS PENAS NOS CASOS DE REINCIDENCIA,
ACCUMULAÇÃO DE CRIMES, CUMPLICIDADE
E TENTATIVA.

Artigo 85.º

A reincidencia verifica-se todas as vezes que o criminoso, tendo sido condemnado por sentença passada em julgado por algum crime, commette outro crime da mesma natureza antes de terem passado dez annos desde a dita condemnação ; e ainda que a pena do primeiro crime tenha sido perdoada.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. do Brasil art. 16.^o n.^o 3; da Austria art. 37.^o n.^o 3; etc.

COMMENTARIO.

Apezar do Codigo ter enumerado a reincidencia entre as circumstancias aggravantes no art. 19.^o n.^o 21, não satisfeito com as regras geraes do Cap. anterior occupa-se neste e no seguinte art. da reincidencia e das regras especiaes que se devem observar para a applicação da pena, quando esta circumstancia se verifique. Nisto achamos razão á lei porque, como bem adverte Rossi, no criminoso reincidente ha uma culpabilidade particular, moral e politica ao mesmo tempo, culpabilidade que por essa razão devia ser regida por uma disposição tambem particular.

As condições necessarias para se verificar a reincidencia, segundo o Codigo neste art., são as seguintes — 1.^a que o criminoso tenha sido condemnado por algum crime por sentença passada em julgado; — 2.^a que commetta outro crime da mesma natureza; — 3.^a e que entre aquella sentença passada em julgado e a perpetração do novo crime da mesma natureza não haja um intervallo que chegue a dez annos.

A 1.^a condição já parece encontrar-se no direito romano na L. 28 § 3 Dig. *de pæn.* aonde o Jcto Calistrato diz: « *Quod si ita correcti in iisdem deprehendantur, exilio puniendi sint, nonnunquam capite plectendi.* » Alguns escriptores porem, e entre elles

o hespanhol Gomes no seu tractado *de delictis* no Cap. 5. Tit. *de furtis*, n.º 9, sustentaram que para se julgar a existencia da reincidencia não era precisa a condemnação do criminoso pelo primeiro crime ; tal opinião não podia deixar de ser regeitada por isso que sem haver essa condemnação como se poderia agravar a pena com o pretexto de ser incorrigivel o criminoso ? como dizer que o réo é incorrigivel sem ter havido uma correção ? Alguns codigos allemães, como os da Austria, da Baviera, e do Hanover, exigem além da condemnação que para se julgar a reincidencia tenha o criminoso soffrido pelo menos uma parte da pena do primeiro delicto : com razão porem os outros codigos tem abandonado este systema por isso que a condemnação é sufficiente só por si, sem necessidade do soffrimento da pena, para mostrar ao criminoso que a sua acção é criminosa e se deve affastar della.

Póde porém apresentar-se a questão seguinte. — Se um estrangeiro condemnado na sua patria commetter em Portugal um crime da mesma natureza deverá ser considerado como reincidente ? Nós, seguindo a Nicolini, diremos que sim ; a immoralidade do agente está demonstrada, nem o facto de ser a sentença proferida em paiz estrangeiro a faz desaparecer ; accresce a isto a disposição dos codigos de Saxe, de Brunswick e do Hanover, aos quaes devemos seguir por não ter o nosso previsto esta hypothese. A 2.ª condição é que o criminoso commetta outro crime *da mesma natureza* : esta condição é copiada do codigo do Brasil e do da Luisiania ; o codigo da Austria não diz *crime da mesma natureza*, mas *crime semelhante*,

e o da Baviera no art. 111.^o diz *da mesma especie*. Entre os romanos aggravava-se a pena por reincidência o criminoso *in iisdem criminibus perseveret*, gundo se exprime a L. un. Cod. *de superexactione*. E' necessario pois que haja identidade ou analogia p menos entre os dous crimes, porque sem isso não poderia mostrar o habito do crime donde resulta maior preversidade; mas esta regra deve ser applicada com muita cautela; Chauveau julga que os delictos são da mesma natureza quando se derivam do mesmo principio, quando nascem do mesmo gener de corrupção; assim, diz elle, os delictos são contra as pessoas ou contra as propriedades; a reiteraç de um delicto em cada uma destas classes fórma reincidencia; por esta regra um homem condemnado por um crime, que o Codigo enumera entre os contra as pessoas, se depois commette outro contra as propriedades não é reincidente, mas sel-o-ha se esse outro crime fôr contra as pessoas.

A 3.^a condição exige que não tenham passado dez annos entre a primeira condemnação e o novo crime: este periodo é o que deve ser marcado na lei segundo Chauveau: Farinacio reduzia-o a tres annos. Para se julgar que o crime não é resultado de um habito criminoso é necessario que longos annos de conducta regular venham confirmar essa opinião, por isso o Codigo pensou que dez annos completos eram sufficientes para esse fim, e que o crime reiterado antes desse prazo constitua por isso reincidencia. Os codigos allemães foram mais logicos talvez dizendo que não havia reincidencia, se, desde que o criminoso soffreu a pena até ao novo crime, mediu

o tempo necessario para a prescripção da primeira pena ¹.

No fim do art. acrescenta o *Codigo e ainda que a pena do primeiro crime tenha sido perdoadada*. A razão disto é porque o perdão não faz, como a amnistia, desaparecer o crime na condemnação, livra sómente o criminoso de soffrer a pena, modifica os effeitos da condemnação; assim foi determinado em França pela Ordenança de 14 de Outubro de 1818, os Tribunaes assim o tem constantemente julgado, e é esta a doutrina dos auctores.

Artigo 85.º (*continuação.*)

§ 1.º Não se considera reincidencia quando o primeiro crime foi amnistiado, ou o criminoso foi reabilitado.

COMMENTARIO.

Pelo que respeita á amnistia a razão é porque ella faz desaparecer o crime, e então falta uma das bases para a reincidencia. O *Codigo* não fez mais do que seguir a doutrina de Chauveau, e de Rauter. Quanto á reabilitação parece-nos que ou ella é concedida antes de passados dez annos da condemnação ² ou depois: neste caso nada influe na questão, e é só no primeiro que temos de a considerar; parece-nos

¹ Cod. de Brunswich art. 71.º, do Wurtemberg art. 126, de Hesse art. 103.º, etc.

² O que é possível se um homem fôr condemnado a 4 annos de prisão; e dahi a tres obtiver a reabilitação na fôrma do § 2 do art. 129.º

pouco razoavel então a doutrina do Código porque a reabilitação não destroe o crime, mas restitue ao criminoso os direitos que perdêra pela condemnação — esta opinião é a de Favard de Langlade (*Rep. de nouvelle legislation*, v.º *Récidive*, n.º 12). — Veja-se o excellento artigo do Sr. Antonio José de Barros e Sá na *Gazeta dos Tribunaes* n.º 1653 de 7 Março de 1853.

Artigo 85.º (continuação).

§ 2.º Nas contravenções o termo é de um anno; e não se requer que a segunda contravenção seja da mesma natureza.

COMMENTARIO.

Este praso de um anno é tirado do art. 483 do código penal francez, e é o que Scipião Bexon n.º seu projecto de código penal julgava que devia ser adoptado. O não se exigir que a contravenção seja da mesma natureza, é fundado no principio de que nas contravenções o Legislador não attende *principalmente* senão ao resultado material¹.

Artigo 86.º

No caso de reincidencia, se a pena do ultim

¹ Sobre a reincidencia vide Chauveau n.º 446 seg., Feuerbach com as notas de Mittermaier § 132, Alauzet, *Essai sur les peines* Cap. 9, Bonneville, *De la récidive*, e o código da Baviera traduzido por Vatet, no notas historicas a pag. 330 e seg.

crime fôr perpetua, será o criminoso condemnado na immediata superior perpetua, excepto na pena de morte. Se a pena do ultimo crime fôr temporaria, será condemnado o criminoso no maximo da mesma pena temporaria aggravada.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Wurtemberg art. 127.^o e 128.^o; do Hannover art. 115.^o; de Hesse art. 99.^o - 103; de Bade art. 187.^o - 189.^o; das Duas Sicilias art. 78.^o - 91.^o; de França art. 56.^o e seg.; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 2 pr., Tit. 32 § 1, Tit. 60 § 3, Tit. 102, Tit. 133 § 3; Alv. de 21 de Junho de 1787; etc.

COMMENTARIO.

Aqui estabelece o Codigo a regra para a aggravação da pena no caso da reincidencia: e faz para isso distincção entre ser a pena do ultimo crime perpetua ou temporaria. No caso de ser perpetua é condemnado o criminoso reincidente na immediata superior excepto na de morte ¹, assim se a pena fôr a de trabalhos publicos por toda a vida não se agrava com a morte, e então parece que deverá ter lugar sómente a aggravação do § 2 do art. 78.^o; este principio de que a aggravação resultante da circumstancia da reincidencia não póde dar lugar á applicação da pena de morte é reconhecido, diz Haus, pelos mais celebres

¹ Tome-se porem em conta o art. 47.^o e seu §.

criminalistas ; e na verdade se a distancia entre penas perpetuas e temporarias é já grande, a que para a pena de morte de todos os outros meios repressão é um abismo. — No caso porem que a p do ultimo crime seja temporaria é condemnado o minoso no *maximo* da *mesma* pena temporaria aggravada ; isto é observando-se o disposto nos §§ 1 do art. 79.º ; assim a um crime reiterado, cuja p fôr a prisão maior temporaria com trabalho (3 a annos), deyrá ser imposta a pena de prisão por annos no Ultramar ou com isolamento, isto é não vendo circumstancias attenuantes, e attendendo á c posição provisoria do art. 99.º

A regra dada pelo Codigo quando a pena é temporaria achamol-a rasoavel ; porque a reincidencia não deve motivar uma pena differente ou immediatamente superior, mas só um gráo mais elevado da mesma pena, pois o facto criminoso não muda de natureza : « como a reincidencia, observa Rossi, não senão uma aggravação de culpabilidade na mesma especie de crime, temos por sem duvida que nunca deverá mudar o genero da pena, mas só a sua taxa

Nos codigos allemães apparecem disposições diversas nesta materia uma das mais difficeis do reito criminal. O codigo penal da Baviera de 181 obra do celebre Feuerbach, continha um systema complicado para a aggravação da reincidencia que impossivel executal-o ; algumas leis posteriores procuraram remedial-o, e nos novos projectos publicados em 1827 e 1831 foi o systema desse criminal completamente abandonado ; no ducado d'Oldenbu aonde tinha sido adoptado o codigo da Baviera

ram tambem pela mesma razão modificadas as disposições sobre a aggravação da reincidencia pela L. de 3 de Julho de 1832.

Nos outros codigos de Allemanha a reincidencia é uma circumstancia aggravante *geral*; os codigos de Hesse art. 84.º, e de Bade art. 183.º não admittem a reincidencia *legal* com aggravação especial senão para alguns delictos, que nelles vem especialmente designados. Quanto á aggravação da pena não pôde nunca aggravar-se na de morte. Pelo que respeita ás penas temporarias o juiz não pôde senão aggraval-as até ao seu maximo ordinario, podendo accrescentar os modos especiaes de aggravação permittidos nos codigos; e só por excepção lhe é permittido passar de uma pena á do genero immediatamente superior. A passagem das penas temporarias para as perpetuas é auctorizada só pelos codigos do Wurtemberg e do Hanover, mas é necessario para isso que o segundo crime seja de natureza tal que mereça pelo menos vinte annos da mais grave das penas temporarias, e que seja além disso acompanhado de circumstancias extraordinariamente aggravantes.

Artigo 87.º

Salvo nos casos especialmente declarados não tem lugar a accumulção das penas, excepto a da mulcta, por crimes anteriores á primeira condemnação; e se applicará sómente a pena mais grave decretada na lei; aggravando-se segundo as regras geraes, em attenção á circumstancia da accumulção dos crimes.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

L. 2 Dig. *de delict. privat.*; L. 9 Cod. *de accusation*; etc.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. franc. de processo crim. art. 365.^o; da Austria art. 98.^o; da Baviera art. 108.^o-110.^o; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Alv. de 28 de Abril de 1681; L. de 24 de Maio de 1149; etc.

COMMENTARIO.

Depois de no art. antecedente ter dado as regras para a applicação da pena no caso de reincidencia passa o Codigo no art. 87.^o a dar outras para a applicação das penas no caso de accumulção ou concurso de crimes, que é o segundo objecto deste Capitulo. O Codigo da Baviera no art. 108.^o define concurso de delictos a reunião n'uma só e mesma instancia de muitos crimes ainda não condemnados. Differe da reincidencia o concurso, 1.^o em que este suppõe a reunião de crimes ainda não punidos, em quanto que sem condemnação anterior não ha reincidencia; 2.^o em que no concurso os crimes podem ser ou não da mesma natureza, em quanto que a homogeneidade é uma condição *sine qua non* da reincidencia.

A doutrina deste art. vai de acordo com o art. 19.^o n.^o 20 aonde se declara ser a accumulção de crimes uma circumstancia aggravante, e por isso no caso desta accumulção applica-se a pena mais gra-

ve, que o réo merecer por algum desses crimes, mas aggravada segundo as regras geraes do art. 78.^o e 79.^o: não se podendo accumular penas a não ser a de mulcta ¹.

Este systema do Codigo é o da legislação franceza, da austriaca, e prussa, já seguido por alguns Jetos da meia idade na maxima: *pæna maior absorvet minorem*, e pela constituição Carolina. O codigo do Brasil porem no art. 61.^o seguiu um principio contrario determinando que se fossem executando successivamente as penas dos diversos crimes começando na mais leve e acabando na mais grave. O direito romano tambem seguiu o principio que cada delicto devia ser punido com a sua respectiva pena; doutrina que apparece igualmente no direito canonico no Cap. 1 *x de pæn.*

Os codigos allemães apartam-se da theoria do nosso. Distinguem o concurso *formal* e o *material* ². Pelo que respeita ao *formal*, é considerado como uma simples circumstancia aggravante da pena do delicto mais grave, a qual é aggravada segundo as regras

¹ A maior ou menor gravidade das penas ha-de reconhecer-se seguindo a regra do art. 47.^o

² Dá-se concurso *formal* ou *ideal* quando por um mesmo facto se infringem differentes partes do codigo penal, ou differentes leis penaes. Dá-se concurso *material* ou *real* quando se infringem successivamente diversas leis penaes, ou muitas vezes a mesma lei penal. — Feuerbach no § 128 do seu direito penal ainda divide o concurso formal em concurso que produz delicto continuado, ou delicto reiterado; mas Mittermaier nas notas a esse paragrapho combate uma tal distincção.

geraes da legislação. Pelo que toca ao concurso *material*, distinguem entre penas perpetuas e temporarias; nas primeiras admittem a regra de que a pena maior absorve a menor, (excepto a de multa que o código de Brunswick permite accumular); nas segundas admittem uma accumulacão de penas, na qual o juiz applicando a pena, attende a todos os delictos concurrentes; assim se o criminoso incorreu em muitas penas privativas da liberdade, mas de differente genero, devem todas ser convertidas na do genero mais elevado, na proporçãõ determinada na lei, equivalendo, v. gr. um anno de prisãõ a seis mezes de casa de trabalho (*Arbeitshausstrafe*), e seis annos desta a cinco de casa de força (*Zuchthausstrafe*) etc.; de modo que o culpado é condemnado na pena do delicto mais grave, augmentada a sua duracão, em razãõ dos delictos concurrentes. Quanto ás penas pecuniarias, sãõ sempre accumulaveis, já entre si, já quando concorrem com outras de differente genero ¹.

