

THEORIA
DO
DIREITO PENAL.

THEORIA DO DIREITO PENAL

APPLICADA

AO

CODIGO PENAL PORTUGUEZ

COMPARADO

COM O

CODIGO DO BRAZIL, LEIS PATRIAS, CONGOS E LEIS CRIMINAES
DOS POVOS ANTIGOS E MODERNOS

OFFERECIDA

A

S. M. I. O SR. D. PEDRO II, IMPERADOR DO BRAZIL

POR

F. A. F. DA SILVA FERRÃO

PAR DO REINO, MINISTRO E SECRETARIO D'ESTADO HONORARIO,
CONSELHEIRO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

VOLUME V.



LISBOA

IMPRESSA NACIONAL

1857

CODIGO PENAL.

LIVRO SEGUNDO

DOS CRIMES EM ESPECIAL.

TITULO III.

DOS CRIMES CONTRA A ORDEM E TRANQUILLIDADE PUBLICA.

CAPITULO I.

REUNIÕES CRIMINOSAS, SEDICÃO, ASSUAÇÃO.

SECÇÃO 1.ª

DISPOSIÇÃO GERAL.

ARTIGO 177.º

Em toda a reunião de mais de tres individuos, formada para commetter violentamente algum crime, a cumplicidade dos auctores ou chefes da reunião será punida com as mesmas penas, que deverem ser impostos aos auctores individuaes d'esse crime, salva a aggravção procedida da posição pessoal do criminoso.

§ unico. É sempre aggravante a circumstancia de ser armada a reunião.

Art. 19.º n.º 5.º e 15.º, art. 21.º, 24.º, 25.º, 26.º, 77.º e 78.º

A collocação do presente art. debaixo da qualificação geral do tit. parecia manifestar a intenção do legislador de punir os factos de reunião *criminosa*, considerados em si mesmos; e em verdade a tranquillidade publica é perturbada ou

ameaçada, qualquer que seja o fim que tenham em vista os criminosos, em rasão: 1.º, do seu proposito da violencia; 2.º, do seu maior numero. Mas o art. nas palavras *que deverem ser impostas aos auctores individuaes d'esse crime*—de accordo com a epigrapha da secção—*disposição geral*—demonstram que se não trata mais do que estabelecer regras geraes sobre participação, que tinham melhor cabimento, embora com relação ás reuniões criminosas, no liv. 1.º art. 24.º, 25.º e 26.º, e que podiam mesmo aqui ser omittidas, em vista d'esses art. e outros do mesmo liv., sem o menor inconveniente.

A resalva da ultima parte do art. tambem podia dispensar-se em vista do art. 19.º n.º 8.º, 9.º, 10.º, 11.º e 12.º e do art. 21.º

A determinação seria util se constituísse incriminação do facto com abstracção do seu fim e resultados.

Mas nos termos em que se acha formulada, como restricção ás disposições geraes sobre cumplicidade e puramente remissiva ás penas correspondentes ao crime que se commetter, não assenta em base justa, por isso que a reunião, sendo facto commun a todos os seus membros, o que todavia concebeu o projecto do crime, o ordenou ou dirigiu, e o que se prestou, por mais arrojado ou mais corrupto, a dar-lhe execução, tem um grau especial de imputação. Esta regra é absoluta, não pôde nem deve soffrer modificação alguma.

O mal do crime, considerado na pessoa dos cumplices, é sempre menor, e a lei o deve presumir assim em quanto pelo grau da sua cooperação ou participação do crime não devem passar á categoria de auctores ou agentes principaes. A assimilação portanto é inadmissivel.

Uma similhante determinação, mas com expressa e especial applicação a determinados crimes, se encontra no art. 313.º do Cod. Fr., que parece ter sido o modelo que esteve presente:

«Les crimes et délits prévus dans la présente section et dans la section précédente (295.º a 318.º), s'ils sont commis en réunion séditieuse, avec rébellion ou pillage, sont imputables aux chefs, auteurs, instigateurs et provocateurs de ces crimes

«ou de ces délits et condamnés aux mêmes peines que ceux qui les auront personnellement commis.»

Importada porém esta declaração, não na *especialidade* do Cod. Fr., mas na *generalidade*, ficou exprimiudo um pensamento muito diverso, ao mesmo passo que mostra um desvio das regras geraes estabelecidas nos art. 25.º e 26.º

O art. 285.º do Cod. do Brazil tambem tinha declarado illicita a reunião de tres ou mais pessoas, com a intenção de se ajudarem mutuamente para commetterem algum delicto; mas no art. 286.º tornou dependente a punição de se haver praticado o facto criminoso, ficando no mesmo silencio que este nosso art., quanto ao ajuntamento illicito em si mesmo, o que foi remediado pela Lei de 6 de Junho de 1831, art. 1.º, impondo-se a pena de tres a nove mezes de prisão.

Nós tivemos sobre a hypothese a Resol. de 30 de Janeiro de 1604, determinando que aquella que, *associado com mais de um companheiro, accommetter ou mandar accommetter alguém, postoque o não fra nem affronte*, sendo fidalgo fosse degradado cinco annos para Maluco com pregão e cadeia no pé pelas ruas publicas; e não o sendo fosse condemnado a quatro annos de galés com baraço e pregão e roca á cinta pelas mesmas ruas. Borges Carn., Addit. 2.º pag. 16.

Carcece pois o presente art. de reconsideração, tanto pela sua materia e collocação, como pela confusão em suas palavras, misturando os auctores com os cumplices—*a cumplicidade dos auctores*—, como notámos ao art. 25.º

Quanto á disposição do § un., concorda o Cod. Esp. no art. 10.º § 14.º, considerando por isso esta circumstancia entre as *geraes* aggravantes.

Esta regra porém, nos seus termos absolutos—*sempre*—, não é exacta: 1.º, quando a circumstancia *das armas* deixa de o ser, para constituir elemento constitutivo de incriminação; 2.º, quando são *instrumentos* ou *meios* indispensaveis, como em toda a qualidade de *ferimentos*; pois é claro que a resolução criminosa de *ferir* demanda o emprego de *armas*, que não são *accessorio*, mas *condição intrinseca* do mesmo fa-

1 Vol. 1.º pag. 244.

cto¹; 3.º, porque no art. subsequente se declara que a circumstancia aggravante da reunião armada sómente é circumstancia agravante contra os membros da reunião que estiverem armados, o que demonstra uma contradicção nos termos do mesmo art. com os d'este §, que assim fica destruido.

ARTIGO 178.º

Em geral considera-se reunião armada aquella em que mais de duas pessoas têm armas ostensivas. Quando estiverem armadas com armas ostensivas uma ou duas pessoas sómente, n'estas haverá logar a pena como se a reunião fosse armada; e hem assim em todas as que forem encontradas com armas escondidas, postoque nenhuma outra esteja armada.

§ 1.º Presume-se sempre estar armado aquelle que tem qualquer arma no acto de commetter o crime, excepto provando que a tinha ou accidentalmente ou para os usos ordinarios da vida, e sem designio de com ella fazer mal.

§ 2.º Todos os instrumentos cortantes, perfurantes ou contundentes são comprehendidos na denominação de armas.

§ 3.º Aquelles objectos porém que servirem habitualmente para os usos ordinarios da vida são considerados armas sómente no caso em que se tiverem empregado para matar, ferir ou espancar.

Art. 177.º e ref.

A fonte proxima d'este art. é o Cod. Fr., art. 214.º e 215.º, de que o nosso é pouco menos que uma fiel traducção. Concordam o Cod. da Sardenha, art. 215.º e 217.º, e o Cod. das Duas Sicilias, art. 154.º

O Cod. das Duas Sicilias, seguindo em parte a disposição do Cod. Fr., cit. art. 214.º e 215.º, estabeleceu o seguinte:

«Art. 179.º Sera puni de la reclusion celui qui, dans les cas prévus par les deux art. précédents, se sera servi d'une arme propre pendant l'action de l'attaque ou de la résistance,

¹ Vid. comment. ao art. 19.º n.º 6.º e ao art. seguinte.

«ou qui sera pris avec une arme propre, même caché, sur le « lieu de l'attaque ou de la résistance.»

A Lei franceza de 7 de Junho de 1848 alterou a disposição do Cod., tratando dos ajuntamentos de povo sobre a via publica (*attroupements*), e assim a circumstancia é imputavel a todos os individuos *armados*, ou que não expulsaram da reunião aquelle ou aquelles que estivessem munidos de armas *apparentes*.

Este nosso art. não admittiu n'estes precisos termos esta doutrina, e sem duvida que as regras da imputação não consentem que os co-auctores do facto fiquem responsaveis por essa circumstancia, quando lhes for estranha ou a tenham ignorado, podendo mesmo ser creada malevolamente por algum individuo que se introduza com arma escondida¹.

Mas alem da omissão da segunda especie prevista na dita lei, ficou assim este nosso art. em contradicção com o § un. do art. antecedente, na palavra *= sempre =*, e repugnante com as regras geraes de imputação, quando os co-réus não devam ser considerados como auctores ou cúmplices da reunião armada.

Quanto á doutrina do § 1.º parece-nos inadmissivel na generalidade em que é concebida. Se o uso da arma é ou illegal ou não auctorisado, nos termos do art. 19.º n.º 13.º, e art. 253.º, justa nos parece a presumpção aqui estabelecida; e então ao réu incumbe a prova em contrario.

Mas se a arma não tem essa natureza nem essa qualificação, a presumpção deve ser toda a favor do mesmo réu, removendo de a elidir para a accusação.

O legislador deve incriminar factos e circumstancias do facto provado, e nunca por elle presumidas, para determinar a applicação de uma pena².

¹ Pacheco, Comment. ao Cod. Hesp., art. 10.º § 14.º; e veja-se o comm. ao art. 21.º, vol. 1.º p. 206 e seg.

² Há tanta justiça em presumir cúmplice de um roubo aquelle em poder de quem se acha algum dos objectos roubados, como em presumir estar armado da proposito aquelle que tinha uma arma consigo no momento de commetter um crime.

³ Presumer la culpabilité, à raison de circonstances qui peuvent n'être

Quanto á doutrina do § 2.º se nos offerece notar que nas disposições geraes, art. 19.º n.º 13.º, foi declarada circumstancia aggravante a de ser o crime commettido com arma, cujo uso for prohibido; e nas especiaes, art. 253.º, se declarou prohibido o uso, não só das que o são em si mesmas, pela lei ou pelos regulamentos da administração publica, mas tambem de outras quaesquer, quando o uso depender de licença, ou não possa ter logar fóra das circumstancias previstas legalmente ou pelos ditos regulamentos.

Mas a aggravação da circumstancia nos casos de reunião criminosa afastou-se aqui d'estas definições, como se conclue d'este § comparado com os ditos art. 19.º e 253.º

Este § parece haver sido vertido do art. 101.º do Cod. Fr.:

«*Sont compris dans le mot armes toutes machines, tous instruments ou ustensiles tranchants, perçants ou conton-* «*dants.*»

Assim todo e qualquer objecto que tenha alguma solidez, e de que se possa lançar mão, entra na definição e se resume na das leis romanas 34. ff. de furtis:

«*Omne quod nocendi causa habetur.*» — L. 41. ff. de verb. signif. — «*Armorum appellatio, non utique scuta et gladios «et galeas significat, sed et fusta et lapides,*» conf. a lei 3. § 2.º, ff. de vi et vi armata¹.

As palavras *= são comprehendidas =*, que são as mesmas *= sont compris =*, de que se serve o Cod. Fr., importam somente uma indicação não restrictiva, e não uma definição absoluta e limitativa. Foi com essa intenção que, como advertem Locré, Morin, Chauv. e Hel. e outros commentadores, se ad-

«*que fortuites, c'est là une marche grossière, appartenant à l'enfance du droit «pénal.*» (Boanier, Trai. th. et prat. des pr. endr. civ. et en dr. cr., p. 703.)

Demais, a imputação de todas as circumstancias aggravantes ou *constitutivas* de penalidade ou de aggravação, como materia de facto pertence aos juizes de facto *à posteriori*, e não ao legislador *à priori*; e repugna com a divisão dos poderes politicos do Estado que o legislador accumule as funcções de juiz ou se dispense, o que importa o mesmo. Basta a *possibilidade* que toda a *presumpção legal* tem de não ser uma *verdade*, embora o réu a não possa demonstrar, para dever ser repellida em materia crime.

¹ «Se o ferir com pau, pedra ou ferro, dizia no seu caso a Ord. do liv. 4.º tit. 23.º § 2.º

optou similhante redacção no Cod. de 1810, em discussão do Conselho d'Estado de 9 de Janeiro d'esse anno.

O Cod. das Duas Sicílias, art. 148.^o, fez uma distincção muito judiciosa entre armas *proprias* e *improprias*.

Proprias aquellas cujo destino principal e ordinario é a defeza de cada um ou de outrem; e *improprias* aquellas que se tornaram taes sómente pelo facto de realmente haverem servido á defeza ou ataque de alguém.

O Cod. da Baviera dá uma definição ainda mais explicita de armas, nos seguintes termos, art. 222.^o:

« Par le mot *armes* employé ici et dans les autres dispositions du présent Code on comprend tout instrument avec lequel on peut faire une blessure corporelle de nature à mettre la vie en danger. »

Sobre o § 3.^o se nos offerece notar que, assim o cefeiro que traz a sua foice, o cortador que traz a sua machada, o homem do campo o seu cajado, o da cidade a sua bengala, etc., não deve reputar-se armado, excepto no caso de *abuso* individualmente praticado, se com taes instrumentos matou, feriu ou espacou.

Mas apparece, por esta fórma: 1.^o, o mesmo vicio que condemnámos ao § 1.^o O legislador presume *armado* aquelle que converteu em arma um instrumento que não é arma ou em si mesma ou em relação aos usos ordinarios da vida, isto é, o criminoso abusou d'elle, logo tinha-o com esse fim¹.

2.^o, que a disposição do § fica assim diminuta; porque a intenção do abuso pôde manifestar-se claramente pela acção ou movimento do emprego das armas, sem que effectivamente se tenham empregado para matar, ferir ou espancar. Contudo esta omissão supprime-se em parte pelo disposto no art. 363.^o, em quanto ás armas de fogo ou de arremesso de que possa achar-se munido um caçador ou um viajante.

¹ Como esta presumpção é sempre uma ficção da lei, deve sempre admitir uma prova destructiva pela defeza, como advertem Carnot e Morin. Em realidade, um trabalhador que volta do seu trabalho não deve reputar-se armado só porque no caminho participou de um delicto, e na perpetração d'elle fez uso do instrumento da sua profissão, que muito naturalmente conduzia.

Tem concordancia a disposição d'este § ou antes encontra-se a sua fonte proxima no art. 161.^o do Cod. Fr.:

« Les couteaux et ciseaux de poche, les cannes simples, ne sont réputés armes, qu'autant qu'il en aura été fait usage pour tuer, blesser ou frapper. »

Mas n'este caso a *reunião* de que trata o art. deve reputar-se *armada*, se, não tendo sido apprehendidas nem encontradas mais de duas pessoas com armas, como se requer, mais de duas pessoas se tiverem servido de outros objectos para commetter o crime?

É omissio o Cod.; não o foi porém o das Duas Sicílias, exigindo constantemente, para que a reunião se repete *armada*, que as armas sejam *propriamente* ditas, ou que possam e costumem servir para a defeza. Isto é mais justo e racional: o contrario produz inconvenientes de apreciação que cumpria remover.

SECÇÃO 2.ª

Sedição.

ARTIGO 179.º

Se vinte ou mais pessoas se reunirem e amotinarem, empregando violências, ameaças ou injúrias, para constranger ou impedir ou perturbar no exercício de suas funções a Auctoridade publica, ou qualquer dos seus subalternos ou agentes, quer o seu objecto seja subtrahir-se ao cumprimento de alguma obrigação, ou tornar sem effeito qualquer disposição superior, quer seja obter qualquer outro fim, serão punidas, se a reunião for armada, com o degredo temporario; e se não for armada, serão punidas com o maximo da prisão correccional.

§ 1.º Aquelles que excitaram á sedição e se considerarem auctores, segundo as regras geraes da Lei, ou que commandaram ou dirigiram a reunião sediciosa, serão punidos, no primeiro caso com o degredo perpetuo, e no segundo caso com o degredo temporario.

§ 2.º Se as violencias commettidas forem pela Lei qualificadas como crimes a que se deva impor pena mais grave, será imposta essa pena.

§ 3.º Se em qualquer caso ou em quaesquer circumstancias a reunião sediciosa tomar a natureza de motim ou levantamento contra a segurança interior do Estado, applicar-se-hão as respectivas disposições.

§ 4.º Aos que se retirarem voluntariamente de qualquer reunião sediciosa serão, nas circumstancias e com

as declarações enunciadas no artigo 175.º, applicadas as disposições ahí decretadas.

Art. 35.º e ref.; art. 38.º e ref.

As palavras = *rebellião* = *sedição* = não têm nos Codigos Penaes da Europa uma significação uniforme.

Segundo a legislação franceza a *rebellião* ou tende a atacar os poderes do Estado pela guerra civil e pela devastação, e então toma o nome especial de *attentado* contra a segurança interna do paiz, e é n'esse sentido que se empregou no tit. antecedente, secç. 2.ª, e no Cod. Hesp., art. 167.º e seguintes, ou é dirigida sómente contra alguns actos isolados de certos agentes da auctoridade, sem empecer o exercicio dos poderes constituidos, paralyzando sómente alguns de seus meios de acção, e então toma o nome de *rebellião* propriamente dita. Esta é a doutrina adoptada no Cod. Fr., art. 209.º e seguintes.

Segundo a legislação do paiz e no sentido vulgar a palavra = *sedição* = comprehende toda e qualquer revolta de uma fracção de povo ou de corpo armado contra o governo ou contra as auctoridades locais.

Conforme á doutrina do Cod. Pen. da Austria, part. 1.ª art. 61.º e seguinte, toda a *rebellião* inclue o crime de *sedição*, mas nem toda a *sedição* é *rebellião*.

O Cod do Brazil, art. 110.º, consagrou a palavra = *rebellião* = para qualificar a reunião de uma ou mais povoações de mais, todas, de vinte mil pessoas, para perpetrar algum dos attentados que o nosso Cod., art. 170.º, qualificou = *rebellião* =, e empregou no art. 11.º a qualificação de = *sedição* = no mesmo sentido em que a empregou o nosso Cod. n'este art. 179.º

O Cod. Fr., chamando *rebellião* ao que este nosso art. qualificou de *sedição*, regulou a gradação das penas não só sobre a circumstancia de ser ou não armada, ou das funções que preenchiam n'ella os delinquentes, ou dos resultados materiaes, mas tambem sobre a do numero dos culpados.

Este nosso art., quanto a esta ultima circumstancia, modificando o Cod. Hesp. que a não admittia, aceitou como elemento restrictivo o disposto no art. 210.º do Cod. Fr., para

só qualificar *= sedição =* a reunião de mais de vinte pessoas, vindo a ficar em harmonia nesta parte com o art. 111.º do Cod. do Brazil, com a differença de que ambos estes Codigos exigem exclusivamente a circumstancia de ser armada a reunião.

O nosso art., severo aqui em demazia *por vingar o mal* do delicto só consummado pelo emprego dos meios, ficou completamente omisso em prevenir esse mal, reprimindo a reunião criminosa antes de perturbar a ordem publica. O Cod. do Brazil foi mais providente no seu art. 111.º A legislação franceza tambem o foi, como se vê da Lei de 10 de Abril de 1831, determinando que depois da advertencia das autoridades, se os ajuntamentos se não dissipam, tornam-se puniveis pela contumacia.

O Cod. da Austria seguiu a mesma doutrina, poisque no art. 61.º da part. 1.ª não esperou pelo commettimento das violencias para punir a reunião que se fez com intuito sedicioso. Foi ainda mais longe que o Cod. Fr., pois ainda que a esforços das autoridades a *sedição* seja suffocada no seu principio, e não resultem consequencias perigosas, sempre os sediciosos são punidos ainda que menos severamente, como se vê do art. 65.º.

Quanto á penalidade, repetimos, o que diremos constantemente, que todos os *maximos* nos parecem repugnantes á jus-

O mesmo Cod. porém distingue o caso em que o ajuntamento de gente não assumo o caracter de *sedição*, e se deve qualificar como *tumulto*.

Então é punido como *grave infracção de policia*, part. 2.ª art. 51.º:

« So tout coupable de tumulte celui qui engage plusieurs personnes à lui prêter aide contre un employé ou agent de l'autorité dans l'exercice de sa charge ou de ses fonctions, ou à s'opposer au dit employé ou agent de l'autorité. La peine est l'arrêt rigoureux d'un à six mois. »

Esta pena é remittida se o tumulto se dissipa ás primeiras vozes dos funcionarios de policia: pune lercmente os réus que não obedecem promptamente, e um pouco mais severamente os que entram em altercação ou contestação com osse funcionarios, art. 55.º e 56.º

Disposição analogá, quanto á *sedição* e na hypothese d'este nosso art., se acha no moderno Cod. da Baviera, art. 319.º a 323.º, contendo n'este ultimo uma disposição excepcional para o caso de se declarar o *estado de sitio* ou suspensão de garantias, segundo o nosso modo de expressar, em conformidade com a Carta, disposição que desejamos ver admittida entre nós, mas com certas modificações.

tiça e á equidade, por tornarem impossivel a devida proporção segundo as circumstancias; e ha uma falta de coherencia com o disposto no art. 177.º, em que a pena se graduou, segundo a natureza do delicto commettido.

Por ultimo notaremos ainda que o crime de que se trata n'este art. se achava bem definido na Carta Regia de 21 de Outubro de 1757, declarando-se crime de *lesa magestade de primeira cabeça*, todas as vezes que *houver confederação, ajuntamento, vozes sediciosas e tumulto* (sem determinação de maior ou menor numero de pessoas) *para se opporem os assim amotinados ás leis e ordens, como tal conhecidas, ou pretendendo que se não cumpram, resistindo com vozes de motim aos ministros e officiaes executores d'ellas.*

O § 1.º do presente art. ainda fica em desharmonia com o principio adoptado no art. 177.º Se quando a reunião não é de mais de tres até nove pessoas, e *para qualquer crime*, *desapparece a culpabilidade* para todos os co-réus se deverem considerar auctores, não ha razão para que nos casos em que a reunião é mais perigosa, tanto pelo seu determinado objecto sedicioso, como pelo maior numero dos delinquentes, se faça a distincção para se admittirem todos os graus de participação ao crime, segundo as regras geraes da lei.

Esta reflexão nos demonstra o acerto com que se houve o legislador do Cod. do Brazil, não punindo nos casos que definiu de *rebellião* e de *sedição* senão os *cabeças*; incriminando porém sempre o facto da reunião em si mesmo, e fixando, para se qualificar *sedição*, o ajuntamento de mais de vinte pessoas, art. 110.º e 111.º

Assim evitou tambem a impossibilidade da execução da lei penal, sempre que a reunião de mais de vinte pessoas fosse de centos ou milhares.

Quanto ao § 2.º analogá disposição se encontra, como vimos no art. 133.º e 138.º n.º 2.º, art. 148.º, 161.º § un. e art. 174.º

Mas esta declaração é superflua em vista do art. 87.º Temos uma aggravação de penalidade sempre que o facto se acha *especialmente* caracterisado na lei e lhe corresponde uma pena mais grave. Se o crime é então *complexo*, envolvendo duas

inerminações, temos essencialmente *acumulação* de crimes. Pertence pois a doutrina d'este § ás disposições geraes.

Na doutrina porém do § concordam em geral os Códigos que temos presentes.

Quanto á disposição do § 3.º ella é acertada, porque o facto degenera então nos attentados, *offensas ou rebelião*, de que trata o cap. 3.º do tit. antecedente. O Cod. da Austria contém a este respeito uma excellente disposição, part. 1.ª art. 66.º, que deve ser examinada.

Sempre que se dá a hypothese prevista n'esse art. pelo facto da resistencia e contumacia, e, muito mais ainda, se resulta a necessidade do emprego da força publica, a sedição degenera em *rebelião aberta* contra o supremo poder do Estado, como definiu também entre nós a citada Carta Regia.

Quanto, finalmente, ao § 4.º deve advertir-se que, nos termos do art., a reunião de vinte ou mais pessoas que tratem de *subtrahir-se ao cumprimento de alguma obrigação, ou tornar sem effeito qualquer disposição superior, ou obter qualquer outro fim*, se não houver constrangimento, impedimento ou perturbação das funcções da auctoridade publica, ou de qualquer de seus subalternos, pelo meio do *emprego de violencias, ameaças ou injurias*, não ficou prohibida pelo Cod., isto é, se forem diversos os meios empregados, quaes os da apresentação aos poderes do Estado de quaesquer reclamações, queixas, petições ou exposições *por escripto*, em conformidade com o art. 145.º § 23.º da Carta, ou mesmo de *palavras*, por isso que o Cod. não incriminou a representação por essa forma, e que, segundo o § 1.º do mesmo art., é licito ao cidadão tudo o que a lei não prohibe.

O Cod. do Brazil, no art. 112.º, é expresso a similhante respeito:

« Não se julgará sedição o ajuntamento do povo desarmado em ordem, para o fim de representar as injustiças e vexações, e o mau procedimento dos empregados publicos. »

Assim resolveu este Cod. um grande problema, conciliando a obediencia á auctoridade com o espirito de liberdade; preveniu as revoltas armadas, e deu ao povo meios pacíficos de obter justiça e allivio contra os vexames e abusos dos agentes

do poder. Esta disposição singular honra o legislador e o torna digno de ser imitado.

Em França o direito de reunião tem sido já favorecido, já reprimido, segundo as circumstancias politicas e da situação.

Tem-se reconhecido o direito do cidadão, mas partindo-se do principio de que todo o direito tem seus legítimos e naturaes limites nos direitos de terceiro e no interesse geral, assentou-se que as reuniões (*attroupements*) sobre a *via publica*, se nascem de inspirações espontaneas e pacificas para defeza de um direito, devem sem duvida chamar a attenção da policia, mas não podem justificar uma repressão. Que todavia podem empecer a livre circulação; e por este effeito podem causar perturbação publica. Não atacam, mas ameaçam; e a sociedade tem direito a fazer cessar tudo quanto possa comprometter a tranquillidade publica.

Estas e outras razões fundadas no perigo que pôde resultar das reuniões, que principiando pacificas podem acabar sediciosas, motivaram a promulgação da Lei de 7 de Junho de 1848, cujo art. 1.º diz assim:

« Tout attroupement armé formé sur la voie publique est interdit. Est également interdit, sur la voie publique, tout attroupement non armé qui pourrait troubler la tranquillité publique. »

E portanto unicamente sobre a *via publica*, como ruas, praças, caes, etc., que uma reunião pôde ser qualificada — *attroupement* —, e não sendo armada, só é prohibida quando possa perturbar a tranquillidade publica.

Esta lei não determinou quaes os signaes caracteristicos d'essa possibilidade de perturbação, e por isso ficou pertencendo aos agentes municipaes, encarregados de dissipar esses ajuntamentos, a apreciação da mesma possibilidade, e da consequente oportunidade sobre o emprego da força publica. Isto equivale a uma prohibição absoluta, se não a induzir a darem um passo falso cidadãos que se fiarem no seu direito e nas suas intenções pacificas.

Sobre a determinação do §, remissiva ao disposto no art. 175.º, remettemo-nos igualmente ao que ali ponderámos, concluindo por apresentar e reproduzir n'este logar as muito sim-

ples disposições dos §§ 91.º e 92.º do Cod. da Prussia, dignas de ser imitados.

«Se muitas pessoas se reunirem para executar conjuntamente um dos actos mencionados nos §§ 89.º e 90.º, deverão ser punidas como amotinadores, com a prisão simples, não menos de seis mezes, e poderão mais ser postas sob a vigilância da policia.»

«Aquelles dos participantes d'este crime que empregarem violencia contra pessoas ou cousas serão punidos com a prisão de trabalhos forçados até dez annos, e postos debaixo da vigilância da policia.»

«Muitas pessoas reunidas em caminhos, ruas ou praças publicas, se intimadas por tres vezes para se dispersarem, e pelos empregados da policia judicial ou administrativa, ou pelo commandante da força armada, o não executarem assim, serão punidas, cada uma d'ellas, com a prisão simples até tres mezes.»

«Se n'um tumulto contra os empregados da policia, ou contra a força armada, houver resistencia com força aberta e factos de violencia, a todos aquelles que houverem participado em semelhantes actos se deverão applicar as penas de rebelião.»

SECÇÃO 3.ª

ASSUADA.

ARTIGO 180.º

O ajuntamento de dez ou mais individuos, destinados a commetter violentamente qualquer crime, não havendo começo de execução d'este crime, mas somente algum acto preparatorio, será punido com a prisão de tres até seis mezes, se a reunião for armada; e com a prisão até tres mezes, se a reunião não for armada.

§ 1.º Os que excitaram ao ajuntamento, ou que o ~~commandaram~~ ou dirigiram, e que se considerarem autores, segundo as regras geraes da Lei, serão punidos, no primeiro caso com prisão até um anno; e no segundo com prisão até seis mezes.

§ 2.º Se o crime, objecto da assuada, se consummou, será imposta a todos os anctores d'elle a pena que, segundo a Lei, dever ser applicada.

§ 3.º A tentativa do crime, objecto da assuada, é sempre punivel segundo as regras geraes.

Art. 38.º e ref.; art. 8.º

A disposição especial d'este art. modificou a legislação do reino quanto ao numero de individuos, por isso que no ~~Art. de 12 de Agosto de 1716~~ foi o minimo, ainda que para as Ilhas de Cabo Verde, fixado em quinze, alem do chefe principal.

A Ord. no liv. 5.º tit. 45.º não fixava numero; o de dez somente se fundava na opinião dos doutores.

Depois esta Ord. incriminava o ajuntamento de gente, para

fazer mal ou dano a alguém, ainda que o auctor do facto com ella não vá nem saia a fazer mal.

Este art. porém, admitindo o mesmo facto, exigiu que, alem d'elle, se tenha praticado algum acto preparatorio.

Não approvámos esta exigencia, porque se deveria punir sempre, nos termos da nossa Ord., o *ajuntamento illicito* em si mesmo, com abstracção do crime, como está no Cod. do Brazil, art. 283.º, completado pela penalidade da Lei de 3 de Junho de 1831, art. 1.º¹.

O numero fixo de pessoas como elemento constitutivo do crime da reunião illicita, e para a tornar mais ou menos qualificada, não offerece verdade moral absoluta, para constituir uma regra geral.

Se o numero é sempre *relativo*, mais judiciosa era a Ord. do reino, assim como a determinação dos Cod. modernos, que não fixaram numero algum, especialmente a do Cod. da Prussia que transcrevemos ao art. antecedente².

A fixação de numero augmenta as difficuldades da repressão: 1.º, porque torna necessaria a prova positiva d'essa circumstancia, nos termos da 2.ª part. do art. 18.º; 2.º, porque, na hypothese dos art. 173.º e 179.º, instrue os criminosos para *tentar* uma *assuada*, como pretexto, e cobrir a realidade de uma *sedição* ou de uma *rebellião*, apresentando em compo um destacamento, ou de nove ou dezenove conjurados. Mallograda a sua tentativa, por não acharem sequazes na população, ou mesmo depois de haverem produzido a desordem ou perturbação social, ainda lhes fica o refugio da sub-

¹ E no da Austria, part. 1.ª art. 61.º, e part. 2.ª art. 51.º

² Melhor que a legislação do nosso Cod. se achava a legislação do Brazil, tanto no art. 111.º como no art. 285.º, não confundindo a *sedição* com o *ajuntamento illicito*—nem pelo seu objecto nem pelo numero de pessoas; exigindo *mais de vinte* para aquella, e fixando o numero de *tres ou mais* para este. Melhor ainda o Cod. da Austria, que nem para os casos de *sedição* nem para os de *tumulto*, part. 1.ª art. 61.º, e part. 2.ª art. 51.º fixou numero algum, usando da expressão *multas pessoas*, adoptando assim virtualmente o numero de *tres ou mais*. N'este mesmo numero unico concorda o Cod. das Duas Sicilias, art. 143.º e 154.º

O moderno Cod. da Baviera, no art. 316.º, tambem não exigiu para a reunião concertada numero algum fixo, mas exigiu o minimo de dez, nos casos de *sedição (civile)*, art. 319.º

missão á advertencia das autoridades; 3.º, ensina a illudir a lei, dividindo-se os criminosos em pequenos grupos inferiores ao fixado, simulando não haver entre elles nexos, nem de fim nem de intenção.

O Cod. devia prever ao menos esta simulação, como previu no art. 282.º, em que, incriminando as associações illicitas, *por falta de auctorisação*, de mais de vinte pessoas, acrescentou—*ainda mesmo divididas em seções de menor numero*—.

Quanto aos §§ do art. 28-se do 1.º que os auctores principaes da reunião ou que taes devam reputar-se, segundo as regras geraes do Cod., que são as do art. 25.º, são punidos com aggravacão de pena. Podia porém, conforme a essas regras, estabelecer-se a pena ordinaria do crime, e reservar-se a cumplicidade para a attenuação, nos termos do art. 88.º, o que produziria os mesmos resultados, sem desvio das regras a que o Cod. sem necessidade ou conveniencia plausivel, tantas vezes deixa de submeter as suas prescripções.

O § 2.º tambem é uma aberracão do art. 87.º das disposições geraes, e se torna incoherente com o disposto no art. 133.º, 138.º n.º 2.º, 148.º, 161.º § un., 174.º e 179.º § 4.º, tendo logar outra pena *quando mais grave*.

Não caiu n'este defeito o legislador do Cod. do Brazil, porque ali se encontra o art. 286.º assim concebido:

«Praticar em *ajuntamento illicito* algum dos actos declarados no art. antecedente.»

«Penas—de multa de vinte a duzentos mil réis, *alem das mais em que tiver incorrido o réu.*»

Quanto á disposição do § 3.º é coherente.

Se é punivel o facto da reunião criminosa, quando acompanhado de algum acto preparatorio do crime, objecto d'ella, seria absurdo não se punir a mesma reunião, quando acompanhada de algum começo de execucao do mesmo crime. Este contrasenso resultaria da letra do art. nas palavras—*não havendo começo de execucao*—exclusivas da incriminação, por isso que, se ao crime, objecto da *assuada*, correspondessem sómente penas correccionaes, attenta a disposição do art. 8.º das disposições geraes, a tentativa não ficaria sujeita a punição alguma.

É pois o § 3.º destinado a destruir esta repugnancia, assim como a constituir uma das excepções a que se refere aquelle art. 8.º

Mas cabe tambem aqui ponderar que, se á mesma tentativa corresponderem penas inferiores ás que o art. commina, com abstracção da especial natureza do seu objecto, resulta sempre o contrasenso de se punir com menos rigor o facto mais complexo, qual é o que passon as raías dos actos preparatorios.

Resulta ainda que, se a tentativa não progrediu por desistencia voluntaria, não é punivel, segundo as regras geraes, e impune fica assim igualmente a reunião illicita, postoque facto consummado desde que houve um acto preparatorio.

Em taes hypotheses annullada fica a incriminação do art. por virtude dos seus §§ 2.º e 3.º, em contradicção com as ditas regras nos art. 7.º, 8.º e 10.º

E poderá ser supprida por essas mesmas regras a omissão ou obscuridade da redacção, entendendo-se estes §§ só applicaveis no caso de ao crime, objecto da assuada, corresponderem penas mais graves que as impostas á reunião illicita? Deverão então as palavras do art. *— não havendo começo de execução —* não se ter por exclusivas absolutamente da incriminação?

Resposta cabal entendemos, na presença do art. 18.º, que só a póde dar o legislador.

CAPITULO II.

INJURIAS E VIOLENCIAS CONTRA AS AUCTORIDADES PUBLICAS.
RESISTENCIA E DESOBEEDIENCIA.

SECÇÃO 1.ª

INJURIAS CONTRA AS AUCTORIDADES PUBLICAS.

ARTIGO 181.º

Aquelle, que directamente offender por palavras a pessoa de algum Ministro da Corôa, membro das Camaras Legislativas, Magistrado judicial ou administrativo, ou de algum commandante da força publica, em sua presença publicamente no exercicio de suas funcções, postoque a estas se não refira a offensa; ou por occasião de suas funcções, em relação a algum acto d'ellas, será punido com a pena de prisão de dois mezes a dois annos.

§ 1.º A pena de prisão de tres mezes a tres annos será imposta áquelle que commetter o crime enunciado neste artigo em sessão publica de alguma das Camaras Legislativas contra algum de seus membros, ou dos Ministros d'Estado, postoque não esteja presente, ou contra a mesma Camara; e bem assim em sessão publica de algum Tribunal ou Corporação administrativa contra algum de seus membros, postoque não esteja presente, ou contra o mesmo Tribunal ou Corporação.

§ 2.º A offensa, que consistir unicamente em gestos injuriosos, será punida com prisão de seis dias a seis mezes; e no caso declarado no § antecedente, estando

presente o offendido, será punida com a pena de prisão de um mez a um anno.

Art. 38.º e ref.

Concordam com a incriminação d'este art. a nossa Ord. no liv. 3.º tit. 50.º pr., Alv. de 24 de Outubro de 1764, § 3.º, e a Carta de Lei de 3 de Agosto de 1850, art. 5.º §§ 1.º e 2.º

No Cod. Pen. da Baviera se encontra o art. 318.º, que desejamos ver consignado n'este nosso Cod.:

«*Tout dépositaire de l'autorité publique aura le droit, pour le maintien du respect qui lui est dû, d'indiger sur-le-champ à tout récalcitrant, un jour ou deux de prison, sans préjudice des peines portées*» etc.

Assim se conciliaria a manutenção do respeito com a prevenção de se evitar o abuso de uma detenção discrecional, como bem se pondera no comment. official a este Cod.¹

A nov. Ref. Jud. no art. 21.º n.º 2.º, 483.º § un., e 1090.º arma os juizes da auctoridade e jurisdicção necessaria para prender os delinquentes, mas exige que em seguimento se forme processo para a imposição das penas legais, o que se acha ampliado por diversas leis ás auctoridades administrativas e fiscaes. Mas assim ficam expostas as auctoridades injuriadas a ver abalroados os réus nos mesmos processos, como os mesmos réus expostos a uma detenção arbitraria, alem do dano das auctoridades administrativas, de um ministro da corôa ou dos membros das camaras legislativas, resultante de semelhantes absolvições.

Era para remover este ultimo inconveniente que a Ord. do liv. 3.º tit. 50.º pr. queria que o mesmo juiz injuriado julhasse e punisse tais offensas, e que a lei franceza de 25 de Março de 1822 auctorizava, em casos de offensa ás camaras, por meio da imprensa, para que julgassem, querendo, e d'esta jurisdicção usaram contra o editor responsavel do *Draynan Blanc*, em Fevereiro de 1823, do *Jornal do Commercio*, em Fevereiro de 1826, do *Nacional*, em Dezembro de 1834, da *Tribuna* e do *Reformador*, em Maio de 1835. Em um periodo de dezeseis annos as camaras usaram assim com a maior sobriedade de um semelhante direito, preferindo remetter os processos para o juiz common e ordinario. Este ponto poderá ser convenientemente firmado e estabelecido na reforma do nosso processo criminal, seguindo-se o meio termo, applicação e restricção, supra indicada, no Cod. da Baviera, que nos parece excellenté.

Em relação a funcionarios administrativos, e quanto a ameaças e insultos, rege o Cod. Admin., art. 358.º, auctorizando a prisão immediata, formação de auto e remessa dentro de vinte e quatro horas ao agente do ministerio publico: sendo equiparados a estes os officiaes de saúde pelo Decr. de 18 de Setembro de 1844, art. 133.º

As leis romanas reputavam *atroz* este crime, quando dirigido contra um magistrado=*durante officio* ou *contemplatione officii*=, porque se reputava como injuria feita ao principe: 1. 1. 7. e 45 ff. de injur.; 4. 1. ff. ad leg. jul. magistrat., etc.

Em França toma o nome de=*ultraje*=, e acha-se incriminada no art. 222.º do Cod. d'aquelle paiz; a pena é de um mez a dois annos de prisão.

Concordam os Codigos da Sardenha, art. 224.º, e das Duas Sicilias, art. 174.º: com a differença que o Cod. Fr., com o qual se conformou o da Sardenha, precisa a qualidade da injuria, como tendente a inculpar o magistrado na sua honra ou pondunor, em quanto que o das Duas Sicilias, como este nosso art., omitta essa explicação.

Quanto aos membros das camaras legislativas e em geral contra um funcionario publico, concorda a Lei franceza de 25 de Março de 1822, art. 6.º, acrescentando á multa a pena de prisão.

O crime de que se trata é de mui difficil apreciação, e ainda mais em razão da circumstancia essencial de ser *directa* a offensa. As allusões, as insinuações, milhares de modos de disfarçar uma injuria, ficam sendo permittidos. Um habil advogado poderá impunemente insultar a auctoridade publica, se empregar meios *indirectos*.

Parece-nos preferivel uma outra redacção, que mais claramente estabelecesse, como condição essencial da incriminação, a disposição do Cod. Fr., adoptada pelo da Sardenha, e Projectos de novo Cod. Belga de 1834, e moderno de M. Haus, que a offensa tenda a *inculpar a honra ou delicadeza* do magistrado, isto é, como notam Morin, Chauv e Hel. e Sulpici, que tenda a paralisar a auctoridade moral, ou a enfraquecer a consideração da pessoa do magistrado. E n'este sentido sem duvida que, entendido este art. pela sua fonte, se poderia interpretar a expressão=*directamente*=, ou a do Alv. de 24 de Outubro de 1764, § 3.º=*palavras injuriosas, e contemham affronta*.—

Assim algumas palavras grosseiras e incisivas, ditas na presença do magistrado, ficam com aquelle que as profere, sem

ferir, nem levemente, a honra do magistrado, que pôde despreza-las, e quando muito advertir o imprudente.

Essas expressões ou phrases podem ser injuriosas mesmo, e como taes puniveis, mas nunca se devem confundir com a especial incriminação *directa* que fez objecto d'este art.: cit. Morin, Carnot, Chauveau e Helie, e outros.¹

Quanto ao que se dispõe no § 1.º, concorda o cit. art. 222.º do Cod. Fr., sendo os ultrajes em sessão publica de um tribunal, e o da Sardenha, art. 224.º, fixando o minimo da prisão em seis mezes. O das Duas Sicílias, art. 174.º, é da maior severidade n'este caso, porque impõe a pena de *reclusão*.

Quanto aos ultrajes em sessão publica dos corpos legis-

¹ O Cod. do Brazil regulou este objecto debaixo do titulo geral de *calumnias e injurias*.

Tendo no art. 229.º definido como calumnia toda a falsa attribuição de um facto de crime em que tivesse lugar a acção popular ou procedimento officia da justiça, passou no art. 231.º a incriminar a que fosse adduzida contra qualquer depositario ou agente de autoridade publica, em razão de seu officio.

E tendo qualificado como injuria: 1.º, a imputação de qualquer outro crime; 2.º, a de vicios e defeitos que possam expor ao odio ou desprezo publico; 3.º, de vicios ou defeitos sem especificação de factos; 4.º, de tudo o que pôde prejudicar a reputação de alguém; 5.º, por discursos, *gestos* ou *signaes* reputados insultantes *na opinião publica*; passou, no art. 237.º § 1.º, a incriminar a que fosse adduzida contra corporações que exerçam autoridade publica, e no § 2.º contra qualquer depositario ou agente de autoridade publica, em razão do seu officio.

Nos arts. 242.º e 244.º eleva ao dobro as penas, quando as calumnias ou injurias forem contra o imperador, a assembleia geral legislativa, o regente ou regencia, o principe real, a imperatriz, ou alguma das camaras legislativas; e bem assim contra alguma das pessoas da familia imperial ou membros das mesmas camaras, em razão do exercicio das suas attribuições.

Mas este Cod., não distinguindo as calumnias e injurias proferidas na presença do magistrado ou funcionario publico, *durante officio*, ou *contemplicação officii*, não mantem como cumpria o respeito devido ao exercicio da autoridade publica, nem á boa ordem que deve guardar-se nas audiencias ou tribunaes judicarios ou administrativos.

Melhor portanto se achava a legislação do reino na Ord. do liv. 5.º tit. 50.º, e cit. Alv. de 24 de Outubro de 1764.

Este inconveniente contudo se acha remedido em grande parte pelo que se dispoz nos art.º 203.º e 204.º do Cod. do proc. criminal, debaixo do titulo *desobediencia*, para o effeito de serem reprimidas as injurias dirigidas contra qualquer autoridade ou agente de autoridade, em actos de seus officios, autorizando a prisão em flagrante e o processo summarissimo da competencia do juiz de paz.

lativos, concorda o Cod. Hesp., no art. 194.º, acrescentando porém — ou em algumas de suas deputações em actos publicos, em que representem a assemblea —, distinguindo tambem as injurias graves das menos graves.

A circumstancia de ser a injuria proferida em juizo ou em publico era já em si uma circumstancia aggravante, mesmo abstrahindo da pessoa do magistrado, como se prova da Ord. do liv. 4.º tit. 63.º § 1.º: «... alguma grave injuria, como «se lh'a dísse em juizo ou em publico perante alguns ho- «mens bons, de que recobesse vergonha.»

Quanto ao § 2.º, concorda o art. 223.º do Cod. Fr., com a differença que a par dos *gestos* collocou as *ameaças* que este § omittiu, e que todavia o Cod. collocou a par das injurias no art. 179.º.

O Cod. da Sardenha, art. 225.º, juntou tambem aos *gestos* as *ameaças*; o Cod. das Duas Sicílias, art. 174.º, conservou na mesma incriminação, correspondente ao art., as *ameaças*, mas omittiu a incriminação especial quanto a *gestos*.

O mesmo Cod., em lugar de imitar, como o da Sardenha, o Cod. Fr., usando das palavras — *ultraje feito por pa-*

¹ Devem-se considerar como *gestos* ou *ameaças*, nos termos do art. 223.º do Cod. Fr., dizem Carnot, Chauveau, Helie e outros, o arremesso de lama ou de sujidades, os assobios, os apupos, os *charivaris*, o acto de levantar um pau em attitude de descarregar, etc., cujo maior ou menor alcance e significação injuriosa somente as circumstancias podem determinar. O Cod. do Brazil, como vimos, reporta-se, no art. 236.º § 5.º, aos *gestos* ou *signaes* reputados *insultantes na opinião publica*. Sem duvida que todos devem abster-se de praticar factos que essa opinião considere insulto, e que a contravenção d'essa opinião faz presumir a intenção de insultar; mas á Lei Penal, que não deve perpetuar prejuizos nem abusos de uma falsa opinião, cumpre buscar sempre a base da verdade moral na materia de suas incriminações. (Veja-se a nossa Theoria, vol. 1.º, Discursu preliminar, pag. xx.)

A nossa legislação desconhecia os *gestos*. Depois das injurias verbaes que continhassem affronta, segundo diz o Alv. de 24 de Outubro de 1764 § 3.º, ou de que se recobesse vergonha, como se explica a Ord. do liv. 4.º tit. 63.º § 1.º, eram da contemplação do legislador o ferimento com pau, pedra ou ferro, ou o acto de pôr as mãos irosamente com tenção de injuriar e dehonrar, segundo a mesma Ord., § 2.º

Ferreira, Prat. Cr., trat. 1.º cap. 5.º, tratando d'este objecto e tendo estabelecido que toda a injuria, ou se faz por *palavras* ou por *obras*, comprehendendo nas injurias verbaes *aquellas que se fazem por gestos e maneyras de cabeça ou das mãos*; mas sem citar lei alguma em que se funde, e apenas se refere a opiniões de DD.

lavras, gestos ou ameaças==, simplifcou e tornou clara a incriminação, empregando as palavras *=injurias ou ameaças=* para distinguir as *=vias de facto=* de que tratou no art. 175.º

Assim se explicou, como fica dito, o art. 179.º, e a coherencia pedia que nos artigos d'esta secção se praticasse o mesmo, ou n'aquelle o mesmo que n'estes.

Preferiríamos o methodo seguido no art. 179.º e no Cod. das Duas Sicilias, porque em verdade *=gestos=* é uma expressão muito vaga que mal se póde definir e apreciar, e menos descrever, para do facto se formar o competente auto de corpo de delicto.

ARTIGO 182.º

Se o crime declarado no artigo antecedente e no seu § 1.º for commettido contra qualquer agente da Auctoridade ou força publica, ou contra algum Jurado ou alguma testemunha ou perito, será punido com a prisão de um mez a um anno. O crime declarado no § 2.º será punido com a pena de desterro até seis mezes.

Art. 38.º e ref.; art. 39.º e ref.

Concorda o Cod. Pen. Fr., no art. 224.º, com a differença de que reduz a pena a multa de 16 a 200 francos ¹. O Cod. da Sardenha, art. 226.º e 227.º, comprehendou não só os agentes ou depositarios da força publica, mas qualquer pessoa encarregada de serviço publico, os empregados das alfândegas e outros fiscaes, guardas campestres ou florestaes. A pena é ou de morte ou de prisão, sendo o maximo d'esta seis mezes. O Cod. de proc. cr. do Brazil, art. 203.º supracitado, considerou na mesma incriminação com o juiz ou auctoridade superior os mais officiaes de justiça, assim como as patrulhas. O Cod. Hesp., art. 193.º, incriminou especialmente os insultos por palavras dirigidos contra uma guarda *de sentinella*, e os mandou punir com a prisão correccional; ² e ~~o mesmo~~ se encontra no Cod. da Austria, part. 2.ª art. 72.º, sendo ~~ahi~~ a pena de tres dias a um mez de prisão.

Tambem concorda a Ord. do liv. 5.º tit. 50.º § 4.º «... para a que os officiaes possam ousadamente cumprir os mandados «dos julgadores sem receio de algum homem poderoso por

¹ Sulpici observa que a multa é aqui uma pena quasi illusoria, se se attende a que os delinquentes d'esta sorte de crimes são de ordinario pessoas insolventes; e todavia estes delictos são frequentes. O mesmo auctor lamenta que a Lei de 28 de Abril de 1834 não introduzisse a prisão em lugar da multa.

«isso lhes fazer offensa, ou sem razão alguma»; e bem assim o Alv. de 24 de Outubro de 1764, impondo a pena de «prisão debaixo de chave nas cadeias publicas das cabeças da comarca aonde houverem delinquido, para n'ellas ficarem reclusos de um mez até um anno»¹.

Quanto ás testemunhas era prohibida a *injuria* no art. 1058.º da Ref. Jud., mas o officio do juiz se reduzia a *impor silencio ás partes*. alguma coisa se deveria desculpar ás que, predominadas pelas necessidades da defeza, soltam na anxiedade do exito da sua causa algumas expressões injuriosas contra a testemunha que as contraria com o seu depoimento. Concorde quanto á incriminação a Lei franceza de 26 de Março de 1823 impondo a pena de «prisão de um dia a um anno, e multa de 50 a 3:000 francos.»

Quanto aos jurados concorda a mesma Lei franceza, e debaixo da mesma penalidade, mas aggravada sempre com a multa. O lugar proprio da incriminação, quanto a *jurados*, é no art. 181.º junto dos magistrados judiciaes. Não é favor, é rigorosa justiça que assim lhes deveria ser feita.

A Carta Const. diz expressamente, no art. 118.º, que o poder judicial é composto de juizes e jurados, e assim é, porque estes pronunciam sobre o facto, e aquelles applicam a lei, art. 119.º da mesma Carta. Os jurados carecem portanto das mesmas garantias.

Acresce que a exclusão dos jurados do art. 181.º se torna mais saliente quandoahi foram introduzidos os commandantes da força publica, que o Cod. Fr., no art. 223.º, separou para modificar a pena. *Auxiliares* dos membros do poder politico são-lhes equiparados, em quanto que os jurados membros do poder judiciario são rebaixados. Temos pois como justo, como necessario, que se emende esta anomalia.

Quanto á penalidade d'este art. na sua primeira parte, comparada com a que se achava estabelecida na legislação do reino, cit. Alv., e com as dos Codigos supra indicados, parece-

nos severa em demasia, principalmente em presença da que o mesmo art. estabelece na segunda parte, cujo maximo é de metade na duração, mas de outra immediatamente inferior na escala das correccionaes. Se na hypothese do § 2.º do art. antecedente a pena, sem sair do mesmo genero, foi reduzida a metade, a coherencia pedia que se fizesse aqui outro tanto.

¹ Alem d'estas, outras leis como a Ord. liv. 1.ª tit. 65.º § 26.º O Decr. de 3 de Julho de 1834 equiparou aos officinaes de justiça os soldados da guarda municipal.

SECÇÃO 2.ª

ACTOS DE VIOLENCIA CONTRA AS AUTORIDADES PUBLICAS.

ARTIGO 183.º

Toda a offensa corporal contra as pessoas designadas no artigo 181.º, no exercicio de suas funções ou por occasião d'estas, postoque não resultasse ferimento ou contusão, será punida com a pena de degredo temporario.

§ 1.º Se a offensa consistiu em ameaça com arma, ou feita por uma reunião de mais de tres individuos em disposição de causar um mal immediato, a pena será a de prisão de um até tres annos, e multa de tres mezes até tres annos.

§ 2.º Se resultou algum ferimento, ou contusão, ou doença, ou derramamento de sangue, a pena será a de degredo perpetuo.

§ 3.º A tentativa de homicidio, no caso d'este artigo e nos termos declarados no artigo 350.º, será punida com a pena de trabalhos publicos por toda a vida.

Art. 33.º e ref.; 35.º e ref.; 38.º e ref.; 167.º e 359.º a 363.º

Concorda na incriminação o Cod. Fr., art. 228.º¹, o da Sardenha, art. 228.º, o das Duas Sicilias, art. 176.º, e o da Baviera, art. 315.º e 316.º

Os Cod. Hesp., do Brazil, e os mais da Allemanha modernos guardam silencio sobre esta especie de incriminação.

¹ Este Cod., no art. 232.º, pune com a pena de *reclusão* estas violencias, quando houve *premeditação*.

Alguma razão encontramos n'esta reserva, por isso que as injurias reaes têm na lei commum as penas correspondentes, e as regras geraes o meio de serem aggravadas, segundo as circumstancias, que lhes augmentam a imputação, em razão da pessoa, tempo, lugar e modo, como bem se havia estabelecido no art. 854.º n.º 4.º da nov. Ref. Jud.

Quanto ao § 1.º, temos incriminada uma ameaça que póde consistir em simples *gesto*, mas significativo, como é o de *punçar de um punhal*, o de arrancar de uma espada, de levantar de um pau ou de apontar com arma de fogo, ou mesmo de mostrar qualquer d'estas armas por um modo ou em attitude ameaçadora; assim como temos a ameaça *por palavras*, mas em *ajuntamento illicito* de mais de tres individuos. Qualquer das condições ou hypotheses d'esta incriminação são essencialmente circumstancias aggravantes da *ameaça simples*, na ordem das injurias ou offensas de que tratou o art. 181.º

Concorda o Cod. da Baviera, art. 316.º, mas exige que, no caso do reunião, tenha para ella precedido *concerto*, alem das *vias de facto*. Effectivamente se duas ou mais pessoas se reúnem espontaneamente, por uma coincidência não concertada, a reunião de pessoas apparece materialmente, mas fallece n'ella o *elemento moral* que a caracteriza; devendo cada um dos delinquentes ser considerado e julgado segundo a sua malicia com abstracção da circumstancia da *reunião*, para que não concorreu, como acto preparatorio ou concerto.

Quanto ao § 2.º, concordam na incriminação o Cod. Fr., art. 231.º, e da Sardenha, art. 230.º e 231.º, o das Duas Sicilias, art. 175.º, e o da Baviera, art. 316.º

Art. 24.º de Outubro de 1764 § 2.º puniu este crime em *estas* circumstancias com a pena de morte e confisco *em caso as armas se fizessem feridas por mais leves que se jam*.

As palavras do § são tiradas do cit. art. do Cod. Fr., mas substituidas com a de *contusão*, que ali se não encontra. O Cod. das Duas Sicilias não contemplou os vestigios ou resultados da pancada ou golpe descarregado sobre o magistrado, mas esse attentado considerado em si mesmo *les coups portés et les blessures faites*; e consequentemente para a pu-

nição nada se importou o legislador também com a determinação do Cod. Fr., se se havia ou não seguido = *doença* =.

N'este logar poderia convenientemente equiparar-se a estes casos o de ter havido premeditação, posto se não seguissem do facto os resultados mencionados no §. Assim ficaria reparada a omissão do que foi previsto no art. 232.º do Cod. Fr., e imitaríamos o da Sardenha no art. 230.º

Quanto ao § 3.º, concorda o art. 233.º do Cod. Fr., punindo porém a tentativa do homicídio, mas só no caso de ferimentos, com a pena de morte. O Cod. das Duas Sicílias omite seguir, n'esta parte, o Cod. Fr., estabelecendo no art. 177.º a pena de morte para o caso em que esta se seguisse, dentro de quarenta dias depois dos ferimentos, que é a especie do art. 231.º do Cod. Fr., parte final.

Este nosso Cod. pune, art. 349.º, o homicídio consummado com a pena de trabalhos publicos por toda a vida, e aqui omite o homicídio consummado e o frustrado, impondo a mesma pena á tentativa d'elle que, nos termos do art. 350.º a que se refere, tinha de ser punida com attenuação da pena ordinaria, segundo o art. 89.º

Tentativa simples, proxima, remota ou crime frustrado, tudo assim fica igualado e confundido:!

Em geral, quanto ás penalidades, as escolhidas para os casos dos §§ 2.º e 3.º são viciosas: 1.º, em razão da sua perpetuidade; 2.º, em razão do salto que se faz do § 1.º ao 2.º, substituindo-se uma pena *correcional* e *temporaria* por outra *maior*, *perpetua*, sómente na presença de mais uma circumstancia, a = *contusão* =; 3.º, ficando assim em desharmonia com o logar paralelo commum das mesmas offensas a outras pessoas, exigindo o art. 360.º um soffrimento = *de que ficasse vestigio* =; 4.º, confundindo no § 2.º na mesma penalidade, menos grave que a *temporaria* do art. 361.º, as offensas corporaes mais graves que esse art. descreve em os n.ºs 1.º, 2.º, 3.º, 4.º e §§ 1.º e 2.º; 5.º, punindo no § 3.º a *tentativa* de

¹ Reportámo-nos ao que ponderámos sobre o art. 163.º No systema do Cod. ali e aqui seguido podia encontrar-se mais harmonia na redacção, incriminando-se o *attentado* contra a vida das pessoas designadas no art. 181.º, salva a imposição da pena de morte nos casos do art. 351.º

homicídio, entendida como se descreveu especialmente no art. 350.º, com a mesma pena que o art. 349.º estabelece contra o crime de *homicídio voluntario consummado*.

Embora pois se admittisse o degreído temporario como regra geral no art. 183.º, em razão da *violencia*, o Cod. nada mais devia incriminar especialmente, bastando declarar que ficavam salvas as maiores penas, se pela lei commum correspondessem á qualidade da violencia, impostas com aggravação, em razão de ser commettida contra uma auctoridade publica.

Alem d'isso apparece á primeira vista uma grave antinomia, entre o art. c o § 1.º, porque no art. pune *toda a offensa corporal* a uma auctoridade publica, no exercicio de suas funcções ou por occasião d'estas, com o *degreído temporario*, e no § 1.º pune uma *especie mais qualificada do mesmo genero* com uma pena menor, prisão correcional de um a tres annos. Esta repugnancia não apparece no § 2.º, porque a mesma pena passa de temporaria a perpetua; nem na do § 3.º, porque a maior aggravação conduziu á comminação de outra perpetua superior dois graus; mas fica na hypothese do § 1.º

Para bem se entender a intenção da lei cumpre ter presentes os art. 339.º e 363.º, em que, por assimilação *das offensas corporaes*, se qualificam tacs as descriptas n'este § 1.º; e assim se a descripção dos factos incriminados se tivesse feito em escala descendente ou ascendente, de maior para menor ou de menor para maior, ficaria o presente art. e seus §§ sem a menor ambiguidade.

Offensa corporal incriminada em grau minimo é sómente por direito commum, segundo o dito art. 339.º, aquella em que alguém for *maltratado corporalmente*. É d'estas que trata o presente art., omitindo a palavra *maltratar*, e usando da expressão = *toda a offensa corporal* =, comprehendendo assim todavia sómente as *offensas reaes*, poisque para as de *assimilação* reservou o § 1.º, abstando-se de as denominar = *corporaes* = em contradicção com o art. 363.º

Resulta d'estas observações: 1.º, que a materia do art. devia passar para a do § 1.º e a d'este tomar o logar do art.: 2.º, que o art. 363.º se acha ali deslocado, por isso que não

contendo assimilação para effeitos penaes em regra de direito common. só podia ser tomada em consideração em casos especiaes, como no presente art.; 3.º, que para se evitar o maior absurdo da applicação de uma pena maior *perpetua* a offensas, não de mau trato corporal, mas de *assimilação*, conforme ao art. 363.º, nos casos do art. 167.º se poderá ali excluir esta da expressão = *toda a offensa corporal* = como se exclue no presente art.

E pois manifesta a necessidade de se dar melhor redacção não só ao presente art. e seus §§, mas a todos os do Cod. que tratam de *offensas corporaes* geral ou especialmente, por forma que se dê harmonia de expressão.

Sobretudo porém offerecemos como bom modelo a seguir o Cod. da Prussia nos seguintes §§ assim concebidos:

«§ 192.º Quem de caso pensado se tornar culpado de mau trato ou offensa corporal contra um membro das camaras legislativas, de outra corporação politica, auctoridade publica, empregado publico, ministro do culto, membro da força armada, jurado, testemunha ou louvado, estando no exercicio de suas funcções ou com relação a suas funcções, será punido com a prisão simples de quatro semanas até tres annos.»

«§ 193.º Se o mau trato ou offensa corporal feito de caso pensado for seguido de doença ou impossibilidade de trabalhar por mais de vinte dias, ou tiver produzido aleijão ou privação da falla, da vista, do ouvido, das faculdades genericas ou intellectuaes, o culpado deverá ser punido com a prisão de trabalhos forçados até quinze annos.»

«§ 194.º Se o mau trato ou offensa corporal feito de caso pensado for seguido da morte do offendido, a pena será a de prisão com trabalhos forçados de dez até vinte annos.»

Assim vemos que a penalidade = *degreto temporario* = do nosso art. 1.º corresponde pelo Cod. da Prussia = *prisão simples de quatro semanas a tres annos* =, e que a penalidade do § 2.º = *degreto perpetuo* = corresponde pelo mesmo Cod. = *trabalhos forçados*, isto é, *prisão com trabalho até quinze annos* =.

Sendo para notar: 1.º, que este Cod. não contemplou es-

tes factos fóra da sua *familia natural* dos delictos communs = *offensa corporal*; = e com razão, porque a circumstancia accessoria causa de aggravação especial não é motivo bastante a predominar sobre os elementos constitutivos da incriminação principal; 2.º, que o nosso Cod., ao passo que contemplou a *tentativa* de homicidio com *trabalhos publicos perpetuos*, e os ferimentos com o *degreto perpetuo*, não contemplou a hypothese do *homicidio occasional*, de que tratou o Cod. da Prussia no § 194.º, e de que tambem o nosso Cod. tratou no § 2.º do art. 360.º, comminando a prisão maior *temporaria com trabalho*.

ARTIGO 182.º

Os crimes declarados no artigo antecedente e seus §§ 2.º e 3.º, commettidos contra as pessoas designadas no artigo 182.º, serão punidos com as penas immediatamente inferiores; e no caso do § 1.º serão punidos com a prisão correccional de seis mezes até dois annos, e multa de um mcz até dois annos.

Art. 47.º e § un., 38.º, 41.º e ref.

Este art. é dependencia do antecedente, como foi o art. 182.º do art. 181.º É certo que na hypothese do § 3.º, tendo-se lançado mão da maior penalidade inferior á da morte, pela simples tentativa do crime, era indispensavel a distincção para se attenuar a pena, em harmonia com que se fez no art. 182.º Applicámos portanto a este art. as reflexões que fizemos ao art. 182.º a respeito de jurados. Queremos que o seu logar não seja n'este art., mas no antecedente, assim como o devem ter no art. 181.º A justiça e as conveniencias publicas assim o exigem.

A mesma razão procede com relação a todos os agentes da auctoridade ou força publica, que ou lhe servem de complemento e de instrumentos de suas funcções, ou servem a proteger e a defender o seu exercicio.

Em acto de funcções toda a violencia, segundo a doutrina de muitos legisladores, apresenta a mesma gravidade. Assim o entendeu na *resistencia* o Cod. da Baviera, art. 317.º:

«..... sera puni comme si la violence avait été dirigée immédiatement contre le magistrat revêtu de l'autorité.»

O que predomina a incriminação não é a maior preeminencia dos magistrados, mas a offensa da *auctoridade publica*, da nação, personificada na pessoa tanto dos magistrados como de seus officiaes e agentes, executores ou protectores¹.

¹ El-rei D. Pedro I mandou degolar um escudeiro que viria honradamente em Aviz, só pelo facto de haver deparado a barba a um porteiro, e de

Quanto ás testemunhas judiciais, ellas assumem pelo juramento que prestam, pela importancia de seus depoimentos, assim na administração da justiça criminal como na civil, um papel essencial; e para que possam livremente dizer a verdade é preciso que não tenham receios de cumprir o seu dever.

Levar o arrojo da ameaça ao momento mesmo em que a testemunha depõe ou vai depor, e preoccupa-la por essa forma do terror, para occultar a verdade ou propalar a mentira, é um acto de immoralidade e perigo judicial que deve ter uma repressão correspondente.