Antes de passarmos ao art. seguinte convem notar que o Código apezar de estabelecer uma regra geral, exceptuou alguns casos, pois diz: *salvo os casos especialmente declarados*. Estes casos sãõ os dos art. 91.º, 191.º, 388.º, 463.º, 326.º n.º 2, e 388.º

¹ Estas sãõ as regras geraes, modificadas mais ou menos nos differentes códigos allemães. Vide os de Bade art. 170.º-182.º, do Hanover art. 104.º-110.º, de Hesse art. 104.º-113.º, do Wurtemberg art. 115.º-123.º, etc. — Vide o código da Baviera traduzido por Vatel; nas notas historicas a pag. 300 e seg.

Artigo 88.º

Aos cúmplices de qualquer crime será applicada a pena, que segundo as regras prescriptas para os casos em que concorrem circumstancias attenuantes, se deve applicar a esse crime.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 59.º; da Sardenha art. 109.º; das Duas Sicilias art. 75.º; da Baviera art. 73.º - 83.º; do Wurtemberg art. 84.º - 88.º; de Hesp. art. 63.º; do Brasil art. 35.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

As nossas leis não seguiram um systema uniforme nesta materia da cumplicidade. — Umaz vezes são os cúmplices punidos com a mesma pena que os auctores; Ord. Liv. 5 Tit. 6 § 12, e Tit. 12; Alv. de 17 de Setembro de 1756; — outras faz-se differença; assim os que tiravam presos do poder da justiça tinham a pena da resistencia, em quanto os que lhes davam ajuda tinham só a de açoites e galés por 10 annos sendo peões; Alv. de 28 de Julho de 1751; — outras emfim eram punidos com pena extraordinária, como no caso dos fautores e auxiliadores que davam instrumentos para o arrombamento; Ord. Liv. 1 Tit. 33 § 5.

COMMENTARIO.

Occupando-se agora da regra para a applicação da pena no caso de cumplicidade, o Codigo simplifica muito esta materia, pois considera para esse effeito a cumplicidade como uma circumstancia attenuante; e

por isso na punição dos cúmplices deverá observar-se o disposto nos art. 81.º, 82.º, e 83.º

As disposições das diversas leis estrangeiras variam a este respeito. O código francez art. 59.º estabeleceu um principio barbaro e inflexivel, mandando applicar aos cúmplices a mesma pena que tiverem os auctores do crime : esta disposição podia cortar muitas difficuldades, que apresenta a materia da cumplicidade, mas cortal-as, não era resolvel-as, nem satisfazia a justiça moral, a qual exige nas penas uma gradação correspondente á que existe na criminalidade. O código francez não podia deixar de ser abandonado nesta parte, como realmente foi pela legislação penal dos outros povos.

O código do Brasil (art. 34.º e 35.º) pune os cúmplices com as mesmas penas que os auctores menos um terço de duração em cada gráo ; a pena de morte é substituida pela de galés perpetua, e esta por vinte annos da temporaria correspondente, ou de prisão. O código de Hespanha (art. 63.º) impõe aos cúmplices a pena inferior n'um gráo á correspondente aos auctores do delicto.

Os códigos allemães não são uniformes a este respeito. O de Wurtemberg pune-os pela seguinte fórma ; aquelles que *durante* a execução prestaram ao agente uma ajuda simplesmente *secundaria*, e os que *antes* da execução lhe prestaram uma ajuda *indispensavel* incorrem a pena do delicto frustrado : todos os outros cúmplices são punidos com a pena da tentativa. — Pelo de Hanover a pena dos cúmplices não pôde em geral exceder os dous terços da pena dos auctores ; se esta é de morte incorrem em uma

pena perpetua; se é pena perpetua impõem-se-lhes vinte annos de casa de força.

O systema do nosso Código parece-nos de facil applicação; não ha duvida que os cumplices tem uma criminalidade menor que a dos auctores, e por isso é justa a diminuição da pena, segundo as regras dos art. 81.º, 82.º, e 83.º; e se a cumplicidade pôde apresentar diversos grãos na criminalidade, tambem os Tribunaes tem, dentro dos limites desses art., um arbitrio rasoavel para proporcionar a pena ao crime.

Note-se porem que quando a cumplicidade não se der a respeito de crime consummado, mas só de *delicto frustrado* ou de *tentativa*, a pena dos cumplices é a da *tentativa* ou a do *delicto frustrado* atenuada segundo a regra do art., o qual a este respeito não é muito claro.

Artigo 89.º

A disposição do art. antecedente terá lugar na applicação da pena á tentativa de qualquer crime.

§ unico. No caso de *delicto frustrado*, se a pena do crime fôr perpetua, será applicada a pena temporaria da mesma especie, ou a pena perpetua immediatamente inferior. Se a pena do crime fôr temporaria, reduzir-se-ha dentro dos termos fixados pela lei.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Saxe art. 25.º-30.º; de Brunswick art. 36.º-40.º; de Hesse art. 63.º-70.º; do Hanover art. 32.º-40.º; da Sardenha art. 101.º-106.º; do Brasil art. 34.º; de Hesp. art. 61.º e 62.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Posto que algumas vezes a tentativa e o delicto frustrado eram pela nossa legislação punidos mais levemente do que o crime consummado, outras eram punidos com a mesma pena, como se deprehe de da Ord. Liv. 5 Tit. 35 § 2, Tit. 45, e L. de 20 de Outubro de 1763 § 3.

COMMENTARIO.

Seguem-se as regras para a applicação da pena nos casos de tentativa e delicto frustrado.

A tentativa é punida, como a cumplicidade; isto é, são lhe applicaveis as mesmas penas, que se devem applicar ao crime consummado quando concorrem circumstancias attenuantes (art. 81.º, 82.º e 83.º)

O delicto frustrado é punido da seguinte fórma; se a pena do crime consummado é perpetua, applica-se a temporaria da mesma especie, ou a perpetua immediatamente inferior; se a pena do crime é temporaria reduzir-se-ha dentro dos termos fixados pela lei (art. 82.º)

O delicto frustrado é com razão punido mais severamente que a tentativa; pois quando as penas do crime são perpetuas a da tentativa é reduzida na fórma dos §§ 1 e 5 do art. 81.º, em quanto que a do delicto frustrado é ou a temporaria da mesma especie, ou a perpetua immediatamente inferior; quando por em as penas do crime são temporarias, a da tentativa é a mesma, mas reduzida, podendo a redução

chegar ao núnimo, ou á temporaria **imediatamente inferior**, ou a prisão correccional (não inferior a dous annos); no delicto frustrado não póde porem a pena temporaria reduzida senão dentro do maximo e minimo marcado na lei. Quando a pena do crime fór a de morte a tentativa póde ser punida com as penas perpetuas de trabalhos publicos, prisão, ou degredo (art. 81.^o), mas o delicto frustrado só póde ser punido com a de trabalhos publicos, que é a **imediatamente inferior** (art. 29.^o) Ahamos esta pena da tentativa muito forte na hypothese de ser o crime consummado punido com a morte, e desejaríamos antes que a pena applicavel fosse temporaria.

O codigo de Hespanha dividindo as penas em grãos seguiu um systema diverso; o delicto frustrado é punido com a pena **imediatamente inferior** em grão á designada para o crime consummado; e a pena da tentativa é inferior á deste em dous grãos (art. 61.^o e 62.^o) E' o mesmo systema do codigo das Duas Sicilias art. 69.^o e 70.^o

Os codigos allemães apresentam a este respeito disposições variadas que se podem ver na edição de Chauveau accrescentada por Nypels n.^o 586 (2.^o)

E' hoje principio recebido na sciencia que tanto o delicto frustrado como a tentativa devem ser punidos com penas mais leves, porque não ha o mesmo damno, não ha o mesmo alarma na sociedade. A doutrina de Filangieri¹, que sustentava: dever ser applicada á tentativa a mesma pena do crime consummado, tem sido combatida pelos criminalistas de me-

¹ Sciencia da legislação tom. 4 Cap. 1.

Ihor nota. Quanto ao delicto frustrado, é verdade que Chauveau sustenta que deve ser punido com a mesma pena do crime consummado, e esta idéa foi seguida tambem no projecto de codigo Belga, cujo art. 2.º só attenua a pena no caso de tentativa, dizendo o Ministro em seu relatorio que a distancia que separa o delicto frustrado do delicto consummado não podia ser justamente apreciada nem definida. As razões apresentadas pelo Ministro Belga foram fortemente combatidas por Haus nas suas observações sobre o projecto de revisão ¹. As razões de Chauveau não convencem porque uma vez que se não póde negar que o elemento material é tão constitutivo da criminalidade como o elemento moral, é impossivel sujeitar á mesma pena o delicto frustrado e o consummado, porque, com quanto a intenção seja a mesma, o damno não é igual, assim como o não é o alarma social.

Artigo 90.º

As disposições dos art. antecedentes entendem-se, salvos os casos espeziaes em que a lei decretar pena determinada.

COMMENTARIO.

Quer dizer que no caso em que a lei marca pena especial e determinada para a reincidencia, accumulção de crimes, cumplicidade ou tentativa não

¹ Os argumentos de Haus pódem ver-se em Chauveau, edição de Nypels, tom. 3 pag. 19 e 20.

tem lugar as regras estabelecidas neste Cap. 3.º A respeito da reincidencia vejam-se os art. 326.º n.º 2, o art. 421.º § 3 etc. ; da accumulacão de crimes já fallámos no art. 87.º, e ahi apontámos os casos em que tem lugar disposições especiaes : a cumplicidade tem pena determinada especialmente nos art. 140.º, 162.º § 2, 173.º § 2, 174.º, 177.º, 194.º § un., 206.º, 208.º n.º 3, 273.º § un., 279.º § un., 325.º, 367.º § un., 386.º, e 447.º § un.: — a tentativa tem tambem pena especial nos casos dos art. 130.º n.ºs 2 e 3, 131.º, 142.º, 143.º, 163.º §§ 1 e 2, 166.º, 170.º, 171.º n.ºs 1 e 4, 183.º § 3, 190.º, 191.º, 233.º, 277.º §§ 1 e 2, 350.º, 353.º, 355.º § 3, 433.º, 434.º n.ºs 1 e 2, e 470.º: — e o delicto frustrado na hypothese dos art. 163.º § 2, 166.º, 350.º, 355.º § 3, 433.º, 434.º, e 470.º

CAPITULO 4.º

DA EXECUCÃO DAS PENAS.

Depois de nos tres anteriores Capitulos ter oCodigo exposto as regras geraes e especiaes sobre a applicacão das penas, passa com justa razão a occupar-se da execucao destas, pois se as sentenças que impõem as respectivas penas não fossem executadas a penalidade não passaria de uma palavra vã e ephemera, e não se verificaria o fim do direito de punir.

Artigo 91.º

A pena de morte será executada na forca, em lugar publico da cidade ou villa em que fôr proferida

a sentença, ou da comarca em que tiver sido commettido o crime, como a sentença declarar, precedendo e concorrendo os actos e formalidades necessarias para que haja a maior publicidade.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

L. 28 § 1 Dig. *de pæn.*; e vide tambem Quinctiliano. *Declam.* 275; etc.

Quanto aos modos porque era executada a pena de morte entre os romanos remettemos para a já citada obra de Invernizzi *De public. et crimin. judicis roman.*, e para a historia do direito romano do allemão Danz, dos quaes se vê que eram variados esses modos, e se reduziam aos seguintes: *suspendium, furca, crux, præcipitatio, decollatio, fustigatio usque ad interuccionem etc.*

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 26.^o; da Austria art. 10.^o; das Duas Sicilias art. 4.^o e 5.^o; do Brasil art. 38.^o; etc.¹.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. L. 5 Tit. 35, e 137; Noviss. Reforma art. 1199.^o a 1203.^o; Comprom. da Misericordia de Lisboa, confirmado por Alv. de 19 de Maio de 1718; etc.

COMMENTARIO.

Neste art. regulam-se tres cousas: primeira o modo porque deve ser executada a pena de morte.

¹ Na Allemanha em geral a pena de morte é executada por decapitação, e não em forca; assim o determinam os codigos de Saxe, Wurtemberg, Brunswick, Hanover, Bade etc.

segunda o lugar, terceira as formalidades e actos necessarios para dar publicidade á pena.

Quanto ao modo, o Codigo admittiu a morte na forca, usada no nosso Reino desde tempos remotos ¹, e em outros muitos povos antigos e modernos, como se póde ver no *Diccionario da penalidade* de Saint-Edme, na palavra *pendaison*. A execução é feita pelo executor da justiça, ou algoz ².

Quanto ao lugar deve ser um dos mais publicos da cidade ou villa em que fôr proferida a sentença, ou da comarca em que tiver sido commettido o crime, como a sentença declarar. A lei, seguindo o principio da *intimidação*, para ser coherente com esse principio (que nos repugna) não podia deixar de tornar bem publica a execução da pena de morte, que é a maior das penas: «é no lugar que foi testemunha do crime, é sobre as pessoas que conheceram as

¹ Entre nós os nobres não morriam na forca por ser pena *vil*; e a Ord. Liv. 5 Tit. 137 os isemptava de penas *vis*; eram degollados: assim o attestam os nossos escriptores, e não faltam exemplos. França a *Mend.* Part. 1 Liv. 5 Cap. 1 § 9 n.º 474, e o Report. á Ord. verbo *condemnado á morte se fôr cavalleiro*, not.

² Duarte Nunes de Leão no seu livro da origem da lingua portugueza diz que esta palavra é nativa e não foi tirada de nação alguma. Tambem se dá ao algoz o nome de *Carrasco*, expressão que foi adoptada pelo vulgo, segundo affirma Bluteau, desde o tempo de Belchior Nunes Carrasco, que era executor na cidade de Lisboa. — Na falta de algoz, segundo a praxe antiga attestada por Ferreira, podia o juiz obrigar um carneiro ou cortador a fazer a execução, e na falta deste o seu esfolador etc.!

circunstancias delle, e o culpado, (dizia em França o relator do projecto de código no corpo legislativo) que a impressão produzida pela execução é mais profunda. »

Todavia é hoje reconhecido que as execuções capitães, e em geral as penas publicas, não produzem o effeito que se espera. « O cadafalso levantado como um theatro, dizia em 1838, o bem conhecido magistrado Victor Foucher, não passa de um espectáculo immoral e perigoso para o povo. » Muitos escriptores tem elevado o mesmo brado, e por isso alguns dos proprios partidarios da pena de morte têm proposto o executal-a em segredo ou no interior das prisões. Esta idéa, fundamentada nos usos de alguns povos da antiguidade, e da republica de Veneza, foi agitada modernamente, em 1822 por Tonelli, advogado em Florença, no jornal a *Antologia*; foi depois sustentada em 1832 pelo Dr. Whately, Arcebispo protestante de Dublin n'uma carta a Lord Grey, e em fim Rich. membro da camara dos communs chegou na sessão de 16 de Fevereiro de 1841 a apresentar um projecto de lei, que sanccionava semelhante systema, mas não foi ávante.