O juizo representa, para assim dizer, um drama historico e real em que o juiz, jurados, escrivães, porteiro, guardas de segurança, testemunhas, peritos, representam o seu papel. É preciso que as funcções de todos e as de cada um sejam igualmente mantidas, para que a parte historica do drama não fique em pura fabula, e *sómente verdade realista* a sentença que, firmada sobre a *mentira*, sobre falsa prova, é o maior dos desastres judiciais.

Assim o entenderam os legisladores do mod. Cod. da Prussia, art. 102.º e 192.º, unindo debaixo da mesma incriminação e penalidade todas aquellas pessoas que intervem ou figuram em juizo por obediencia ou em cumprimento de dever imposto pela lei.

He haver dado uma punhada, dando-se o escudeiro por injuriado em se he pretender fazer uma penhora.

Referente que informado el-rei do caso, virando-se para Lourenço Gonçalves, carregador da cisterna, clamava: «*Acudi-me aqui, porque um homem me deu uma punhada e me deparou a barba*», e que depois da execução disse:

«Desque este homem me deu uma punhada e me deparou a barba, sem-me ter me temi d'elle que me desse uma entalada; mas já agora estou seguro. — e nunca má da cá.»

Este facto demonstra que na simplicidade dos nossos costumes, se as penalidades eram barbares e entranhamente distribuidas, não foram sempre como as teias de aranha, segundo o dito de Solon, para n'ellas morrerem só as moscas pequenas, e que D. Pedro I estava convencido de que as funcções de um official de diligencias eram consideradas tão inviolaveis como as de um magistrado ou do proprio monarcha, em nome de quem e por quem se administrava a justiça aos povos.

ARTIGO 185.º

Aquelle que levantar volta ou arruido perante algum magistrado judicial ou administrativo no exercicio das suas funcções ou em sessão de alguma das camaras legislativas ou de alguma corporação administrativa, será punido com a prisão de dois mezes a dois annos.

Art. 30.º n.º 4.º e ref.

Concorda em parte o Cod. do Brazil, art. 98.º, e o Cod. Hesp., art. 191.º

Concorda tambem a Ord. do liv. 5.º tit. 31.º, que prohibe que alguém *alevante volta ou arruido* perante as justicas; mas esta Ord. distinguio tres hypotheses: 1.ª, de haver *proposito e ferimento*, — pena de morte; 2.ª, de haver *proposito sem ferimento*, — pena a arbitrio do juiz regulada pelas disposições de direito, segundo a gravidade do caso; 3.ª, de ser *em rixa nova*, — pena a que correspondesse, segundo a qualidade do caso e das pessoas delinquentes.

A comparação d'estes logares faz ver os defeitos d'este art., maxime confrontado com os art. antecedentes. Cumpria distinguir os casos de ser o crime acompanhado da *reunião concertada*, como distinguio o Cod. da Baviera, art. 316.º, e este nosso no art. 183.º § 1.º; os de *ferimento*, os de *injurias ou insultos*, de que tambem se faz cargo a Ord. cit. e o Cod. nos art. 181.º, 182.º, 183.º e 184.º, a respeito das pessoas designadas nos art. 181.º e 182.º; e finalmente, cumpria qualificar melhor o facto, de sorte que o crime não consistisse somente no alevantamento ou excitação, mas nos resultados de perturbação grave e effectiva que o crime produzisse, como requerem essencialmente os art. citados dos Cod. do Brazil e Hesp. Por outra forma, ao mais leve rumor ou susurro se po-

derá proceder, como se deve proceder nos casos de real perturbação, desordem e interrupção de actos publicos.

A Ref. Jud., art. 483.º, contém a seguinte disposição:

«Ao juiz presidente da audiencia incumbe manter o sossego, dignidade e ordem.»

«§ unico. Para tão importante fim usará de todos os meios de civilidade e moderação compatíveis com a auctoridade que exerce; e se estes não bastarem, empregará tambem a força da sua auctoridade e jurisdicção.»

A ampliação que este nosso art. faz ás sessões das camaras legislativas, e que o Cod. Hesp. mais generalizou ainda nas palavras — *ó reunião numerosa* — é quasi inutil, porque tambem o attentado se acha reprimido conforme aos regulamentos policiaes e preventivos das mesmas camaras, pelo emprego da auctoridade dos seus presidentes e auxilio da força publica, de maneira que se não dá tempo ao delinquente para acabar a execução do delicto, e menos para que a excitação ao arruido produza resultado algum serio de perturbação.

Se se tomam as palavras do art. como significativas em geral de todo e qualquer motim ou desordem, a penalidade é excessiva, comparada tanto com a natureza e qualidade do maleficio ou antes simples quebrantamento de ordem publica, como com os Cod. do Brazil e Hesp., nos quaes a prisão não pôde exceder o maximo de seis mezes.

Toda a maior gravidade da contravenção resulta do logar e da occasião, e ainda que nada se deva considerar de pouca monta quando se trata de manter a boa ordem em actos tão solemnes e importantes, ou porque taes attentados importam uma falta de respeito aos tribunaes ou ás camaras, ou em razão do perigo de maior mal que de taes factos pôde resultar, contudo, como nota Pacheco, a prisão que possa ter uma duração até seis mezes deve ser sufficiente e efficaz.

Quadruplicar este maximo, como aqui se faz, é uma exaggeração inadmissivel, porque é preciso não espediar por tal forma em maleficios leves a penalidade correccional, para que esta possa ficar em disponibilidade na punição de infracções mais graves, maxime se tem de ficar impunes outros participantes do tumulto.

SECÇÃO 8.ª

RESISTENCIA.

ARTIGO 186.º

Aquelle que por qualquer meio de violencia se oppozer a que a Auctoridade publica exerça suas funcções ou a que seus mandados a ellas respectivos se cumpram, quer tenha logar a opposição immediatamente contra a mesma Auctoridade, quer tenha logar contra qualquer dos seus subalternos ou agentes, conhecido por tal, e exercendo suas funcções para a execução das Leis ou dos ditos mandados, se for feita sem armas, será condemnado na pena de prisão correccional de um até tres annos, e multa de tres mezes até tres annos.

§ 1.º Se for feita com armas, a pena será o maximo da prisão, e multa de um até tres annos.

§ 2.º Se teve effeito, impedindo-se aquelle exercicio ou execução, ou se foi feita por uma reunião de mais de tres individuos, a pena será o degredo temporario para a India.

§ 3.º Se n'esta resistencia se commetter crime que mereça pena mais grave, será imposta a pena correspondente, segundo as regras estabelecidas na Lei.

Art. 30.º n.ºs 1.º, 2.º e rel.; art. 50.º § 2.º e 78 § 5.º

Concordam todos os Cod. n'esta incriminação.

Na nossa Legislação tinhamos, entre outras providencias, as da Ord. liv. 5.º tit. 49.º, e o Alv. de 24 de Outubro de 1764.

O art. usando das palavras=*qualquer meio de violencia*=deixa em duvida se n'esses meios se comprehendem as

ameaças, ou se são indispensaveis as positivas e directas *vias de facto*¹. O art. 179.º teve na mesma consideração as *violencias*, as *ameaças* e *injurias*, quando fossem empregadas para constranger, impedir ou perturbar a auctoridade no exercicio de suas funcções. Mas, como assim distinguio as *violencias* das *ameaças* e das *injurias*, não pôde a significação d'estas palavras confundir-se; e contudo o mesmo artigo 179.º reconhece que pôde haver *constrangimento*, não só por meio da *ameaça*, mas até por meio da *injuria*; e é certo que, nos termos =*qualquer meio de violencia*=, de que se serve o presente art., se comprehenderia tanto a *força physica*, como a *moral*, porque ambas podem determinar a resolução da auctoridade ou agente d'ella, para coacta fazer ou deixar de fazer alguma coisa, como ponderámos no n.º 2.º do art. 14.º

O Cod. do Brazil que, a muitos respeito, com profunda providencia e sabedoria, se avanta sobre outros que temos presentes, removeu esta duvida completamente, consagrando-lhe especialmente o art. 117.º:

«As *ameaças de violencia* capazes de sterrar qualquer «homem de firmeza ordinaria considerar-se-hão n'este caso «iguaes a uma opposição de effectiva força.»

O Cod. da Austria tambem não foi omisso a este respeito, considerando expressamente no art. 70.º entre os *meios de violencia publica*, não só as *vias de facto* com ou sem armas, com ou sem ferimentos, mas tambem as *ameaças graves*.

O Cod. Fr. não fallou de *ameaças*, mas já não assim depois d'elle os Cod. da Sardenha, no cit. art. 223.º, e o das Duas Sicilias, no art. 173.º

O art. não distinguio os magistrados ou auctoridades superiores das subalternas ou executoras a quem se resistisse,

¹ O Cod. Fr. no art. 209.º usa simultaneamente da expressão =*violencias e vias de facto*. = Todo o acto de *violencia* constitue uma *via de facto* em si mesmo, mas nem todas as *vias de facto* são actos de *violencia*, porque ellas podem existir sem *violencia*. Mas admittida como *violencia*, não a da coacção material, mas outra qualquer, mais ou menos directa e efficaz, nas palavras = *qualquer meio de violencia* = e designam todos os meios que possam e tenham por fim produzira inexecução dos mandados ou ordens da auctoridade.

N'este sentido a redacção do Cod. Fr. fica redundante, bastando o emprego das palavras = *vias de facto* = empregadas no Cod. da Baviera, art. 306.º

como distinguia nos casos de injurias ou violencias pessoais nos artigos antecedentes. N'isto seguiu, e fez bem, a Legislação anterior. O Alv. de 24 de Outubro de 1764 no § 1.º explicou-se positivamente a este respeito.

Concordantes são n'este ponto o Cod. da Baviera, art. 317.º, Hesp., art. 189.º, e Fr., art. 209.º, e nos artigos 223.º do Cod. de Sardenha, e 173.º do das Duas Sicílias que o imitaram. Também concorda o Cod. da Austria, no art. 70.º Não é concebido em termos meaos amplos o mod. Cod. da Prussia, no § 89.º

Quanto ao § 1.º do art., d'elle se vê que o legislador contemplou especialmente uma circumstancia aqui considerada aggravante, em harmonia com o disposto no art. 177.º § un., 180.º e 183.º § 1.º E assim, para o caso, ampliada a disposição do art. 19.º n.º 13.º, considerando aggravante a mesma circumstancia, mas sómente quando o uso for prohibido.

O Cod. do Brazil, no citado art. 116.º, omitta tratar de semelhante circumstancia; o mesmo praticou o Cod. Hesp., art. 189.º, e bem assim o Cod. de Baviera, art. 316.º e 317.º

Concorda porém o Cod. Fr., no art. 212.º=*si la rebellion a été commise avec armes*=, e bem assim o Cod. da Austria, art. 74.º=*à main armée*=.

Quanto á penalidade, reprovámos o *maximo*, assim como a multa; a primeira pela sua injustiça relativa, a segunda pela sua falta de analogia e mais razões que temos ponderado em comminações semelhantes.

Em nenhum dos Cod. concordantes encontrámos o legislador fazendo uso das penas pecuniarias no crime de que se trata.

O Alv. de 24 de Outubro de 1764 § 2.º impunha a pena de confisco, mas, se este foi abolido pela Carta, como pôde legitimar-se aqui pelo meio indirecto mas real da multa?¹

¹ Este § do Alv. cit. também especialisava como aggravante o uso das armas, mas sómente quando com ellas se fizesse com as armas se fizerem feridas por mais lezes que sejam. =

* O legislador não tratou d'esta circumstancia, porque d'ella se fez cargo no art. 102.º § 2.º

Quanto á primeira parte da hypothese prevista no § 2.º do art., concorda o Cod. do Brazil, art. 116.º

Concorda também o Alv. de 24 de Outubro de 1764 § 2.º:

«Se ainda sem ferimento se impedirem as diligencias... de sorte que não tenham o seu devido effeito.»

Quanto á segunda parte concorda o Cod. Fr., art. 211.º, e este nosso Cod. no art. 177.º e 183.º § 1.º

Quanto á penalidade do §=*degrede para a India*= é esta uma das rarrissimas excepções que d'ella se encontram no Cod., como já notámos¹.

O espirito de vindicta e sempre de aggravação com que o degredo é admitido no Cod., e talvez considerações politicas de maior necessidade de colonisação nos climas da Africa, e a menor perversidade que se presume nos delinquentes, como tudo se deprehende do art. 50.º § 2.º, e do art. 78.º § 3.º, são os motivos d'essa raridade.

Quanto á declaração do § 3.º, uma analogia se encontra no art. 133.º, 138.º n.º 2.º, 148.º, 161.º § un., 174.º e 179.º Ha n'isto uma redundancia ou inutilidade, mas que não prejudica a execução do Cod., em relação a outros casos em que o Cod. omitta semelhante declaração².

Sobre a justiça da incriminação do art. nada temos que dizer; o cidadão que resiste insurge-se contra os poderes politicos do Estado, e ainda alem d'elles, porque antepõe a sua vontade e actividade á disposição e execução das leis constitutivas da sociedade em que vive.

Faz-se porém digno de reparo que o art. exija: 1.º, que

¹ Vol. 2.º no art. 50 par. 201.

² São dignos de ser apontadas as disposições do Cod. Pen. da Turquia de 1840, art. 2.º, a semelhante respeito, determinando: 1.º, que todo o resistente com armas seja condemnado a trabalhos publicos em Constantinopla por dois annos; 2.º, se chegou a fazer uso das armas, tres annos; 3.º, se resultou ferimento, cinco annos, alem das despezas do curativo; 4.º, se do ferimento resultasse a morte, pena capital como de assassinato.

Á excepção da penalidade do n.º 4.º a legislação das nações modernas, que se consideram mais civilizadas, não offerece melhor grau de desenvolvimento moral e de justiça: e note-se que n'este Cod. o elemento de aggravação=*armas*= é o constitutivo do crime ordinario e não um especial, como se considera no § 2.º do presente art., desconhecendo-se ali o elemento vago e indeterminado=*qualquer meio de violencia*=.

o empregado publico *seja conhecido por tal*; 2.º, que elle proceda em execução das leis.

Resulta d'estas condições: 1.º, que a resistencia não é punivel como tal, se era ignorado do resistente o caracter da auctoridade ou de seus subalternos; e com justa razão, porque a ignorancia exclue n'este caso toda a imputação ou intenção; 2.º, que é licita a resistencia contra os actos illegaes praticados pela auctoridade, se os actos da mesma resistencia, por sua natureza ou excesso, não forem especialmente incriminados.

O Cod. do Brazil tambem no art. 95.º, punindo a resistencia á execução das decisões dos poderes *moderador e executivo*, exige que estas sejam conformes á *constituição e às leis*; mas esta restricção tem seus perigos e muito grandes, porque converte os subditos em juizes dos actos emanados d'esses poderes, auctorizando por tal forma a resistencia legal ou contra os actos illegaes alem ou fóra do direito de petição e recursos, de que os opprimidos podem lançar mão contra os actos inconstitucionaes ou arbitrarios¹.

É certo que muitos auctores tóem sustentado que a resistencia a uma execução illegal não deve ser punida, e que o Cod. Fr. de 1791, art. 11.º, auctorisava a repellir pela força a mesma execução; todavia a unica consideração da *illegali-*

¹ Um dos elementos do crime é que *seja empregado publico* o individuo a quem se resiste. O caracter official não se presume, antes na falta de prova em contrario é de presumir a usurpação ou simulação, crime punivel segundo o art. 236.º Sendo pois a consequencia legal da falta d'esta prova a ignorancia de que o facto é de resistencia, cessa toda a imputação precisa e restrictamente com relação a esse crime, segundo a regra estabelecida no art. 12.º, com quanto á *contrario sensu*, e não especificada nas dirimentes expressas no art. 14.º Essa mesma ignorancia, que sómente procede a respeito de um dos elementos do crime, é causa de attenuação, em razão de actos que o resistente suppoz arbitrarios, incompetentes e de provocação, em relação aos actos de desforço e seus excessos, na conformidade do art. 19.º n.ºs 2.º, 3.º, 5.º, 6.º e 11.º

Á nossa legislação, postoque se encontre a da Ord. liv. 1.ª, exigindo que os empregados de justiça tragam insignia, não relevava expressamente do crime de resistencia pela allegação da ignorancia do caracter dos juizes e seus officios. O Cod. devia omitir similhante declaração, que se torna exclusiva da criminalidade, á *contrario sensu*.

Nas terras pequenas o facto não é possível, porque sendo muito comprehensivel o numero, qualidade e individualidade dos funcionarios, a ignoran-

dade dos actos não tem sido julgada em França uma causa dirimente do crime de rebellião¹, porque essa *illegatidade* não era bastante a legitimar a persuasão do delinquente de que o empregado publico procedia fóra do exercicio de suas funções.

Em rigor de principios uma auctoridade ou empregado publico que exorbita não é mais que um particular que toma a iniciativa da violencia, abusando do seu caracter. Mas o cidadão, parte interessada n'essa questão, resistindo, é quem não só deduz, mas julga da incompetencia do funcionario, e passa a manter pela força privada a sua reclamação e julgado².

D'onde nos parece obvio, para se não evitar um inconveniente com outro maior, qual o de auctorisar a contraposição da força privada á força arbitraria, que a resistencia licita deve ter os seus limites definidos na lei, e que sómente a reconhecida illegatidade e incompetencia, e os actos de defeza necessaria devem ser tomados em consideração para attenuar, mas nunca para absolver toda e qualquer resistencia punivel ou não em si mesma, com abstracção da legalidade ou legitimidade dos actos dos funcionarios, que por taes são reconhecidos.

A legitima resistencia podia a nosso ver ser consagrada expressamente na lei: 1.º, quando um individuo sem caracter

ella não pôde existir; e nas terras grandes como Lisboa e Porto a necessidade e conveniencia de uma boa policia, assim como os resultados de uma diligencia exigem muitas vezes que os empregados judiciais ou administrativos não tragam distinctivo por onde se dêem a conhecer.

A ressalva portanto do art. = *conhecido por tal* = podia sem inconveniente omitir-se, e os poucos casos em que pôde dar-se similhante escusa seriam attenuados segundo as regras geraes.

¹ Jansse, *Inst. Cr.*, tit. 4.º part. 79.º n.º 28.º; Myard de Vougians, *Lois Cr.*, pag. 153.

² Cap. 21.º praír. an. x. O art. 11.º da Const. de 1793, desenvolvendo o principio do legislador de 1791 declarava: "Tout acte exercé contre un homme hors les cas et sans les formes que la loi détermine, est arbitraire et tyrannique; celui contre lequel on voudrait l'exécuter par la violence a le droit de le repousser par la force." Mas era isto consignar na lei como permanente o principio da insurreição e rebellião, e de mittir de si o legislador o poder e o direito de prevenir e reprimir os abusos ou violencias dos empregados publicos, constituindo os cidadãos em juizes até de formalidades a observar na execução dos actos de justiça ou de administração publica.

conhecido de empregado publico pretendesse prender um cidadão fóra dos casos de flagrante delicto, sem mostrar a respectiva ordem ou mandado da autoridade competente; 2.º, quando, destituído da mesma authorisação e fóra dos casos marcados na constituição do Estado e nas leis, pretendesse violar a casa do cidadão; 3.º, quando no mesmo caso pretendesse a pretexto de uma penhora ou de um arresto de bens tirar-lhe de casa ou de qualquer outro lugar, para poder de um depositario, alguma parte de seus moveis, generos ou semoventes; 4.º, quando igualmente sem authorisação ou sem autoridade legal e propria pretendesse tirar-lhe de seu poder um filho ou filha a pretexto de recrutamento, deposito para casamento, crime commettido ou de qualquer outro fim; 5.º, quando o mesmo empregado publico, comquanto conhecido por tal e na conformidade das leis, para o acto ostensivo, praticasse abuso que seja um atentado de offensa corporal, ou contra a propriedade, liberdade ou honra do cidadão ou de alguém da sua familia.

Em taes casos não ha *resistencia crime*, mas *legítima defeza*, para a qual é licito ao cidadão não só resistir, mas reclamar e aproveitar o soccorro e auxilio de seus amigos e vizinhos; e sómente resta, depois de reconhecida a necessidade da mesma defeza, punir ou não os actos d'ella segundo as regras prescriptas no art. 14.º § 3.º e art. 376.º a 378.º

ARTIGO 187.º

Todo o acto de violencia para constranger qualquer empregado publico a praticar algum acto de suas funcções a que a lei o não obrigar, se chegou a ter effeito, será punido applicando-se as disposições sobre o crime de resistencia.

Art. 186.º e §§.

São consercies, qualificando este maleficio como da mesma gravidade, os Cod. da Sardenha, art. 223.º, e das Duas Sicílias, art. 173.º = *à faire ou à ne pas faire* =.

Concorda tambem o Cod. da Baviera, art. 313.º: «... comme aussi quiconque aura recours à la violence pour forcer un agent de l'autorité à exécuter un acte de son ministère ou à s'en abstenir.»

Igualmente se encontra esta incriminação no mod. Cod. da Prussia, § 90.º:

«Quem por força ou ameaças obrigar ou pretender obrigar uma autoridade ou um empregado a executar ou deixar de executar um acto relativo a seu officio.»

Mas do contexto do nosso art. se vê: 1.º, que este differe dos apontados, em que é omisso sobre as violencias para *constranger* um empregado publico a *praticar* um acto determinado por lei; 2.º, que a mesma omissão se dá a respeito das violencias para o *constranger a abster-se de praticar* o mesmo acto, quer seja quer não seja do seu dever legal praticar-lo.

Quanto á primeira omissão o facto se não toma o característico de *offensa corporal*, por consistir sómente em simples *ameaças* ou no emprego de meios de coacção moral, fica assim impune nas suas relações que tem com o exercicio de funcções, porque não podendo ser regido pelo art. 183.º tambem o não pôde ser pelo presente art.; poisque é elemento de sua incriminação.

minação que a lei não obrigue o empregado a praticá-lo. Quanto à segunda, resulta o mesmo inconveniente, por isso que a *resistência*, tal como se acha qualificada no art. antecedente, supõe verdadeiro *conflicto* ou *oposição* material ao empregado publico no exercício de suas funções ou na execução de ordens ou mandados da auctoridade, e não se dá portanto *fora* ou *antes d'esse exercício*, quer legal, quer illegal.

É pois notavel a omissão que se encontra n'este art., resultante uma de se exigir que o acto não seja preceitado na lei, e outra de comprehender a *actividade forçada* e não a *inactividade*.

Ficará sendo pois licito *violentar* os empregados publicos a praticar os seus deveres *legaes* se a *violencia* não for uma *offensa corporal* ou a ella equiparada nos termos do art. 363.º? Será mesmo licito empregar essas violencias não *corporaes*, para forçar um empregado publico a abster-se de cumprir a lei ou de executar os mandados da auctoridade superior?

Absurdas parecem estas conclusões, mas o juiz que não julga da lei, mas pela lei, tem de ter presentes restrictamente os elementos constitutivos do crime expressos no art., que não póde ampliar alem da sua letra, conforme o art. 18.º

A incriminação pois, como se acha redigida nos Cod. estrangeiros, especialmente no da Prussia e no da Baviera, parece-nos preferivel, e que por elles deverá corrigir-se a do presente art.

SECÇÃO 4.ª

DESOBEDIENCIA.

ARTIGO 189.º

Aquelle que se recusar a prestar qualquer serviço de interesse publico, para que for competentemente nomeado, ou faltar á devida obediencia aos mandados da Auctoridade publica, em todos os casos em que especialmente se não declara nas leis ou regulamentos administrativos auctorisados pela Lei a pena ou responsabilidade civil que deve ter logar pela *desobediencia*, será punido com prisão até tres mezes.

Art. 30.º n.º 1.º e ref.

A Carta garante, no art. 145.º, como o primeiro dos direitos civis e politicos do cidadão, que ninguém possa ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma cousa, senão *em virtude de lei*.

As palavras portanto d'este art. = *competentemente nomeado* = e = *devida obediencia* = devem entender-se em harmonia com a mesma Carta, e este sentido se torna manifesto em vista das palavras = *leis* ou regulamentos administrativos auctorisados pela lei =.

Para que dos regulamentos do governo resultem obrigações individuaes, sobre cuja omissão, preterição ou *desobediencia* possa recair uma pena, é preciso que, ou seja auctorisada por lei especial previamente á confecção e promulgação dos mesmos regulamentos, ou lhes acceda outra que os adopte e confirme. É pois uma condição essencial da incriminação a titulo de = *desobediencia* = a exigencia do cumprimento de um dever por virtude de uma disposição *com força de lei*.

A outra condição essencial é que essa disposição, não sen-

do omissa, quanto ao preceito que enuncia ou á competencia que estabelece, seja deficiente em punir os deveres correlativos e consequentes. Por este modo fica salvo o direito constituido ou a constituir a similhante respeito, e este art. é sómente auxiliar ou supplementar d'esse direito.

Não se incriminando assim facto algum especial e determinado, não era possível calcular de antemão a moralidade ou gravidade d'esse facto, e por isso o legislador adoptou a pena de *prisão até tres mezes*, sem fixar minimo algum, podendo assim reduzir-se até tres dias, segundo as circumstancias, em conformidade com o art. 83.º n.º 1.º¹

Posto isto, dizemos, que não nos parece adequada nem sufficiente, para os casos de que assim vagamente se trata, a penalidade unica de prisão. Devia ser-lhe acrescentada a multa em substituição da prisão, deixando-se ao juiz a escolha, e reservada a multa para os casos menos graves como formula de censura legal.

Acresce que este art., estabelecendo uma pena supplementar contra a desobediencia nos casos omissos nas leis, prestando a necessaria sanção ás mesmas leis, offende: 1.º, o prin-

¹ O Cod. do Brazil foi simples e preciso no seu dizer a este respeito. Estabeleceu uma regra geral que comprehendesse toda a desobediencia ás auctoridades.

«Art. 128.º—*Desobedecer ao empregado publico* em acto do exercicio de suas funções ou não cumprir as suas ordens legais.»

«Penas—de prisão por seis dias a dois mezes.»

O Cod. da Baviera diz no art. 318.º:

«Tout dépositaire de l'autorité aura le droit, pour le maintien du respect qui lui est dû, d'infliger sur-le-champ à tout récalcitrant un jour ou deux de prison.»

Em todo o caso a multa devia predominar e a prisão ser imposta, principalmente a respeito do homem abastado com condição inherente ao pagamento d'aquella. Nós aconselharíamos pois a multa paga da cadeia, declarando-se aqui, excepcionalmente, que nem a prisão nem o pagamento da multa podem substituir-se pela fiança para o effeito da soltura.

E tanto mais que a multa se acha estabelecida no art. 365.º do Cod. Admin., que é quanto á incriminação a fonte proxima d'este nosso art.:

«Todo o que sem motivo justo recusar qualquer commissão de serviço de interesse publico para que for nomeado pela auctoridade administrativa como petente, incorrerá em uma multa de mil até trinta mil réis.»

Vid. nota do sr. Neto, n.º 1, e ali as numerosas excepções de privilegio. Como fontes da determinação do Cod. Admin. pôde ser apontada a Ord. do liv. 5.º tit. 96.º, e Decr. de 9 de Agosto de 1832.

cipio consignado nos art.ºs 1.º, 5.º e 18.º das disposições geraes, por isso que toda a pena deve ser considerada e legislada com relação a determinada especie e não a uma classe de especies; 2.º, o principio de que, nas especies a que póde ser applicavel o nosso art., a pena se torna meramente arbitraria, e que poderá ser graduada para mais ou para menos do que o caso mereça, mesmo considerada no maximo que aqui se estabelece; 3.º, o principio de que na ausencia de sanção penal, o juiz devia ter como certo que o legislador, se não incriminou o seu preceito, é porque julgou que a impunidade ou não era perigosa, ou que a sanção era desnecessaria, ou que era mais conveniente apellar para o livre civismo dos individuos¹. Ha certas acções de civismo que se desvirtuam e se tornam odiosas desde que a omissão se converte em infracção punivel.

Para exemplo do serviço de que trata o art. apontaremos sobre a prisão dos malleitores, fóra do caso de flagrante delicto, de que trata o § un. d'este art., o art. 7.º do Decr. de 23 de Junho de 1845, aonde com referencia ao art. 365.º do Cod. Admin. se declara que fóra de Lisboa e Porto² os of-

¹ «Não é sempre essencial que as leis preceptivas ou prohibitivas sejam acompanhadas de comminação. O Cod. satisfaz já um dos seus fins instruindo «ou guiando os cidadãos no cumprimento de seus deveres sociaes. O legislador póde limitar a isso a sua missão, quando confia que os cidadãos hão de cumprir os preceitos da lei sem dependencia nem necessidade de uma sanção penal»: dissemos nós no Disc. prel. vol. 1.º pag. xxv e xxvi, mas o Cod. pela disposição geral d'este art. quiz que, na falta de lei especial que estabelecesse uma pena, existisse sempre uma, embora para o caso o legislador a não tivesse julgado necessaria!

Por este modo a toda a desobediencia, nas duas hypothèses ou de recusa de prestação de serviço publico por nomeação competente, ou de falta de submissão aos mandados da auctoridade publica, corresponde no Cod. a comminação de uma pena, com quanto especialmente não estivesse na lei ou nos regulamentos por ella auctorisados.

Isto porém repugna não só com a intenção do legislador manifestada em cada um dos casos especies, omitindo de proposito a comminação, mas ainda com o principio consignado no art. 68.º que deve entender-se na conformidade de uma lei especial, para cada hypothese prevista, considerada e incriminada em si mesma.

² Porque n'estas cidades compete este serviço á guarda municipal, e consequentemente não poderiam os cidadãos ser incommodados pela auctoridade. A Ord. cit. do liv. 1.º tit. 65.º § 19.º impunha penas de multa e degredo aos

ficiaes de diligencias *sejam auxiliados por quaesquer pessoas* que estejam sujeitas aos encargos dos concelhos, como já se achava disposto na Ord., liv. 1.º tit. 65.º § 19.º e liv. 5.º tit. 142.º §§ 1.º, 3.º e 5.º

Para exemplo da falta da *devida obediencia aos mandados da auctoridade publica*, apontaremos o caso em que indolentes autos com vista a um advogado para minutar ou para dizer ou responder por certo ou determinado praso, não só, findo elle, os não entrega, mas se esconde ou abertamente resiste em menoscabo dos mandados do relator ou juiz da causa. Com quanto este abuso, que infelizmente se tem dado algumas vezes, mereça ser reprimido, a prisão, attenta a qualidade das pessoas, nobreza da profissão e respeito da classe a que pertencem, só deveria ter logar como condição inherente á multa, *paga da cadeia*, devendo cessar immediatamente com o pagamento da mesma multa e entrega dos autos.

Isto basta para se fazer ver a incongruencia e desacerto da regra que aqui se estabelece, e que é mais uma *disposição geral* que podia entrar no 1.º liv. do Cod., que uma *especial* no 2.º, embora a regra não seja *commun* a todos os malefícios, mas aos que poderão ser arrumados n'uma classe ou grande familia debaixo do nome abstracto = *desobediencia* =.

juizes que não guardassem os privilegios ou isenções de taes serviços, mas auctorizando o *constrangimento* dos levadores, não indicava os meios que assim ficavam arbitrarios.

ARTIGO 188.º

§ unico. Se a desobediencia consistir em recusar ou deixar de fazer os serviços ou prestar os soccorros que lhe forem exigidos em caso de flagrante delicto, ou para se impedir a fugida de algum criminoso ou em circumstancias de tumulto, naufragio, inundação, incendio ou outra calamidade, ou de quaesquer accidentes em que possa perigar a tranquillidade publica, será punido com prisão de tres mezes até tres annos.

Art. 30.º n.º 1.º e ref.; art. 83.º e seus n.ºs e § un.

Neste § se trata de serviços e de soccorros que não são estabelecidos por lei especial, mas que a lei suprema da urgencia ou da necessidade ou da humanidade exige de todos os homens.

Não pôde tambem conservar-se a incriminação nos termos em que se acha redigida: 1.º, porque estabelece que todos têm, nos casos de que se trata, a *obrigação de fazer os serviços* ou prestar os *soccorros que lhes forem exigidos*.

É isto uma faculdade de impor tributos pessoais e pecuniarios ou equivalentes a pecuniarios, e que podem até resolver-se em tributo de sangue, a arbitrio de uma auctoridade qualquer, desde um governador civil até ao ultimo cabo de policia.

Nos casos de *flagrante delicto* ou de fuga de preso, se se trata de um assassino, salteador ou ratoneiro, o proprio interesse, o alarma que a todos ou a maior parte dos cidadãos inspira o criminoso, faz com que este não ache guarida em parte alguma, e que assim encontre quasi tantos officiaes de diligencias e cabos de policia quantos os moradores da terra ou povoação em que se commetteru o delicto ou em que foge á acção da justiça.

Mas nos casos em que o criminoso é mais considerado como desgraçado do que perverso, mais digno de compaixão do que de perseguição, ou se o crime é político, ninguém quer passar pela afronta de parecer officioso malsim ou socio e auxiliar gratuito dos homens que na phrase das leis do reino *têm poder para prender*.

A Ord. do liv. 5.º tit. 48.º pr. permittia, assim como actualmente permittem os art. 1019.º, 1020.º e 1021.º da Ref. Jud., a qualquer pessoa do povo o prender em flagrante delicto, ou em caso de fuga, em acto successivo ao delicto; mas do *pode* ao *deve* vae uma grande distancia, e n'uma sociedade bem organisada é aos agentes da policia, da justiça ou aos depositarios e agentes da força publica que cumpre segurar e fazer segurar os criminosos¹.

E de duas uma, ou o cidadão, que não é official de diligencia ou de policia, guarda municipal e fiscal ou soldado, se expõe a esse perigo por dedicação e acto de coragem, e esse serviço é digno de louvor, mesmo de premio, e a pena tira todo o merito á acção porque a desvirtua, ou o mesmo cidadão, que deseja não expor-se em proveito seu e de sua familia, não prende nem segue o criminoso, apesar das reclamações da auctoridade; e a pena, com quanto gravissima na especie (de tres mezes a tres annos de prisão!¹), é ainda inferior

¹ Assim o reconhecia e estabelecia já o regimento dos quadrilheiros no Alv. de 12 de Março de 1603.º art. 6.º:

«Os ditos quadrilheiros e homens de suas quadrilhas... prendam os culpados, e se os não puderem prender corram após elles, appellidando: — *Prendem fuão da parte d'El Rei* — á qual voz sairão logo todos os da sua quadrilha; e de quadrilha em quadrilha os seguirão até serem presos, e... ao quadrilheiro que estando presente não acudir aos arrivati e insultos, pagará por cada vez quinhentos reis, e os da quadrilha duzentos reis para o meirinho ou alcaide que o accusar.»

O Alv. de 21 de Outubro de 1763 § 6.º também declarou «que todos os militares são competentes para prenderem nos casos de *flagrante delicto* todos os criminosos que tirem delinquir, ou quando forem chamados para *soccorrer qualquer districto*.»

Nestes casos a exigencia do serviço *pode* expor o cidadão a um risco imminente de vida. O criminoso que trata de evadir-se depois de commetter um delicto é um furioso, a quem a desesperação, o temor do castigo, a conversão de aggressor em aggreddido presta forças para dectrubar, para destruir tudo quanto se lhe atravessa ou tome o passo.

ao temor da morte ou de um ferimento, cuja gravidade não *pode* prever, e fica assim não só insufficiente, mas repugnante tanto com o art. 26.º § 3.º, que só considerou cúmplices de um crime os que deixam de o impedir, e com essa *intenção e malicia*, como com o art. 14.º n.º 2.º que tira ao facto toda a criminalidade quando foi impellido por *força irresistivel*, qual é o sentimento da propria conservação.

Em qualquer das hypotheses a incriminação não tem verdade moral, e se torna portanto viciosa a penalidade.

Estas razões colhem completamente a respeito de todos os casos especificados no §. O Cod. Admin. no art. 249.º n.º 13.º incumbe aos administradores dos concelhos o providenciar por occasião de incendio, inundações, naufragios e similhantes; mas quanto a *soccorros*, nos casos de *taes calamidades publicas*, incumbem-lhes, nos termos do art. 248.º n.º 5.º, *promover a distribuição*. É a humanidade, o patriotismo, a philanthropia, a moral publica, a religião que nas circumstancias difficeis dispõe das bolsas dos cidadãos, dos seus depositos, dos seus serviços. A auctoridade não faz mais que *promover a distribuição*. Toda a penalidade n'estas occasiões daria pessimos resultados, seria contraproducente. A caridade-obrigada não é caridade, perde o seu valor, não se agradece.

Nas leis do orçamento é consignada em França uma somma á disposição do ministerio do interior para soccorros extraordinarios effectivos, «à raison des grêles, orages, incendies, inondations et autres désastres.» Diz Dupin, no seu excellent Trat. — Hist. de l'Admin. des Secours Publics —:

«Voilà (diz elle) ce que fait l'administration publique: «mais ce n'est pas à cela que se bornent les moyens d'assistance. Ils s'accroissent et se multiplient sur tous les points de la France, par un immense concours de volontés. La charité cache ses bienfaits avec une sorte de pudeur; nous ne «voulons les soumettre à aucun calcul. Mais il y a tel rang «où l'on ne peut rien cacher, parce que son élévation attire «tous les regards; il y a tels actes de bienfaisance, dont la publicité est un caractère, parce qu'elle est un moyen de succès. Rappelons donc les secours répandus par la famille royale, «secours plus abondants qu'ils ne le furent à aucune épo-

«que¹; qui vont chaque jour au-devant du malheur sans attendre la prière.

«Rappelons les efforts connus des particuliers; à la nouvelle, d'un désastre de toute part on s'empresse; on connaît à peine le nom des victimes, elles sont peut-être à cent lieues, mais il suffit de savoir qu'elles souffrent; on ouvre des souscriptions, la médiocrité dispute à l'opulence l'honneur de la première offrande. Rappelons enfin le dévouement de nos guerriers: au sein de la paix, ils savent encore trouver la gloire et le péril; on les voit courir aux incendies, se jeter dans les flammes, arracher à la mort leurs concitoyens, et souvent donner leur soldo pour soulager ceux dont ils n'ont pu sauver la fortune. Tout cela est digne du nom français.»

Estíamos nós os portuguezes tanto aquém dos francezes, nesta dedicação pela desgraça, que precisemos a aggravação de penalidade para nos obrigar a praticar o bem? Não, certamente. Os factos de todos os tempos, de todos os dias, de cada hora, abiz estão para provar o contrario.

Que vem pois cá fazer o §.º un. d'este art.º? Nada, absolutamente nada, a não ser o dar ao mundo uma idéa falsa, inexactissima do nosso estado de civilisação e do caracter portuguez, que é por instincto, por indole, por sentimento e por educação sempre bondoso, heroico e entusiastico na pratica da beneficencia e da humanidade.

No discurso do throno, pronunçado pelo monarcha em 2.º de Janeiro de 1857, se encontra, com relação ao flagello da *cholérea-morbus*, a confirmação d'esta verdade:

«O meu governo empregou os possiveis esforços em socorrer todos os pontos invadidos por aquelle mal, e para auxiliá-lo neste empenho é-me agradável poder dizer que em todas as classes da sociedade se encontrou o zelo pelo serviço publico, e a caridade christã que o povo portuguez folga de exercer.»

Estas considerações se aggravam em razão da nimia severidade da pena, comparada com a do Cod. Fr., art. 475.º, que é a de multa de 6 a 10 francos; e em verdade a condemnação

não deve ser mais que um estigma de reprobção, formulado assim contra o mau cidadão que pretere a pratica de um dever que d'elle reclamavam a tranquillidade e ordem publica, ou os impulsos naturaes da humanidade. O chamamento da auctoridade se deve considerar antes um convite que um preceito; a omissão mais uma contravenção que um crime ou delicto, caracterisado com o nome odioso de *desobediencia*.

¹ Attade 4. família real de Carlos X.

ARTIGO 189.º

Todo o jurado ou testemunha que não comparecer em juízo, tendo-se-lhe feito a necessária intimação, terá a pena de prisão e multa de um mez.

§ 1.º Se allegou escusa que depois se conheceu ser falsa, terá a pena de prisão de um a seis mezes, e multa de um mez.

§ 2.º Ser-lhe-ha imposta a pena mais grave, em que tenha incorrido, se apresentar documento falso para prova da escusa.

§ 3.º A testemunha que recusar responder ás perguntas que lhe forem feitas será punida com prisão até seis mezes.

Art. 30.º n.º 1.º e 2.º e ref.; art. 224.º n.º 4.º

O presente art. e seus §§ tem por objecto: 1.º, incriminar a omissão dos jurados e testemunhas que tendo-se-lhes feito a necessária intimação não compareceram em juízo; 2.º, reprimir pela aggravação das penas as falsas escusas de não comparecimento; 3.º, punir em particular a testemunha que tendo comparecido recusa responder ás perguntas que lhe forem feitas.

Em nenhum d'estes objectos pôde, quanto a justiça em que se fundam as incriminações, levantar-se a menor duvida; mas muitas reflexões occorrem tanto sobre as lacunas do art. e seus §§, como sobre a distribuição das penalidades e collocação da materia no Cod. Pen.

1.º Não nos parece adequada a confusão de jurados com testemunhas na mesma incriminação. Os jurados são juizes que intervem na administração da justiça com um poder immenso e irrevogavel; exercem um direito politico no interesse da sociedade. O facto de se subtrahirem ao cumprimento do

dever correlativo logo que, pela intimação, que não importa *mandado de obedecer*, mas *noticia* de que entram na respectiva pauta, e portanto da sua competencia em determinado processo, é uma rigorosa denegação de justiça em que deviam ser especialmente considerados como magistrados e não postos a par das testemunhas, como o foram no art. 182.º

2.º Vendo-se d'este art. 182.º que os *peritos* foram equiparados ás testemunhas, mas com distincção estas d'aquelles, cumpria que para a incriminação ser aqui coherente e completa não só comprehendesse os peritos, mas tudo e qualquer individuo cuja presença fosse necessaria em juizo. Podem ser ali chamadas pessoas *informantes*, sem que por isso na acceção juridica se considerem *testemunhas*; e assim o reconhece o Cod. no art. 33.º O Cod. de Proc. Cr. das Duas Sicilias menciona expressamente os *peritos* — quiconque est cité comme témoin ou comme expert —.

3.º Que esta disposição, quanto a jurados, agrava entre nós o mal de opinião sobre o desempenho das respectivas funcções. E o mesmo legislador que assim as reputa tão gravosas que julga preciso comminar uma pena *composta* de pecuniaria e *corporal*. Pelo contrario parece que a lei devia combater o prejuizo, fazendo com que melhor se apreciasse o exercicio d'este direito politico. Homens coactos a julgar pelo temor de penalidades, difficilmente poderão ser bons juizes, e se o são por índole e moralidade pessoal, perde muito o merito do cumprimento do dever, quando em vista da lei pôde ser apreciado e explicado como resultado da comminação.

4.º Que a multa como pena disciplinar é a unica possível a comminar contra os jurados, para que outras partes não sejam prejudicadas da concorrência d'elles em outras causas pelo impedimento resultante da pena de prisão, que assim fica tendo o vicio de passar da pessoa do delinquentie.

A Ref. Jud., art. 173.º § 1.º, impunha a multa, e o mesmo se encontra no Cod. de Instr. Fr., art. 396.º, e nas leis do processo criminal do Brazil, de 9 de Novembro de 1832, art. 313.º, e na Reforma de 3 de Dezembro de 1841, art. 103.º e 104.º

5.º Que, e se vê de todos estes logares, a multa imposta

aos jurados é puramente disciplinar, e tal que os não inhabilita de comparecerem em outra qualquer sessão; que incorrem n'ella *ipso facto* sem dependencia de novo processo; que é o juiz de direito respectivo, e em França o mesmo tribunal, *cour d'assises*, o que, como accessorio da causa, decreta a multa; e que portanto foi nas leis de processo e não nas do Cod. Pen. que semelhante objecto se comprehendeu.

6.º Que o art. adoptando na sua redacção o art. 396.º do Cod. de Instr. Cr. Fr.: «*Tout juré qui ne sera rendu à son poste sur la citation, qui lui aura été faite*», seguiu antes, e com aggravacão quanto à penalidade composta, a caduca disposição da Lei franceza de 10 germin.

7.º Que o art., estabelecendo um maximo de pena *composta*, não determina qual a que o deve ser pela repetição do mesmo facto nas seguintes sessões de uma audiencia geral, ou se em razão do facto contrario cessa ou se attenua a pena, ou se devem considerar-se puniveis com a mesma pena semelhantes faltas quantas vezes se praticarem successivamente. O cit. art. do Cod. de Instr. Cr. Fr. impõe pela primeira vez 500 fr. de multa, pela segunda 1:000 e pela terceira 1:300, com declaração de inhabilidade perpetua de ser jurado.

8.º Que pôde entrar em duvida se um jurado incurso em prisão e multa pôde continuar a ser chamado e sorteado; e se, alterando o art. do Cod. essencialmente o art. 173.º da Ref. Jud., podem os juizes de direito continuar a multar os jurados nos termos d'ella ou se o ministerio publico ha de instaurar o competente processo perante a jurisdicção correcional. A Lei do Brazil de 3 de Dezembro de 1841, art. 106.º, declara positivamente que a multa os não dispensa de ser sorteados na seguinte sessão. Assim continuarão elles a ser multados tantas vezes quantas faltarem sem causa legitima, e se respeita o seu caracter de juizes que fica intacto. O art. contendo materia disciplinar e de coacção legal para mover ou despertar os jurados no cumprimento do seu dever, como supplemento da falta de estima em que devem ter uma instituição e direito politico de que participam, não devia ter logar no Cod. Pen. A jurisdicção e competencia que os juizes da audiência tinham para impor a multa não pôde estender-se

à pena *composta* segundo o Cod., e nem essa pena entra em o numero das disciplinares; porque ninguem pôde ser condemnado em prisão sem sentença condemnatoria proferida em processo regular e por juiz competente.

Pelo que respeita ás testemunhas, as leis de todos os paizes são concordes, nem podiam deixar de o ser, em as obrigar ao comparecimento; mas é nas leis de processo que essa contumacia ou rebeldia é reprimida.

Todos os individuos que são convocados a juizo para depor sobre a existencia, verdade ou circumstancias de um facto têm o rigoroso dever de comparecer; mas as penalidades não são tanto para punir um delicto como meios efficazes de que ficam armados os tribunaes para constringer a testemunha que deixa de ir por negligencia ou má vontade.

A pena disciplinar estabelecida na Ref. Jud., art. 554.º, era apenas a multa de 125000 réis ou de doze dias de prisão, não tendo a testemunha com que pagar essa quantia. Esta pena tinha sido sufficiente, considerada mesmo como meio de prevenção e correccão, porque alem d'elle tinham os juizes o poder de obrigar as testemunhas a vir a juizo por meio de um mandado de custodia.

Se as testemunhas deixam de comparecer ou por afeição a alguma das partes, ou por falta de segurança pessoal, ou por suborno, a pena do art. é inefficaz. Os meios preventivos e repressivos são outros.

É certo que o Cod. do Proc. Cr. do Brazil, art. 93.º, ordena tambem não só que as testemunhas sejam conduzidas *debaixo de vara*, mas que soffram a pena da desobediencia, que é a do Cod. Pen., art. 128.º, cujo minimo são seis dias de prisão, e maximo dois mezes: mas este minimo dá logar a que possa graduar-se a pena segundo as circumstancias, e sempre que a desobediencia não se achar bem caracterizada.

O Cod. Pen. da Austria, art. 373.º, arma o tribunal do poder de obrigar ao comparecimento, mas reserva a comminação da pena pecuniaria ou corporal para o caso da testemunha se recusar a depor. Assim a desobediencia sómente então se considera consummada, o que nos parece bem reflectido.

O Cod. de Instr. Cr. Fr., art. 80.º, alem do mandado de

custodia, auctorisa o juiz a impor multa, mas sómente a que não exceda a 100 francos, sendo para notar: 1.º, que esta mesma condemnação é facultativa; 2.º, que sendo indeterminado o mínimo da pena, o juiz pôde condemnar em um ou dois francos.

O mesmo Cod., no art. 335.º, torna as testemunhas não comparecentes civilmente responsaveis pelas despesas resultantes da demora dos processos e incommodos de outras testemunhas. Esta disposição deveria ser aqui consignada, com quanto em parte se possa supprir pela regra geral do art. 104.º

Temos portanto, em vista d'estes exemplos e da razão em que se fundam, que pôde considerar-se o facto nas seguintes hypothèses: 1.ª, da falta de comparecimento não justificado, sem transtorno algum judicial nem prejuizo das partes. A testemunha citada não justifica por isso a sua omissão, mas o facto posterior demonstra a nullidade ou pouca importancia do seu comparecimento para a decisão da causa, o que attenua a sua falta, a par da ausencia de dolo ou má intenção que então não é presumivel; 2.ª, da falta de comparecimento no dia ou hora indicada, mas do comparecimento forçado. N'este caso a desobediencia ficou em *tentativa*, frustrada por causa estranha á sua vontade, e a pena, segundo as regras geraes, deve ser attenuada, levando-se em conta a *violencia* que se lhe impoz. O depositario que é recolhido á cadeia para entregar o deposito livra-se da prisão, fazendo a restituição; a testemunha que guarda o deposito do seu segredo ou da sua sciencia deve tambem ficar livre de pena, se satisfaz ás necessidades da justiça social, declarando a verdade do que sabe sobre o objecto do exame judicial; 3.ª, do comparecimento forçado ou voluntario, mas com recusa de responder ás perguntas que se lhe fizerem, de que trata o § 3.º. Aparece então a desobediencia bem caracterisada, para que é preciso empregar a severidade penal; 4.ª, do não comparecimento, nem voluntario nem forçado, por se esconder a testemunha ou se retirar da terra, sem motivo legitimo, depois de intimada. N'este caso ainda se manifesta a desobediencia, o proposito ou intenção deliberada de não depor.

Ora, tanto na 1.ª como na 2.ª hypothese, a pena com-

posta e indivisivel de multa e prisão em maximo determinado de mez, parece destituida de toda a conveniencia e justiça: porque está muito longe da desobediencia caracterisada pelo damno causado na administração da justiça; e o facto não passa de uma *contravenção*, em que a omissão se deve reputar mais uma negligencia do que um proposito malefico.

O caso muda de figura na hypothese do § 1.º ou da escusa falsa, mas é porque assim acresce ao não comparecimento voluntario um novo elemento de incriminação, facto moralmente illicito, qual o da simulação e mentira, dirigida á auctoridade judiciaria: e esse facto positivo destroe toda a presumpção de negligencia ou exclusiva da desobediencia.

É para então que o Cod. de Instr. Cr. Fr., art. 86.º, auctorisa uma pena composta de multa (segundo o cit. art. 80.º) e de prisão, como se prescreve no Cod. Pen., art. 236.º, extensiva aos jurados:

« Les témoins et jurés qui auront allégué une excuse fautive seront condamnés, outre les amendes prononcées pour le non-comparation à un emprisonnement de six jours à deux mois. »

Ainda assim a pena fica entre maximo e minimo, para que o juiz a possa graduar com justiça, segundo as circumstancias.

Esta confrontação faz ver o defeito d'este § 1.º, porque, se, comparada a penalidade do § com o art., um dos elementos da penalidade fica sendo o mesmo, e o outro no seu minimo tambem é identico, o não comparecimento qualificado pela escusa falsa pôde, sem violação da lei, ser punido como o simples não comparecimento, e resultar assim a impunidade relativa, o que nunca pôde acontecer em França, em vista do cit. art. 236.º Ao mesmo passo que assim pelo nosso § pôde ser equiparada a pena em dois factos diversos, fica aos juizes um arbitrio immenso para elevar o maximo da prisão até cinco mezes por qualquer simulação ou mentira, sem que na mesma proporção suba a multa.

Não soffria estes inconvenientes a legislação anterior ao Cod., poisque no art. 962.º da Ref. Jud. se determinava:

« Se o juiz, transportando-se ao domicilio da testemunha, achar que ella não estava impossibilitada de comparecer...

«a condemnará logo, sem forma alguma de juizo e sem recurso, na prisão de quinze dias até dois meses e na multa de 10 a 100\$000 réis.»

Assim se approximava do Cod. de Instr. Cr. Fr., e isto era mais que sufficiente. O Cod. pois variou a penalidade, sem a melhorar n'este §, providenciando sem necessidade o que já se achava e convenientemente providenciado em a nossa Lei ou Cod. de processo.

Em relação ás maiores penas comminadas pelo uso ou emprego de documento falso, especie de que tratou remissivamente o § 2.º do art., concorda o § do art. 962.º na Nov. Ref. Jud., mandando proceder contra a testemunha como falsaria.

O documento ou é falso por ser passado com preterição da verdade ou por ter sido passado por pessoa incompetente, simulando a qualidade, ou por ser fabricado em nome da pessoa competente.

No Cod. se distinguem em geral os diversos casos, assim como as penas correspondentes.

Todavia no Cod. Pen. Fr., art. 159.º, se considera o facto especialmente, e com justa razão; porque ainda que o uso do documento falso, e ainda mais, se o delinquente o fabricou, deva ser punido com severidade, a falsidade tem por fim alcançar por meios artificiosos a dispensa de um onus de serviço publico, e não directamente causar um damno a terceiro, excepto quando o facto se aggravar por uma intenção semelhante.

Finalmente no ultimo § do presente art. se contempla especialmente o facto da testemunha que se não presta a responder ás perguntas que lhe forem judicialmente dirigidas.

Este facto é sem duvida mais grave que o de não comparecimento, ou antes seria n'elle exceptuado o da falsidade por documento, que unicamente deveria ou poderia consistir a incriminação da competencia do Cod. Penal. E em relação á justiça um ultraje que produz o mesmo resultado que o do não comparecimento, mas é por elle que se manifesta o crime da desobediencia consummada: e assim o caracterisava a Ref. Jud., art. 963.º

Contudo parece-nos judiciosa a distincção do Cod. do

Proc. Cr. das Duas Sicílias, art. 83.º, para se graduar a pena segundo a maior ou menor importancia do processo em que a testemunha tinha a depor.

Os principios do direito criminal adoptados nas disposições geraes do Cod., e a coherencia com distincção analogia feita nos artigos 192.º a 197.º, requeriam que assim aqui se declarassem. Quanto mais graves podem ser as consequências para a acção judicial, civil ou criminal, ou para a defeza dos réus, tanto mais severa deve ser a penalidade.

Era preciso que o Cod. mencionasse especialmente a hypothese d'este § 3.º, por isso que ella não ficava litteralmente incluída na do art., como bem notou Carnot, e muito mais em vista do art. 18.º, reprovando toda a sorte de indução ou de analogia, ou mesmo argumento por maioria de razão.

Mas pela mesma razão, podendo a testemunha comparecente declarar a verdade, mas sem juramento, e não sendo o depoimento valido sem essa solemnidade, cumpria prevenir o caso de se recusar esta a prestação do juramento, assimilhando-se os dois factos. Assim o praticou o Cod. de Instr. Cr. Fr., art. 355.º — «*le témoin qui refusera soit de prêter serment, soit de faire sa déposition*»¹.

¹ E poderá o ecclesiastico, clerozo *in sacris*, recusar-se a responder com o fundamento de que lhe é prohibido pelos canones depor em casos crimes a que correspondam a pena de morte, e que incorrendo *infra facto* pela contravenção no deficit da *irregularidade* não deve ser compellido sem licença do seu prelado?

Ten-se pretendido e allegado algumas vezes que toda a coacção se deve reputar ellei officiosa da moral christã: mas taes pretensões têm sido desatendidas em juizo, e com justa razão: 1.º, porque nem as leis de processo, art. 259.º e seg. da Ref. Jud., e o presente art. autorisam a excepção; 2.º, porque a sociedade não pode prescindir para a averiguação e prova criminal do concurso de todos aquelles que sendo moralmente habéis podem dar conhecimento dos factos ou de suas circumstancias; 3.º, porque assim no interesse da accusação como no da defeza, ninguém pôde, sem perigo da justiça, ser dispensado de depor; 4.º, porque não pôde ser do espirito da religião autorisar taes ecclesiasticos a concorrer pela sua recusa para a absolvição de um culpado ou para a condemnação de um innocente, nem as prohibições canonicas se devem, como de disciplina, reputar em vigor em opposição com as leis sociaes e mandados da auctoridade publica, a que a mesma Escripтура Sagrada recommenda sujeição.

Assim o temos visto julgado e confirmado nos tribunaes superiores, e sem d'isso os clergos têm feito questão ou deduzido reclamação alguma, á excepção de um ou outro advogado no interesse de seus clientes.

Por ultimo devemos advertir que a obrigação imposta no presente art., e que suppõe o dever de declarar o que a testemunha souber do facto e suas circumstancias, não deve entender-se em termos tão absolutos, como parecem indicar as palavras do §.

Soffre modificação a respeito da violação do sigillo sacramental, prohibida tambem em termos absolutos no art. 136.º § 1.º, e punida com pena mais grave. Seria absurdo e anti-religioso que a obediencia judicial, em conformidade com este §, fosse uma razão dirimente de culpabilidade contra o preceito da não violação do mesmo sigillo.

Deve soffrer a mesma modificação a respeito de todos os depositarios de segredos, por qualquer titulo. Em taes casos a testemunha não mente, respondendo que nada sabe. E perigoso para ella declarar a existencia do segredo, porque semelhante resposta conduz á averiguação do facto e ao inquerito da pessoa referida.

O Cod. de 1810, art. 378.º, designa expressamente os medicos, cirurgiões, empregados de saúde, boticarios e parteiras, a respeito do que souberem em razão de sua profissão ou officio. A jurisprudencia mais seguida em França comprehende os advogados, notarios e procuradores. O art. porém exceptua os casos mais graves, em que a Lei não tolera a não revelação.

O respeito pela inviolabilidade de um segredo confiado é principio tambem reconhecido em diversos logares do Cod., como se vê do art. 290.º, 461.º e 462.º

Todavia se é certo que um tal segredo é uma *propriedade alheia* de que não podemos dispor sem commetter o crime de roubo, mais grave e mais consequente que o de qualquer outra propriedade, pela traição que commettemos, e pela *impossibilidade da restituição*; e se, porque a *ordem social* não é mais que um meio de desenvolver n'este mundo a *ordem moral*, o legislador não deve em *regra geral* exigir a revelação, não é menos certo que a *moral* póde auctorisar a violação do segredo, quando a mesma *moral* requer que se evite um mal maior.

Tal é o caso de crimes graves, e sempre que do silencio

da testemunha possa resultar ou a impunidade ou o erro judiciario fazendo-se condemnar um innocente. A regra porém fica sempre absoluta quando a sciencia fosse communicada na confissão a um ecclesiastico; mas é porque por uma parte o mal que viria d'ahi á religião, e portanto ao Estado, não póde ter comparação com outra qualquer especie de mal; e por outra parte o ecclesiastico não falta á verdade, quando diz que nada sabe como homem, e que a qualidade de depositario de um segredo se transferiu instantaneamente para Deus, a quem se confiou.

O facto somente teve revelação em processo não escripto, puramente espiritual, de que não ficaram nem deviam ficar vestigios, cujo conhecimento possa competir ao poder da terra.

Mas, fóra d'este caso especialissimo, podem collidir com o *direito* individual da não revelação, deveres moraes mais fortes para com o Estado ou outros individuos, e estes deveres fazem cessar então aquelle *direito*.

Estes casos contudo deviam ser expressos na Lei, para alliviar a testemunha da sua responsabilidade moral.

CAPÍTULO III.

DA TIRADA E FUGIDA DE PRESOS E DOS QUE NÃO CUMPREM
AS SUAS CONDENNAÇÕES.SECÇÃO I.^a

TIRADA E FUGIDA DE PRESOS.

ARTIGO 190.^o

Se alguém tirar ou tentar tirar á Auctoridade publica ou aos seus subalternos ou agentes, por meio de violencia, algum preso que em cumprimento de suas funcções estivesse em seu poder, será punido com as penas da resistencia.

§ 1.^o Se o preso for tirado por peita ou suborno, o que empregar taes meios será punido como cúmplice dos empregados ou agentes que foram peitados ou subornados.

§ 2.^o Se for tirado por qualquer outro meio, a pena será a prisão até tres annos.

§ 3.^o Se o preso for tirado da mão de qualquer pessoa do povo, quando este tinha poder para prender, ou se n'estas circumstancias alguém lhe impediu a prisão, a pena será a de prisão até tres annos.

Art. 186.^o §§ 1.^o, 2.^o e 3.^o, art. 192.^o, 318.^o e 324.^o, art. 26.^o e 88.^o, art. 30.^o n.^o 1.^o, 2.^o, e 83.^o e ref.

O facto incriminado n'este art. achava-se previsto nas leis do reino, como a Ord. do liv. 5.^o tit. 6.^o § 22.^o, não quanto á tentativa, mas á effectiva tirada de presos condemnados que fossem levados *a justiça*—crime de *lesa magestade de segunda cabeça*—; na Ord. do mesmo liv. tit. 48.^o pr., não só quanto

á effectiva tirada de presos do poder de quem tinha poder para os prender, mas tambem, § 1.^o, quanto á tentativa ou delicto frustrado sempre que houvessem actos de força—*posto-que o preso não seja tirado*, fazendo cada uma das cousas sobreditas—crime de *resistencia*—; no Alv. de 28 de Julho de 1751 que ampliou e declarou a mesma Ord., e este pela Lei de 3 de Agosto de 1759, fazendo d'esse facto caso de *decaixa especial*; e no Alv. de 24 de Outubro de 1764, punindo-se o *attentado* como *resistencia* e crime de *lesa magestade de segunda cabeça*.

Concorde o Cod. do Brazil quanto á incriminação, art. 120.^o, o da Austria, art. 196.^o, o da Baviera, art. 327.^o, e o mod. da Prussia, § 94.^o

Segundo as leis inglezas, aquelle que emprega a violencia para livrar um preso é considerado como seu cúmplice e como tal punido¹.

Vê-se pois que o Cod. não se afastou muito da legislação do reino quanto á incriminação, poisque assimilhou o facto á resistencia, e, porque as penas d'esta variam segundo a distincção do crime tentado ou consummado nos termos do art. 186.^o e § 2.^o, tambem aqui, postoque seja colligida na mesma disposição a tentativa a par do crime consummado, se deve fazer distincção, se empregada a violencia resultou ou não a tirada ou fuga dos presos do poder da auctoridade ou pessoa competente para os poder segurar ou guardar.

O art. parece no começo da sua redacção igualar a tentativa, e portanto, por maioria de razão, o crime frustrado ao consummado, mas na sua parte final, remissiva em geral ás penas da resistencia, não pode deixar de ser entendido em todas as hypothèses do cit. art. 186.^o²

¹ Alex. Linn, Cod. Pen., cap. 7.^o; Blackston, tom. 5.^o pag. 413.

² Deve todavia notar-se que o Cod. é omisso sobre essa hypothese em que deve ser lícito empregar a violencia para tirar um preso das mãos ou poder da auctoridade publica ou seus agentes, sempre que o fim do agente não seja resistir, mas defender o preso de maus tratos, espancamentos ou fôrças commettidas por esses empregados, sem necessidade ou sem provocação tal que os legitime.

Temos por vezes presenciado instante rebeldia de aggressão da parte dos

Quanto ao que dispõe o § 1.º, concorda o Cod. Hesp., art. 190.º, mas collocou a circumstancia do suborno a par da da *violencia*, sem as distinguir para os effeitos da penalidade. O Cod. Fr., art. 242.º, na mesma hypothese de corrupção, mas restricta aos guardas ou carcereiros, não admite a complicitade e os manda punir com as mesmas penas.

Não condemnamos a determinação do nosso Cod., mas fica repugnante com o disposto no art. 25.º n.º 3.º, qualificando similitantes participantes do crime como auctores d'elle.

Assim, ou o principio ahí proclamado não é verdadeiro nos casos de peita ou suborno, ou aqui se dá antinomia e incoherencia com o mesmo principio. A mesma contradicção apparece entre este § e o art. 321.º, conformando-se então este com o cit. art. 25.º n.º 3.º, mas ficando ainda em opposição com a circumstancia aggravante da peita ou suborno, que deveria agravar mais o crime do empregado ou agente da auctoridade publica nos termos da regra estabelecida no art. 19.º n.º 7.º, como ahí notamos.

Não só isto; fica este § em antinomia com o art. 192.º, aonde não ha *incriminação especial* para os casos de suborno e se incluem em uma só *incriminação geral*—*quasques metos*—, vindo assim este § a ficar referente sem que no Cod. exista o seu referido.

O Alv. de 28 de Julho de 1751, nas palavras—*geral*—mente, e em todo o caso, toda a pessoa... *que der* para este effeito *ajuda e favor*—tambem comprehendia a hypothese d'este §.

Parece que deveria entender-se este § em harmonia com o art. 321.º § un., no caso de ser o peitante ou subornador o conjuge, ascendente ou descendente, irmão ou affim nos mesmos graus, e em que a pena se reduz á multa de um a seis

agentes da força publica em maltratar e ferir presos. Uma similitante disposição seria um correctivo contra similitantes abusos, que aliás, se o caso se der, os tribunaes poderão considerar como expressa e incluída na regra geral do § 2.º do art. 14.º

Em França era já expresso no art. 56.º do Reg. da gendarmaria nacional, em conformidade com o art. 170.º da Lei de 20 germ. an. v, que os gendarmes não possam empregar violencia contra presos, excepto para repellir força com a força em caso de resistencia.

mezes, applicavel, se o peitante ou subornador for o mesmo réu, caso tambem previsto n'esse § un., e tanto mais que n'esta excepção concorda o art. 197.º § 3.º nos casos de acoutamento de malfieitos¹.