Longe de nós o defender uma idéa que dá em resultado *execuções secretas*; mas apesar de não vermos na publicidade da execução um resultado favoravel para aquelles que a presenciam, julgamos que ella deve ser publica, a admittir-se a pena de morte.

Entre os dous extremos, o do segredo e o da publicidade usada na Russia, julgamos mais prudente o arbitrio seguido em França, ha alguns annos, de fazer as execuções de manhã cedo, fóra do centro da

cidade (na barreira de S. Jacques.) Obrando deste modo, a administração concilia tudo, e a garantia da publicidade fica satisfeita ¹.

Pelo que respeita ás formalidades necessarias para a publicidade da execução o Código não as enumera, porque se acham prevenidas na nossa legislação, na Ord. L. 5 Tit. 137, e na Noviss. Reforma art. 1200.º a 1203.º, e mais disposições citadas pelo Sr. Castro Netto nas notas aos citados artigos. Pereira e Sousa nas *Primeiras linhas do processo criminal*, nota ao § 284, examina a questão se quando o condemnado á forca cahir vivo por quebrar a corda ou por outro incidente deve apezar disso ser enforcado, e pronuncia-se pela affirmativa fundado no principio de que a sentença deve ser exactamente executada, principio que se acha no art. 1199.º da Noviss. Reforma, o qual acrescenta que *nenhum* accidente obstará ao cumprimento da execução. Porem Ferreira na *Prática criminal*, tom. 4 Cap. 7.º n.º 42, inclina-se á opinião contraria.

Artigo 91.º (continuação.)

§ 1.º Não se executará a pena de morte nos domingos, dias santos, semana santa, e dias de gala.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 25.º; do Brasil art. 39.º; etc.

¹ Vide os artigos de Mr. Hantute sobre a intimidação no systema penal, publicados na *Révue de droit français* de Fœlix no anno de 1849.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Dec. de 6 de Julho de 1752; Noviss. Reforma art. 1202.º; etc.

COMMENTARIO.

Neste caso a execução é differida para o dia seguinte. O Legislador entendeu que os dias tão consagrados á pratica da religião, e os de festividade nacional não deviam ser perturbados com um acto tão funebre e terrivel como é uma execução de pena capital.

Artigo 91.º (*continuação.*)

§ 2.º Os corpos dos supplicados serão entregues aos seus parentes, se os reclamarem, para lhes fazerem o enterramento sem pompa alguma.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 14.º; de Hesp. art. 92.º; dos Paizes-Baixos art. 9.º; do Brasil art. 42.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Nov. Ref. art. 1204.º; etc.

COMMENTARIO.

A lei concedendo esta faculdade aos parentes do supplicado, não quiz todavia que o enterro que elles lhe fizessem fosse com pompa, para que isso, como diz Rogron, não parecesse um insulto ás decisões da justiça; deve porem entender-se que a lei não

quiz proscreever as ceremonias religiosas, como bem adverte Chauveau a respeito do art. 14.º do código francez.

Não tendo o morto parentes, ou não reclamando estes o seu corpo, é o enterro feito pela Misericórdia. Póde tambem neste caso ser entregue (em Lisboa e Porto) ás escolas medico-cirurgicas para observações phrenologicas, guardando-se o disposto nas Port. do Ministerio do Reino de 20 de Maio de 1842, e do Ministerio da Justiça de 23 de Maio do mesmo anno, referidas pelo Sr. Castro-Netto na nota ao art. 1204.º da Nov. Ref. Esta disposição porem não é nova, antes é *um costume antigo do direito commum* como lhe chama Ferreira.

Entre os hebreos tambem os corpos dos supplicados eram entregues aos parentes, que os choravam (diz Salvador na sua *historia das instituições de Moisés*¹) sem manifestarem todavia os signaes ordinarios de dôr usados nesse povo.

Artigo 92.º

Nas mulheres gravidas não se executarão as penas corporaes, excepto a pena de prisão correccional, senão passado um mez depois de terminado o estado de gravidez.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

L. 5 de *statu homin.*, L. 3 Dig. de *pen.*

¹ Tom. 2 pag. 75. Nisto vai este escriptor de accordo com o que affirmam os commentadores da *Mischna* e os rabinos.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 27.º; do Brasil art. 43.º; das Duas Sicílias art. 67.º; de Hesp. art. 93; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Vigorava a disposição do direito romano, como se vê de Ferreira *Practica crim.* Tom. 4 C. 7 n.º 37, e de Mendes e Castro.

COMMENTARIO.

A lei eximiu a mulher, durante o estado de gravidez, de soffrer as penas corporaes para evitar o perigo do aborto, seguindo a maxima juridica *non debet calamitas matris ei nocere qui in ventre est.*

O codigo francez fallando da gravidez da mulher diz que para ter lugar a disposição do seu art. 27 é mister que a mulher declare a sua gravidez, e que essa declaração seja verificada. O nossoCodigo limitando-se a dizer — *nas mulheres gravidas etc.* — mais providente, pois com effeito para se applicar o art. não deve ser necessario que a mulher declare o seu estado de gravidez, basta que este se manifeste mais ou menos, como determinava em França a Ordenança de 1670, tit. 25 art. 23.º; disposição tao razoavel que Carnot entende que ainda deve ser observada, pois se não está na letra do art. 27.º, está ao menos no seu espirito. Quanto á pena de trabalhos publicos poder-se-hia julgar prevenida a disposição deste art. pelo art. 72.º, mas não é assim, poro dizendo o § un. desse art. que quando não poder

applicada a pena de trabalhos publicos será substituída pela de prisão *com trabalho* ou sem elle, era sempre necessaria a declaração deste art. por não se exceptuar naquelle § un. a hypothese da gravidez.

Artigo 93.º

Nos loucos, que commetteram crimes em lucidos intervallos, se executarão as penas, quando elles estiverem nos mesmos lucidos intervallos.

§ unico. Nos que enlouquecerem depois de commettido o crime, se sobre-estará ou no processo de accusação, ou na execução da pena, até que elles recuperem as suas faculdades intellectuaes.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

L. 5 § 2 ad leg. Aquil. ; L. 12 Dig. ad leg. Cornel. *de sicar.* ; etc.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 83.º ; da Luisiania art. 34.º ; do Brasil art. 64.º ; etc.

COMMENTARIO.

A doutrina deste art. é uma consequencia rigorosa do art. 23.º n.º 1, e foi seguida por Farinaeo, Carnot, e pelo nosso Pereira e Sousa. Chauvéau porrem (n.º 884) revolta-se contra ella, sustentando que não deve proceder-se á execução da pena sem que o condemnado se ache completamente restabelecido ; e na verdade a apreciação do principio intellectual é difficillima ; a justiça não deve correr o risco de execu-

lar um louco, e é até contra a sua dignidade, diz elle, espiar a razão vacillante do homem para descaregar o golpe. Admittida porem a doutrina do Codigo, não deve ter lugar o receio do criminalista francez, por essa mesma difficuldade que todos reconhecem na apreciação do principio intellectual; do que resulta sem duvida a quasi impossibilidade da execução do art.

A regra do § un. deste art. é justa; — quanto ao processo de accusação porque o accusado se vê condemnado sem se poder defender, o que é mesmo contra a nossa legislação, pois não ha crime em que não tenha lugar a defeza (Ord. Liv. 5 Tit. 124 § 8 — quanto á execução, porque o condemnado não teria a consciencia de a ter merecido, e é certo que a pena deve tambem dirigir-se *na sua acção* ao culpado. Julio Claro, Farinacio, e Tiraqueau, apezar da barbaridade que respiram seus escriptos não duvidaram seguir este principio, dizendo que a execução da pena se devia differir *usque ad supervenientiam sensus mentis*. E' verdade que Rousseau de la Combe ¹ sustenta dever proceder-se á execução em todo o caso, mas o principio em que se funda é falso; o exemplo que diz elle, é o principal objecto da execução das penas quando mesmo fosse exacto ser o exemplo o mais das penas, não era o unico, nem o principal.

Duas questões se podem agitar sobre a materia deste art. e seu § un., 1.^a será applicavel a sua doutrina á *execução* das penas pecuniarias? 2.^a para ter lugar a execução, deverá a declaração de que o

¹ *Traité des mat. crim.* pag. 39.

está em intervallo lucido, ou recuperou o uso das suas faculdades, ser da competencia dos Tribunaes depois de estes terem dado a sentença ?

Quanto á 1.^a, á vista da letra do Codigo, parece que nos devemos decidir pela affirmativa, pois elle não faz distincção, e aonde a lei não distingue nós não devemos distinguir, Ass. de 3 de Abril de 1772 ; é certo porem que não devia ser applicavel ás penas pecuniarias ; é uma divida, diz Chauveau, que pésa sobre os bens do condemnado, e a sua demencia posterior não póde obstar á execução da pena, do mesmo modo que se essa divida proviesse de outra qualquer obrigação pecuniaria. Quanto á 2.^a seguimos a affirmativa.

Artigo 94.º

A pena do crime, ~~committido~~ durante o cumprimento da primeira condemnação, será ~~executada~~, se o cumprimento de ambas as penas fôr compativel, ou simultaneamente, ou successivamente ; e no caso contrario será aggravada a pena mais grave.

COMMENTARIO.

Não estamos no caso do art. 87.º, porque tracta-se da hypothese de um crime commettido *durante* o cumprimento da primeira condemnação ; e por isso não achamos inconveniente na disposição do Codigo.

Artigo 95.º

Todas as penas que devem durar por um tempo determinado começam a correr desde o dia em que passar em julgado a sentença condemnatoria.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod de Hesp. art. 28.º; de França reformado em 1832 art. 23.º; das Duas Sicílias art. 52.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Nov. Ref. art. 1194.º, 1197.º, e 1198.º; etc.

COMMENTARIO.

Esta disposição é justa, e obviará (sendo executada) aos inconvenientes que resultavam de se acharem os condemnados a degredo, e a trabalhos publicos encerrados n'uma prisão sem serem enviados ao seu respectivo destino. Alguem tem pretendido, em França, que se deveria descontar na pena o tempo de prisão, que o réo teve antes da condemnação, mas isso não se póde considerar senão como uma circumstancia attenuante que o jury, poderá tomar em consideração para a applicação das penas a certos crimes; e esta foi a idéa do codigo da Baviera nos art. 104.º, e 105.º Devem-se porem tomar em conta as sabias disposições dos art. 1194.º, 1197.º, e 1198.º da Nov. Ref. ¹.

Artigo 96.º

Se algum condemnado a trabalhos publicos, ou

¹ E' notavel a disposição do direito romano, segundo o qual se o individuo, condemnado á *relegatio ad insulam* por um anno, era demorado na prisão por igual espaço de tempo sem ser mandado cumprir o degredo, reputava-se expiada a pena. LL. 22 e 23 de *pæn.*

a prisão com trabalho, se recusar a trabalhar por algum tempo, não lhe será contado esse tempo no cumprimento da pena, e será constrangido ao trabalho com as penas disciplinares estabelecidas pelo governo.

COMMENTARIO.

Isto é justo ; mas a avaliação dos motivos da recusa do condemnado (os quaes podem ser justos) compete ao Poder Judicial, uma vez que esse condemnado impugne o não lhe ser contado o tempo da recusa ; d'outro modo as penas poderiam ser augmentadas a arbitrio da administração ; e o mesmo se deduz do art. 100.º

Artigo 97.º

As casas destinadas para a execução ~~da pena de~~ prisão com trabalho, serão distinctas das cadeas destinadas para o cumprimento da pena de prisão simples ; e umas e outras distinctas das cadeas destinadas para o cumprimento da pena de prisão correccional, e para a retenção dos pronunciados até á condemnação.

Artigo 98.º

A conveniente separação dos presos, e a policia das prisões, assim como as penas disciplinares contra os presos que usarem de ameaças, injurias, ou violencias contra os carcereiros, ou seus propostos, ou contra outros presos, ou que por outro qualquer modo infringirem os regulamentos das prisões, serão determinadas nos regulamentos administrativos do governo, salva a acção em juizo que possa ter lugar.

COMMENTARIO.

O principio da separação dos presos, segundo a diversa natureza e causa da prisão, é um principio verdadeiro ; mas este art. é limitadissimo, e não apresenta, como devia fazer, as bases, que devem presidir á constituição das prisões, e que não devem ficar por modo algum ao arbitrio do Governo.

O regulamento e policia das prisões é deixado pelo art. 98.º á administração publica. As disposições, que entre nós existiam já a este respeito, ficam mencionadas no commentario ao art. 34.º

Artigo 99.º

Em quanto não houverem estabelecimentos proprios para os trabalhos dos presos, a prisão com trabalho será substituida pelo degredo aggravado, acrescentando-se a prisão nos termos do § 4.º do art. 78.º, e do § 1.º do art. 79.º

COMMENTARIO.

Estamos convencidos que muito tarde chegarão a existir esses estabelecimentos para a prisão com trabalho, e por isso a execução deste art. do Codigo hade fazer com que as cadêas do Reino se achem varias, e com que a maior parte dos criminosos sejam degradados. Além de que julgamos que esta substituição é muito impropria ; porque a prisão, que agrava o degredo na fórmula do § 4 do art. 78.º, ou é com trabalho ou simples ; se é simples está em opposição com

a natureza da p̄na que se quer substituir ; se é com trabalho parece-nos que tambem nunca poderá ser executada, pois se é difficil organizar a prisão com trabalho no continente, muito mais o é nas possessões ultramarinas, e então tanto faz ir o condemnado para o degredo, como fazel-o soffrer no Reino a prisão simples em vez da prisão com trabalho.

Artigo 100.º

Se na execução de qualquer pena se suscitar algum incidente contencioso, será resolvido pelos juizes dos quaes emanou a condemnação.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Vide o commentario, e a Ord. Liv. 5 Tit. 137 § 4.

COMMENTARIO.

A doutrina do art. parece-nos rasoavel em parte, mas incoherente tambem em parte com todos os principios. Se a execução é de penas, que não são pecuniarias, achamos justa a doutrina do codigo, e já era esse o systema da antiga legislação, porque como dizia Pereira e Sousa, nas suas linhas do processo criminal § 294, o juiz que conhecia do crime era regularmente quem dava á execução a sua sentença.