Muitos dos Cod. da Allemanha consideram esta circumstancia *atenuantissima*, e a mesma razão que levou para ella ser mencionada n'estes art. procedia para que fosse mencionada na presente secção.

Quanto aos casos de fraude, ardis, persuasão, rogos, conselhos, etc., de que trata o § 2.º, a possibilidade da prisão até tres annos parece-nos severa em demasia.

Os empregados que se deixaram illudir, commover ou convencer, são os principaes culpados em razão da sua negligencia ou erro de officio. As diligencias assim empregadas para a soltura dos réus devem presumir-se feitas, não com intenção de *resistir á justiça*, visto o emprego de meios pacíficos, mas por um sentimento desculpavel, e ás vezes irresistivel, de compaixão, resultante da qualidade da pessoa do delinquente e das relações que póde ter com a pessoa que o deseja livrar, e de outras circumstancias que devem no intimo do coração do legislador merecer a sua indulgencia.

Felizmente os juizes poderão modificar a disposição penal d'este §, reduzindo a condemnacão a termos muito leves, se se derem taes circumstancias, em conformidade com o art. 183.º das disposições geraes.

O Cod. da Austria, art. 196.º, nas palavras—*par ruse* ou *par force*—comprehende a especie d'este § 2.º; mas nos art. 197.º e 198.º cuidadosamente distingue a qualidade dos delictos, motivo da encarceracão, para medir a pena, estabelecendo a de prisão de seis mezes a um anno nos casos graves, e de um a cinco annos nos outros mais graves, se o auctor da fuga do mesmo preso tinha d'isso conhecimento—*par une personne qui savait*—.

Todavia o Cod. do Brazil contradiz esta nossa opinião, pois

¹ A opinião de Chauveau e Helie acerca da intelligencia do art. 245.º do Cod. Pen. Fr. a similitante respeito, é de que a imputação do suborno não é applicavel aos réus, por isso que o art. se refere a terceiras pessoas.

que, no art. 124.º, commina a prisão de tres a doze annos, dado o emprego de meios artificiosos: o mesmo é repugnante á apreensão feita no presente §, porque toma por maximo da pena o que n'aquelle Cod. é minimo, o que nos move a considerar preferivel n'este ponto a nossa disposição.

Quanto ao que se dispõe no § 3.º era tambem expressa sobre a hypothese a Ord. do liv. 5.º tit. 48.º pr.: «E tirando-o da mão de qualquer outro do povo que houvesse achado o «dito preso em algum maleficio.»

Concorda plenamente quanto á especie o Cod. do Brazil no art. 121.º, mas a pena é só de seis a dezoito mezes de prisão; e nem se comprehende o caso do impedimento posto á captura dos réus¹.

A Ord. cit. tambem não inculcava o impedimento posto por qualquer pessoa do povo a outra do povo, para obstar á prisão de um malfeitor. Nem o Alv. de 28 de Julho de 1751, nem a Lei de 3 de Agosto de 1759 toca em similhante especie, restrictas estas leis como são ás resistencias dirigidas contra a auctoridade da justiça.

¹ Este Cod. é explicito a similhante respeito, declarando que a sua disposição se restringe á prisão em *flagrante delicto* ou á de homens condemnados por sentença. O § nas palavras — *quando este tinha poder para prender* — que se repetem no art. seguinte, tem por fim restringir a inculcação no mesmo sentido. Mas é sempre um gravissimo defeito não designar expressamente, nos termos do principio consignado no art. 18.º, os elementos constitutivos do crime, senão remissivamente, o que torna difficil a cognoscibilidade do Cod., e complicado e mais complexo o exame de suas disposições que um jurisconsulto póde fazer, mas que o legislador deve abster-se de prescrever virtualmente por tal forma a qualquer cidadão, para quem todas e cada uma das disposições penaes devem ser claras e de prompta comprehensão.

ARTIGO 191.º

Aquelle que estando preso em cadeia publica ou em qualquer prisão ou lugar de custodia ou detenção, fugir ou tentar fugir por meio de arrombamento ou qualquer violencia; ou se, estando debaixo da guarda dos empregados ou agentes da Auctoridade publica, fugir por meio de violencia, ou que pelos mesmos meios fugir das mãos de qualquer pessoa do povo, quando esta tinha poder para o prender, será condemnado por este só facto á pena de seis mezes até um anno de prisão, cujo cumprimento terá lugar segundo o disposto no art. 94.º para os crimes commettidos durante o cumprimento da primeira condemnação.

§ 1.º A disposição d'este artigo terá lugar sem prejuizo das penas mais graves em que tenha incorrido pelos actos de violencia.

§ 2.º Se fugir por algum outro meio criminoso será punido com prisão até seis mezes.

Art. 94.º, 359.º a 363.º, 38.º e rel.

Antes de tudo não podemos deixar de transcrever n'este lugar, como digno de imitação, o Cod. do Brazil que no art. 126.º diz assim:

«Se a fugida for tentada ou effectuada pelos mesmos presos, não serão por isso punidos, mas serão mettidos em prisões solitarias, ou lhes serão postos ferros como parecer necessario, para segurança, ao juiz debaixo de cuja direcção «estiver a prisão.»

«Fugindo porém os presos por effeito de violencia contra «o carcereiro ou guarda—Penas: de prisão por tres mezes «a um anno, alem das que merecerem pela qualidade da violencia.»

Mais digno ainda de imitação é a este respeito o Cod. da Baviera, no art. 330.^o, que diz assim:

«Le détenu qui s'évadera ou cherchera à s'évader en employant la violence contre les personnes, ou à l'aide de tout autre crime, ne sera passible que des peines prononcées par la loi contre ces violences ou crimes.»

O legislador, explica o comment. official d'este Cod., não viu no facto da evasão considerado em si mesmo, e quando desacompanhado de algum crime, senão uma consequencia do desejo natural da liberdade; e empregando as palavras=*violencias contra as pessoas*=absolve-se de incriminar esse mesmo facto, ainda quando o preso tenha empregado *violencias contra cousas*, como arrombamento ou uso de chaves falsas, ou outros meios semelhantes.

O Cod. Hesp., art. 190.^o e 269.^o, seguiu o mesmo caminho e foi ainda mais longe, porque guardou absoluto silencio¹.

O Cod. Fr., art. 245.^o, ficou muito distante d'estes bons modelos, pois que só não incrimina o facto da evasão no mesmo preso, quando não seja feito com *arrombamento ou violencia=bris de prison ou violence*=; por esse facto impõe a pena de seis mezes a um anno de prisão, salvas outras mais graves correspondentes á qualidade das violencias.

Confrontado este art. com o do presente Cod. que analysamos até ás palavras=*violencia*=; e attenta a identidade da pena, vê-se claramente que o legislador imitou completamente o Cod. Fr., que fica assim sendo a fonte proxima d'este nosso artigo.

Comtudo a pratica, a hermeneutica e as opiniões dos dou-

tores, têm adoptado a severidade do Cod. Fr. tudo quanto têm podido sem destruir a sua letra; e por esta forma não consideram crime a evasão do preso pela porta, buraco ou janella que elle achou aberta ou arrombada; não reputam arrombamento=*bris de prison*=senão o *exterior*, e por isso não comprehendem nem a escalada nem o rompimento de ferros que liguem o preso; assim como entendem a palavra=*violencia*=sómente empregada para com os *encarregados da guarda da prisão*. Carnot, Chauveau e Helie, Hauss e Sulpici.

Os modernos Cod. da Alemanha, Etud. comp., seguiram uma doutrina analogo, com a differença de serem explicitos em declarar, que por *violencias* se entendem as feitas *contra as pessoas*, como o Cod. da Baviera, sujeitando os delinquentes de evasão simples sómente ás *penas disciplinares* autorisadas pelos regulamentos da prisão, como dispõe o Cod. do Brazil.

O Cod. da Sardenha, art. 238.^o, concorda inteiramente com o Cod. Fr., e sendo tambem explicito em declarar que as violencias sómente se entendem *contra pessoas*, aggrava a pena se o preso fez uso de armas.

O Cod. das Duas Sicilias, art. 253.^o, ficou áquem de todos os Cod. supracitados, punindo não só a *evasão simples*, mas aggravando-a nos casos de violencia ou arrombamento violento=*à l'aide de violence ou de fraction violente*=.

Sobre todos porém é muito notavel a disposição do mod. Cod. da Prussia, § 96.^o, punindo os casos de motim ou de fuga ou tentativa de fuga entre *presos*, por meio de *força aberta*, sómente com a prisão simples de seis mezes, e a vigilancia especial de policia facultativa, ficando em silencio a respeito do mesmo crime, quando commetido por um preso.

As leis inglezas punem ainda hoje com a multa e prisão o facto do preso que, estando em processo de accusação por crime, illude a vigilancia dos guardas e realisa a fuga (Blackston, tom. 3.^o pag. 411). No rigor da lei, diz este auctor, o preso deve *submitter-se* tranquillamente á prisão, até que seja absolvido pelos tramites ordinarios da justiça, ainda que proceda fortemente em favor d'elle o desejo natural de se ver em liberdade.

¹ O seu comment. Pacheco explica-se nos seguintes termos:

«Que las personas encausadas y presas desean y procuran salir por qualquier medio de las carceles donde se les custodia, es un sentimiento y una aspiracion natural, que ni castiga, ni podria castigar legitimamente nuestra ley. Si lo han hecho otras, no era ciertamente un mérito qui tuvieran, una condicion que debiera imitarse. El legislador no debe pedir á los hombres que hagan lo que no pueden hacer, que se resignen á lo que pasa los límites de su naturaleza. Cuando hay que forzarlos á unos hechos, que son en cierto modo contranaturales, de otros, y non de ellos mismos, han de ser el encargo y la obligacion que el derecho impone y exija.»

Por direito romano não se reputava liquido se a tentativa da fuga devia ser assimilada á crasso consummada, questão esta muito controvertida entre os antigos juriconsultos. A assimilhação era rejeitada na pratica: «... fuga non sequita, effractores puniuntur, non eadem pena, sed mitiori¹.»

A jurisprudencia franceza antiga seguiu a mesma pratica². Esta distincção era justa como fundada sobre a ausencia de prejuizo, quando o crime não passou os limites da tentativa.

O Cod. Fr. no art. 243.^o não adoptou a distincção, mas cumpre advertir, nota Chauveau, que para a tentativa ser punivel é preciso que a intenção da evasão se manifesta pelo arrombamento ou pelas violencias, reunindo assim os caracteres essenciaes que exige o art. 2.^o do mesmo Cod.

A mesma doutrina se deve applicar ao art. 191.^o d'este nosso Cod., repetindo aqui, alem d'isso, o que temos dito em outros logares, que, em vista do que dispõe o art. 9.^o, os réus da tentativa soffrem uma pena, ainda que provem que suspenderam a execução do crime por determinação de sua vontade, devendo contudo em tal caso ser-lhes reduzida como circumstancia attenuante, segundo as regras geraes.

E se o réu, tendo consummado a evasão, vier depois entregar-se á prisão ou se apresentar voluntariamente ás autoridades, deverá ser punido? Se as violencias são pessoas, certamente que é por ellas responsavel; mas se são rezes, se a evasão foi praticada por meio de arrombamento da cadeia, aquella circumstancia deveria releva a pena.

O Cod. é omissio a este respeito, e por isso, forçados a recorrer ás disposições geraes, nos termos do art. 26.^o n.^o 7.^o, concluímos que a mesma circumstancia não é mais que attenuante! E comtudo, se a intenção do legislador é reter os presos nas cadeias, reforçar os ferros das prisões, auxiliar a vigilancia dos carcereiros, tornar mais leve e mais segura a tarefa e responsabilidade dos guardas pelo temor de uma responsabilidade, a mesma razão colhe para que se lhes destrua esse temor, se os fugitivos se recolherem a uma cadeia publica,

¹ Chauv. e Hel., c. 28.^o tom. 3.^o pag. 122.

² Id. ibid.

pelo menos quando assim o praticarem dentro de certo praso, e não tendo depois da fuga commettido algum delicto grave.

Se o preso fugido é capturado, e se dá a respeito d'elle esta ultima circumstancia nos termos do § 1.^o, o carcereiro e guardas não são punidos pela sua omissão; e o proprio preso que voluntariamente vem apresentar-se na cadeia, ao passo que por esse seu facto com mais razão releva esses agentes, não pôde eximir-se pelo mesmo facto de soffrer uma pena!

Não ha justiça nem verdade moral n'estas conclusões que são logicamente deduzidas das determinações do Cod. São repugnantes e prejudiciaes aos interesses sociaes. Se a promessa da impunidade convida ao arrependimento, como reconhece e applica o legislador aos casos referidos no art. 176.^o, e ao do art. 179.^o § 4.^o, de analogia disposição se carecia para o caso do presente art.

A injustiça d'este art. ainda mais se demonstra, vendo-se que não só não trata determinadamente das violencias contra o carcereiro e guardas, como o Cod. do Brazil, nem menos determinadamente das violencias contra pessoas, como o Cod. da Baviera e outros da Allemanha, mas que trata indeterminadamente das violencias, como o Cod. Napolitano, e até, para não ficar a menor duvida sobre a generalidade da expressão, no mesmo art. se encontram as palavras=*qualquer violencia*=, o que exclue toda a interpretação benigna.

Acrece que o art. assimilha a evasão, quer ella tenha logar de uma cadeia publica, de um carcere, quer de um logar de detenção ou simples custodia; quando é evidente que a necessidade social da repressão, e mais preventiva que coercitiva, da violação do sequestro material do cidadão, preso ou detido, não tem, em ambas as situações, o mesmo grau de importancia.

Estes defeitos são tanto mais indesculpaveis, quanto que elles em parte se achavam previstos na jurisprudencia pratica do reino, como entre outros dá por certo Sousa, Clas. dos crim., pag. 89, sobre o crime=*arrombamento de cadeia*=, aonde diz: «se dentro em breve termo recolherem á cadeia, nenhuma pena»; e assim foi julgado, como nota o dr. Themudo no arresto que vem no Repert. ás Orden., edic. Vicent., tom. 2.^o pag. 292:

«Estando preso um homem na cadeia de uma villa pe-
«quena, foi a ella um seu parente, e desferrolhando as portas,
«o levou consigo; tornou-se este preso á cadeia voluntaria-
«mente dentro em doze horas; e julgou-se em relação que se
«não livrasse elle nem o carcereiro, senão o que o levou.»

Doutrina semelhante se encontra no Cod. das Duas Sici-
lias, art. 254.º A mesma razão pedia que, em relação ao preso,
fosse admittida uma distincção analoga, e tanto mais que este
nosso Cod. tambem a admitta no art. 192.º, com relação aos
encarregados da guarda do mesmo preso¹.

Não podemos largar este objecto sem ainda notar a sem-
ranção com que o art. include e confunde na mesma incrimina-
ção, não só a evasão com violencia da guarda dos agentes da
auctoridade publica, mas ainda das mãos de qualquer pessoa
do povo, nos casos em que pôde prender.

O art. para esta assimilhação sómente considera o facto
consummado, excluindo portanto a tentativa, e nem esta pôde
então ser punivel segundo a regra estabelecida no art. 8.º,
visto que ao crime corresponde uma pena correccional. É pois
licito, n'este segundo caso, ao preso fazer as suas diligencias,
resistir, salvas as penas em que incorrer pela qualidade da vio-
lencia, considerada em si mesma.

Pois então se é a mesma lei que assim permite n'este
caso o que prohibe a respeito do encarcerado ou recluso, como
é que podem assimilhar-se as duas hypotheses?

Se o preso ou que se pretende prender está innocente,
esse sentimento lhe dá força para resistir á injustiça com que
é tratado, a não se accomodar a soffrimento que não merece.

¹ Os defeitos que notámos no art. mais se agravam na pratica em con-
sideração do mau estado das nossas prisões em todo o reino, á excepção quasi
de Lisboa e Porto.

É exigir uma cousa sobrenatural, quasi impossivel, de um preso que vendo
ette a facilidade que tem de sair da prisão, empregando um pequeno esforço,
se conserve sosegado e tranquillo dentro d'ella por muito tempo. Tarde ou
cedo vem a ceder á tentação de todos os dias, de todas as horas; e a final se
a negligencia do carcereiro ou guarda é punivel, a incuria do governo não é
menos reprehensivel, não é menos causa do delicto que se commette. Este es-
tado das prisões é uma permanente infracção do art. 145.º § 21.º da Carta.
Ella quer que as cadeias sejam seguras material e preventivamente, e não
moral e coercitivamente.

Elle sabe que a innocencia nem sempre é um escudo; que as
suspeitas, as apparencias podem tomar a altura de provas pela
apreciação dos juizes ou dos jurados. Pôde receber inimigos ou
interessados em perde-lo, e que mesmo sem inimidade pessoal
aproveitem o verdadeiro criminoso e seus satellites a occasião
para arredarem de si mesmos toda a imputação. Pôde ter fe-
rido ou morto, quando fortemente provocado, ou em legitima
e necessaria defeza, e todavia ser apanhado ou visto no fim
ou quasi no fim do conflicto, e não ter assim as provas da sua
escusa ou innocencia, e por isso considerar na fuga a sua ul-
tima tábua de salvação.

Se o preso é realmente culpado e o crime é grave, o hor-
ror, a imaginação, o temor do castigo, os incommodos de uma
angustiosa e longa detenção, as despesas com um processo, e
em parte as mesmas considerações que preoccupam o inno-
cente, imperam com a mesma força no seu animo para pro-
curar evadir-se por qualquer forma.

Se o crime é leve ou menos grave, os incommodos de uma
prisão e a disposição da Carta, art. 145.º § 21.º e leis respecti-
vas, para que ninguém seja conduzido nem conservado na pri-
isão se prestar fiança idonea, lhe fazem appetecer a fuga, para
de fóra da cadeia requerer livramento, prestada essa fiança.

E finalmente, em todo o caso pôde o preso tomar a de-
liberação de se sumir, de se esconder, de se expatriar, sof-
frendo assim desde logo uma verdadeira expiação ou prefer-
rindo um mal que reputa menor, postoque certo, a outro
maior de uma condemnação, postoque eventual, deixando-se
processar á revelia e como ausente.

Estas considerações que podem ter applicação, mesmo ao
caso de se achar o réu preso em cadeia publica, procedem
com mais força quando é a mesma lei que deixa de incrimi-
nar o facto da fuga sem violencia, se o mesmo réu estava só-
mente em poder dos officiaes de justiça ou em mãos de qual-
quer pessoa do povo¹.

¹ O Cod. Resp. no art. 190.º não confundiu nem assimilhou as duas hy-
potheses; antes d'ellas tratou distinctamente para o effeito de mandar punir
na segunda os delinquentes somente com o grau minimo da penalidade que es-
tabeleceem na primeira.

Houve tempo em que os presos evadidos de uma prisão com arrombamento eram punidos com a pena capital¹, ainda que estivessem innocentes do crime por que se achavam encarcerados: l. 1.º D. de effract e outros.

A nessa Ord. do liv. 5.º tit. 48.º abstinha-se de incriminar esse facto quando tinha cúmplices de fóra da prisão².

Esta opinião se confirmava pelo que dispunha a Ord. do liv. 1.º tit. 60.º § 3.º, determinando que o julgador que desse residência e fugisse se houvesse por convencido e confesso de todos os crimes, excessos e causas por que fosse accusado ou demandado em razão de seu officio.

Havendo caducado esta penalidade barbara e injusta a todos os respeito, como repugnante ás regras do direito penal que exigem provas directas e positivas sobre a imputabilidade das acções criminosas, e com a instituição dos jurados a quem a lei não impõe regras de convicção, mais do que as do sentimento intimo da sua consciencia, ficava a nossa legislação criminal em silencio na hypothese dada, para não incriminar os réus presos que praticassem o arrombamento com ajuda de fóra.

O nosso art. portanto, supprindo essa lacuna, e comprehendendo a mesma hypothese pela exclusão da distincção que fazia a Ord., em lugar de melhorar a nossa legislação criminal n'esta parte peiorou-a, contra os dictames da justiça e da equidade, promettidos no art. 145.º § 18.º da Carta.

São resabios em parte da lei romana, e em parte da velha

«La simple fuite ou évasion de la part d'un prisonnier ou d'une personne «qu'on veut arrêter, n'est jamais punie, ni même la résistance lorsqu'elle est «modique et sans armes ni violences publiques. En effet, il est naturel à une «personne qu'on veut arrêter ou qui l'est déjà de chercher à se sauver des «mains de la justice, pour éviter la peine qu'elle mérite, et à plus forte rai- «son si elle est innocente.» Chauv. e Mel., tom. 3.º pag. 176.

¹ Questionam porém os AA. se esta pena capital era a deportação ou do ultimo supplicio. Vid. Meth. de Crim. l.º 48.º, D. tit. 16.º cap. 4.º

² «Esta Ord., diz o desembargador Oliveira. só falla das que fugirem sem «força ou ajuda de fóra; porém se fugirem com a dita força e ajuda, não diz «a lei em que penas incorrem; pois a pena do § 1.º só é imposta contra os «que tirarem os presos e não contra elles; e no § 2.º não se diz mais senão «se haja prorado o maleficio, que vem a ser o por que estava preso; é assim «que falta a Ord. em prover no tal caso. Salvo se dissermos que se contenta «com a pena de se haver o delicto por confessado; a isto me inclino.»

Ord. do liv. 5.º tit. 48.º § 2.º Ainda que o preso seja um innocente soffre uma pena, se teve a impaciencia de não esperar pela absolvição judicial, arrombando para esse fim a cadeia ou praticando alguma outra violencia, ou mesmo evadindo-se com qualquer violencia do poder dos officios de segurança ou das mãos de qualquer pessoa do povo!¹

Por ultimo, e para remate da analyse d'este art. e dos muitos defeitos e vicios que encerra em tão poucas linhas, chamamos a attenção sobre a sua parte final.

Determina-se ahí que o cumprimento da pena terá logar segundo o disposto no art. 94.º para os crimes commettidos durante o cumprimento da primeira condemnação. Isto é se for compativel com esta, ou simultaneamente ou successivamente, aliás tem logar uma substituição pela aggravção da pena correspondente ao crime ou crimes por que o réu se achava preso.

Esta disposição é concebida em termos absolutos, não providencia para os casos de absolvição dos réus; não é lícito aggravar a situação dos mesmos réus senão nos termos litteraes da lei penal; e nem o art. soffre limitação n'esta parte, pelo que se dispõe no seu § 1.º, por isso que sómente resalvou as penas mais graves. É pois claro que sempre que não houver questão de compatibilidade, de simultaneidade, de successão ou de aggravção com relação a uma pena que não existe, porque não teve logar a condemnação, e a pena cor-

¹ Temos assim como justificada completamente a disposição dos Cod. do Brazil e da Baviera; e nós ainda iríamos mais longe, considerando sim e sómente puníveis as violencias contra pessoas, segundo a qualidade das violencias, mas attenuando as penas respectivas. A causa que justifica o fim certamente que não releva a respeito dos meios, mas desculpa-os.

Não ha intencionalidade completa no commettimento das violencias, o fim é outro, e estas sómente são meio. O ladrão que tem por fim commetter um roubo, mas não um sacrilegio, não deve ser punido com as penas d'elle, se forem maiores que as do roubo, quando o descalço não foi mais que uma circumstancia aggravante do crime. Com mais razão procede o argumento no caso da fuga do preso, em que ella não é incriminada em si mesma e sómente em razão das circumstancias de que é acompanhada, como meios de se alcançar esse resultado. As regras gerais do Cod. a que são as da sciencia do direito criminal, no art. 14.º n.º 1.º, 2.º, 3.º, 4.º e 5.º, assim como no art. 20.º n.º 4.º — *A necessidade e a intenção de evitar um mal* — confirmam plenamente a theoria que acabámos de expender.

respondente aos actos de violencia não for mais grave que a de seis mezes a um anno imposta no art., o réu não pôde sofrer pena alguma pelo facto da fuga. E esta conclusão justifica-se, porque o legislador pôde ter em vista relevar de toda a pena em razão da injustiça da detenção demonstrada ou presumida legalmente em vista da sentença.

Seria esta a intenção do legislador? Muito o duvidamos, porque o seu espirito de severidade foi outro. Mas não é lícito ao interprete ser mais severo que as palavras com que o legislador se explicou¹.

O Cod. das Duas Sicílias contém no art. 253.º uma analogia disposição, estabelecendo porém a pena de *reclusão* para ser accumulada durante o cumprimento da pena do crime principal, se o réu for condemnado. D'onde também resulta que não podendo ter lugar a accumulção senão nos casos de estarem ou de virem a ser condemnados os presos por outros crimes, não podem estes ser punidos pelo facto da fuga, mesmo violenta ou com arrombamento, se são absolvidos, excepto pelos crimes praticados contra pessoas contemplados em si mesmos.

Quanto ao que declara o § 1.º, analogia declaração se encontra nos art. do Cod. referidos ao art. 189.º § 2.º e em alguns dos Cod. estrangeiros citados ao art., e entre estes na parte final do art. 215.º do Cod. Fr.:

«... le tout sans prejudice des plus fortes peines qu'ils auraient pu encourir pour d'autres crimes qu'ils auraient commis dans leurs violences.»

Na especie de que se trata e em presença do que acabamos de expender, seria de justiça que este § tivesse uma limitação, por virtude da qual se declarassem exceptuados os casos em que as penas mais graves do crime ou crimes accessórios, baixadas sómente de um grau, quando houvesse con-

¹ O art. 245.º do Cod. Fr. determina que a pena seja cumprida immediatamente depois do cumprimento da pena do crime principal, nos casos de condemnção ou immediatamente depois da sentença de absolvição do mesmo crime; isto era explicito, porque incriminava o facto da *evasão* em si mesmo — *pour ce seul fait* — sem prender exclusivamente o cumprimento da pena aos casos de concurso com as impostas pela condemnção.

demnação pelo crime principal, e de dois graus quando houvesse absolvição, ficassem inferiores no seu maximo ao da pena correspondente ao mesmo crime, isto é, d'aquella a que o réu se quiz subtrahir pela evasão com violencia ou arrombamento.

Quanto ao que se determina no § 2.º do presente art. se nos offerece notar: 1.º, os seus termos defeituosos por serem remissivos, sem designação dos factos, ou pelo menos com referencia aos art. do Codigo em que elles se acham incriminados em si mesmos. Isto é contrario ao principio da *co-gnoscibilidade* que deve ter um Cod. Pen., como já temos ponderado. O § não melhora por tal forma a disposição da Ord. do liv. 5.º tit. 48.º § 3.º, ordenando que o julgador punisse os translugas *a seu arbitrio*, havendo respeito ás *culpas que nas fugidas tivessem*.

Os Cod. citados não consideram senão os factos de *arrombamento* ou de *violencia* como elementos constitutivos da incriminação.

2.º Sobre a penalidade, por excessiva e diminuta, em harmonia com o que se declara no § antecedente. Se o meio *criminoso*, de que o preso tiver lançado mão, for, por exemplo, o de falsificação e emprego de um despacho ou ordem de soltura, como passado e assignado pela auctoridade competente, seria a penalidade aqui imposta repugnante a outras disposições do Cod., o que deveria ser resalvado. Se a resalva porém era inutil, a que se fez no § antecedente foi superflua, e estas incoherencias são sempre contrarias á clareza necessaria, por ser regra de direito que as superfluidades não se presumem nas palavras do legislador. A declaração a julgar-se necessaria devia tomar o lugar do § 2.º e passar este a 1.º, redigindo-se a disposição por modo tal que abrangesse tanto a *violencia* como *quaesquer outros meios criminosos*.

3.º Sobre a mesma penalidade, que ella, fóra dos casos de condemnção, não pôde ter lugar, se os meios de que o preso se tiver servido não forem qualificados criminosos, nem, nos casos de absolvição, pelo crime ou crimes causa da prisão. O § deve entender-se em harmonia com o art. quanto ao cumprimento da pena, e portanto concluir-se que elle, sem des-

truir a regra que estabeleceu com referencia ao art. 94.º, só teve por objecto modificar a pena contra meios não de violencia, mas criminosos

4.º Que se deve advertir que este art. e seus §§, vista a referencia ao art. 94.º para o cumprimento da pena, e em presença do art. 196.º, não é applicavel nem aos presos em custodia e detenção, nem aos condemnados por sentença se já a tiverem cumprido. É restricto aos presos por crime commetido, sobre que tenha sido ou deya ser instaurado o competente processo.

Resulta d'estas ponderações: 1.º, que a simples fuga da cadeia publica não é facto punivel em si mesmo; 2.º, que os simplesmente detidos podem fugir sem crime; 3.º, que tambem podem fugir sem crime se tiverem cumprido a sentença; 4.º, que sómente são puniveis os factos empregados para a fuga, se forem criminosos em si mesmos, violentos ou de arrombamento; 5.º, que mesmo quando os meios forem de violencia ou de arrombamento, criminosos ou não criminosos, a pena fica prejudicada em casos de *absolvição dos crimes ou causa da prisão*, se as penas correspondentes forem iguaes ou menos graves que a que se estabelece no art. e presente §.

Embora se possa deduzir por argumento que outras fossem as vistas do legislador, aos réus devem aproveitar as conclusões mais benignas que possam resultar dos defeitos ou da obscuridade dos termos com que se explicou, e assim o quiz elle mesmo, como se prova da sua regra geral estabelecida no art. 18.º

ARTIGO 192.º

Qualquer empregado ou agente encarregado da guarda de qualquer preso, que tiver dolosamente procurado ou facilitado por quaesquer meios a fugida do mesmo preso, se este o estava por crime a que a Lei impõe pena de morte ou qualquer pena perpetua, será o empregado ou agente condemnado a trabalhos publicos temporarios.

§ unico. No caso de ser temporaria a pena d'esse crime, ou de que a prisão fosse por qualquer outro motivo, a pena do empregado ou agente será o degredo temporario.

Art. 33.º e ref.; art.º 35.º e ref.

É este o caso da *connivencia* de que trata o Cod. do Brazil no art. 125.º

Concorda o Cod. Hesp. no art. 269.º, distinguindo não a qualidade do crime, mas o estado do processo com sentença ou sem sentença transitada em julgado¹; o Fr., art. 240.º, distinguindo a natureza do crime, com abstracção da pena correspondente; o da Sardenha, art. 216.º, e o da Baviera, art. 328 e 329.º, contemplando a intencionalidade e não o modo da evasão dos carcereos ou de qualquer outro logar.

Segundo as leis inglezas nos casos de *connivencia* se tornam os agentes ou empregados co-réus do preso, e por isso fica dependendo o cumprimento da pena da condemnação do réu principal, cujo julgado deve preceder (Blackston, tom. 4.º pag. 413, Laya, Cod. Pen., pag. 232).

¹ A distincção firmada no estado do processo admittin-a o Cod. no art. 197.º § 1.º Se é loca esta base, por que razão foi aqui rejeitada? A importancia ora de um ora de outro Cod., sem se coordenar ligada a um systema, faz depois apparecer um todo, que participando de todos os systemas, fica sem nexo nem systema algum.

Pelas nossas leis anteriores ao Cod. tomava-se em especial consideração o caso do suborno ou peita do carcereiro. Pela Ord. do liv. 1.º tit. 77.º § 7.º, e Alv. de 28 de Abril de 1681 § 9.º, correspondia ao crime a pena de morte, e dá a razão este Alv., confirmado pela Lei de 20 de Julho de 1786: «por-que n'este caso não só commettem (o carcereiro ou guarda) «grave erro de officio, mas o crime de furto, e é de razão que «tenham pena que satisfaça uma e outra culpa»; e no caso de dolo, sem ser por dinheiro, se comminava, como nas leis inglezas, a pena de morte, se fosse a correspondente ao crime do preso¹, cit. Ord. § 3.º, e nos outros malefícios, além da reparação civil, o degredo por *quatro annos*, cit. Alv.

A confrontação da indicada legislação faz-nos ver os defeitos do presente art.

É o primeiro não se ter incriminado aqui especialmente a circumstancia aggravante da peita ou do suborno: 1.º, porque assim estava na legislação patria anterior; 2.º, porque no art. 190.º § 1.º contemplou o legislador a mesma circumstancia assimilhando os peitantes ou subornadores aos respectivos empregados subornados ou peitados; 3.º, porque assim fica incompleta e manca a disposição do mesmo § 1.º por conter uma referencia sem o seu referido, que tinha aqui o seu competente lugar.

Na falta de disposição ou incriminação especial, parece, para cumprimento do § 1.º do cit. art. 190.º, dada a hypothese da peita ou suborno, dever-se recorrer á disposição do art. 318.º; mas esta viria arrastadamente, e fica logo de impossivel execução em vista do § 1.º do mesmo art., determinando que se o acto injusto e executado por virtude da peita ou suborno for um crime a que esteja decretada pena mais grave, seja imposta essa pena, e portanto nenhuma então especial por causa de peita ou suborno.

A pena comminada em geral = *por quaesquer meios* = no presente art. é maior que a do art. 318.º; consequentemente

¹ E pouco importava a condemnação ou não condemnação do preso; bastava que ao tempo da fuga fosse accusado por = *maleficio tal, que se provado fosse, decaria morrer*. = Ord. cit. § 3.º

o que se exige é unicamente que tenha havido *dolo* da parte dos empregados ou agentes. Não considerámos acertada esta disposição, que assim apparece seguramente por omissão do legislador: tambem não temos como de absoluta exactidão a razão expressa no Alv. de 28 de Abril de 1681; mas sempre é certo que um erro de officio, mas desinteressado, e muitas vezes por dedicação á pessoa de um preso, não tem a immoralidade do mesmo erro de officio, quando pago ou comprado por dinheiro ou cousa que o valha.

Resta portanto, ou recorrer á regra geral do art. 19.º n.º 7.º para se aggravar a pena, nos termos prescriptos nos art. 78.º e 79.º, ou concluir que o legislador já contemplou aqui na expressão = *quaesquer meios* = o suborno assim como outros quaesquer, e que assim não é licito distinguir para a pena o que elle não distinguio, embora o presente art. fique em antinomia com o § 1.º dos art. 190.º e 318.º, aonde a peita ou suborno mereceu a sua especial consideração.

E o segundo defeito a imitação do Cod Fr., distinguindo a criminalidade do facto pela natureza do crime do preso, segundo a pena que se achar imposta pela lei.

Se o preso já tinha sentença de condemnação passada em julgado, a disposição do art. poderia ter lugar; mas na pendencia do processo não é possivel aos agentes ou empregados encarregados da custodia concluir com certeza qual a pena que por lei ha de ser applicada ao crime ou crimes de que o réu é accusado. Depende da apreciação do facto, da interpretação juridica e do julgado conhecer-se qual a pena, *que por lei, em uma hypothese dada*, tem de corresponder ao crime.

Portanto, ou se deve rejeitar a distincção firmada em tal principio, ou se deve esperar pela condemnação do preso, para se saber, como exigem as leis inglezas, qual a pena que por approximação se deve impor aos que estavam encarregados da prisão¹.

¹ « Dans le langage de la loi, nul n'est censé avoir commis un crime, si ce ne sont ceux que la justice en a déclarés coupables: et d'ailleurs comment savoir, si ce n'est après le jugement, que le fait commis emportera telle ou telle peine? » Chauv. e Hcl., tom. 3.º a pag. 212.

O legislador teve em peral estes auctores presentes na redacção do Cod. Lamentámos que não lhe fossem tambem aqui presentes.

Isto porém é inadmissível por complicar o andamento dos dois processos, e forçar os segundos réus a esperar mais tempo na prisão que o preso de cujo crime se trata.

O erro pois de officio é um crime em si mesmo; e que pôde mesmo ser attenuado, quando se conheça que por elle se prestou serviço a um innocente e não a um criminoso.

Quanto á pena imposta no art. — *trabalhos publicos* — que nós rejeitamos como viciosa em todos os casos, tem mais aqui o defeito de não ter analogia com o crime. O carcereiro ou guarda deve sim soffrer o mal e incommodo da prisão de que pretendem livrar o preso, mas nunca uma pena correspondente a delicto alheio que não commetteu.

Por ultimo notaremos que, fóra dos casos de peita ou de suborno, ordenou o Alv. de 20 de Julho de 1786 que a pena corporal fosse de quatro annos de degraço para o Brazil; e aqui n'este nosso art. impõe-se a de trabalhos publicos temporarios, que pôde ir de tres a quinze annos! Dever-se-ia attender a que o carcereiro ou empregado soffre tambem, como effeito ou consequencia da pena, outra que o é realmente, a da privação do seu officio ou lugar, alem da reparação civil.

Quanto á incriminação especial do § un., tem concordancia, quanto aos crimes de menor gravidade, no art. 238.º do Cod. Fr. e nos da Italia que o imitaram, isto é, no da Sardenha, art. 247.º e 248.º, e no das Duas Sicilias, art. 255.º n.º 1.º e 2.º Os modernos Cod. da Allemanha, Études comp., consideram as razões da distincção sómente para fazer dos factos em que se firmam circumstancias attenuantes ou aggravantes do delicto e não elementos constitutivos de incriminação especial. Os Cod. da Baviera e da Hespanha seguiram este caminho, não fazendo semelhantes distincções.

A nossa legislação anterior admittia a mesma distincção, como se vê da Ord. do liv. 1.º tit. 48.º § 3.º: «E sendo accusado (o preso) por outro qualquer *maleficio menor*, será

¹ Segundo a intelligencia dada aos art. concordantes do Cod. Fr., não se entendem comprehendidos os presos por medida disciplinar, os estrangeiros em virtude de uma ordenação de extradição, nem os detidos por dividas civis; Sulpici, ao art. 237.º n.º 5.º, 6.º e 7.º; Carnot, Chauveau e Hélie, e outros.

«esse carcereiro açoitado publicamente e degradado *dois annos* para Africa.»

O Alv. de 28 de Julho de 1686 subdividiu a hypothese, considerando um terceiro grau menos grave ainda: «E quando succeda fugirem os presos por *culpa leve ou levissima*, ha-verão os ditos carcereiros a pena que os casos merecerem, «a arbitrio dos ministros que os sentenciarerem.»

Este arbitrio achava-se fixado pelo art. 1250.º da Nov. Ref. Jud., segundo o qual a pena em casos taes não podia exceder a seis mezes de prisão ou desterro para fóra da comarca, ou multa até 40\$000 réis.

N'estes casos, em conformidade com o cit. art. 238.º do Cod. Fr., a pena é só de seis mezes a dois annos de prisão; e o § adopta em lugar d'esta, que é correccional, uma outra que é *criminal*, qualificada pelo art. 29.º em quarto lugar d'entre as penas maiores.

Sem duvida que é muito reprehensivel o procedimento de um carcereiro ou guarda que falta aos deveres do seu officio, trahindo a lealdade com que deve deter e vigiar um deposito, que a auctoridade publica, em nome da sociedade e das leis lhe confiou; mas tambem é certo que a prisão é uma pena bastante afflictiva, e que se pôde tornar muito mais do que ella é em si mesma pelas privações e accessorios, de que legitimamente pôde e deve ser acompanhada, mas diminuindo-se a sua duração na razão inversa do soffrimento¹.

¹ Infamar o cidadão sem o corrigir, sequestrar-lhe a liberdade por um grande periodo que lhe pôde arrebatrar toda ou a maior parte da vida, inutilisarlo assim para si e para os outros, é sempre uma grande desgraça e um erro deploravel: mas praticar-se o mesmo em castigo de crimes que demonstram infidelidade ou desprezo de deveres publicos, mas não a perversidade da alma e do coração que comprometta a segurança do Estado, ou a individual e de propriedade do cidadão, é uma barbaridade e pura vingança que nada melhora, quando o legislador só deve punir, guardando as regras da justiça e da equidade.

O legislador para não espedir o thesouro da penalidade, para evitar o vicio da prodigalidade na distribuição das penas deveria soffrer previamente cada uma d'ellas, por alguns mezes, não dizemos annos, e ainda assim fazer-se-lhe acreditar e sentir que não era só uma experiencia, mas uma realidade. Devia ser impedido, durante essa instrução, de gozar as commodidades que seus meios lhe podessem subministrar; separar-se de seus amigos e parentes, e ora ser obrigado ao trabalho duro em uma prisão, ora a exportar-se a uma

Ferimentos graves contra pae ou mãe podem ser punidos com degredo *temporario*, do mesmo modo que um carcereiro que deixa fugir da prisão um homem que n'ella estava por não poder pagar uma multa, ou não ter comparecido na audiência como jurado; o impio que lança por terra as Sagradas Formas, só com a intenção de insultar a sociedade no que ella tem de mais sagrado e de mais respeitavel, soffre a prisão, mas simples e temporaria, e o dito carcereiro sempre o degredo!! Muitas e muitas d'estas repugnancias nos offerece o Cod.

D'esta desproporção na applicação das penas nasce não só a injustiça relativa de um para outro caso, mas a necessidade de se tornar frequente o emprego das penas infamantes, das penas perpetuas, da chamada pena de morte!

O Cod. do Brazil, art. 124.^o, sem fazer distincção de casos graves nem menos graves, pune este crime nos termos seguintes:

« Deixar fugir aos presos o mesmo carcereiro ou qualquer outra pessoa, a quem tenha sido commettida a sua guarda ou conducção. Sendo por connivencia: Penas — de prisão com trabalho por dois a seis annos, e de multa correspondente á metade do tempo. »

Demasiado é este rigor quando se não trata de presos, cuja presença na sociedade pôde causar perigo e terror, quaes são os assassinos de habito e de profissão, e os ladrões e salteadores, tíjos e havidos por taes; mas o Cod. do Brazil fica a perder de vista, comparada a sua com a nossa severidade.

Resta aos juizes rebaixar a pena até ao minimo de tres annos, e mesmo reduzi-la a prisão correccional, se encontrarem circumstancias attenuantes que possam auctorisar o uso da faculdade que lhes é concedida no art. 82.^o que, nas penas temporarias, é um poderoso antidoto contra a nimia dureza do Cod., que antes desejamos ver adoptada, para coarctar mais o arbitrio dos mesmos juizes, que apesar de indispensavel é sempre um mal, a que por isso cumpria marcar limites bem definidos e mais restrictos.

doença em paiz insalubre, a transportar-se com os condemnados para remotas regiões. Só então conheceria por approximação e por argumento de menor para maior, quanto valem as penas afflictivas, a que o nosso Cod. chama maiores, e as correccionaes.

ARTIGO 193.^o

Se a fugida tiver logar sem que concorressem da parte dos empregados ou agentes mencionados no artigo antecedente as circumstaucias ali referidas; e se os mesmos agentes não provarem caso fortuito ou força maior que exclua toda a imputação de negligencia, serão punidos com a prisão de um mez a um anno, no caso do artigo antecedente, e com a prisão de quinze dias a seis mezes, no caso do § unico do mesmo artigo.

§ 1.^o Cessará a pena d'este artigo desde que o preso fugido for capturado, não tendo commettido posteriormente á fugida algum crime por que devesse ser preso.

§ 2.^o Quando os agentes de que tratam os artigos antecedentes forem militares, a presumpção legal da negligencia não se estende alem do commandante da força armada e do seu immediato, salva a prova em contrario, e salvo o que for especialmente decretado nas leis militares, nos casos de prisão dos militares e sobre as infracções de disciplina.

Art. 38.^o e ref.; art. 15.^o n.^o 2.^o, e art. 16.^o § un.

Temos incriminado n'este art. o mesmo facto já contemplado no art. antecedente, mas considerado sómente em relação á negligencia, e portanto apparece incriminado um facto involuntario, em razão da preterição do dever da vigilancia¹.

Concorda o Cod. do Brazil, no cit. art. 125.^o, o Cod. Fr., art. 239.^o e 240.^o, e o das Duas Sicilias, art. 254.^o

O legislador do Cod. da Sardenha sentiu a difficuldade de graduar a pena nos casos de negligencia, e por isso no art.

¹ São os delictos occasionaes, involuntarios nos factos, mas voluntarios na sua causa moral remota a que nos referimos no Disc. pref. vol. 1.^o par. xxvi, da mesma natureza que os incriminados deslocaadamente nas disposições geraes do liv. 1.^o art. 71.^o, a que certamente quiz referir-se o Cod. no art. 2.^o, como ali ponderámos, pag. 9 e seg.

249.º estabeleceu a pena de prisão temporaria, regulada a prudente arbitrio do julgador, ligado sempre a determinar tambem, como pena accessoria, a suspensão do emprego. Esta disposição nos parece excellente e sabiamente reflectida.

Posto isto, torna-se evidente que o Cod. no art. antecedente, tendo sido severo em demasia nos casos de *connivencia* ou *dolo*, se tornou aqui nimamente moderado, dada a mesma hypothese nos casos de *negligencia*.

É immensa a distancia que separa os *trabalhos publicos temporarios* da *prisão de um mez a um anno*; mas a que vae da *connivencia* à *negligencia*, quando se trata da guarda de *grandes criminosos*, não lhe corresponde. Os deveres e responsabilidades dos guardas e carcereiros é então muito maior incomparavelmente que a respeito de outros presos. Os actos de *omissão* approximam-se, confundem-se com os de *omissão*.

Sem pois approvarmos a doutrina do Cod. do Brazil que no art. 123.º se afastou da sua costumada justiça e equidade, preferiríamos em primeiro logar a disposição do Cod. da Sardenha, art. 243.º, e em segundo logar a do Cod. Fr., nos arts. 238.º, 239.º e 240.º.

Quanto aos casos leves ou menos graves decididamente adoptariamos em primeiro logar a disposição do mesmo Cod. da Sardenha, que é conforme com o que dispunha a legislação patria antiga, e em segundo logar a do Cod. Fr., nos arts. 238.º e 239.º.

Este nosso art. qualifica a *negligencia* e dispensa desde logo a sua prova da *accusação*, assim como exclue a *defesa*, sempre que os réus não proveem *caso fortuito* ou *força maior*.

Outros são porém os principios que devem reger em materia criminal. *Presumpções legales* nunca devem tomar a altura de *provas judiciaes*. Ainda que a *negligencia* difficilmente se possa declinar, o ministerio publico deve prova-la e ficarem salvos ao réu os direitos da *defeza* que devem ser amplissimos e nunca restringidos pelo legislador¹.

¹ É esta a doutrina de Chauv. e Hel., e de Sulpici, ao art. 238.º do Cod. Fr., e nós acrescentaremos que repugna á natureza da instituição do jury, nos casos em que elle deva intervir, prescrever-lhe regras que devam determinar os elementos da sua convicção.

Pelo que respeita ao § 1.º, tem concordancia ou antes sua fonte proxima no Cod. Fr., art. 247.º, com a differença de se exigir ali que a captura se verifique: 1.º, dentro de quatro mezes depois da fuga; 2.º, pelo crime causa da prisão anterior e não por outros.

O Cod. da Sardenha no art. 231.º só admittir escusa das as mesmas condições do Cod. Fr., acrescentando-lhe porém a de ser feita a captura a diligencias dos mesmos carcereiros ou encarregados da guarda do preso.

Os commentadores do Cod. Fr. dizem que o crime dos carcereiros ou guardas nos casos de *connivencia* resulta de uma *grave infracção* dos seus deveres, enquanto que nos casos de *negligencia* não passa de uma *contravenção*.

Mas esta razão não justifica a disposição. A captura, de que trata esse Cod., é facto alheio que não deve aproveitar aos negligentes no cumprimento dos seus deveres, principalmente se se trata de presos de alguma consideração.

Assim como, nos termos do que dispõe o nosso Cod. nos arts. 360.º e 361.º, o réu de um ferimento é punido menos gravemente, quando o exame de sanidade prova que não resultou damno, pela deformidade, aleijão ou impossibilidade physica ou moral, assim tambem a cessação do damno social, na hypothese sujeita, deveria produzir uma attenução da pena, mas nunca a impunidade absoluta.

O Cod. da Sardenha entende-se e justifica-se facilmente pela mesma razão com que se defendem as disposições do art. 176.º e outros concordantes d'este nosso Cod., do Fr., art. 108.º e 138.º, e dos de outros paizes que o imitaram. O carcereiro ou guarda que deixa fugir o preso por negligencia, mas que depois trata de a reparar, fazendo-o capturar, alem de destruir os effeitos da omissão pela sua diligencia posterior, faz um serviço digno de recompensa que, contrabalançada com a pena, produz a impunidade do facto anterior.

Quanto á segunda condição de não haver o réu commettido crime algum depois da fuga, parece-nos duro tornar o carcereiro ou guarda responsavel em certo modo por esses factos, a que não pôde dizer-se que deu causa, senão involuntaria e remota.

Seria pois melhor o silencio sobre o objecto do §, como guardaram o Cod. do Brazil, Hesp., da Baviera e outros, ou adoptar-se precisamente a doutrina do Cod. Fr., alterada a idéa e razão de decidir, em harmonia com o disposto no art. 251.º do Cod. da Sardenha¹.

Quanto ao § 2.º, tem concordancia no art. 237.º do Cod. Fr. nas palavras—«les commandants en chef ou en sous-ordre, soit de la gendarmerie, soit de la force armée servant d'escorte ou garnissant les postes»—.

É pois claro que o Cod., estendendo a responsabilidade a todos os encarregados civis, não faz pesar essa responsabilidade sobre todos quando militares².

Os individuos subalternos que compõem a escolta ou guarda são considerados assim como pessoas estranhas, e sómente responsaveis pelos factos que pessoalmente praticarem.

É o que este nosso § resalvou nas palavras—*salva a prova em contrario*—. Introduziu contra os commandantes e seus segundos a presumpção da negligencia, mas admittiu-os a elidi-la, quando podessem demonstrar que a outrem e não a elles devesse caber a imputação. E em verdade seria duro e injusto que fossem responsaveis pelo facto da sentinella que, deixando de vigiar os muros ou janellas de uma prisão, desse causa á evasão de um preso.

¹ Põem-se, conformes ao art. 2.º do nosso Cod., os *delictes occasionaux involontaires* que um negligente pratica, ou que resultam proximoamente da sua negligencia; mas a punição dos *delictes occasionaux involontaires* que um terceiro pratica, e que só têm remotissima relação com o facto da negligencia, escapam a toda a imputação para determinar a pena de prisão correccional.

² Chauveau e Helie, tom. 3.º pag. 193, exceptua o caso da evasão de um preso por um delicto militar, por se achar especialmente previsto no art. 17.º do tit. 8.º da Lei de 21 brumaire, ann. v, assim concebido:

«Lorsque, par une coupable négligence, la force armée aura laissé éva-
der un prévenu de délit militaire confié à sa garde, les officiers, sous-offi-
ciers et les quatre volontaires les plus anciens du service faisant partie de
la force armée, seront poursuivis et punis de la même peine que le prévenu
aurait de subir, sans néanmoins que cette peine puisse excéder deux ans
de fers.»

Evidentemente se mostra que o legislador teve em vista a exposição d'este commentador na resalva que aqui fez das leis militares.

ARTIGO 194.º

Se a fugida tiver lugar com arrombamento ou qual-quer outra violencia, todo o empregado ou agente en-carregado da guarda do preso que ou for auctor do ar-rombamento ou violencias, ou fornecer ou concorrer ou não obstar a que se forneçam instrumentos ou armas para aquelle fim, será condemnado a trabalhos publicos por toda a vida.

§ unico. Se alguns outros individuos fizeram o ar-rombamento ou violencia para procurar ou facilitar a fugida do preso da cadeia ou estabelecimento publico em que se achasse ou foram cúmplices d'este crime, se-rão condemnados a degredo temporario.

Art. 26.º, 33.º, 35.º e ref.

A fonte proxima d'este art. tanto pelo que respeita á pena-lidade, como á iuriminação, é o art. 243.º do Cod. Fr.

Comtudo este art. afastou-se do Cod. Fr., ampliando a in-criminação e a penalidade ao fornecimento de *instrumentos*, á complicitade—*concurrer*—, e á tolerancia mesmo—*não obstar a que se forneçam*—¹.

Concordam quanto á iuriminação sómente o Cod. da Sar-denha, art. 250.º, precisamente nos termos d'este nosso art., e o Cod. das Duas Sicilias, art. 256.º

Os Cod. do Brazil, Hesp. e da Baviera a omittem, ficando portanto os elementos constitutivos d'ella reduzidos a circum-stancias aggravantes, para serem punidas segundo as disposi-ções geraes.

As palavras do art.—*ou não obstar a que se forneçam*—

¹ O cit. art. do Cod. Fr. só comprehendem a subministração de *armas* propriamente ditas, porque da dos *instrumentos* havia tratado em geral no art. 241.º, como adverte Carnot, se bem que Chauveau e Helie, tom 3.º pag. 172, supõem que pela palavra—*armas*—se devem entender todos os *in-struments*—proprios a favorecer uma evasão á viva força.

são summamente vagas. Todavia não podem exprimir mais que a idéa contida no art. 26.º n.º 3.º, declarando cúmplices:

«Os que deixando *matciosamente* de impedir o crime, *sendo-lhe possível*, concorrem para o facilitar *com intenção de que se execute.*»

Os carcereiros ou guardas soffrem portanto a mesma pena na hypothese do art., quer sejam *auctores*, quer sejam *cúmplices*, o que não fica em harmonia com o cit. art. 26.º n.º 3.º combinado com o art. 88.º Assim se verifica mais uma das aberrações das regras salutaras sem antinomia, como resalvada no art. 99.º, mas que moralmente a deixa subsistente.

Quanto ao § un. do presente art., tem concordancia no art. 241.º do Cod. Fr., com a differença de distinguir a pena segundo a gravidade do crime do preso. Este nosso art., sem fazer esta distincção que em parte fez no art. 192.º, pune sempre com *degreço temporario*, e ainda que os réus sejam sómente *cúmplices*! Continua pois aqui a mesma aberração das regras geraes.

Com o Cod. Fr. concorda o de Sardenha no art. 252.º, fazendo a mesma distincção, com a differença porém que no caso de serem leves os crimes dos presos, o legislador ainda achou muito exagerada a pena de *tres mezes a dois annos de prisão*, e por isso a reduziu ao maximo de seis mezes = *n'excédera pas six mois*—.

Concorda também o Cod. das Duas Sicílias, com quanto seja muito mais severo no art. 258.º

Conforme a nossa legislação a pena fulminada contra estes criminosos não era fixada mas extraordinaria, como se vê do Regimento dos carcereiros da corte, que vem no liv. 1.º tit. 33.º § 5.º da Ord.

Segundo as leis inglezas, Statuto 16.º, Geo. II, c. 31, é considerado este crime como *felonia*, e a pena é também a de degreço, mas fixada em *sete annos* e não até quinze, como se acha n'este § un.¹.

Quanto à penalidade = *trabalhos publicos por toda a vida*—, sendo a nosso ver tão barbara ou mais que a morte natural, não a podemos justificar porque, por muito grave que seja o crime, quando com taes circumstancias commetido pelos mes-

¹ Blackston, liv. 4.º c. 10.º n.º 6.º

mos encarregados da guarda do preso, existem outros malefícios de maior perversidade, para os quos se devem cautelosamente reservar as penalidades capitais ou extremas.

Mas esta exaggeração foi aqui uma necessidade para o legislador, poisque um excesso o conduziu a outro excesso. Nos casos de *conivencia simples* ou de participação *dolosa* da parte das mesmas pessoas, tendo imposto no art. 192.º os trabalhos publicos temporarios, não viu outro caminho a seguir, logo que resolveu *incriminar a conivencia aggravada*, senão o de elevar a mesma pena á perpetuidade.

Restava-lhe porém ainda constituir um minimo do maximo da penalidade, e eleva-la como maximo até á perpetuidade, e em todo o caso cumpria que este art. se harmonisasse com o que se dispoz no § un. do dito art. 192.º, praticando-se aqui a mesma operação quanto á pena de degreço.

Não adoptámos este arbitrio nem a qualidade da pena, mas pelo menos o legislador seria consequente, evitando confundir aqui o que ali distinguia.

Por ultimo notaremos n'este lugar que esta secção contém uma grave omissão em referencia aos art. 190.º § 2.º e 3.º e 194.º § un. não declarando applicavel aos casos de que tratam a excepção mencionada no § 3.º do art. 197.º, ou pelo menos uma modificação nas penas que harmonisasse o Cod. com os principios que dictaram a disposição do art. 321.º no § un.¹.

¹ A este respeito Carnot copia das viagens do abbade Delaporte a seguinte narraçáo:

«Le comte de Nathisdale débarrassé au supplice par la tendresse ingénieuse de son épouse: on avait permis aux femmes de voir leurs maris pour leur faire les derniers adieux; un lady Nathisdale entra dans la tour de Londres, appuyée sur le bras d'une femme de chambre, un mouchoir devant les yeux et dans l'attitude d'une personne désolée; lorsqu'elle fut dans la prison elle s'engagea son époux, qui était de la même taille qu'elle à changer d'habits ajoutant que son curieux le conduirait au bord de la Tamise où il trouverait un bateau qui le conduirait sur un bâtiment prêt à faire voile sur la France. Le stratagème réussit, et le prisonnier arriva à Calais le lendemain. La nouvelle, s'en étant répandue dans Londres, la cour ordonna qu'on mit la comtesse en liberté, et lui permit d'aller rejoindre son mari.»

Accrescenta Carnot, que não soffreram a menor perseguição aquelles que tinham cooperado para a evasão.

Mello Freire, no seu Ess. do Cod. Cr., tit. 18.º § 9.º, já propunha que aos conjuges, paes, filhos, pela causa excusante de amor paternal e marital, fossem attenuadas as penas a arbitrio do juiz.

ARTIGO 193.º

Nos casos declarados n'esta secção, excepto no art. 193.º, tem logar a sujeição á vigilancia especial da policia pelo tempo que parecer aos juizes.

Art. 59.º, 60.º, 61.º e 193.º

Como nas disposições geraes, art. 59.º § 1.º, foram declarados sujeitos a esta pena accessoria, posto que a sentença o não declare, os condemnados *temporariamente* a trabalhos publicos, a prisão maior, a degredo e a expulsão do reino, e se n'esta secção, art. 190.º e 192.º, se estabelecem penas correccionaes, carecia o legislador, querendo deixar aos juizes este arbitrio, de o declarar expressamente nos termos que prescreveu o § un. do mesmo art. 59.º

A excepção dos casos do art. 193.º prova que o legislador considerou o *dolo* nos outros casos, para aggravar a situação dos réus findo o tempo da pena. Com melhor fundamento porém deviam ser exceptuados os casos do art. 191.º e seu § 2.º, não só em attenção á qualidade das penas que não sujeitam, segundo as mesmas disposições geraes, á vigilancia especial da policia, mas tambem á qualidade dos factos, que, em rigor de principios moraes e exemplos de muitas nações cultas, nem crime são que mereçam castigo algum.

A *especial vigilancia* da policia é rigorosamente um elemento de penalidade, como já demonstrámos ao art. 62.º; e a sua imposição sem limitação de tempo a arbitrio do juiz, se se considera em relação ás penalidades decretadas no art. 190.º, com referencia aos art. 186.º §§ 2.º e 3.º, 191.º § 1.º, e 194.º § un., é uma *inutilidade* e redundancia, em presença do art. 59.º § 1.º; e se se considera com relação ás penas correccionaes, é uma disposição excepcional resalvada no art. 60.º, mas que em these geral se não justifica quanto baste,

attenta a menor gravidade dos factos, e menos ainda nas hypotheses em que toda a criminalidade desaparece.

A disposição porém do art. torna-se inintelligivel, absurda e de impossivel execução com relação ao art. 194.º, porque se a vigilancia especial da policia fica sómente nas penas temporarias para *depois do cumprimento*, segundo os art. 61.º e 62.º, nunca pôde ter logar nos condemnados a penas perpetuas, que só findam com a vida do criminoso. A excepção portanto feita no presente art., restricta ao art. 193.º, é um erro de redacção que servirá a demonstrar com palpavel evidencia a extrema precipitação com que o Cod. Penal se deu por concluido.

SECÇÃO 2.ª

DOS QUE NÃO CUMPREM AS SUAS CONDENNAÇÕES.

ARTIGO 196.º

Aquelle que estando condemnado por sentença passada em julgado fugir sem que tenha cumprido a pena, será punido conforme as regras seguintes:

§ 1.º Se a pena for perpetua, será esta aggravada: e se for temporaria, será o criminoso condemnado no dobro do tempo que lhe faltar para o cumprimento da pena, mas nunca em menos tempo que o minimo d'esta estabelecido pela Lei.

§ 2.º O condemnado a degredo, que fugir antes de ter cumprido a sua condemnacão e for achado no continente do Reino ou ilhas adjacentes, se a condemnacão tiver sido por toda a vida, será sempre condemnado a prisão maior temporaria no lugar do degredo. Se o degredo for temporario, será condemnado em outro tanto tempo de degredo.

§ 3.º O que tiver sido expulso do Reino, se for achado no territorio portuguez, será condemnado em degredo para a India.

§ 4.º Se a pena for a de desterro, será condemnado a prisão até seis mezes.

§ 5.º Se a pena for a da perda ou da suspensão dos direitos politicos, será condemnado em multa, conforme a sua renda, de tres mezes a tres annos, aquelle que de qualquer modo contravier o julgado na sentença da sua condemnacão.

§ 6.º Aquelle que estando sujeito á vigilancia especial da policia contravier os deveres que por este mo-

tivo lhe são impostos, será condemnado á prisão até um mez.

Art. 77.º e seg., 34.º, 35.º e 50.º § 1.º, 39.º, 37.º, 40.º, 41.º, 38.º e ref.

Este art. e seus §§, unico da presente secção, tem por objecto incriminar e punir o facto d'aquelles que estando condemnados por sentença passada em julgado, contravierem de qualquer modo aos termos da sua condemnacão.

A primeira regra que estabelece no § 1.º é relativa ás penas perpetuas; a segunda comprehende as temporarias sem distincção de maiores ou de correccionaes.

Quanto ás perpetuas, contenta-se o legislador com determinar simplesmente que as penas sejam aggravadas, o que na pratica pôde offerecer graves difficuldades.

Em primeiro lugar o § guarda absoluto silencio relativamente aos condemnados á pena de morte.

O legislador tendo aggravado essa denominada pena com todos os accessorios que julgou moral ou politicamente possiveis, como demonstrámos ao art. 78.º, e depois declarado para os juizes que a mesma penalidade não se *aggrava em caso algum*, constituiu-se na impotencia absoluta de intimidar e de punir taes condemnados para que não fujam, se podem.

Quanto ás mais penas perpetuas, podem ser aggravadas segundo as regras prescriptas nos §§ do art. 78.º Mas se as penas perpetuas tiverem sido impostas no seu maximo grau de aggravacão legal, que resta para poderem ser aggravadas?

Ha de subir-se para a immediata superior? A lei não o diz. Ainda assim, se a pena do condemnado for essa mesma superior perpetua, já com aggravacão maxima, como pôde satisfazer-se á determinacão do legislador? É impossivel.

Alem d'isso confunde-se aqui virtualmente um facto que pôde ter uma *gravidade qualificada* com outro da mesma natureza que pôde ter uma *gravidade simples*, em diametral

contradição com a distincção feita no art. 186.º e seus §§. 190.º e 191.º Nada faz para o caso que a fuga seja praticada por meio de arrombamento na prisão ou de violencia a pessoas, ou tenha tido lugar por que o condemnado se utilisasse da facilidade ou oportunidade imprevista ou procurada por um terceiro, ou que se realisasse por meios astuciosos; a pena fica sempre a mesma!

A aggravação pois nas penas perpetuas, considerada puramente como *intimidação*, poderá reter o preso de fugir, mas não impedir o condemnado de empregar a força material contra cousas ou pessoas quando tenha optado pela fuga!

A segunda parte do § 1.º, quanto ás penas temporarias é de uma dureza injustificavel e que pôde tornar *perpetua* uma pena temporaria, e tambem de uma desigualdade incalculavel nos diversos casos que podem acontecer, segundo a idade dos condemnados, qualidade dos factos e suas circumstancias.

Esta dureza ainda se torna mais digna de censura, notando-se que este *dobro* de pena, sem limite quanto ao maximo, se aggravou para se tornar mais que dobro quanto ao minimo, enquanto determina que nunca a segunda condemnação possa ser inferior ao minimo estabelecido pela Lei. Assim o condemnado que fugir um anno ou mezes antes do cumprimento da pena tem de soffrer sempre tres annos nos casos das penas maiores.

O Cod. das Duas Sicilias seguiu um systema inverso, poisahi se encontra o art. 253.º assim concebido:

«*La fuite simple des condamnés sera punie du quart au huitième de la peine restant à subir par eux, sans que cette augmentation puisse excéder deux ans.*»

¹ A inerminação de que trata este art., quanto ás penas perpetuas, tem concordancia no art. 124.º do Cod. Hesp., regra 1.ª e 2.ª, e qual formula a aggravação tão severamente, que, como bem diz o commentador Pacheco, mal se distingue a penalidade da de morte que a antiga legislação hespanhola impunha. Mas o mesmo commentador condena a similhante aggravação como estranha á competencia de um Cod. Penal; e conforme ao que elle sustenta, é mais acertado decretar que a respeito de factos condemnados se exerça sempre a maior vigilancia; mas que todos os factos de contravenção ou de infração dos respectivos regulamentos se reprimam por meios disciplinares. E esta é a verdadeira doutrina.

Para fugir d'estes contrasensos parece-nos que teria sido melhor e mais conforme á verdade moral omitir similhante inerminação.

Os condemnados não cumprem as suas condemnações, como diz a epigraphe d'esta secção; são forçados a cumpri-las. Esse cumprimento pertence á *excepção* das penas de que trata o cap. 4.º das disposições geraes, e é mais objecto de uma lei de processo que de um Cod. Penal.

Quer nos presidios, quer nas prisões, quer nos logares de degredo, ás respectivas auctoridades e empregados pertence *constranger* os condemnados a que se cumpram as sentenças; e se não obstante toda a sua actividade, toda a sua vigilancia, os condemnados fogem ou se evadem, não podem dar direito a que sejam punidos por esse facto, que a outros e não a elles deve ser imputado.