Tractando-se porem de penas pecuniarias não nos parece rasoavel nem coherente a doutrina do art. Primeiro que tudo é mister advertir que a execução das penas pecuniarias etc. pelo art. 1206.º da Noviss. Reforma pertence ao juizo civil, pelo qual se fazem as penhoras e arrematações dos bens dos condemna-

dos: esta disposição da Noviss. Reforma não foi derogada pelo Código, porque este falla do *incidente* da execução e não da *mesma* execução. Até aqui não offerece a doutrina do art. difficuldade nas terras do Reino, que não são Lisboa e Porto; mas nestas duas cidades aonde a jurisdicção civil se acha distincta e separada da criminal, a execução das multas impostas nos juizos criminaes é feita no juizo civil: daqui vem que imposta uma pena pecuniaria no juizo criminal a execução pertence ao civil, mas se na execução apparecer algum incidente, como são embargos de terceiro, preferencias etc., o que é possível á vista do § 3 do art. 101.º, devem esses embargos ser julgados, e as preferencias decididas no juizo criminal, pela disposição deste art. 100.º, pois são incidentes das execuções.

E' verdade que se poderá querer salvar esta incoherencia dizendo, que se o Código attribue o conhecimento dos incidentes da execução a esse juizo, é porque suppõe que tambem conhece da execução (a qual deixa neste caso de ser feita no civil:)-mas contra isto militam tres considerações; 1.ª os argumentos da paridade ou maioria de razão tem pouca ou nenhuma força em materia criminal como o Código reconhece no art. 18.º; 2.ª não se póde suppôr que o Código viesse destruir por esta fórma a distincção entre a competencia civil e criminal; 3.ª não se póde julgar que por um art. fugitivo de processo, mettido no Código penal, se queira derogar a lei do processo criminal da Noviss. Reforma, aonde se acha firmada essa distincção, derogação que não se podia fazer com um art., porque era necessario supprir e pro

venir todas as disposições que por este modo haviam ficar alteradas.

Nem se póde salvar a disposição do Código dizendo que elle só legislou para as terras do Reino que não são Lisboa e Porto ; porque então veio dizer-nos uma cousa que todos sabiam, e que já estava prevenida na lei do processo, vindo além disso, sem necessidade alguma, introduzir no Código penal com falta de methodo uma disposição só propria da lei do processo, como já fica notado.

Artigo 101.º

Quando a lei decretar a pena de mulcta, se o crime fôr commettido por muitos co-réos, a cada um delles deve ser imposta essa pena, salvo os casos em que a lei declarar que uma só mulcta seja distribuída por todos.

COMMENTARIO.

A doutrina deste art. é extrahida de Chauveau (n.º 303,) a qual a justifica pela seguinte fórma. Na perpretação de um facto punido pela lei ha tantos crimes quantos são os co-réos, que nella tomaram parte. Ora se uma só mulcta fosse distribuída entre elles, a disposição repressiva da lei não teria effeito, e o fim de inflingir uma certa medida de pena a cada pessoa convencida do delicto não seria preenchido. O art. diz — *salvo os casos etc.* — são os dos art. 319.º e 455.º

Artigo 101.º (continuação.)

§ 1.º Todos os auctores ou cúmplices do mes-

mo crime, ou da mesma contravenção que foram condemnados em uma só multa na mesma sentença, sem que nella se declare a parte que deve pagar cada um, são solidariamente responsaveis pelo pagamento da mesma multa.

§ 2.º A obrigação de pagar a multa passa aos herdeiros do condemnado, se em vida deste a sentença de condemnação tiver passado em julgado.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 55.º; etc.

COMMENTARIO.

No § 1.º, modelado pelo art. 55.º do código de França, se estabelece a solidariedade da responsabilidade dos co-réos do *mesmo* crime ou contravenção pelo pagamento da multa quando fôr imposta uma só a todos, no caso da excepção do art. Para isto ter lugar é necessario — 1.º que sejam auctores ou cúmplices do *mesmo* crime; — 2.º que *uma só* multa lhes tenha sido imposta na sentença; d'outro modo não poderia ter lugar a disposição, aliás soffreria o co-réo duas penas.

Se o crime é indivisivel, diz Rogron, entende-se que cada um dos culpados o commetteu na sua totalidade, e por isso era logico pronunciar a solidariedade contra cada um delles, quando foram condemnados n'uma só multa na mesma sentença. Esta solidariedade é de direito, e para se verificar n carece de ser declarada na sentença.

No § 2.º se determina que a obrigação de p

gar a multa passa aos herdeiros, uma vez que em vida do condemnado a sentença tenha passado em julgado; a razão disto é porque sem a sentença ter passado em julgado não ha ainda obrigação que passe para os herdeiros com os encargos da herança: e não se póde fazer execução por multa sem sentença passada em julgado: art. 668.º da Noviss. Reforma.

Todavia contra o principio do Codigo são terminantes os art. 102.º e 119.º, em vista dos quaes a pena não passa nunca da pessoa do delinquente, e acaba sempre por morte deste. Apesar disto a doutrina do § é a mesma que sustentaram em França Cambacères e Merlin no Conselho de Estado, e que seguiu o Tribunal de Cassação em 16 de Janeiro de 1811¹.

Artigo 101.º (continuação,)

§ 3.º Se a hypotheca legal pela multa concorrer com a que compete ao offendido pela satisfação do damno, será esta ultima preferivel; e para todo o outro concurso de preferencias com o da multa, se observará o que é disposto por direito civil.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 54.º; cod. civ. da Sardenha art. 2200.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 1 Tit. 20 § 3; Regim. da Dizima, 10-gra 14.

¹ Moïin, *Repért.* v.º *Amende* § 2.

COMMENTARIO.

Este § é copiado com pouca alteração do código francez art. 54.º Rogron commentando este art. diz que a balança da equidade não podia deixar de neste caso se inclinar para o lado da **satisfação** do damno; porque o Estado, na multa, **tracta de lucro quærendo**, e o offendido reclamando a **satisfação** do damno *tracta de damno vitando*.

E' esta tambem a doutrina de Lobão no seu tractado de execuções § 492.

No Repertorio á Ordenação, v.º *Preso que e condemnado sómente etc.* vem na nota agitada esta questão, e referida uma resolução do Senador João Alvares da Costa, aonde tambem se segue a opinião de que prefere o offendido ao Fisco, opinião que era tambem a de Salgado no seu *Labyrinth. credit.* Part. 1.ª Cap. 1.º n.º 8; e diz o mesmo Senador que assim o viu julgar em 1696 nos herdeiros de Amaro Luiz de Montemór o Novo (aonde elle era então juiz de fóra) contra Manoel do Couto.

Veja-se a este respeito o interessante Capitulo a pag. 54 do tractado de Bonneville sobre as diversas instituições complementares do regimen penitenciario, no qual este sabio e joven escriptor sustenta e leva á evidencia a justiça da doutrina seguida pelo nosso Codigo neste §.

Artigo 101.º (*continuação.*)

§ 4.º Na falta de bens sufficientes, e desembaraçados para pagamento da multa, será esta pen

substituída por prisão pelo tempo correspondente. Quando a multa fôr de quantia taxada pela lei, e o condemnado não tiver bens suficientes e desembarcados, será esta pena substituída pela de prisão, a razão de 500 réis por dia.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

LL. 25 *de in jus vocando*, 1 § 3 *Dig. de pæn.*; etc.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 49.^o; do Brasil art. 57.^o; das Duas Sicíllias art. 48.^o e 49.^o; de França art. 52.^o e 53.^o; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 139 § 4; *Noviss. Reforma* art. 672.^o § un.; etc.

COMMENTARIO.

Assim se a multa foi de um anno, deverá ser condemnado na prisão pelo tempo correspondente; quando porem a multa fôr de quantia marcada e taxada na lei substitue-se no caso de falta de bens do condemnado, pela prisão na razão de 500 réis por cada dia de prisão ¹.

Já notámos no art. 41.^o a pouca harmonia que existe entre elle e esta segunda parte do § 4 deste art. O código de Hespanha foi mais coherente, por-

¹ A *Noviss. Reforma* art. 672.^o § un. contava cada dia de prisão a razão de 1000 réis.

que, sendo de meio duro a multa menor que nelle se impõe, mandou contar tambem cada dia de prisão por meio duro.

O uso de substituir a pena pecuniaria por uma corporal remonta talvez até aos romanos (LL. citadas), e com quanto em França senão possa sustentar que exista hoje essa perfeita substituição, é certo que ella foi consagrada na antiga legislação por uma Ordenança de Henrique 2.^o, de Março de 1549.

Entre nós tambem havia essa substituição, mas Ferreira na *Prática criminal* (tom. 4 Cap. 1.^o n.^o 43) diz que não se observava no nosso Reino converter a multa em pena corporal « *com muita razão e justiça, porque o mais que se faz ao que não tem bens é sómente prendel-o . . . mas sendo a justiça a parte da tal pena pecuniaria, se recorre á Santa Casa da Misericordia, ou ao Principe Soberana que o perdoa em taes tempos pelos seus Desembarçadores Regios do Desembargo do Paço.* »

Artigo 102.^o

As penas não passarão em caso algum da pessoa do delinquente.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

L. 26 Dig., L. 2 cod. *de pœn* ¹.

¹ Com quanto os escriptos dos Jctos romanos apresentassem neste ponto a linguagem da razão e da justiça, é certo que o principio da individualidade das penas não tardou a ser desconhecido no código justiniano veja-se a L. 5 § 1 *ad Lcg. Jul. majestat.* que é de Adriano e Honorio.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Carta Constitucional art. 145.º § 19, o qual, abolindo a confiscação, e a transmissão da infâmia aos parentes, veio destruir o principio injusto que reinava no nosso antigo direito (Ord. Liv. 5 Tit. 6.)

COMMENTARIO.

Este art. encerra um principio tão evidente que não carece de commentario. Assim como os crimes são personalissimos tambem as penas o devem ser. Poderíamos admirar-nos com Pastoret de como um erro tão barbaro existiu em tantos povos e se perpetuou por tantos seculos, se não attenderamos a que os codigos desses povos revelam em cada disposição a terrivel theoria da intimidacão. Cicero que no seu *de nat. deor.* (III, 38) reconheçera o luminoso principio da philosophia, todavia na *Epist. 12 ad Brut.* não duvidou escrever que o ser o filho innocente punido pelos crimes do pai *præclare legibus comparatum esse*: quanto não differe a linguagem da razão da linguagem da politica!

Artigo 103.º

Quanto ás penas não é admissivel transacção, compensação.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

LL. 5, 6, § 3 *de his qui notant. infam.*; etc. L. 13 § 5 *ad leg. Jul. de adult.*, L. 38 § 2 *Dig. de noxal.* ; L. 2 *cod. de abolition.*; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Vide Cabedo Part. 1.^a Decis. 113, e a legislação nella citada.

COMMENTARIO.

O Codigo não admitte nas penas transacção, nem compensação; Mr. Pastoret nos Cap. 6.^o e 15.^o da Part. 4.^a das suas *leis penaes* mostrou bellamente a justiça desta disposição.

Pelo que respeita á transacção, apresenta, elle, a idéa de calumnia no accusador e de crime no accusado, como pensavam os Jctos romanos e revela uma collusão manifesta para escapar á execução das leis. A justiça pois e o interesse social haviam proscrevet-a. Não devemos porem confundir transacção com o perdão do offendido a que se refere o art. 122.^o, uma vez que esse perdão seja de *gratuitamente*, aliás envolve transacção. O Codigo deveria ter sido mais claro nesta materia para em este art. e o 122.^o haver perfeita harmonia.

Quanto á compensação é certo que os romanos e os gregos compensaram algumas vezes as penas de crime pelas acções gloriosas do culpado¹, e que os persas ainda deram maior extensão a esse principio. Semelhante theoria não se póde admittir, e Pasto

¹ O filho de Cincinnato foi absolvido em attenção aos serviços feitos á patria pelo pai; e outros exemplos se podem vêr em Pastoret. Não nos devemos porem esquecer apezar disto que a gloria e o genio foram muitas vezes nesses povos compensados pelo ostracismo ou o desterro.

judiciosamente a fulmina. Se alguém faz um grande serviço á patria seja recompensado ; se lhe faz um grande mal deve ser punido ; o contrario é elevar essa pessoa acima da lei, é permittir-lhe o crime, é assegurar-lhe uma independencia contraria a todos os principios da ordem social, e até funesta á liberdade publica.

Ainda mesmo que não existisse esta disposição tão expressa do Código, talvez se podesse deduzir a mesma doutrina da Ord. Liv. 4 Tit. 78.º § 2 ; com quanto seja certo que a do Liv. 5 Tit. 116 admittia uma certa compensação, perdoando a pena ao malfeitor que dava outro á prisão, o que tambem faz o Código no art. 176.º !

Apezar disto alguns auctores admittem a compensação n'um caso, e é quando a pena é pecuniaria, e o Estado é devedor de alguma quantia ao condemnado ; nesta hypothese especial admittie Struvius a compensação por argumento das LL. 46 § 4 *de jure fisci*, e ult. Dig. *de compensation*¹. Ainda que esta opinião possa sustentar-se em theoria, na pratica não póde ter applicação, porque o Código é expresso ; a letra do art. não comporta excepções.

TITULO IV.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DA EXTINÇÃO DOS CRIMES E PENAS.

Neste Titulo ha uma grande falta de methodo, não só por se incluirem n'um Titulo materias tão he-

¹ Struvius, *Exercit.* XXI, Thes. 15.

terogeneas, como são a *responsabilidade civil* e a extincção dos crimes e penas, mas também porque essa responsabilidade civil não pôde ser objecto da lei penal, como é doutrina dos melhores auctores, e como mostrámos no nosso opusculo sobre o fundamento do direito de punir. Os codigos penaes, diz Nypels, não contém disposição alguma sobre esta materia, a qual pertence, com effeito, ao direito civil.

O Código seguiu, é verdade, o exemplo do hespanhol, que é muito defeituoso; mas melhor seria ter adoptado a este respeito o principio do código penal francez, que no art. 74.º remette para a legislação civil.

CAPITULO 1.º

DA RESPONSABILIDADE CIVIL.

Artigo 104.º

Aquelle que por sua falta ou negligencia causou a outrem algum damno, é responsavel pela sua reparação.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

§ 14 Inst. *de lege Aquil.*; LL. 2, 29 § 8, e L. 11 Dig. *ad lege Aquil.*; etc.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. civil francez art. 1382.º e 1383.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 19 pr., Tit. 118 pr.; Ord. I 3 Tit. 27 pr., Tit. 41 § 3; e o Direct. *confirm.* Alv. de 17 de Agosto de 1758 § 12; etc.

COMMENTARIO.