Esse facto ou accusa a insufficiencia ou a impotencia dos meios materiais de que a sociedade dispõe para a execução das penas, ou accusa a connivencia ou negligencia das ditas auctoridades e empregados. Soffra portanto a sociedade as consequencias resultantes da sua propria imperfeição, desorganisação ou fraqueza, e imponha aos seus funcionarios a responsabilidade correspondente ao grau de dolo ou culpa.

Se os presos não devem ser punidos pelo simples facto da fuga, quando sómente têm em perspectiva um mal imminente ou provavel, como demonstrámos no art. 191.º, como o podem ser pelo mesmo facto quando lutam com os soffrimentos da pena? A natureza é mais forte que os homens. O legislador não pôde querer nem exigir d'elles o que é impossivel physica e moralmente.

E se a pena for perpetua, se for excessiva, se o condemnado tiver a consciencia de que soffre um mal superior ao que causou com seu delicto; se não for mais do que um socio ou cumplice, e souber que se acham livres e impunes os outros corraes ou principaes culpados, como tantas vezes acontece; se for um innocente, perseguido por inimigos, por falsas provas ou pela errada apreciação do jury; se o amor paternal influir no seu animo ou quaesquer outras influencias de *força moral*, invencivel ou quasi invencivel, como

póde a lei com justiça punir o que não é nem póde ser um crime?

Que resta pois então ao legislador? Prescrever regras disciplinares para que novamente se segurem as pessoas dos condemnados, e não para que elles cumpram, mas para que a respeito d'elles seja cumprida cabalmente e com mais rigor e vigilancia a sua condemnação. Assim o reconhece e applica o mesmo Cod. no art. 96.º

O que porém é mais digno de notar-se é que este facto estava em parte assim regulado pela Ord. liv. 5.ª tit. 143.º, que se insereve—*dos degradados que não cumprem os degredos*—, título especial de que o legislador fez uma incriminação geral, ampliando-a ao cumprimento de toda e qualquer condemnação.

Em regra esta Ord. sómente mandava aggravar o logar do degredo, mas não o tempo da sua duração, como se vê das palavras: *—seja logo preso e o tempo que ainda lhe ficar por servir, postoque para sempre fosse degradado, se era degradado para o couto de Castro Marim, seja-lhe mudado e o vá cumprir e servir a Africa. E se era para Africa, vá-o cumprir ao Brazil.*—O que foi confirmado pelo Ass. da extincta casa da supplicação de 17 de Maio de 1607.

Sobre a doutrina do § 2.º com relação ao degredo se offerece notar que não constitue uma *excepção* á regra do § antecedente, mas providencias especiaes com relação a degredos diversos: 1.º, em que o degradado sómente póde ser processado e condemnado, se for achado no continente do reino ou ilhas adjacentes; 2.º, em que se não deixa, se o degredo for perpetuo, ao arbitrio do juiz applicar a aggravação segundo as regras geraes, fixando-se logo na prisão maior temporaria.

Por esta forma porém se segue: 1.º, que fugir de um degredo especial, qual o da India, *simples*, qual o das possessões occidentaes da Africa, ou *aggravado*, qual o das possessões orientaes da mesma Africa, é facto de igual gravidade; 2.º, que coherentemente fugir de uns para outros logares de degredo não é facto punivel em si mesmo, porque para haver processo é necessario que os degradados sejam encontrados no reino ou ilhas adjacentes; 3.º, que o processo crimine de au-

sentas, autorizado no Decr. de 28 de Fevereiro de 1837, fica de impossivel execução, porque para se formar o complemento do corpo de delicto é sempre preciso que os condemnados sejam encontrados no reino ou nas ilhas adjacentes, e nos logares do degredo não póde formar-se sem que ao facto corresponda uma pena.

O legislador tem assim em vista não punir o crime da fuga do logar do degredo, não o *facto moral* de maior ou menor perversidade dos delinquentes, não a emenda ou correção dos culpados pela desobediencia á lei e aos preceitos da condemnação, não manter o respeito, inviolabilidade e execução das sentenças, porém *sim exclusivamente* prevenir para que por modo algum, nos casos de fuga, os condemnados sejam mais encontrados no reino ou nas ilhas adjacentes.

Passando á terceira disposição ou regra especial, se nos offerece dizer que nos parece repugnante esta substituição de penalidade, muito principalmente nos casos de ser applicada a um estrangeiro. Se o expulso for um portuguez e lhe convier voltar para territorio portuguez, illudindo assim em parte os effeitos da pena e a natureza da condemnação, póde fazê-lo impunemente, contando que se resigna a fixar a sua residencia em uma parte d'esse mesmo territorio, na India!

E se é um estrangeiro, o Cod. não o deve nem póde forçar a que seja subdito portuguez em uma de nossas colonias, mas sim bani-lo de novo, impondo-se-lhe antes d'isso uma outra pena correccional, para se lhe fazer sentir que lhe não é consentido insultar a dignidade nacional nem menoscar impunemente as decisões dos nossos tribunaes. É uma lição útil para elle, para o exemplo dos mais estrangeiros que frequentam o paiz, e para manutenção do respeito devido ás leis e decisões dos tribunaes portuguezes.

No Cod. da Baviera, art. 331.º, assim se acha determinado:

«Ceux qui, ayant été bannis du territoire du royaume en avvertu d'une condamnation judiciaire, y rentreront sous un prétexte quelconque, seront *exposés publiquement pendant trois jours de marché*, renfermés dans une maison de travail pendant un temps qui sera de *une a quatre années*, et *abannis* de nouveau, à l'expiration de leur peine.»

O mesmo art. manda guardar as regras geraes sobre a reincidência nos casos d'ella.

No Cod. do Brazil, art. 54.º, como em todos os mais casos de quebrantamento de penas temporarias, se commina *um tempo mais* da mesma condemnação.

No Cod. Fr., art. 33.º, e em conformidade com a Lei de 28 de Abril de 1832, se determina a conversão do banimento em detenção pelo menos por tanto tempo quanto era o que restava a cumprir, sem que esta possa exceder o maximo do dobro d'esse tempo, de sorte que sendo o minimo d'esta cinco annos, se aquelle tempo restante for um ou dois annos, os juizes podem impor um, dois, tres, quatro, mas nunca cinco annos d'ella.

Quanto ao que se determina no § 5.º sobre a infracção, por qualquer modo, da interdicção perpetua ou temporaria dos direitos politicos, a penalidade é tão exorbitante como inconstitucional e injustificavel a creação de similhante elemento de penalidade.

Nos termos d'este § é o mesmo condemnado que, por ex., apesar de recenseado para votar em uma eleição, de apurado para jurado, de admittido pela auctoridade competente para tutor ou curador, se ha de abster de exercer similhantes direitos que a Carta lhe confere e conserva, por não ser a perda, ou suspensão do seu exercicio, effeito accessorio, *natural e necessario* de alguma pena de prisão ou degredo que esteja cumprido. Se não se abster, incorre na multa que pôde ir até ao seu maximo legal.

A hypothese pôde dar-se, por isso que nas eleições para deputado sobre que regula *—especialmente—* a Lei elcitoral de 30 de Setembro de 1832 sómente se suspende esse exercicio nos casos expressos na mesma Carta; e portanto se o cidadão for votar, que não pôde senão depois das competentes operações do recenseamento, se conforma a esse *juizado especial e politico*, contra o qual nem essa lei nem alguma outra obriga o cidadão a reclamar contra si mesmo, ha de essa conformidade assumir o caracter de uma infracção?

Se ha culpa, não é d'elle, mas dos recenseadores ou dos outros cidadãos que não reclamaram contra a indevida inscripção.

O que porém se torna mais digno de reparo é que o §.º incrimine sómente a infracção da interdicção perpetua ou temporaria dos direitos politicos, quando imposta *como pena por sentença condemnatoria*, e fique omissa a respeito da infracção da mesma interdicção, quando nos termos do art. 67.º resulta da disposição da lei *como effeito* de outras penas, na conformidade do art. 52.º e seguintes.

Não é licito ampliar os elementos da incriminação alem dos seus termos expressos, e portanto, apesar de que os direitos politicos em si mesmos não diminuem de importancia por não serem perdidos ou suspensos por condemnação expressa, é certo que a infracção n'este caso não é punivel; não sendo sobre a materia *—admissivel a analogia ou indução por paridade ou maioria de razão—* como bem se declarou no art. 18.º!

Alem d'isso parece-nos que a infracção devia distinguir-se para a pena, conforme a distincção legal entre *perda e suspensão*; assim o praticou o Cod. Hesp. no cit. art. 124.º n.º 9.º e 10.º, fulminando contra a violação na primeira hypothese, alem do *arresto maior*, a multa de vinte a duzentos duros; e na segunda o *dobro do tempo da condemnação — recargo por igual tempo al de su primitiva condena—* e a multa de dez a cem duros.

Finalmente, pelo que respeita á regra estabelecida no § final do presente art., nada temos a dizer que não prenda essencialmente com a apreciação que fizemos d'este elemento penal, que ora é comminado como pena em forma de preceito, ora declarado como effeito de pena por virtude da lei, ora imposto por sentença pelo tempo que aos juizes parecer.

Sendo ou devendo ser a terceira phase de toda e qualquer pena, depois de terminado o seu cumprimento, ou antes não devendo pena alguma considerar-se completamente cumprida, sem que o condemnado passe essa mesma phase dentro da sua prisão ou fóra d'ella, não em *liberdade absoluta* mas *provisoria*, a consequencia a tirar naturalmente d'estes principios é que volte ao *estado de prisão* o que violou as *condições* ou restricções com que a liberdade lhe foi concedida, como se verifica pelas leis inglezas.

Os deveres a que sujeita a vigilância especial de policia são expressos no art. 61.º, e a infracção d'esses deveres, demonstrando sensivelmente, se não ha circumstancias attenuantes, que ao criminoso não aproveitou a expiação e correção que teve, comquanto grave e severa, não pôde ser reprimida pela penalidade que o § estabelece.

A prisão de alguns dias a um mez de prisão simples poderia fazer impressão em quem nunca estivesse preso, mas nunca sobre o animo de um *condemnado liberto* que volta encanecido no habito da encarceração.

Isto confirma o que dissemos ao dito art. 61.º a respeito d'este elemento penitenciario, vicioso porque infama os libertos da pena sem os reprimir, e por ser mesmo de quasi impossivel execução pela facilidade da violação e inefficacia da repressão.

CAPITULO IV.

DOS QUE ACOLHEM MALFEITORES.

ARTIGO 197.º

Aquelle que tiver, acoutar, ou encobrir, ou fizer ter, acoutar, ou encobrir em sua casa, ou em outro lugar, a algum individuo condemnado em qualquer das penas maiores, sendo d'isso sabedor, será condemnado em prisão até tres annos, ou a multa, segundo as circumstancias.

§ 1.º Se no caso declarado n'este art., houver unicamente pronuncia, a pena será a de prisão até um anno, ou a multa correspondente; segundo as circumstancias.

§ 2.º Fóra dos casos declarados n'este art. e seus §§ a pena será sómente a de multa.

§ 3.º Exceptuam-se da disposição d'este art. e seus §§ os ascendentes, ou descendentes d'aquelle que foi acoutado, ou encoberto, o esposo ou esposa, os irmãos ou irmãs, e os parentes por afinidade nos mesmos graus.

Art. 33.º, 41.º e ref.

Tem concordancia este art. no Cod. Fr., art. 248.º, com a differença de que este fixou, quanto á pena, um minimo de tres mezes, e não facultou a multa, como este nosso art. faculta.

O Cod. do Brazil guarda silencio sobre este facto¹.

¹ Carnot assim o desejava: « Malgré tout l'intérêt que l'on peut attacher à ce qu'aucun crime ne reste impuni, peut-être aurait-il été préférable de garder silence sur un point aussi délicat, que de mettre ainsi la loi en opposition avec la moral publique. »

O Cod. Hesp., art. 14.º, só qualifica de encobridores os que o forem com abuso das funções publicas, ou nos casos de regicídio ou de homicídio qualificado¹.

O nosso art. não guardou silencio, mas não deixou de respeitar em parte os principios que o aconselhavam: 1.º, exigindo que o malfetor esteja declarado tal por sentença final condemnatoria²; 2.º, determinando que a pena imposta ao acoutado seja uma das maiores; 3.º, que o réu seja d'isso sabedor, o que não era preciso, mas que importa aqui advertencia salutar e uma restricção que annulla em grande parte a disposição; 4.º, estabelecendo uma pena correccional em alternativa, auctorisando assim a redução de que tratou o art. 91.º das disposições geraes.

No § 1.º aproveitou o legislador a distincção que fez o Cod. Hesp. no art. 269.º, mas para conservar a alternativa da pena, admittida a modificação de se reduzir o maximo de uma ou de outra a um anno. Concordam na mesma distincção os Cod. da Sardenha, art. 259.º, e das Duas Sicílias, art. 260.º, assim como este mesmo nosso Cod. nas hypothèses do art. 238.º

No § 2.º procurou o legislador ainda attenuar mais a pena, fóra dos casos de que tratou o art. § 1.º.

Assim veio este § ampliar a disposição do art. 248.º do Cod. Fr., do da Sardenha, art. 259.º, e do das Duas Sicílias, art. 260.º, foi muito alem do Cod. Hesp. no art. 14.º, e ficou em diametral opposição com o Cod. do Brazil.

Parece-nos que o legislador podia ao menos ser tão benigno, como os dois primeiros d'estes Cod.; por isso que a multa no maior numero de casos é inefficaz, porque difficilmente se encontrará quem deixe de estender mão caritativa em presença de semelhante intimidação, e muito principal-

¹ O seu commentador Pacheco exclama: — «Honor á la legislación que así lo declara! Honor al Código que respecta de la suerte los sentimientos de delicadeza de la humanidad!»

² O art. 248.º do Cod. Fr. não é bem explicito a este respeito. Chauveau e Helie sustentam contudo que assim se deve entender, porque na linguagem da lei só se reputa haver commetido um crime aquelle que a justiça declarou culpado; e nem se pôde saber senão depois da sentença, se ao facto perpetrado corresponde tal ou tal pena. (Tomo 4.º pag. 212.)

mente quando o individuo, que asyilar, tiver por onde indemnise o seu benefactor do prejuizo pecuniario resultante da protecção ou socorro que lhe prodigalisou.

Fica porém concordado com os Cod. da Austria, art. 193.º e 194.º, e da Baviera, art. 85.º

No § 3.º enfim abstem-se o legislador completamente de incriminar o facto, quando commetido por pessoas ligadas ao criminoso ou delinquente por vinculos de proximo parentesco ou de afinidade.

Concordam n'isto mesmo o Cod. Fr., art. 248.º, de que é este § uma fiel traducção, o Cod. Hesp., art. 14.º parte final, o da Sardenha, art. 259.º, o das Duas Sicílias, art. 260.º, o da Baviera, art. 89.º, e o da Luiziana, art. 63.º Este ultimo comprehendendo os *creados ou domesticos* das pessoas exceptuadas. Conforme ao nosso § 1.º como diz Sulpici ao Cod. Fr.: só os parentes nominalmente designados podem invocar o beneficio da lei, porque toda a excepção é restricta, e como tal não pôde ser ampliada a outras pessoas nem mesmo aos domesticos.

Contudo parece-nos acertada a opinião de Livingston. A fidelidade e dedicação de um creado para com seu amo não deve reputar-se um crime¹.

Antes do Cod. não tinhamos lei escripta a este respeito; mas já Mello Freire, nas suas Instit. de Dir. Cr., tit. 5.º § 13.º, dizia: «Excusandi omnino, qui parentes, filios, maritum, uxorem receperunt.» A lei romana 2., D. de receptat., attenuava as penas, sendo réus os parentes ou affins dos malfetores que encobriam. Sousa, Class. Cr.

Por ultimo devemos notar que o facto de que se trata no presente art. e seus §§ se achava incriminado na Ord. do liv. 3.º tit. 104.º, a respeito de quaesquer malfetores—*que notoriamente são culpados em alguns malfeitosos*—, e as penas, alem de outras especiaes impostas segundo a qualidade pes-

¹ É na realidade o maior das contrasensos auctorisar assim que os creados, para se livrarem da pena ou no temor d'ella, sejam fideis a seus amos, praticando um acto de traizão e de deslealdade. O estado só pôde ter moralidade se a das familias for mantida e respeitada; o estado vive para ellas, por ellas e com ellas.

soal dos acoutantes, eram as de—*tirada de presos do poder da justiça*—.

A mesma Ord. no tit. 105.º contemplava o facto do encobrimento, não de homens que fizeram o mal, *mas que o querem fazer*; e impunha aos encobridores o dever de os expulsarem e de darem parte á justiça antes que o mal se fizesse, sob pena de lhes serem equiparados, se de suas casas saíssem os acoutados para commetter algum maleficio.

O Cod. omittiu esta incriminação, mas similhante facto não ficará impune recorrendo-se ás regras geraes do art. 26.º n.º 4.º e 5.º e art. 8.º, sobre a cumplicidade, concordados com o § un. do art. 1150.º da Nov. Ref. Jud.

ARTIGO 198.º

Aquelle que voluntariamente o habitualmente acolher ou dêr pousada a malfeitos, sabendo que elles têm commettido crimes contra a segurança do Estado ou contra a tranquillidade e ordem publica, ou contra as pessoas ou propriedades, quer seja dando successivamente este acolhimento, quer seja fornecendo-lhes logar de reunião, será punido como cumplice dos crimes que posteriormente ao seu primeiro facto do acolhimento esses malfeitos commetterem.

Art. 26.º e ref.

Os factos criminosos são indicadores de *perversidade*, maior ou menor grau de *enfermidade moral* malefica, apreciados *à priori* pelo legislador para estabelecer contra similhantes enfermos o conveniente remedio penal; e assim como os participantes *por acto moral*, manifestado por *outros actos materiaes* no crime commettido ou que se commetter, não devem ser confundidos com os participantes directos e immediatos, tambem d'entre os participantes de segunda classe se devem distinguir os que têm por indifferente prestar protecção ao crime quaesquer que sejam os actos maleficos, porque assim se mostram habilitados para toda a sorte de mal.

Deve notar-se que no presente art. se emprega a palavra —*voluntariamente*—, que o art. 61.º do Cod. Fr. omittiu, e que tambem aqui devia ser omittida: 1.º, porque, segundo o art. 1.º, é claro que o facto de que se trata não é crime senão for—*voluntario*—; 2.º, porque os mesmos Chauveau e Helie¹, que os redactores do Cod. tiveram presente, reconhecem que similhante declaração era desnecessaria; 3.º, por-

¹ Théorie du Cod. Pén., tom. 1.º p. 151.

que sendo elemento especial constitutivo do facto de encobrimento aqui contemplado, o ser *habitual* suppon necessariamente a voluntariedade, sem necessidade de prova directa d'esse elemento¹; 4.º, emfim porque tudo o que respecta a intenção com relação á pena, para sua absoção ou modificação, é objecto da defesa e não da incriminação.

A fonte proxima d'esta disposição parece ser na sua letra o art. 61.º do Cod. Fr., ou ainda no seu espirito a nossa legislação anterior deduzida das Ord. do liv. 3.º tit. 104.º e 105.º, entendidas: «*eo tantum casu, quo apparet receptatores socios criminis esse, vel participes, sociate ante illud commissum contracto, ex. l. 1.º Cod. de his qui latr. vel aliorum crimin. reos occulti.*» como ensina Mello Freire, Instit. de Dir. Cr., tit. 5.º § 13.º, como expõe Sousa, Class. Cr., e já expozemos ao art. 23.º²

Concorde o Cod. do Brazil no art. 4.º § 2.º, e o da Baviera, art. 85.º, declarando cúmplices:

«Os que derem asylo ou prestarem sua casa para reunião de assassinos ou roubadores, tendo conhecimento de que commettem taes crimes.»

A incriminação do presente art., posto que tenha muitos pontos de analogia com a antecedente, differe d'ella essencialmente em que o fim do legislador é aqui punir os receptatores *coniventes* que têm *por habito* encobrir os malfeitores, e que fazem d'isso uma profissão para tirar um lucro no intuito de participar dos effectos do crime; emquanto que aquella tem por objecto um acto isolado que não póde ser considerado como de participação no crime ou crimes commettidos.

Com justa razão aquelles dois Cod. e com elles este nosso art. consideraram, na hypothese de que se trata, a participação nos crimes do acoutado, como de *cumplicidade*; mas sendo esta uma disposição geral e commun a qualquer cri-

me, e não uma incriminação especial, ou é *inutil e redundante* por se achar comprehendida nos termos geraes dos n.ºs 4.º e 5.º do art. 26.º, ou, em razão do elemento *especial*, o *habito*, a consequencia a tirar seria, não a assimilhação aos *cumplices* dos crimes posteriormente commettidos, mas aos *autores* dos mesmos crimes, segundo o systema do Cod. nos art. 24.º e 25.º

¹ Sulpiçio cit. art. 64.º n.º 6.º: «La loi exige l'*habitude* qui suppose une *connaissance particulière* des crimes et une assistance prète pour les commettre.»

² Vol. 1.º pag. 245 e 247.

CAPÍTULO V.

DOS CRIMES CONTRA O EXERCÍCIO DOS DIREITOS POLÍTICOS.

ARTIGO 199.º

Se for impedida qualquer assembleia eleitoral ou collegio eleitoral de exercer, em cumprimento da Lei, as suas funcções no tempo e no local competentemente determinado, e este impedimento for causado por tumulto ou por qualquer violencia, serão punidos os auctores ou chefes com as penas da resistencia, conforme a disposição do § 2.º do art. 186.º Os outros criminosos serão punidos com a prisão correccional de seis mezes a dois annos e suspensão dos direitos politicos por cinco annos.

Art. 38.º, 40.º e ref.

No estado politico actual o direito eleitoral se exerce: 1.º, a respeito dos deputados da nação (Carta Const., art. 63.º e seguintes, Acto adicional á mesma Carta, art. 4.º e seg., e Decr. de 30 de Setembro de 1832); 2.º, das camaras municipaes (Carta Const., art. 47.º e 134.º, Cod. Admin., art. 8.º e seg.); 3.º, dos membros da junta geral do districto (Cod. Admin., art. 4.º n.º 1.º, art. 182.º, 183.º, 186.º e seg.); 4.º, dos membros da junta de parochia (Cod. Admin., art. 291.º, 293.º e seg.); 5.º, dos juizes ordinarios (Cod. Admin., art. 350.º, Ref. Jud., art. 121.º e 122.º); 6.º, dos juizes eleitos (Cod. Admin. art. 350.º, Ref. Jud., art. 144.º); 7.º, dos juizes de paz (Carta Const., art. 129.º, Ref. Jud., art. 134.º, Cod. Admin., art. 360.º)

Quanto á penalidade accessoria da suspensão dos direitos politicos, é inutil a disposição, porque é *effeito* das penas de degredo ou de prisão aqui comminadas *em quanto durar o seu*

cumprimento, como é expresso na Carta. Alem d'essa duração, a suspensão *em globo* repugna com a mesma Carta.

Não se incrimina, como em outros art. do Cod., nem um acto preparatorio nem o attentado; mas restrictamente um crime consummado. É preciso que effectivamente, em razão do tumulto ou da violencia, o collegio ou assemblea eleitoral tenha sido impedida de exercer as suas funcções; mas não é necessario que o acto eleitoral não possa fazer-se em outra occasião ou em outro lugar fóra do que houver sido designado competentemente.

Sobre a materia do art. se nos offerece notar:

1.º A precisão da redacção do art. na sua parte remissiva ás penas da resistencia, por ser com citação expressa do respectivo art. e §, não existindo aqui o defeito que temos notado em outros logares, com relação a similhantes referencias.

2.º Que sendo assim assimilhado, e com justo fundamento, o facto incriminado ao da resistencia qualificada, e não mudando a natureza e qualidade do crime o grau de participação que n'elle tiveram os criminosos, não devia a referencia ser restricta aos auctores e chefes, e antes devia considerar-se especialmente a criminalidade dos mais criminosos, que ficavam para a attenuação da pena nas regras geraes estabelecidas sobre a cumplicidade.

A distincção pois podia ser omitida e da omissão resultaria naturalmente a collocação do art., directa e positivamente, entre os da secç. 1.ª do cap. 2.º, como de resistencia.

3.º Que da doutrina do presente art., comparada com a do art. 185.º, resulta o conhecimento de que o Cod. se não occupou da volta ou arruido levantado perante uma assemblea ou collegio eleitoral, como cumpria para coherencia e harmonia de suas disposições. Outro foi o alvitre seguido pelo Cod. Hesp., punindo no art. 191.º com *arresto maior* os que *causassem tumulto ou perturbassem gravemente um collegio eleitoral*. Esta lacuna suppre-se, quanto aos collegios eleitoraes para deputados, pelo Decr. com força de lei de 30 de Setembro de 1832, art. 139.º, aonde a especie se acha prevista.

4.º Que a presente disposição é inconciliavel nos seus termos, tanto de incriminação como de penalidade, com as dos

art. 119.º e seg. do referido Decr. de 30 de Setembro de 1852, que, tendo de vigorar, como se declara no art. 265.º, na sua parte criminal e penal, somente no que não for providenciado no Cod., ou offerece um mixto de incoherencia e de anomalias, assim como a revogação parcial do Decr. pela publicação do Cod., ou reputando-se o Decr. com força de lei permanente só depois que as da dictadura foram approvadas, conduz a concluir contra a applicação do Cod. em relação á eleição de deputados, porque no concurso de duas leis, Cod. e Decr., na mesma data e pelo mesmo acto legislativo, deve preferir a lei especial, o Decr. á geral, qual é o Cod.

5.º Que esta ultima interpretação é tanto mais indispensavel para se evitarem os maiores absurdos, quanto qua, sendo a especie do presente art., restricta ao *impedimento realiado*, comprehendida na incriminação do art. 139.º do mesmo Decr., *complexa* da tentativa e crime frustrado, seria absolutamente impraticavel applicar-se ora uma ora outra disposição, diversas na incriminação e na pena.

6.º Que alem de ficar assim em desharmonia a legislação geral do Cod. sobre collegios eleitoraes, com a especial sobre eleições de deputados, se seguirá que, emquanto a perturbação e impedimento realiado tem de ser punida com relação a qualquer collegio eleitoral com a pena de *degreto para a India*, que póde ir de *tres a quinze annos*, será punido o mesmo facto com relação ao collegio eleitoral para deputados, somente com prisão de *tres a cinco annos* e multa de 100.\$000 réis a 1.000.\$000 réis, na conformidade do dito art. 139.º, sendo applicavel somente o *degreto para a Africa* pelo mesmo tempo de *tres a cinco annos*, segundo o § 1.º do mesmo art., se os delinquentes forem armados; acrescento que o mesmo facto em relação a eleições de menor importancia politica que estas é qualificado de *resistencia*.

7.º Que por esta forma e conquanto se devam conciliar as leis de materia analogia ou homogenea entre si e presumir-se dictadas todas no mesmo espirito e com unidade de pensamento, essa conciliação e presumpção se torna impossivel, manifestando-se pelo contrario, que nem os collaboradores do Cod. Pen. tiveram presentes as do Decr., nem os do Decr. ti-

veram as do Cod., nem o governo em dictadura confrontou umas com outras antes de as promulgar: restando portanto somente, quaesquer que sejam as injustiças relativas, preferir no seu objecto especial em tudo e por tudo o Decr. ao Cod.

8.º Finalmente, que, sendo elemento constitutivo da incriminação, e n'ella expresso, a legalidade da reunião eleitoral não só quanto ás funcções, mas quanto ao tempo e local em que devem ser exercidas, segue-se a *contrario sensu* argumento que é peremptorio sempre que for exclusivo da criminalidade, nos termos do art. 18.º, que o facto não só de impedir uma assemblea eleitoral de exercer funcções, quando não auctorizada legalmente, como o de a impedir, para que as não exerça fóra do tempo e lugar competente, não é comprehendido na presente incriminação. Assim uma assemblea eleitoral impedida por força maior de celebrar as suas sessões em dia ou local determinado, e que por isso transferiu o acto para outro dia ou local diverso, fica sem protecção igual! Escusá-mos acrescentar quanto seria anarchico consentir-se que alguns individuos se erigissem em juizes da legalidade e oportunidade de semelhantes reuniões, para virtualmente se auctorisarem a dispersa-las violentamente.

D'estas observações se conclue, a nosso ver, que as disposições do presente cap. ou devem ser eliminadas ou melhor consideradas, tendo-se presentes as disposições penaes legisladas geral ou especialmente sobre materia eleitoral. Era um dever imposto pelo Cod. Admin., art. 363.º, aos collaboradores do Cod. Pen. regular plenamente semelhante objecto, não deixando, como deixaram, incompletas e remissivas as suas disposições.

Não tinha este objecto nem o caracteristico da especialidade para justificar as lacunas do Cod. com a referencia a leis especiaes, nem tinha difficuldades inveniaveis que desculpassem uma codificação assim incompleta.

ARTIGO 200.º

Se qualquer cidadão for impedido ou por tumulto ou por qualquer violencia ou por ameaças de exercer os seus direitos politicos, serão o criminoso ou criminosos punidos com prisão de tres mezes até dois annos, e suspensão por cinco dos seus direitos politicos.

§ unico. Se o acto de violencia merecer pena mais grave, será esta imposta.

Art. 38.º, 40.º e ref.; art. 159.º e seg.; art 87.º e ref.

Analoga disposição se encontra no Decr. de 30 de Setembro de 1852, que diz assim:

« Aquelles que por vias de facto, violencias ou ameaças « contra um eleitor, fazendo-lhe receiar algum damno para a « sua pessoa, familia ou fortuna, o determinarem ou tentarem « determinar a votar ou abster-se de votar, influirem ou tentarem influir sobre o seu voto, serão punidos com a pena de « prisão de um mez a um anno, e multa de cem mil réis a um « conto de réis. »

O Cod. falla *em geral* do exercicio de direitos politicos; este Decr., que é uma *lei especial* com caracter *permanente*, contempla *em especial* o voto nas eleições para deputados. N'estes casos pois vigora o Decr. e não o Cod., que por uma disposição *geral* não podia derogar outra *especial*, como demonstramos ao art. antecedente.

Resulta d'aqui que, no caso do exercicio do mais importante e mais solemne dos direitos politicos, o abuso não produz contra o delinquente pelo Decr. a suspensão dos direitos politicos, e pelo contrario produz essa suspensão pelo Cod., para o exercicio de todos os mais direitos politicos menos importantes.

Ainda mais: essa suspensão sendo extensiva ao exercicio de todos os direitos politicos não comprehende o das eleições

para deputados se for alem do tempo da prisão, por isso que a Carta se acha a esse respeito cumprida e confirmada no art. 4.º do mesmo Decr.!

Concorda quanto á incriminação o Cod. do Brazil, art. 100.º, o Cod. Fr., art. 109.º, e o moderno Cod. da Prussia, § 84.º Diversificam na penalidade, sendo porém commum a prisão que se reduz no Cod do Brazil ao maximo de seis mezes.

Imitou portanto o nosso Cod. a severidade do Cod. Fr., que modificou quanto á pena accessoria na duração, mas aggravou na intensidade, comminando a suspensão dos direitos politicos por cinco annos. No Cod. Fr. essa interdicção é restricta ao direito do voto activo e passivo, comquanto possa ir de cinco a dez annos.

Quanto á resalva feita no § un., é, como temos dito, uma superfluidade. Está visto que n'estes casos a violencia toma o logar de crime principal.

Para maior clareza bastava que alguma disposição se contivesse, como realmente existe, nas regras geraes do Cod.

É claro que se o crime é *complexo*, em logar de um existem muitos crimes, e não podem ficar impunes os que mais preponderam. Assim nos casos de tumultos d'esta natureza, alem das disposições penaes sobre ajuntamentos criminosos, existem as que respeitam especialmente aos delictos particulares que os auctores d'esses tumultos tenham commetido, e cujas penas sendo mais graves que as d'este art. lhes devem ser impostas, porque esses factos são o indicador mais concludente do *elemento moral*, a *maior perversidade*, doença a que deve ser proporcionado o conveniente remedio penal.

ARTIGO 201.º

Em qualquer dos casos declarados nos artigos antecedentes, se o tumulto ou reunião tiver lugar em consequência de concerto, entre diversas pessoas para commetter algum dos mesmos crimes em mais de um circulo eleitoral, applicar-se-hão as disposições para o crime da sedição.

Art. 179.º e ref.

Concorda, quanto á incriminação, o Cod. Fr., art. 140.º, mas não quanto á pena.

Tambem não concorda sobre a extensão do concerto a *mais de um circulo eleitoral*. O Cod. Fr. comprehendeu sempre como de aggravação igual o concerto para *um ou muitos circulos*—*un ou plusieurs*—.