A disposição deste art. não é mais do que um principio de direito natural, semelhante ao outro de que ninguem deve locupletar-se com a jactura alheia, e que se acha sancionado entre nós no Alv. de 12 de Maio de 1758, na L. de 9 de Setembro de 1769 § 26, no Dec. de 3 de Dezembro de 1755, e mais legislação. Temos sómente a notar a expressão *falta* empregada no art., por muito impropria, e duvidosa: o Código ou a empregou como synonyma de culpa (*faute* em francez), o que seria uma grande impropriedade⁴, ou quiz dizer *facto* em vez de *falta*. Levamos a isto a leitura do art. 1383.º do código civil francez, donde talvez foi extrahido este art.

Artigo 105.º

Aquelle que fôr offendido por algum crime tem direito á restituição das cousas, de que por esse crime foi privado, ou á reparação pelo seu valor legalmente verificado, se a restituição não fôr possível; e além disto tem direito á indemnisação de qualquer outro damno e perda que soffreu.

⁴ Porque a culpa ou se toma em sentido lato, comprehendendo acções e omissões, ou no stricto comprehendendo só a negligencia; no 1.º não se póde tomar aqui porque haveria a maior impropriedade, ou a particula ou seja disjunctiva ou conjunctiva, no 2.º seria uma redundancia inutil, e nas leis não se devem suppôr palavras inuteis, Ass. de 22 de Outubro de 1778.

§ unico. Nesta reparação comprehendem-se os lucros cessantes.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

LL. 22, e 23 § 6 Dig. *ad leg. Aquil.*

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod pen. de França art. 51.º; Cod. civ. de França art. 1149.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 117 § 7, Tit. 131 § 1, Regim. de 16 de Janeiro de 1751 Cap. 5 § 2; etc.

COMMENTARIO.

A determinação deste art. é também um principio de direito natural, consagrado em todas as legislações, e ensinado por todos os escriptores da sciencia philosophica do direito: é uma verdade tão elementar, diz Bonneville, que não carece de commentario.

Que os lucros cessantes se comprehendem na reparação é doutrina do codigo civil francez art 1149.º

E' necessario, dizia Bentham, que o delicto seja seguido tão immediatamente da satisfação, como o é da pena: e com effeito, sendo a segurança social perturbada por um crime, se o Estado para a restabelecer se contentar com a imposição da pena, não tem satisfeito senão metade de sua missão, resta ainda a indemnisação ou reparação do damno, quanto fôr pos-

sivel; d'outra fórma a pena é insufficiente só por si para fazer cessar o alarma causado na sociedade, e a segurança e a propriedade dos cidadãos seriam es-
carnecidas¹.

Artigo 106.º

Todos os co-réos, auctores ou cúmplices de qual-
quer crime, são solidariamente responsaveis pela re-
paração do damno e perda que desse crime resultou;
salvo o recurso contra os outros co-réos que compete
pela quota parte áquelle que satisfez.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

L. 11 § 2 Dig. *ad leg. Aquil.*; etc.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 55.º; dos Paizes-Baixos art.
37.º; cod. civ. da Austria art. 1301.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

A Nov. Ref. no art. 858.º já dizia que a acção de
perdas e danos póde ser proposta contra os auctores,
socios, ou cúmplices, e seus herdeiros.

COMMENTARIO.

A disposição do art. 55.º do código francez, don-
de este art. é extrahido, foi julgada tão justa, que

¹ Bonneville, *Institutions complément. du régime
penitenciaire* (Paris 1847) pag. 4 e seg.; A. Morin, *Ré-
pert. du droit crim.* v.º *Domnages*.

não deu lugar no Conselho d'Estado a observação alguma.

Quanto á solidariedade, Mr. Belime sustenta que em direito natural se não póde admittir este principio tão absolutamente; e para estabelecer a verdadeira theoria faz a seguinte distincção; ou houve concerto fraudulento entre os que causaram prejuizo a alguém, ou não; — no primeiro caso deve ter lugar a solidariedade, porque o delicto foi commettido de commum acordo, e cada um dos co-réos não só commetteu o mal pela sua parte, mas facilitou tambem a execução das outras ¹; — no segundo caso a responsabilidade divide-se entre os co-réos.

Assim no primeiro caso, se muitos individuos, continúa Mr. Belime, se associam para commetter um roubo, e levam um sacco de dinheiro que dividem entre si, o roubado póde exigir de cada um delles a totalidade da indemnisação, a não ser que seja possível haver de cada um a parte respectiva ².

Se porem, no segundo caso, uma porção de gado, pertencente a differentes donos, entrar n'uma fa-

¹ Mesmo neste caso, diz elle, a solidariedade é so subsidiaria, isto é, cada um só responde pela sua parte se todos forem conhecidos e tiverem meios de satisfazer, a não ser que seja impossível distinguir quem fez o mal, ou que pela natureza das cousas o damno possa na sua totalidade ser attribuido a todos.

² E' inadmissivel a theoria de Puffendorf (Liv. 3 Cap. 1 n.º 5), o qual sustenta que se tres individuos atacarem um homem á pancada, e um ferir, outro lhe quebrar um braço, e o terceiro uma perna, cada um delles só responde pelo damno que causou.

zenda e causar damno, o proprietario desta só tem direito a exigir de cada um dos donos uma parte correspondente á que elle tiver no gado, que causou o damno ¹.

Artigo 107.º

A reparação do damno e perda deve ser requerida pelo offendido.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. francez de proc. crim. art. 1.º e 63.º; etc.

COMMENTARIO.

Não é só pelo offendido que a reparação do damno póde ser requerida, é tambem por seus herdeiros, como se deprehende do art. seguinte; e melhor sería ter refundido os dous artigos n'um só; dizendo que podia ser requerida pelo offendido ou seus herdeiros; pois á primeira vista parece que o Codigo quiz seguir a doutrina do art. 94.º do codigo francez de 1791.

A Nov. Ref. no art. 858.º diz quasi o mesmo = *A acção de perdas e damnos, provenientes de qualquer crime, compete aos offendidos e aos seus herdeiros; e póde ser proposta contra os auctores, socios, ou cumplices, e seus herdeiros. Podem usar desta acção ainda os que renunciaram ao direito de accusar.* =

¹ Belime, *Philosophie du droit*, tom. 2 pag. 411 e 412.

Artigo 108.º

O direito de exigir a restituição e a reparação, e bem assim a obrigação de satisfazê-las, passam aos herdeiros.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

LL. 26 e 28 *de obligat. et act.*, 23 § 8 *ad leg. Aquil.*; 139 e 164 *Dig. de reg. jur.*; § 1 *Inst. de perpet. et temporal. action.*

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ass. de 20 de Julho de 1780; etc.

COMMENTARIO.

Como a acção de responsabilidade é puramente civil, passa aos herdeiros, e contra elles, ainda mesmo que não tenha sido intentada antes da morte do responsável; doutrina que já se deduzia entre nós do citado Assento.

Veja-se a este respeito o citado repertorio de Morin, v.º *Action civile*, e Legraverend, *Legislat. crimin.* tom. 1 pag. 195.

Artigo 109.º

Os bens da meação da mulher, e quaesquer outros, que a ella pertençam por qualquer titulo, não são obrigados á restituição e á reparação de damno resultante do crime do marido.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. civil francez art. 1424.º; etc,

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 4 Tit. 46 § ult., Liv. 5 Tit. 6 § 20;
etc.

COMMENTARIO.

O Codigo cortou por este modo uma questão que se podia suscitar, e que foi tractada por Lobão no seu *Tractado de execuções* § 152 e seg. Este Jeto pratico fazia distincção entre crime commettido antes do matrimonio, e crime commettido na constancia deste. Quanto ao primeiro seguiu que não eram obrigados os bens da meação da mulher, porque a condemnação se retrotrahia ao dia do delicto, fundando-se, com Guerreiro, na Ord. Liv. 4 Tit. 95 § 40. Quanto ao segundo seguiu que só nos delictos graves, que tinham pena de confiscação, ficava salva á mulher a sua meação: todavia Moraes, Guerreiro, Valasco, e o Sr. Paschoal sustentaram não ser a mulher responsavel pelas dividas que o marido contrahisse para satisfazer alguma condemnação pecuniaria. O Codigo veio tirar estas questões. Mas serão os bens da meação do marido obrigados á reparação do damno causado pelo crime da mulher? a razão de decidir parece a mesma ¹.

Artigo 110.º

A hypotheca por estas obrigações nos bens do

¹ Sobre a jurisprudencia franceza neste ponto vide Toullier, tom. 6 num. 279 e seg.

criminoso, começa no momento em que foi commetido o crime.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. do Brasil art. 27.º; etc.

COMMENTARIO.

Este art. copiado do art. 27.º do código do Brasil, pôde suscitar na pratica muitas questões — 1.ª de-
veria esta hypotheca legal, estabelecida pelo art., ser
registada á vista do art. 2.º e 7.º § un. do Dec. de
26 de Outubro de 1836? — 2.ª no caso affirmativo
qual será o titulo competente para se tomar o regis-
to? — 3.ª e qual será o tempo em que este deve ser
feito em vista do art. 6.º do Dec. de 3 de Janeiro
de 1837, que determina seja feito dentro em trinta
dias contados desde a data do credito, do art. 110.º
do Código que diz que a hypotheca começa no mo-
mento em que foi commettido o crime, e do art. 4.º
§ 3 do citado Dec. de 26 de Outubro, que determina
que a hypotheca não registada no prazo legal não é
graduada nas preferencias pela data da obrigação, mas
pela do registro? Quanto á 1.ª parece-nos que deve
ser registada, porque o Código não a isempta do re-
gisto, embora o devesse talvez fazer — Quanto á 2.ª
parece-nos que o titulo deve ser a certidão da pro-
nuncia ou a sentença condemnatoria, porque ante-
disso não podendo o réo ser reputado criminoso não
ha causa que fundamenta a obrigação que produz a

hypotheca ¹ — Quanto á 3.^a deve ser feito dentro de 30 dias da pronuncia ou da sentença; mas á vista do Codigo o effeito da hypotheca registada retrotrahese ao tempo do crime, preferindo ás outras posto que de registo mais antigo.

Esta doutrina do Codigo parece-nos insustentavel, e deficiente.

Artigo 111.º

Aquelle que podia, e devia impedir o damno causado por outrem, é por elle responsavel.

Artigo 112.º

Para se applicar a disposição do art. antecedente deve em regra provar-se a negligencia, excepto nos casos em que a lei a presume.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

LL. 44 e 45 *ad leg. Aquil.*, 1 § 1 *si familia furtum fecisse*, 121 *Dig. de reg. jur.*, e 4 *cod. de nox act.* etc.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. civ. da Prussia, Part. 1.^a, Tit. 6, art. 59.º; etc.

COMMENTARIO.

Esta doutrina, já ensinada nas leis romanas, e recebida em todas as nações, foi seguida tambem pe-

¹ Não podemos admittir para este caso o arbitrio do art. 2247.º do codigo da Sardenha, o qual diz que se a hypotheca não parte de um titulo expresso, basta que

los Jctos ; e Toullier a justifica dizendo que é na realidade uma especie de cumplicidade não impedir, sendo possivel, uma acção prejudicial, e que por isso se deve tambem responder por ella civilmente.

Artigo 113.º

Os pais, e depois da morte destes, as mãis são responsaveis pelo damno causado por seus filhos menores, que com elles habitam, ainda mesmo que sejam impuberes, se obrarem com discernimento ; salva a prova de que lhes foi impossivel impedir esse damno.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

§ 7 Inst. *de noxal. act.* ; etc.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. civ. de França art. 1384.º ; de Hollanda art 1403.º ; da Prussia art. 68.º ; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 4 Tit. 103 pr. ; etc.

COMMENTARIO.

E' principio de moral que as acções alheias não podem ser-nos imputadas quando para ellas não corremos *directa* ou *indirectamente* ; mas este principio não é alterado pela disposição deste e dos ar

no acto do registo se indica a causa, ainda que se não apresente outro titulo.

seguintes ; porque dizendo o Codigo que os pais não são responsaveis provando que lhes foi impossivel impedir o damno causado pelos filhos menores, é ~~obvio~~ que essa responsabilidade sómente se verifica quando elles, podendo impedir o damno, o não fizeram, porque então ficam comprehendidos na regra do art. anterior, de que este é um corollario ; concorreram para o damno, posto que indirectamente, deixando de dirigir convenientemente as acções de seus filhos.

Em caso de divorcio a responsabilidade, diz Vazeille, incumbe ao conjuge a quem fôr entregue o filho que causou o damno.

Era esta a doutrina de Puffendorf no seu tractado das obrigações do homem e do cidadão, aonde no Liv. 1 Cap. 1.º diz que as acções alheias não podem ser imputadas a alguém *nisi quatenus ille potest et tenetur istas moderari*. Apesar disto alguns sustentaram o contrario na ~~hypothese~~ presente, fundados no texto do propheta Ezechiei (XVIII 20.), que diz : *Filius non portabit iniquitatem patris, et pater non portabit iniquitatem filii* ; nem nos deve isto admirar porque não ha texto na Sagrada Escriptura. que não tenha sido torcido para sustentar os maiores absurdos.

Porem esta obrigação do pai, nota Toullier, não é senão accessoria, posto que não tenha a seu favor o beneficio da discussão.

Restam ainda algumas observações sobre a doutrina do art. Como o Codigo só faz responsavel a mãe depois da morte do pai, poder-se-ha assemelhar a este caso a ausencia d'elle, ou a sua demencia ou interdicção legal ? Durantou pensa que sim, e Toullier chega mesmo a dizer que o marido, que, tendo

que fazer uma viagem, deixa entregue seu filho aos cuidados da mãe, não tem, durante o tempo da viagem, responsabilidade pelos actos d'elle, a qual fica pesando unicamente sobre a mãe. Esta opinião podem oppõe-se á terminante disposição do nosso Código.

Artigo 114.º

Salva igualmente a prova de impossibilidade, os mestres de educação, ou de qualquer arte, ou mester respondem pelo damno causado pelos seus discipulos e aprendizes, durante o tempo em que estes estão do-baixo da sua inspecção e direcção.

Artigo 115.º

Os chefes de familia, os amos, e os committentes respondem pelo damno causado pelos seus familiares, criados, e prepostos, nas funcções em que por elles estão empregados, salvo o caso fortuito, que a nenhum dos referidos possa ser imputado, ou a força maior.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

L. 1 Dig. *de his qui effuderint vel dejecerint*; etc.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 17.º e 18.º; cod. civil francez art. 1797.º e 1799.º, e o annotado ao art. ~~anterior~~.

COMMENTARIO.

A razão que justifica a disposição destes dous art. é a mesma que serve de base ao art. anteceden-

to. A lei faz recahir a responsabilidade sobre essas pessoas, porque suppõe nellas a obrigação de empregarem a devida diligencia, e de dirigirem as acções daquelles que estão debaixo do seu poder. Salva porem a prova da impossibilidade, do caso fortuito e de força maior, a qual faz cessar a disposição da lei.

Artigo 116.º

Da mesma fórmula os estalajadeiros ou quaesquer pessoas que em sua casa recolhem e agasalham outros por dinheiro, são responsaveis pelo damno causado por qualquer que tiverem recolhido, e agasalhado por mais de 24 horas; se não houverem satisfeito aos regulamentos policiaes.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

L. 11 *locati*, L. 5 § 4 Dig. *de his qui effunderit*; § 3 Inst. *de obligat quæ ex delicto*; etc.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 73.º; de Hesp. art. 17.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 64.

COMMENTARIO.

Esta disposição, copiada do código francez, é a unica deste Titulo que poderia ter desculpavel cabimento no Código penal, pois pela infracção dos regulamentos policiaes teve lugar uma contravenção, e

a disposição do art. é uma consequencia dessa contração.

Os regulamentos policiaes a que o Legislador se refere não podem ser senão aquelles, que os estalajadeiros etc. são obrigados a cumprir a respeito das pessoas que recebem em sua casa; taes são os que obrigam a participar á auctoridade administrativa uma relação das pessoas que são recebidas na estalagem, hospedaria etc. ¹; seria absurdo sustentar que o Código se referia a outros regulamentos que não estes.

Esta responsabilidade, diz Rogron, é justa; porque os estalajadeiros e as mais pessoas, que recebem hospedes por dinheiro, pelo facto de não cumprirem uma formalidade facil e simples, vão fornecer aos culpados mais um meio para se subtrahirem á acção da justiça, impedindo por sua negligencia, que esta possa adquirir alguns dados, que seriam de grande importancia para a descoberta do criminoso.

O espaço de 24 horas é tirado do art. 73.º do código francez, o resto do art. é quasi copiado do correspondente do código hespanhol; teria porem sido melhor que se copiasse o francez por ser mais explicito. A Ord. Liv. 5 Tit. 64 já determinava que o estalajadeiro seria responsavel pelo damno causado na estalagem se della deixasse sahir pessoa alguma antes de o notificar ao juiz do lugar.

¹ Como foi determinado pelos Alv. de 25 de Junho de 1760, Regul. de 6 de Margo de 1810, e Editaes do Governo Civil de Lisboa de 10 de Janeiro de 1834, e 20 de Maio de 1848.

Artigo 117.º

Em todos os outros casos em que a responsabilidade pelos factos de outro provém de convenção tacita ou expressa, e bem assim quando o damno, sem intenção criminosa de pessoa alguma, é causado pelas cousas que qualquer tem debaixo da sua guarda, ou por animaes, se observarão as regras do direito civil.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 74.º; etc

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 81 § 5; etc.

COMMENTARIO.

Em regra, como já dissemos, a responsabilidade civil nunca pôde ser objecto do direito penal; não é só nestes casos enumerados no art. que se devia observar o direito civil, é em todos os deste Capitulo. A redacção deste art. é mui confusa, e é um defeito que as leis devem procurar evitar quanto ser possa, porque uma de suas principaes virtudes é a clareza.

O damno causado pelas cousas que qualquer tem debaixo da sua guarda verifica-se por exemplo quando na rua ou na estrada se lançou cousa que offenda a quem passar. Quanto ao damno causado por animaes respondia o dono delles entre os romanos pela acção quadrupedaria. Veja-se a este respeito Corrêa Telles no *Tractado das acções* § 437 e seg. ;

e sobre a materia deste art. Toullier, *Droit civil fran-
çais* tom. 6 liv. 3 tit. 4.

Artigo 118.º

Ninguem poderá ser condemnado a pagar as
custas, sem ter dado causa a ellas.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. instruct. crim. franc. art. 211.º, 368.º; etc

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Vide o commentario.

COMMENTARIO.

Esta disposição não veio senão complicar mais
um ponto juridico, o qual com quanto para muitos
não fosse questionavel, para outros era objecto de
duvida como a prática, posto que infundada.

A Ord. Liv. 3 Tit. 66 § 6 condemnava nas
custas (*ex causa*) o réo, ainda quando era absolvido.
Vigorou este principio até que o Dec. de 30 de Julho
de 1830 no Cap. 10.º § 52 determinou que o réo
absolvido *nunca* seria condemnado em custas, ainda
quando fosse unio querelante o Ministerio Publico :
e o Dec. n.º 24 de 16 de Maio de 1832 dispôz no
art. 270.º § 1 que neste caso fossem as custas pa-
gas pela Fazenda Publica.

Como porem a Noviss. Reforma no Tit. 10 art.
1.º das disposições geraes decretasse que a Fazenda
Nacional e o Ministerio Publico eram exceptuados do

pagamento de assignaturas, emolumentos e salarios em seus respectivos processos, quaesquer que elles fossem, alguns juizes entenderam que por este modo se achava derogado o citado art. 270.º do Dec. de 16 de Maio, e começaram a condemnar nas custas *ex causa* os réos absolvidos. Tal modo de ver era insustentavel: se a Reforma revogava esse art., nem por isso queria revogar o principio santo e justo que o Dec. de 30 de Junho de 1830 havia consignado no § 52; tanto mais que no art. 1237.º ella determina a respeito dos processos correccionaes que os réos absolvidos não paguem custas, e era absurdo sustentar que a lei quizesse adoptar um principio philosophico e verdadeiro quando se tractava da offensa de pequenos interesses e o rejeitasse, nos de maior importancia. Por isso muitos Jctos, entre elles, Corrêa Telles, e os Srs. Doutores Basilio Alberto e Duarte Nazareth, sustentaram que se achava em vigor o § 52 do mencionado Dec. de 30 de Junho¹: e conforme com esta opinião vai a acta da Procuradoria Regia da Relação do Porto de 29 de Dezembro de 1845, approvada pela Procuradoria Geral da Corôa em 8 de Maio de 1848, transmittida em Circ. de 5 de Agosto do mesmo anno aos Delegados das Comarcas, e publicada no Periodico dos Pobres n.º 281 de 27 de Novembro.

Quando neste estado se devia esperar, que o Co-

¹ Vejam-se as lições de direito criminal do Sr. Doutor Basilio, publicadas por alguns de seus discipulos, no § 17, e os Elementos de Processo Criminal do Sr. Doutor Nazareth no § 273 e nota.

digo (a tractar desta materia, cujo lugar é no processo) cortasse por uma vez todas as questões que posto que menos appropriadamente, se tinham suseitado na prática por motivos, cuja apreciação não cabe a este commentario, vem pelo contrario embaraçal-a com uma redacção ambigua.

Achamos que o art. do Codigo deve entender-se de acordo com o § 52 do Dec. de 30 de Junho, isto é, que os réos absolvidos nunca devem pagar custas, e a razão é porque não deram causa a ellas; o facto do processo não lhes póde ser imputado porque não o tendo provocado, (por se suppôr pelo facto da absolvição que o crime não existiu) não devem ser responsaveis pelas custas delle.

Em França a Ordenança de Luiz XIV no art. 17.º do Tit. 25 ainda ia mais longe porque fazia recahir sobre o Estado ou sobre os Senhores, em cujo nome se administrava tambem justiça naquellas épocas, as custas do processo criminal em todo o caso, em que o Ministerio Publico era accusador; principio que depois foi abraçado na L. de 27 de Setembro de 1790 art. 1.º e confirmado na de 30 do *Nivôse* do anno V. A L. de 18 do *Germinal* do anno VII veio tirar ao Estado o encargo das custas no caso de ser condemnado o réo, sobre o qual recahia então; e os art. 162.º, 176.º, 194.º, 211.º e 368.º do codig de processo criminal vieram confirmar o mesmo principio, deduzindo-se delles que os réos absolvidos nunca pagam custas.

E' porem notavel que apesar de a lei franceza determinar que pague sómente as custas a parte que decahir da causa, nos processos que se agitam

Conselho de Estado entre um particular e as administrações publicas representadas já por um Ministro, já por um Prefeito, nunca estas são condemnadas em custas, pagando-as o particular, ainda mesmo no caso de ganhar a causa ¹ !

CAPITULO 2.º

DA EXTINÇÃO DOS CRIMES E PENAS.

Artigo 119.º

Todo o procedimento criminal, e toda a pena, acaba pela morte do criminoso.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

LL. 3 e 6 *de public. judic.*, 15 § 3 *ad Set. Turpill.*, 26 *Dig. de pavn.*, L. 5 e 6 *Cod. si reus vel accusat.* etc.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. da Austria art. 201.º e 202.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 3 Tit. 82 § 3 e 4; Noviss. Reforma art. 1183.º; etc.

COMMENTARIO.

Com razão cessa neste caso o procedimento criminal, e a pena; aquelle porque não existe o crimi-

¹ Dufour, *Traité général du droit administratif*, tom. 1 n.ºs 356 e 357.

noso contra quem se possa proceder ; esta porque não ha a quem impôr a pena. A Ord. Liv. 3 Tit. 82 §§ 3 e 4 já havia disposto o mesmo, assim como a Nov. Ref. no art. 1183.º ; e a Circ. da Procuradoria Regia de Lisboa n.º 187 art. 6.º, citada pelo Sr. Castro Netto áquelle art. da Ref., determina que se nas cadêas das comarcas, fóra das sédes da Relação, fallecer algum réo, cujo processo esteja em appellação, o respectivo Delegado deve remetter logo ao Procurador Regio o auto do fallecimento e exame do cadaver, para se julgar extincta a accusação. Esta idéa não escapou ao Jeto Ulpiano, o qual na L. *ult. Dig. ad leg. Jul. majestat.* diz — « *extinguitur enim crimen mortalitate.* » —

O principio deste art. tinha pela nossa legislação anterior duas excepções ; a 1.ª no caso de crime de Lesa Magestade, Ord. Liv. 5 Tit. 6 § 11 ; a 2.ª na de parto supposto, Ord. Liv. 5 Tit. 53 § 1.

Artigo 120.º

O acto real de amnistia é aquelle que por de terminação generica manda que fiquem em esquecimento os factos que enuncia antes praticados ; e ácerca delles prohibe a applicação das leis penaes.

§ 1.º O acto de amnistia extingue todo o procedimento criminal, e faz cessar para o futuro a pena já imposta, e os seus effeitos ; mas não prejudica a acção civil pelo damno e perda, ~~nem tem effeito retroactivo~~ pelo que pertence aos direitos legitimamente adquiridos por terceiro.

§ 2.º O acto de amnistia applica-se segundo termos nelle expressamente designados. Todavia e

tende-se comprehender os crimes, que constituiram circumstancias aggravantes, e os accessorios que foram commettidos sómente para preparar, ou facilitar a execução dos crimes que declara, se a pena para que áquelles é imposta pela lei não fôr mais grave.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Os romanos não empregavam a palavra amnistia nas suas leis; serviam-se de *gratia* e *abolitio*. — Vide *Rein, Das criminal Recht der Römer* (Leipzig 1844) pag. 263 e seg., o qual refere exemplos de amnistias concedidas em Roma; duas á familia dos Tarquínios depois da sua expulsão (*Dion. Halicarn, V, 13, 57*), outra aos amigos dos Decemerios (*id. XI, 46*), etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Carta Constit. art. 74.º § 8; etc.

COMMENTARIO.

Tracta este art. e seus §§ da amnistia, cuja concessão é uma das attribuições do Poder Moderador. No art. diz-nos o que seja amnistia; no § 1 qual o seu fim; e no 2.º como deve ser entendida na applicação.

Quanto á definição, é impropria do Codigo, o qual não é um livro de doutrina ou de theoria, mäs sim uma *lei*. Della se vê a differença que separa a amnistia do perdão: este faz cessar para o futuro os effeitos da condemnação, em quanto aquella se retrotrahe além disso até ao tempo do crime, fazendo-o desaparecer legalmente; de modo que a amnistia

prohibe ou instaurar ou continuar a acção criminal, ou executar as condemnações, que tenha havido em razão de certos delictos.

A amnistia não é só um acto de clemencia dictado unicamente por um sentimento de justiça ou de humanidade, é principalmente um acto de politica, superior a considerações pessoaes, e exigido pelas necessidades e interesses da sociedade inteira, nos casos de rebellião etc.

Quanto ao seu fim (§ 1.º), já dissemos que prohibia a instauração ou continuação da acção criminal, ou a execução das penas. — Sómente faremos algumas observações sobre as duas advertencias que o Codigo faz na segunda parte do § 1.º — *Mas não prejudica etc.* Berriat Saint-Prix, na sua *Théorie du droit constitut. franc.* (Paris 1832) pag. 501, sustenta a mesma doutrina: o contrario, diz elle, seria despojar os particulares de um direito legalmente adquirido, seria violar a sua propriedade; além de que o exercicio da acção civil não tem os inconvenientes que a lei quiz prevenir paralisando pela amnistia o exercicio da acção criminal e do poder judicial — *Nem tem effeito etc.* A amnistia, com quanto por sua natureza tenha effeito retroactivo, por isso que faz desaparecer a criminalidade, soffre nesta parte todavia a excepção que faz este §, excepção que se basêa em principios elementares da jurisprudencia, isto é, na manutenção dos direitos de terceiro. Pela amnistia o Poder Moderador faz desaparecer todos os direitos, todas as pretensões, que em razão do crime commetido o *Estado* podia fazer valer contra os réos; não succede porem assim pelo que respeita aos direitos e

pretensões que o facto do réo fez nascer em favor de qualquer *particular*, porque, a não ser n'um governo despotico, esse Poder não pôde dispôr dos direitos particulares dos individuos; é por isso que se alguns desses direitos nasceram de um facto, que depois vem a ser annistiado, nem por isso deixam de existir, e subsistem apezar da annistia.

A disposição do § 2 é doutrina seguida pelos escriptores, e que não nos parece offerecer duvida. Todavia nas questões que podem nascer da applicação da annistia, quando fôr necessario recorrer á interpretação deve seguir-se a mais favoravel ¹.

Pôde agitar-se a questão se os individuos comprehendidos na annistia podem, renunciando ao seu beneficio, reclamar para entrar em processo. Nós, com o Sr. Nazareth, e Faustin Hélie, seguimos a affirmativa, fundados em que ella é um favor, que pôde renunciar-se, e em que seria uma injustiça roubar ao perseguido o direito de fazer proclamar em juizo a sua innocencia, e confundir os seus delatores.

Advirta-se que ha exemplos de annistias concedidas em virtude de tractados; como se vê da paz de Westphalia art. 2.º, 3.º § 1, e 4.º § 1, e do tractado de París de 30 de Maio de 1814, art. 16.º

Artigo 121.º

O perdão concedido pelo rei a qualquer criminoso condemnado por sentença, faz cessar para o fu-

¹ Berriat Saint-Prix, *Cours de droit criminel*, Part. 1.^a Tit. 5 § 4. — Faustin Hélie, Tom. 3 Liv. 2 Cap. 3.º § 197.

turo o procedimento e a pena mesmo pecuniaria, ainda não paga; mas não restitue os direitos políticos de que a condemnação privou o criminoso, se disso se não fizer expressa declaração, nem prejudica a acção civil pelo damno e perda, nem os direitos legitimamente adquiridos por terceiro.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

LL. 1 *de sentent. pass.*, ult. Cod. *de general. abolit.*, L. 45 § 1 Dig. *de re judicata*; etc.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. da Austria art. 205.^o; do Brasil art. 66.^o; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 122 § 5, Tit. 130 § 3; Carta Constit. art. 74.^o § 7; Nov. Ref. art. 1201.^o §. un.; etc.

COMMENTARIO.

O perdão ou minoração das penas é uma das attribuições do Poder Moderador, a qual só deve ser exercida por uma grande e justa causa¹.

A razão porque o perdão não prejudica a acção

¹ Neste Reino sempre tem sido exercida pelo Monarcha esta faculdade e apenas consta, diz J. Pinto Ribeiro (*Lustre ao Descumbargo do Paço*) que o Sr. D. Manoel concedesse este privilegio a seu sobrinho D. Alvaro. — Os nossos Praxistas dividem o perdão em geral e especial: em Ferreira tom. 2 Cap. 4 pag. 49 se pode ver a fórma do primeiro, e exemplos do mesmo em Fernandes Thomaz, *Repertorio* v.^o *Perdão*.

civil, nem os direitos adquiridos por terceiro é a mesma que milita a favor do § 1 do art. anterior, e já esta era a doutrina de Surdo, *cons.* 203, n.º 10, e de Caldas, á L. un. cod. *ne ex delicto defunctor.* n.º 39 etc., como se póde ver em João Pinto Ribeiro no seu *Lustre ao Desembargo do Paço* Cap. 3.º

As nossas leis antigas exceptuavam do perdão os crimes enunciados na Ord. Liv. 1, Tit. 3 § 9, Liv. 5 Tit. 52 § 2, Tit. 53 pr., Tit. 54 pr., Tit. 116, Regim. do Desemb. do Paço §§ 18 e 19, L. de 13 de Janeiro de 1607, e Dec. de 16 de Julho de 1672.

Segundo a Ord. Liv. 5 Tit. 130 § 3 não vale o perdão em quanto não é julgado conforme a culpa; e Costa nos *Estilos*, seguido por Pereira e Sousa, diz que se póde julgar a conformidade do perdão com a culpa por dous juizes, ainda que a sentença fosse dada por seis.

O perdão livra da pena, mas não faz desaparecer o crime; o que levou a dizer Ovidio: *pæna potest tolli, culpa perennis erit.*

Artigo 122.º

O perdão ou desistencia do offendido extingue o processo criminal nos casos em que não ha lugar a justiça sem accusação de parte.

COMMENTARIO.

Isto já se achava legislado no art. 866.º § 2 da Nov. Ref.; é doutrina justa, e que não póde, quer-nos parecer, apresentar difficuldade na applicação.

Artigo 123.º

A prescrição nos crimes, e nas penas tem lugar nos termos e com os effeitos declarados nos parographos seguintes.

COMMENTARIO

O outro modo de extinguir os crimes e penas é a prescrição. Desconhecida quasi dos romanos em materia criminal, a prescrição não data senão da meia idade, aonde apparece nos estatutos das cidades e se desenvolve nos escriptos dos juriconsultos da época : dahi passou para as legislações modernas.

Varios fundamentos tem sido dados á prescrição em materia criminal ; uns como Filangieri, e Thomasius (*Diss. de præscript. bigam.* § 5) basearam-na na difficuldade de obter, depois de decorrido certo espaço de tempo, a prova da culpabilidade ou da innocencia ; outros como Koch (*Pr. jur. crim.* § 972) appoiam a prescrição sobre a presumpção do melhoramento do culpado ; e esta idéa foi a seguida no commentario official ao codigo da Baviera, o qual no art. 139.º exige uma boa conducta não interrompida, durante o praso marcado, para a prescrição poder aproveitar ao criminoso : dos motivos do codigo de processo criminal francez se vê que para a prescrição da acção criminal se tomou o fundamento de Thomasius, e para a da pena o das torturas moraes que o condemnado devia ter soffrido

e o do generoso esquecimento da vindicta publica ¹.

Artigo 123.º (continuação.)

§ 1.º Todo o procedimento judicial-criminal contra determinada pessoa se prescreve passados dez annos, depois do dia em que foi commettido o crime; ou, se algum acto judicial teve lugar a respeito desse crime, depois do dia deste acto.

§ 2.º Todo o processo criminal, a que se não deu seguimento, fica extincto passados dez annos depois do dia em que teve lugar o ultimo acto.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

LL. 3 *de requir. vel absent. damnand.*, 13 pr. Dig. *de divers. et tempor. præscript.*, L. 12 cod. *ad leg. Cornel. de falsis*; etc. Vide tamen L. 29 § 6 *ad leg. Jul. de adulter.* etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 1 Tit. 84 § 23, Tit. 96 § 2; etc. — Vide o commentario.

COMMENTARIO.

Nestes dous primeiros §§ tracta o Codigo da prescripção da acção criminal nos crimes; e no seguinte da da acção criminal nas contravenções: o

¹ Estas observações são quasi verbalmente extrahidas das notas historicas que á traducção do codigo da ~~aviera~~ reuniu o seu traductor Vatel. Vide tambem Foorebecke, *Traité des prescriptions en matière pénale*, Morin, *hoc. v.º*

que nos parece improprio de um codigo penal, porque o seu lugar proprio é na lei do processo.

A antiga legislação fazia differença entre a acção criminal nos crimes publicos e nos particulares. — Nos crimes publicos prescrevia 1.º se passados tres annos do dia da perpetração do delicto o Ministerio publico ou os offendidos não tinham querelado. *Nov. Ref.* art. 1208.º; 2.º quando, tendo-se dado a querela não havia seguimento da acção criminal durante dez annos contados do dia em que o crime havia sido commettido. *Nov. Ref.* art. 1211.º¹. — Nos crimes particulares verificava-se a prescripção da acção 1.º quando passado a querela se não provava no prazo de vinte dias do respectivo auto. *Nov. Ref.* art. 1210.º; 2.º quando tendo-se querelado não proseguiu a acção no espaço de dez annos contados do dia do delicto. *Nov. Ref.* art. 1211.º².

A doutrina do Codigo parece-nos clara, posto que a redacção não seja das melhores.

Devemos porem observar que nos crimes, que constam de actos reiterados, os prazos para a prescripção contam-se do ultimo acto constitutivo do crime, como determina a *Nov. Ref.* no art. 1209.º, o qual se não acha derogado pelo Codigo.

¹ Havendo porem algum acto de accusação posterior á ratificação da pronuncia, contava-se o prazo desta data; e em quanto o acto estava suspenso (ou nos casos em que não tinha lugar) começava a correr da data da pronuncia. — *Nov. Ref.* art. 1211.º

² Tinha lugar o mesmo que se observa na nota anterior. Vide Sr. Dr. Nazareth, *Elementos do Processo criminal* § 52 e seg.

Artigo 123.º (*continuação.*)

§ 3.º Nos crimes de policia correccional o tempo destas prescripções é de cinco annos; e nas contravenções é de um anno.

§ 4.º A acção civil resultante do crime prescreve-se pelo mesmo espaço de tempo, se foi cumulada com a acção criminal.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de proc. crim. franc. art. 636.º, 640.º; etc.

COMMENTARIO.

A disposição do § 3 pelo que respeita aos crimes de policia correccional é a mesma do Dec. n.º 24 de 16 de Maio de 1832 art. 232.º, e pelo que toca ás contravenções é modelado pelo art. 640.º do codigo de processo criminal francez.

O § 4 não faz mais do que reproduzir o art. 1212.º da *Nov. Ref.*, o qual acrescenta que não sendo essa acção civil cumulada com a criminal prescreve sómente passados 30 annos¹.

Artigo 124.º

As penas perpetuas impostas por sentença passada em julgado não se prescrevem em tempo algum; mas passados 20 annos a pena de morte será substituida por qualquer das penas corporaes perpetuas.

¹ Veja-se o Dec. n.º 24 de 16 de Maio de 1832 art. 188.º §§ 3 e 4.

As penas maiores temporarias prescrevem-se passados 20 annos, depois do dia em que a sentença passou em julgado; e as penas correccionaes passados 10 annos.

§ 1.º Nas contravenções o tempo é de dois annos.

§ 2.º A prescripção da pena não se estende aos effeitos da condemnação relativos aos direitos politicos.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. d'Austria art. 210.º; de proces. crimin. franc. art. 635.º, 636.º, 639.º; etc. — O cod. do Brasil art. 65.º não admitte a prescripção das penas.

COMMENTARIO.

Depois de estabelecer as regras que determinam a prescripção da acção criminal, occupa-se oCodigo neste art. da prescripção das penas. OCodigo fez distincção entre penas maiores perpetuas e temporarias, penas correccionaes, e das contravenções. — As maiores perpetuas não prescrevem em tempo algum, mas passados 20 annos a pena de morte é substituida por alguma das outras perpetuas. — As maiores temporarias prescrevem passados 20 annos do dia em que a sentença passou em julgado, como já determinava a *Nov. Ref.* no art. 1214.º, e o codigo de processo criminal francez art. 635.º — As penas correccionaes passados 10 annos. O Dec. n.º 24 de 16 de Maio de 1832 no art. 232.º estabelecia para estas, de acordo com o art. 636.º do codigo francez, o espaço de 5 annos, mas o nosso Codigo vai coerente

porque tendo estabelecido para a prescripção da pena um prazo dobrado da prescripção da acção criminal, tendo marcado para esta nos crimes correccionaes o espaço de 5 annos, era coherente marcar para a prescripção das penas o de 10 annos. — As penas das contravenções prescrevem passados dous annos, como diz tambem o citado codigo francez no art. 639.º

No § 2 se diz que a prescripção da pena não se estende aos effeitos da condemnação relativos aos direitos politicos. A razão é porque os effeitos das penas não dependem da execução destas, pois segundo o disposto no art. 51.º verificam-se por disposição da lei, logo que a sentença passa em julgado.

Artigo 124.º (continuação.)

§ 3.º O condemnado que prescreve a sua pena pela prescripção de 20 annos não póde residir na comarca, em que residir o offendido ou a sua viuva, ou seus descendentes, ou ascendentes; e o governo poderá assignar-lhe o lugar do seu domicilio.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de proces. crim. franc. art. 635.º

COMMENTARIO.

Este § é copiado do art. 635.º do codigo de processo criminal francez; e já no art. 1214.º da *Nov. Ref.* se achava uma disposição quasi semelhante, pois diz que no caso de morte, o réo, que se aproveitar da prescripção da pena, não poderá residir no lugar, villa, ou cidade, aonde viver o viuvo

ou viuva do morto, que não passou a segundas nupcias, ou algum dos seus ascendentes ou descendentes.

Artigo 125.º

Nenhuma prescrição corre em quanto o criminoso retem qualquer objecto por effeito do crime.

§ unico. A prescrição não corre em quanto não passa em julgado a sentença no juizo civil, nos casos em que desta depende a instrucção do processo criminal.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. da Austria art. 208.º n.º 1; etc.

COMMENTARIO.

A razão do art. é porque nesse caso cessa a presumpção em que se basea a prescrição. — A razão do § un. é porque existe um impedimento de direito, que obsta ao exercicio da acção criminal, como é o estar sujeito o procedimento criminal á decisão de uma questão civil, assim no caso das penas dos fallidos não póde ter lugar o processo criminal sem estar decidida e julgada a fallencia no tribunal commercial. Tem pois lugar a regra — *contra non valentem agere non currit praescriptio* ¹. —

O mesmo devia ter lugar quando, na fórma do codigo administrativo, se requer auctorisação para

¹ Faustin Hélie, *Théorie de l'instruct. crimin.* tom 3 Cap. 7 § 194.

proceder criminalmente contra os agentes do Governo, como bem adverte o Sr. Nazareth § 52 nota *d*.

Artigo 126.º

A prescrição nos crimes não carece de ser allegada pelo réo.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Nov. Ref. art. 1207.º; etc.

COMMENTARIO.

Esta disposição, que já se encontra no art. 1207.º da Nov. Ref., foi também seguida por Pereira e Sousa na nota ao § 319 das *Linhas criminaes*, e por Lauterbach na sua *Disputatio de crimin. praescript.* A razão disto é porque sendo a prescrição um meio de defeza, os réos não a podem renunciar porque é causa publica (LL. 6 *de appellat.*, 33 § 2 Dig. *de procurat.*), e deve até ser supprida pelo mesmo juiz ainda no que respeita ao facto (LL. 19 *de pæn.*, 1 Dig. *de quaestion.*).

Artigo 127.º

A acção civil por damno e perda, separada do processo criminal, e bem assim toda a restituição, ou reparação civil mandada fazer por sentença criminal passada em julgado, prescreve segundo as regras de direito civil.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de proces. crimin. franc. art. 642.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR,

Nov. Ref. art. 1212.º e 1216.º; etc.

COMMENTARIO.

A doutrina do art. é conforme com o que diz o código de processo criminal francez, e a Nov. Ref. nos art. citados; e por isso devem observar-se as regras do nosso direito civil. Os motivos de humanidade, diz Rogron, que fizeram reduzir a 20 annos ou a prazo mais curto a prescripção das penas, não podem applicar-se ás condemnações civis, as quaes, tendo o seu principio nas leis civis, não podiam deixar de ser reguladas por estas quanto á prescripção.

Artigo 128.º

As prescripções especiaes decretadas pelas leis actualmente em vigor para certos crimes continuarão a ter lugar ainda que esses crimes sejam commettidos depois da publicação do presente Código.

COMMENTARIO.

E' esta uma restricção, que já havia feito a Nov. Ref. no art. 1215.º, e o art. 643.º do código de processo criminal francez. — Assim no crime do trafico da escravatura a pena nunca prescreve, e a acção é perpetua. Dec. de 10 de Janeiro de 1836 art. 20.º e 21.º — Nos crimes de suborno, peita, peculato e concussão a acção popular e a do proprio queixoso.

prescreve dentro de anno e dia. Carta Constit. art. 124.º — Nos crimes de liberdade de imprensa, sendo *publicos*, prescreve a acção dentro de tres mezes desde a publicação do escripto; sendo *particulares*, dentro de um anno, residindo o offendido em Portugal, Ilhas adjacentes, ou Provincias de Africa occidental; e dentro de dous annos, residindo na Asia, e Africa oriental. LL. de 22 de Dezembro de 1835 art. 17.º, e de 10 de Novembro de 1837 art. 24.º

Artigo 129.º

O condemnado a pena temporaria, que tenha por effeito a perda dos direitos politicos, não pôde recobra-los pelo cumprimento da pena, sem que obtenha a rehabilitação.

§ 1.º A rehabilitação é o acto que restitue ao condemnado, que cumpriu a pena temporaria, ou a quem esta foi simplesmente ~~perdoada~~, ou que a prescreveu, todos os direitos que pela condemnação perdêra.

§ 2.º A rehabilitação é concedida pelo governo passados tres annos depois do cumprimento, ou perdão, ou prescripção da pena temporaria, precedendo as necessarias informações das auctoridades administrativas.

§ 3.º Quando a pena da perda dos direitos politicos fôr imposta como pena principal, pôde tambem passados quinze annos ter lugar a rehabilitação nos termos do paragrapho antecedente.

§ 4.º O disposto no paragrapho antecedente applica-se aos casos da incapacidade para servir um emprego, ou qualquer emprego.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Veja-se o tit. do Dig. *de sententiam passis et restitutis*, aonde se encontram alguns vestígios da idéa da reabilitação.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. franc. de proces. crimín. art. 619.^o e seg.;
etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Esta instituição não existia na antiga legislação ¹, posto que com ella em certo modo tenham alguma analogia as chamadas *cartas de restituição de fama*, que eram concedidas pelo Desembargo do Paço, e a que se refere a Ord. Liv. 1 Tit. 3 § 2.

COMMENTARIO.

Antes de entrarmos no exame deste art. do Código faremos algumas observações sobre esta instituição, cuja utilidade não podemos admittir: para isso transcreveremos o que a tal respeito disse o Sr. Conselheiro Mello e Carvalho no seu discurso proferido nas Côrtes em 8 de Abril de 1853.

«Esta reabilitação, de que falla o Código, depois de espiado o crime, (dizia o eximio Jcto) intendo que é a continuação de uma pena já sem sentença; intendo porem que as penas sómente podem ser

¹ A Carta de Lei de 15 de Dezembro de 1774 diz que o delinquente cumprindo a pena fica reunido á sociedade dos outros cidadãos, sem differença alguma,

applicadas pelos tribunaes judiciaes. Intendo, que essa rehabilitação dependente de um outro poder que não fôr o poder judicial, a respeito de um homem que tem commettido um crime, e que já o tem espiado, é a continuação do soffrimento de uma pena, que para um homem, em certas circumstancias, é mais grave talvez do que a pena corporal, que já elle tem soffrido. E note-se que é uma pena que vae além da sentença, e que póde ser prorogada arbitrariamente. »

« Ao governo não faltam meios de fazer vigiar a conducta desse individuo, se fôr suspeito, pelos seus agentes ; mas não póde estender a pena que não se contém na condemnação. A perda dos direitos politicos, segundo o Codigo, é ou effeito de outra pena, ou é pena principal : em ambas as hypotheses é sempre imposta por uma sentença ; *mas tirada a causa, como deixar subsistente os seus effeitos? Expiada a culpa pelo cumprimento da pena, como prolongar o soffrimento além do termo marcado? . . . »*

« A acção da pena deve ser certa ; o homem convencido de um crime, a quem é imposta a pena correspondente, uma vez que a tenha cumprido, não deve ficar ainda dependente da vontade ou capricho do governo para-recuperar todos os seus direitos : toda a demora, ou restricção ataca a liberdade, offende a independencia do poder judicial, contraria a justiça. Uma tal disposição confere ao governo a faculdade de exasperar a pena, e de augmentar o castigo, sem que haja um novo acto punivel. »

A existencia da rehabilitação na lei franceza não era razão sufficiente para ser introduzida no nosso Codigo. Os principios, que apresentámos, são bas-

taes para demonstrar que a doutrina do art. 129.º não pôde ser considerada como justa.

No § 1 dá a lei a definição da reabilitação que é tirada do systema francez, e corresponde com pouca differença á que apresenta Rogron no commentario ao Cap. 4.º do Tit. 7 do Liv. 2 do codigo do processo criminal. A Ordenança franceza de 1670 (tit. 16 art. 13.º) dizia que o effeito da reabilitação era *remettre le condamné en ses biens et bonne renommée*.

No § 2 estabelece-se o prazo findo o qual pôde ser concedida a reabilitação, o qual é de 3 annos; no que se differença oCodigo da legislação franceza aonde o prazo é de 5 annos na fórmula dos art. 619.º, 620.º etc. do codigo de processo criminal⁴. Além disso o §, divergindo do systema do codigo francez não faz intervir a auctoridade judiciaria nesta reabilitação, querendo talvez imitar em parte o Dec. de 18 de Abril de 1848 do governo provisorio da republica franceza (art. 2.º e 5.º)

O § 3 é contradictorio com o art. , porque se a reabilitação é o art. que restitue ao condemnado a pena *temporaria* os direitos que perder em consequencia da condemnação, como é que tendo lugar a pena da perda dos direitos politicos (que é *perpetua* art. 37.º) pôde com coherencia ter lugar a reabilitação passados 15 annos? Ao que accresce que por esta fórmula vem a haver confusão de poderes, pois o Governo pôde livrar o condemnado á perda dos di-

⁴ Nesses e nos seguintes art. se vêem as formalidades exigidas para se conceder a reabilitação.

reitos politicos do cumprimento da pena contra o disposto na sentença e na lei.

O art. 4 é claro : devendo por ultimo advertirse que o codigo de processo criminal francez no art. 634.º determina que no caso de reincidencia não tem lugar a rehabilitação.

Em conclusão, todas as reflexões que temos apresentado são de acordo com o estado da repressão penal entre nós. Admittido o systema de prisões e expatiação penitenciarias, a rehabilitação poder-se-hia talvez justificar por outros principios, como se póde vêr do já citado livro de Mr. Bonneville desde pag. 621 a 671.

ADDIÇÕES.

Artigo 34.º

Quando dissemos no commentario a este art. , que era preciso ter escolhido entre Auburn e Philadelphia, não pretendemos por modo algum significar que todos os systemas de prisão até hoje propostos, sómente se reduzam aos dous typos do *silent system* e do *separate system*.

Entre estes dous extremos, cuja apreciação está hoje, para bem dizer, esgotada, ha o *systema mixto* ou *eclectico*, usado nas penitenciarias inglezas e suizas, e introduzido nas casas centraes de França por Gasparin em 1839, e que Moreau Christophe diz ser, sem contradicção, o peor de todos os systemas ; — ha ainda a theoria proposta ás camaras francezas em 1844, e denominada *de l'emprisonnement individuel*, projecto que não foi ávante até hoje apezar de tudo o que em seu favor escreveu o citado Moreau Christophe.

Não é este commentario o lugar de entrar no exame destes diversos systemas, cuja apreciação tem mais cabimento n'um tractado theorico. Não obstante em seguida a este livro, que estamos escrevendo, publicaremos um trabalho especial sobre o systema penitenciario, com applicação ao nosso paiz, e ahi faremos a apreciação de todas as idéas apresentadas até hoje, e insistiremos sobre um pensamento luminoso cuja origem se deve á Gram-Bretanha, qual é a fusão das penitenciarias e das colonias penaes, como

dous termos sempre constitutivos da repressão penal.

Mais amplos desenvolvimentos a este respeito se encontram nos debates do congresso penitenciario de Francfort-sobre-o-Meno (em 28, 29 e 30 de Setembro de 1846), publicados em Paris em 1847, no tractado de Bérenger sobre a repressão penal, suas fórmulas, e seus effectos (París 1852), e nas obras de Ferrus sobre as prisões, e sobre a expatriação penitenciaria (París 1850, e 1853), etc.

Artigo 73.º

A lei franceza de 1850 veio alterar pelo art. 3.º o art. 66.º do codigo penal na parte em que mandava encerrar n'uma casa de correcção os menores de 16 annos, que os tribunaes julgassem ter obrado sem discernimento. Determina a nova lei que sejam conduzidos a colonias agricolas penitenciarias, *publicas* ou *particulares*¹, para serem empregados na agricultura e artes accessórias.

O numero das colonias penaes agricolas, que hoje existem na França e na Algeria, eleva-se já a 16, como se pôde vêr da noticia publicada pelos Srs. Julio de Lamarque e Gustavo Dugat²; e são as seguintes:

¹ Não cause estranheza esta expressão, porque além das colonias dirigidas pelo Estado, ha outras propriamente particulares com as devidas auctorisações e até com subsidio do thesouro; tal é a instituida recentemente em Val-d'Yèvre por um homem que tem feito do melhoramento da penalidade o objecto constante de seus estudos e dos seus esforços, o celebre Carlos Lucas.

² Esta noticia interessa principalmente pelas noções estatisticas que a acompanham.

COLONIAS PUBLICAS.

Fontevrault.		Loos.
Clairvaux.		Gaillon.

COLONIAS PARTICULARES.

Mettray.	Val d'Yèvre.
Marseille.	Citeaux.
Bordeaux.	Oullins.
Sainte-Foy.	Petit-Bourg.
Petit-Quevilly.	<u>Saint-Man.</u>
Ostwald.	Boussaroque.

TABELLAS PARA A APPLICAÇÃO DAS PENAS.

1.^a

AGGRAVAÇÃO E ATTENUAÇÃO EM GERAL.

PENAS.	AGGRAVAÇÃO.	ATTENUAÇÃO.	
MAIORES PERPETUAS.	Morte.	Não se agrava	Trabalhos public. per- — art. 78.^o § petuos, ou prisão, ou 1. degredo perpetuo — art. 81. ^o
	Trabalhos publicos perpetuos.	No Ultramar — art. 48. ^o e 78. ^o § 2.	Trabalhos public. tem- porarios, ou prisão, ou degredo perpetuo, ou temporario, agrava- do ou não aggravado — art. 81. ^o § 1.
	Prisão per- petua ¹ .	Com isolamen- to, ou no Ul- tramar — art. 49. ^o e 78. ^o § 3.	Prisão maior tempora- ria, ou degredo per- petuo ou temporario, aggravado ou não ag- gravado — art. 81. ^o § 1.
	Degredo perpetuo.	Na Africa ori- ental, ou ahi com prisão — art. 78. ^o § 4.	Degredo perpetuo tem- porario aggravado ou não aggravado, ou prisão correccional no maximo — art. 81. ^o § 1.
	Degredo para a In- dia.	Na Africa occi- dental — art. 78. ^o § 5.	

¹ Em quanto não houver estabelecimentos para a prisão *com trabalho*, será substituida pelo degredo aggravado, acrescendo-se a prisão art. 99.^o

	PENAS.	AGGRAVAÇÃO.	ATTENUAÇÃO.
MAIORES PERPET.	Expulsão perpetua.	Com multa — art. 78.º § 6.	Expulsão temporaria, ou prisão correccional não menor de dous — art. 81.º § 5.
	Perda de direitos politicos.	Com multa — art. 78.º § 6.	Suspensão de direitos politicos — art. 81.º § 4.
MAIORES TEMPORARIAS.	Trabalhos publicos.	Até ao maximo ou sendo no Ultramar — art. 79.º § 1.	Até ao minimo do tempo, ou podem substituir-se pelas immediatas inferiores até á prisão correccional não menor de dous annos — art. 82.º 1.
	Prisão maior	Até ao maximo ou no Ultramar, ou com isolamento — art. 79.º § 1.	
	Degredo.	Até ao maximo ou como o degredo perpetuo — art. 79.º § 1.	
	Expulsão.	Até ao maximo do tempo, podendo accrescer a multa — art. 79.º § 3.	Até ao minimo do tempo; ou póde substituir-se prisão correccional não menor de dous annos — art. 82.

1 Sendo applicadas a estrangeiro podem ser substituidas pela expulsão perpetua do reino — art. 76.º

PENAS.

AGGRAVAÇÃO.

ATTENUAÇÃO.

CORRECCIONAES.

Prisão.

Até 3 dias — art. 83.^o
n.^o 1.

Desterro.

Até 3 mezes — art. 83.^o
n.^o 2.Suspensão
de direitos
políticos.} Até ao maxi- Até 2 annos — art. 83.^o
mo — art. n.^o 3.
79.^o

Multa.

Até 3 dias — art. 83.^o
n.^o 1.O maximo
de qualquer
destas penasNa prisão, des-
terro, e suspen-
são, com mul-
cta até um an-
no: — na mul-
cta com prisão
até um anno
art. 79.^o § 4.DOS EMPREGA-
DOS PUBLICOS.Demissão. Com a multa
ou com prisão
correcional —
art. 79.^o § 5.Não falla della o art.
81.^o, mas é substituí-
da pela suspensão no
caso do art. 326.^o n.^o 1.Suspensão Até ao maximo
— art. 79.^oAté 3 mezes — art. 83.^o
n.^o 2.

AGGRAVAÇÃO NO CASO DE REINCIDENCIA.

PENAS.

AGGRAVAÇÃO.

MAIORES PERPETUAS.	{ <ul style="list-style-type: none"> Morte Trabalhos publicos perpetuos Prisão perpetua Degredo perpetuo Expulsão do reino Perda dos direitos politicos 	Não se agrava — art. 78.º § 1. Idem — art. 86.º Trabalhos publicos — ib. Prisão perpetua — ib. } Segue-se a regra geral de } agravação da Tabella } 1.ª
MAIORES TEMPORARIAS.	{ <ul style="list-style-type: none"> Trabalhos publicos temporarios Prisão temporaria Degredo temporario Expulsão temporaria 	} Aggravam-se com o maximo da pena já agravada segundo as regras da Tabella 1.ª — art. 86.º
CORRECCIONAES.	{ <ul style="list-style-type: none"> Prisão Desterro Suspensão dos direitos politicos Mulcta 	} Aggrava-se como as maiores temporarias — art. 86.º
DOS EMPREGADOS PUB.	{ <ul style="list-style-type: none"> Demissão Suspensão } Aggrava-se como as penas maiores temporarias — 86.º

FIM DO TOMO I.

INDICE DO TOMO I. II

INTRODUÇÃO	Pag. III
----------------------	----------

LIVRO PRIMEIRO.

DISPOSIÇÕES GERAES	1
------------------------------	---

TITULO I.

DOS CRIMES EM GERAL, E DOS CRIMINOSOS.	2
CAP. I. <i>Das crimes</i>	3
CAP. II. <i>Das circumstancias que aggravam, ou attenuam os crimes</i>	46
CAP. III. <i>Dos criminosos</i>	79

TITULO II.

DAS PENAS E SEUS EFEITOS.	112
CAP. I. <i>Das penas.</i>	113
CAP. II. <i>Das efeitos das penas</i>	145

TITULO III.

DA APPLICAÇÃO, E EXECUÇÃO DAS PENAS.	168
CAP. I. <i>Da applicação das penas em geral</i>	ib.
CAP. II. <i>Da applicação das penas nos casos em que concorrem circumstancias aggravantes ou attenuantes</i>	178

CAP. III.	<i>Da applicação das penas nos casos de reincidência, accumulção de crimes, cumplicidade e tentativa</i>	191
CAP. IV.	<i>Da execução das penas.</i>	209

TITULO IV.

	DA RESPONSABILIDADE CIVIL, E DA EXTINC-	
	ÇÃO DOS CRIMES E PENAS	233
CAP. I.	<i>Da responsabilidade civil</i>	234
CAP. II.	<i>Da extincção dos crimes e penas</i>	253