É nas respectivas localidades que directa e mais perigosamente se commettam semelhantes crimes. Os effeitos do *concerto* para mais de um circulo eleitoral podem ficar frustrados e sem prova alguma externa que todavia se manifeste em determinado circulo; e então, se o *concerto* é uma circumstancia aggravante considerada em si mesma, não deveria ficar imputae n'este caso.

M. Haus, no seu Projecto, art. 265.º, propoz a substituição da penalidade—*banimento*—do Cod. Fr., o que nos parece preferivel a uma pena por assimilhação.

Todos os factos criminosos devem ser considerados em si mesmos; e se o crime é complexo deve-se n'elles considerar o que prepondera para se levar á classe respectiva.

Para este effeito, assim como no § un. do art. antecedente foram resalvadas as penas mais graves que correspondessem ás violencias empregadas, assim tambem na hypothese de que se trata podiam ser resalvadas as penas mais graves para o caso de se tornarem *sediciosos* semelhantes attentados.

Resta-nos advertir que, sem contradicção com o que temos ponderado nos art. antecedentes, o presente art. não pôde ter a restricção exclusiva dos circulos eleitoraes para deputados, porque é clara e visivelmente a estes que unicamente se refere.

ARTIGO 202.º

Se em qualquer assembléa eleitoral ou collegio eleitoral durante o acto da eleição for injuriado ou offendido o presidente ou qualquer dos membros da mesa, observar-se-ha o que se acha disposto sobre as injurias e violencias commettidas contra os membros das corporações administrativas.

Art. 181.º, 185.º, 411.º e ref.

São os art. 181.º e 186.º do Cod. aquelles a que se refere este art. ? Então para evitar duvidas, se aos presidentes das mesas electoraes cabe a qualificação de *magistrados administrativos* de que se serve o legislador no mesmo art., cumpria que usasse aqui da mesma expressão.

E o art. 411.º do mesmo Cod. ? Mas este art. trata de *injurias* e não de violencias contra *qualquer corporação que exerça auctoridade publica*.

As palavras *corporação administrativa* sómente se encontram no art. 185.º para qualificar a volta ou arruão praticado em acto de sessão; mas nada ahi se diz acerca de *injurias* ou *violencias* commettidas contra algum dos membros das mesmas corporações.

Podem ser toleradas quaesquer referencias sobre qualificação do crime para a determinação da pena, quando feitas com designação e citação expressa. Sem este característico tornam-se muitas vezes ambiguas e obscuras.

De resto, quanto à materia concorda o art. 105.º do Cod. do Brazil, assim como, quanto a collegios electoraes para deputados, o art. 140.º do nosso Decr. de 30 de Setembro de 1852, nas palavras:

« Todos aquelles que... insultarem ou violentarem a mesa ou lhe faltarem á devida obediencia, insultarem... algum dos membros da assembléa. »

Este Decreto mais amplo que o Cod. faz ver a lacuna do Cod. em quanto omittiu os *casos da obediencia devida*. O art. 188.º não foi para aqui chamado, nem mesmo por uma referencia vaga e não especificada. O Cod. do Brazil tambem foi omissio a este respeito, assim como o da Prussia e o Fr.

ARTIGO 203.º

Se, durante as operações da assembleia eleitoral ou collegio eleitoral, for descoberta alguma falsificação commetida em qualquer das listas que contêm os votos dados pelos cidadãos no exercicio do seu direito, ou subtracção de alguma d'ellas, ou addição de alguma outra, ou alteração de qualquer voto; se o criminoso for membro da mesa, será condemnado na pena da perda dos direitos politicos e prisão até um anno.

§ unico. Se for outra pessoa que commetta o crime declarado n'este artigo, a pena será a da suspensão dos direitos politicos por cinco annos e prisão até um anno. Art. 38.º, 40.º, 75.º, 79.º e ref.

Concorda quanto á incriminação o Cod. Fr., art. 111.º e 112.º, o Cod. Esp., art. 196.º, o das Deas Sicilias, art. 167.º, e outros.

Concorda tambem o Decr. de 30 de Setembro de 1832. art. 132.º

Concorda o Cod. do Brazil, art. 102.º A falsificação é aqui uma circumstancia aggravantissima, e por isso o maior rigor penal d'este Cod. é certamente bem cabido.

Concordam mais os Cod. modernos da Allemanha (Chauv. e Hel., Comment., pag. 542). Outrosim concorda o moderno Cod. da Prussia, § 83.º, impondo a pena de prisão de um a tres annos no primeiro caso, e no segundo de tres mezes a tres annos, alem da interdicção temporaria do exercicio dos direitos da honra civil.

A penalidade imposta no nosso Cod. parece-nos diminuta para crime tão grave, e principalmente em vista dos exemplos indicados e de outros logares do Cod. com relação á falsificação.

São dignas de notar-se as expressões do art.—*se durante as*

operações for descoberta—, d'onde se vê que foi adoptada e assim vertida a do Cod. Fr.—*tout citoyen... qui sera surpris*—, d'onde resulta que por uma excepção a todas as regras geraes de processo não pôde aqui este ter logar senão dado o caso de *flagrante delicto*¹.

Mas esta razão é falsa, e fica entre nós repugnante nas eleições dos deputados com o que especialmente se acha regulamentado no Decr. de 30 de Setembro de 1832, segundo o qual a punição dos delinquentes pôde e deve ter logar sem prejuizo da validade da eleição julgada pelos poderes competentes: Art. 152.º

«As autoridades administrativas e qualquer particular participam aos agentes do ministerio publico os crimes, de que se trata, immediatamente depois que chegarem ao seu conhecimento. art. 144.º; e formase corpo de delicto, segundo as regras geraes, art. 146.º e 147.º

Podem e devem os delinquentes ser ou não ser punidos, salva a apreciação pelos poderes competentes, se a falta de liberdade ou a falsidade que se deu na eleição influir ou podia influir no seu resultado. São decisões diversas e independentes, das quaes a primeira pertence ao poder judiciario, e não assim a segunda.

O art. pois n'esta parte, traduzido do Cod. Fr., é digno de emenda, e por ora é insustentavel em relação ás eleições de deputados, porque lhe resiste o cit. Decr. em tantas disposições especiaes quantas são as supra indicadas².

Quanto ao que se determina no § un., concorda o Cod. Fr., art. 112.º

¹ Carnot, com referencia ao Ar. do tr. de cass. de 28 de Fevereiro de 1812, dá como razão que o legislador não quiz nem podia querer que se podesse reconsiderar a maneira por que se procedeu a um escrutinio depois de proclamado o seu resultado e de dissolvida uma assembleia eleitoral.

² O cit. Cod. do Brazil institui similhante restricção do *flagrante delicto*; o mesmo praticaram outros Cod. E na verdade, ou o crime tem ou não tem gravidade. Se a tem, não deve depender da descoberta do crime, *durante o acto*, a repressão da falsidade, como não depende em todos os crimes, e ainda menos graves, segundo as regras do processo. A impunidade é sempre um mal social; e posto que a prova da descoberta posterior seja difficil, não é isso um motivo a tomar em consideração, para deixar de se stigmatizar no Cod. o acto criminoso.

Visivelmente que a *infidelidade* commettida na falsificação por um presidente, escrutinador, secretario ou vogal das mesas electoraes, é muito superior em importancia e criminalidade, que por qualquer simples elector, que não exerce funcções especiaes nas mesas, ou mesmo que nem elector é, porque a falsificação póde dar-se, commettida por quaesquer outras pessoas, ou inhabeis quanto ao voto, ou estranhas ao circulo eleitoral a que respeita a eleição falsificada.

O § nas palavras *—toda a pessoa—* a todas comprehende, com quanto a pena principal deixe ver a supposição do legislador em contrario. Se o delinquente não tiver direitos politicos ou os não exercer então em presença dos art. 73.º e 79.º, os juizes poderão, entre o maximo e minimo da lei, aggravar a pena accessoria que é aqui sempre a de prisão até um anno, o que faz ver a possibilidade e a maior igualdade penal que resultaria da pena *simples* que da pena *composta*.

ARTIGO 204.º

Aquelle que em uma eleição comprar ou vender um voto por qualquer preço, será suspenso de todos os direitos politicos até dez annos e pagará uma multa do dobro do preço.

Art. 40.º, 41.º, 75.º, 101.º § 4.º e ref.

Concorda em tudo o presente art. com o art. 113.º do Cod. Fr.

Foi pois esta nossa disposição extrahida plena e quasi literalmente d'este Cod., ficando repugnante quanto á suspensão dos direitos politicos *como pena principal* á Lei fundamental do Estado, e quanto á multa assim á regra estabelecida no art. 41.º, como ás excepções ahí reservadas, porque o dobro de um valor que as mais das vezes é illiquido e sómente de apreciação relativa não póde entrar na qualificação de *quantia determinada* por immediata e especial disposição da lei.

As palavras *—por qualquer preço—* significam não só dinheiro ou objecto de valor intrinseco o de commercio, mas qualquer outra cousa ou promessa, como empregos, favores, protecção, graças honorificas, moratorias e até reciprocidade ou compensação no mesmo objecto e fim do crime, como *—eleição por eleição— facio ut facias*.

Não só tudo isto; significam as mesmas *ameaças*, porque tudo o que serve a evitar um mal ou perda do que temos é um bem real como meio de conservação. Assim o entendem Carnot ao cit. art. do Cod. Fr.¹

¹ Carnot ao cit. art. do Cod. Fr. acha cousa facil calcular uma somma de dinheiro proporcional ao interesse acquisitivo ou negativo de perda que póde resultar ao volante da promessa ou ameaça sem duvida a arbitrio do juiz.

Mas este meio não é admissivel: 1.º, porque não remove senão parte

Se pois o *preço* não for por sua natureza, como acontece e ha de acontecer o maior numero de vezes, quantia certa ou coisa apreciavel em dinheiro, como e por que regras se ha de fixar o *quantum* para se duplicar e constituir a multa em cumprimento da lei?

Esta penalidade pois é absurda. Alem dos vicios que em geral têm as multas quando excessivas e sem analogia com o crime, ellas são aqui quasi sempre de impossivel execução.

O suborno de que se trata é o que entre os romanos¹ era conhecido com o nome de *ambitus*, para significar *in concreto* o complexo, o *circuito*, as diligencias, e enfim o emprego de todos quantos variados meios se podem imaginar para pelo seu emprego se captar a benevolencia e determinar a vontade dos eleitores.

A pena era o degredo ou *deportação* segundo a lei un. Cod. *hoc. tit.*; outras diversas foram estabelecidas para reprimir o abuso, principalmente no tempo de Julio Cesar ou de Octavio Augusto, especialmente contra aquelles que por meios tortuosos e occultos falscavam a liberdade do voto nacional.

Esta legislação cessou desde que foi transferida a auctoridade dos comícios do povo para o senado e d'este para o príncipe, não havendo mais occasião de fazer eleições de magistrados.

Entre nós houveram sempre eleições politicas. Alem das que tinham logar para os procuradores aos *Tres Estados*, tinhamos as municipaes e locais que se faziam para diversos cargos da governança secundaria, de almotacés, vereadores e juizes ordinarios, como vemos da Ord. liv. 1.^o tit. 67.^o e outras leis.

Na rudeza guerreira de nossos primitivos costumes, quasi sempre inseparavel da sua pureza, a corrupção de taes eleições não se desenvolvia com a ambição para cargos taes. A Ord.

da difficuldade: 2.^o, porque sem lei que auctorise o arbitrio, e sem regras por que se regule nos casos inapreciaveis, é insustentavel. Quanto valerá a promessa de compensação de voto por voto, de uma commenda, de um casamento, de um jantar, etc.? Que preço em réis terá a ameaça de morte, de côrte de membro, de divulgação de um segredo, etc.?

¹ Mathei, de Crim., liv. 48.^o D. 10. 11.^o

portanto era omissa em declarar penas contra o *ambito* de votos.

Foi durante o reinado dos Filippes em Portugal que appareceu a primeira lei repressiva no Alv. de 12 de Novembro de 1611, mandando que os culpados fossem presos, condemnados em degredo de dois annos para a Africa, e multados em cincoenta cruzados.

Em todos os paizes em que existe, com mais ou menos restricções, estabelecido o principio electivo popular, mesmo nos governos monarchicos absolutos, o abuso do suborno tem sido ou previsto ou reprimido.

O Cod. do Brazil no art. 101.^o equipara ou confunde este crime com o do emprego de quaesquer meios dolosos ou *fraudulentos*. O nosso Decr. eleitoral de 27 de Setembro de 1852 deixou tambem em silencio o suborno, e limitou-se a incriminar em geral os meios violentos ou fraudulentos.

Segundo uma Lei franceza de 4 brum. an. v, a pena d'este crime se reduzia, e com justa razão, a uma *infamante*. Sem duvida nada ha mais capaz de contrariar os esforços do ambicioso do que a perspectiva da desconsideração publica se é descoberto.

E summamente judiciosa a disposição do Cod. das Duas Sicilias, no art. 167.^o, mandando punir toda a *sorte de corrupção*, com prisão do primeiro ao segundo grau ou desterro.

Não impoz multa alguma contra o subornador, mas somente a *restituição* em dobro do que effectivamente em dinheiro ou dadivas tivesse sido pago ou recebido.

Alguns Cod. da Allemanha estabelecem a prisão temporaria com trabalho ou sem elle, mas se reduzem, quanto ao confisco, á restituição simples dos objectos dados, alem da interdicção temporaria do direito de voto.

Finalmente, o Cod. da Prussia, § 86.^o, limita-se a impor tanto ao que vende como ao que compra o voto a prisão simples de tres mezes a dois annos, alem da interdicção temporaria, *facultativa* ao arbitrio dos juizes, do exercicio dos direitos da honra civil.

Estas ponderações e confrontação demonstram que a penalidade d'este art., reduzida á suspensão dos direitos politi-

cos e á multa excepcional, contra a regra e excepção unica estabelecida no art. 41.º, é por tal modo viciosa que não deve ser sustentada na reforma do Cod.

Que importa a um subornador de votos pagar outro tanto como o que deu ou prometeu, se for um homem rico?

E que importa ao subornado a mesma multa quando pobre?

A desigualdade é manifesta. Um deu porque podia dar, outro recebeu porque precisava receber. O primeiro não é ferido em suas precisões ou o não é tanto como o segundo que essas precisões vê aggravadas.

Que se seguirá d'aqui? O abuso continuará a existir e na maior escala que produz a inexecução da lei penal. Sómente algumas vezes o mercado será mais cauteloso, para que não fiquem vestígios do crime.

Todavia não condemnámos por isso como inutil o preceito prohibitivo da lei penal. É sempre bom que o Cod. formule o seu stigma sobre factos de corrupção e immoralidade politica, para que taes factos se não considerem civilmente licitos.

Se o effeito da intimidação é completamente nullo, fica sempre o effeito moral, que nos homens de bem e que se prezam de não transgredir a lei produz uma impressão mais efficaç que o temor das penalidades. Mas um Cod. Pen. dirige-se principalmente contra os homens maus ou sem pudor nem respeito ás conveniencias no exercicio da sua actividade social.

Por ultimo devemos notar: 1.º, que o vendedor de um voto é mais culpado que o comprador, porque não pôde realizar a venda sem ferir a regra de conducta que no exercicio do seu direito lhe prescreve a sua consciencia na ligação a um dever especial, manifestando assim um abuso da confiança nacional como funcionario do Estado em taes occasiões, o que se lhe torna elemento de aggravação pessoal em harmonia com as regras estabelecidas pelo mesmo Cod. no art. 19.º n.ºs 7.º, 8.º, 9.º e art. 21.º; esta mesma assimilação tão mal cabida se encontra nos art. 315.º e seguintes; 2.º, que comprehendendo-se nas palavras — *por qualquer preço* — as ameaças, o vendedor em taes casos cessa de ter contra si o elemento especial de aggravação, porque a *intenção malefica é ou attenuada pela in-*

tenção e necessidade de acitar um mal, segundo a regra do art. 20.º n.º 4.º ou mesmo destruida em rasão da coacção moral, se for considerada irresistivel nos termos do art. 14.º n.º 2.º, devendo então recair a maior ou toda a imputação do crime sobre o comprador, o que tambem lhe acontece quando o vendedor for tão pobre e em tal estado de indigencia que fosse por isso arrastado ao suborno.

Não ha pois na these absoluta da assimilação de comprador a vendedor, nem verdade moral, nem conformidade com os principios estabelecidos.

E que outra cousa são as ordens, insinuações ou exigencias de uma auctoridade ou de um governo, para que os seus subalternos amovíveis votem em determinados individuos, se não um suborno? Não importam taes meios de corrupção a ameaça de um mal?

Para que as leis penaes, posto que fundadas em um principio de moral, tenham força, é preciso, dissemos nós já, que o governo dê o primeiro exemplo da observancia d'esse principio; ora se o não tem dado ou se o não der, debalde se fulminarão leis penaes contra o suborno ou corrupção eleitoral.

O suborno é mesmo uma garantia de concorrência contra os actos da administração, cujo monopólio e exclusivo seria protegido, se este art. ou outras disposições penaes fossem executadas. O suborno é então um expediente, pessimo expediente, em luta com os meios complexos de tyrannia encoberta que neutralizando o predomínio de uma facção ou partido dê ingresso a todas.

Efectivamente os illustres collaboradores do Cod. parece haverem tido muito pouca consciencia da efficacia da sua incriminação, em vista da adopção da penalidade phantasmagorica de que lançaram mão. Os Cod. da Alemanha, da Georgia, do Brazil, e mesmo o Hesp., e o das Duas Sicilias demonstram maior intenção de reprimir e stygmatizar o crime, fulminando a prisão, mesmo aggravada segundo as circumstancias. O de-gredo, a exemplo dos romanos, era a nossa antiga penalidade, de curta duração sim, mas intensa como convinha a gravidade moral e politica do crime. O salto que se observa prova ou a impotencia das leis na presença da maior corrupção ou uma

melhoramento moral e social, bastando para cumprimento de um preceito esse mesmo preceito quasi sem sanção ou em si ou na execução.

Infelizmente contra a prova da existencia d'esse melhoramento estão no Cod. conservadas, e com maior aggravação relativa a outros Cod., as penas perpetuas ou de sangue ou de perda de liberdade!

ARTIGO 205.º

Em todos os casos que não são comprehendidos nos art. antecedentes observar-se-hão as disposições que se acham decretadas nas leis especiaes das eleições.

Art. 15.º § un. n.º 1.º

Comquanto na epigraphe d'este cap. se promettesse tratar dos crimes contra o exercicio dos direitos politicos, o objecto contido n'elle não lhe correspondeu, por isso que se restringiu aos actos correlativos ao direito do voto.

Ha outros direitos politicos, cujo exercicio pôde ser tolhido ou impedido por factos que n'este cap. não são contemplados.

A inviolabilidade da urna e do direito do voto depende exclusivamente da moralidade de um povo e do seu ardente amor pela liberdade. No estado de corrupção ou de indifference as eleições politicas são muitas vezes uma formalidade vã e até incommoda para os eleitores. Clama sempre contra os meios tortuosos ou violentos para vencer quem não venceu, porque não soube ou porque não pôde vencer pela mesma fórma; e o vencedor, no seu proprio interesse e dos do seu partido ou facção, converte os accusadores em accusados, e procura fazer a demonstração a mais eridante, a mais auctorizada, da legalidade, da regularidade, da lisura com que tudo se praticou.

Estes factos pois escapam á apreciação moral que se pôde fazer dos crimes communs; são puramente politicos ou complexos, em que a politica prepondera, e que por isso devem especialmente ser considerados nas leis eleitoraes, segundo as circumstancias ou a epocha em que forem promulgadas, sem que devam em caso algum ser objecto das previsões de um Cod. Penal, que para ser um edificio duradouro cumpre que

não contenha incriminações e penalidades, que possam com facilidade ser ora inúteis, ora illusorias, ora insufficientes.

Por isso muitos Cod. se abstiveram de fallar d'este objecto, regulando-o por leis especiaes, e alguns da Allemanha se limitaram a tratar apenas em dois art. da falsificação e do suborno ou compra de voto.

Nós seguiríamos este exemplo, fazendo porém a declaração explicita de que n'esses mesmos casos ficam salvas as disposições de cada uma das leis especiaes, se por ellas corresponderem aos factos penas mais graves que as do Cod.

N'este art. se segue uma idéa contraria, que nós pois não admitimos, e é a de que sómente ficam salvas as disposições d'essas leis especiaes, se não forem contrarias ao Cod., ou aqui for omisso o objecto d'ellas, o que todavia, como dissemos, parece-nos que deve entender-se sem offensa do Decr. eleitoral de 30 de Setembro de 1832, quanto ás eleições de deputados, por haver n'elle sido expressamente declarada a sua *permanencia*, e porque por um simples argumento *a contrario sensu*, não pôde semelhante lei, uma das regulamentares da Carta e do Acto adicional, ser alterada ou modificada pelo Cod. Cumpria pelo menos que da revogação ou modificação se fizesse especial menção.

Quando assim se não entenda e que deva ser preferido o Cod., não pugnam tanto entre si umas com outras disposições, mas pugnaria sempre o systema penal seguido no Cod. com o systema mui diverso seguido no Decr., a respeito dos casos não previstos no mesmo Cod., de que resultaria incoherencia e absurdo.

Acresce que a verdadeira força do Cod. lhe vem do acto do poder legislativo que o confirmou, mas esse acto tem a mesma data ou é o mesmo que confirmou o Decr. O Cod. é uma lei geral, o Decr. é uma lei politica, uma lei especial, e portanto não apparece razão sufficiente para que o Cod. lhe prefira.

CAPITULO VI.

DAS FALSIDADES.

SECÇÃO 1.ª

DA FALSIDADE DA MOEDA.

ARTIGO 206.º

Aquelle que falsificar moeda, fabricando com falso peso ou falso toque alguma peça de moeda de ouro ou prata da forma d'aquellas que têm curso legal no Reino, e a passar usando d'ella por qualquer maneira, ou a expozer á venda; e bem assim aquelle que por concerto com o fabricante, ou sendo seu cumplice, praticar qualquer d'estes actos, ou n'elles tiver parte, será condemnado a trabalhos publicos por toda a vida.

§ unico. Se houver sómente a fabricação, a pena será de trabalhos publicos temporarios.

Art. 33.º e ref.

Falsidade em sentido criminal é toda a alteração fraudulenta da verdade com intenção de causar prejuizo a terceiro ¹.

Este crime se commette, como dizem os criminalistas, de tres maneiras: *acção*, *escriptos* e *palavras*.

Por *acção*, se commette na fabricação, alteração, venda ou emissão. D'esta especie se trata na secção 1.ª d'este cap.,

¹ «*Falsitas est fraudulosa veritatis mutatio et in alterius prejudicium facta*» Esta definição, que é de Farinaccio (quest. 150.ª n.ºs 1, 2 e 3), foi adoptada pelos criminalistas, e designadamente, por Jansse, Chauveau e Helie, Supplier e outros.

e pôde tambem entrar n'esta classe a falsificação de cunhos, sellos e marcas de que se trata na secção 3.^a. Entram igualmente n'esta 1.^a classe, seguindo-se a rotina do antigo direito francez, a supposição e usurpação de nomes, trajos, empregos, e titulos. D'esta especie se trata na secção 6.^a

Por *escriptos*, se commetto, seja fabricando falsos contratos, testamentos, obrigações, promessas, recibos, seja contrahendo a letra ou assignatura de pessoa publica ou particular, seja alterando esses documentos, em si mesmos verdadeiros. D'esta especie se trata na secção 2.^a; e podem entrar n'esta classe, assim como na antecedente, a falsificação de cunhos, sellos e marcas, de que trata a secção 3.^a, por isso que respeita a falsidade em escriptos.

Por *palavras*, finalmente, se commetto, prestando um juramento falso, *deferido ou referido*, ou um testemunho falso em juizo, ou fazendo qualquer outra declaração falsa perante a auctoridade publica. D'esta especie se trata na secção 6.^a

O art. 1.^o da presente secção tem concordancia assim no Cod. Fr., art. 132.^o, como no Cod. do Brazil, art. 173.^o a 175.^o

O Cod. Fr. é defeituoso a este respeito, porque no art. 132.^o não incriminou o crime *complexo* da participação tanto na fabricação e alteração, como na emissão da moeda falsa, e considerou ambos os crimes na mesma linha de igualdade, punindo ambos com a pena de trabalhos publicos perpetuos.

O crime da falsidade é consummado pelos seus resultados materiaes em prejuizo de terceiro, e portanto a fabricação não é mais que um facto preparatorio, punivel sim, mas que é menos grave, quanto à graduação da pena, quando não corre com a emissão.

O Cod. do Brazil labora na mesma imperfeição, porque abstrahê, no art. 173.^o, da emissão; mas ao menos não assimilhou, como o Cod. Fr., a emissão à fabricação ou alteração, e nunca admitiu os trabalhos publicos, mas somente a prisão com trabalho *temporario*, e esta mesma, muito moderada quanto ao tempo¹.

¹ Esta moderação porém da pena, como excessiva, foi destruida e derogada pela Lei de 3 de Outubro de 1833, art. 8.^o, determinando que os fabri-

Concordam tambem na incriminação, já distinguindo os dois factos, já por um modo complexo, os Cod. da Sardenha, art. 334.^o e 341.^o, das Duas Sicilias, art. 263.^o, da Austria, art. 105.^o, Hesp., art. 212.^o, da Baviera, art. 242.^o a 245.^o, e outros Cod. d'Allemanha, assim como as leis inglezas, bill de 23 de Maio de 1832, Estatutos dos Estados Unidos, § 28.^o, projecto de Livingston, de M. Haus e outros.

O nosso direito antigo carecia sem duvida de ser modificado, porque a Ord. do liv. 3.^o tit. 12.^o pr., alem do confisco, abolido pela Carta, impunha—*morte natural de fogo*—ainda que não houvesse emissão, nem mesmo prejuizo algum contra particulares, porque a moeda fosse intrinsecamente boa e de legitimo peso e toque!

Comtudo os tribunaes se achavam na pratica de modificar essas penas, principalmente a de morte, reservado por outras providencias para os crimes *atrozes*.

Em todo o caso porém a pena de galés ou trabalhos publicos era desconhecida entre nós para punição d'este crime.

Mello Freire, no seu Ensaio do Cod. Cr., tit. 15.^o § 1.^o, admitiu esta pena para fugir da rudcza do nosso direito penal; mas este nosso grande mestre, redigindo o seu trabalho em 1789, não fez mais que dar um grande passo, digno de elogio para a sua epocha. Das provas a este tit. se vê que não ousou ir mais longe, na presença das leis romanas, das leis antigas da Allemanha, dos longobardos e dos wisigodos, e do art. 3.^o da Constituição da Carolina, da dita Ord. do reino que impunha a pena de fogo em vida, e das de D. Affonso IV, que mandava *mais talhar os pés e as mãos*, leis que não duvidou qualificar de *barbaras*.

Quarenta e oito annos depois de Mello Freire veio o Cod. Penal approved, comquanto não publicado, pelo Decr. de 4 de Janeiro de 1837, no art. 161.^o, adiantar o passo dado por

codores e introductores de moeda falsa fossem punidos pela primeira vez com galés para a ilha de Fernando pelo dobro do tempo marcado no Cod., e nas reincidencias, com galés perpetuos, alem do dobro da multa. Consequentemente a pena vem hoje a ser, na hypothese d'este art., a de quatro a dezesseis annos de galés, agravadas por serem na ilha de Fernando, e com a multa da terça parte do tempo, elevada ao dobro.

Mello Freire. Em primeiro lugar não qualificou o crime da fabricação em si mesmo e só quando acompanhado do da emissão; e em segundo lugar, além da multa de 30\$000 a 2:000\$000 réis, impoz a pena de trabalhos publicos, mas *temporários*, que, nos termos do art. 19.º do mesmo Cod., é somente de tres a doze annos¹.

Em vista do que se torna palpitante a nimia crueza e severidade, e portanto a injustiça com que foi estabelecida n'este nosso art. a pena de trabalhos perpetuos immediata á de morte, ou peor que a morte, assimilando-se assim este crime ao homicidio voluntario, art. 349.^o!

Recuámos até ao Ensaio do Cod. Cr. de Mello Freire, e seguimos o exemplo do Cod. Fr. e dos da Italia que o imitaram!

Além d'este defeito na penalidade, temos a notar que segundo a letra do art. nada influe para a criminalidade do facto que a moeda falsificada o seja tão grosseiramente que facilmente possa por todos ser reconhecida. O mesmo Cod. da Austria, no cit. art., toma esta circumstancia no seu justo valor, permitindo então reduzir a pena de um a cinco annos de prisão. O mesmo faz o Cod da Baviera, art. 342.^o, reduzindo a pena de quatro a oito annos de prisão com trabalho.

Em todos estes casos diversos, tão dissimilhanes ou na intenção ou nos seus resultados materiaes para a sociedade ou

para os particulares, o nosso art. impõe a mesma pena, que não admite gradações, e que portanto, como a este respeito observa o cit. M. Haus, é impossivel proporcionar á gravidade relativa de factos que se não assimilham senão pelo nome que se lhes dá, mas que essencialmente differem.

Quanto ao § un. temos incriminado aqui um facto, que não é tentativa do crime da moeda falsa, que não é mesmo mais que um acto preparatorio, actos que o Cod. no art. 10.^o declarou somente puniveis quando a lei assim os qualifica.

Que a quantidade fabricada seja grande ou seja pequena, que as moedas sejam fundidas ou cunhadas, toscamente fabricadas ou de um modo tão aperfeiçoado que iludam, o § não distingue. Ao menos aqui o minimo e maximo da pena dá lugar á gradação da pena, segundo as circumstancias.

Quanto á penalidade approxima-se dos Cod. Fr., das Duas Sicílias, da Sardenha e Hesp.

Mas foi muito além dos Cod. da Baviera, da Prussia, da Austria e do Brazil.

E finalmente, muito além das modernas leis inglezas que punem o simples facto da fabricação com o de gráo *simplex* de sete annos a perpetuo ou com prisão, nunca excedente a quatro annos: bill de 23 de Maio de 1832.

¹ Chauveau e Helie, Théor. du Cod. Pen., tom. 2.^o c. 20.^a, pondera, depois de ter passado em revista alguns dos Cod. e leis estrangeiros, supra indicados, que em nenhum país o crime de moeda falsa é punido tão severamente como em França. Nota que n'outros países é assimilado este crime, já ao de falsidade, já ao furto qualificado, já ao furto *simplex*. mas que, em geral, o não punem senão com uma pena *temporaria*. Que os outros povos têm seguramente o mesmo interesse que a França em o reprimir; e que estes exemplos praticos são uma prova evidente do gravissimo erro com que tem sido apreciada tanto a criminalidade intrinseca do facto, como a gravidade e extensão do alarma que elle produz na sociedade.

Diz-nos contudo que a pena é puramente *nominal*, porque a omnipotencia do jury, a pretexto de circumstancias attenuantes (arbitrarias e não especificadas), faz com que os tribunales reduzam a pena a *temporaria*.

A opinião d'este author, quanto a attribuir ao Cod. Fr. o exclusivo da severidade, conquanto *nominal*, não é exacta, porque tem por imitadores o Cod. da Sardenha e das duas Sicílias, e se lhe approxima um pouco pelo maximo da perpetuidade o Cod. Hesp.; n'este catalogo póde hoje ser comprehendido o nosso Cod.

ARTIGO 202.º

Aquelle que sem concerto com o fabricante o sem que seja seu cúmplice passar a dita moeda falsificada ou a expozer á venda, será condemnado na pena de trabalhos publicos temporarios.

Art. 33.º e ref.

Temos ainda este crime comprehendido no art. 132.º do Cod. Fr., que pune a emissão do mesmo modo que a fabricação: sempre com trabalhos publicos perpetuos.

O Cod. da Sardenha, art. 34.º, afastou-se do Cod. Fr., pois reduz a pena á reclusão ou prisão, que é temporaria, em tres graus, sendo o seu minimo no primeiro de tres annos, e o maximo no terceiro de dez.

O Cod. das Duas Sicilias, art. 264.º, approximou-se do Cod. Fr., pois conservou os trabalhos publicos ou *de ferros* no segundo grau, que é de treze a dezoito annos.

O Cod. da Austria omittiu a especie d'este art. incriminando sómente a emissão de concerto com o fabricante; o mesmo praticou o Cod. da Baviera.

O Cod. Hesp., art. 212.º, approximou-se na severidade do Cod. Fr., tanto na incriminação como na penalidade.

O Cod. da Prussia equiparon no § 238.º o emissor ao fabricante com a mesma distincção quanto á pena.

Finalmente, o Cod. do Brazil com a sua *costumada moderação* pune no art. 175.º a *introducção dolosa na circulação*, com a pena de *prisão de seis mezes a dois annos*, e multa de metade do tempo.

Mas a cit. Lei de 3 de Outubro de 1833, commutando em galés na Ilha de Fernando, alem do dobro da multa, vem destruir essa moderação.

Circunstancias extraordinarias demandaram o rigor de re-

pressão, que não devem ser convertidas em regra geral permanente para ter cabimento em um Cod. Penal.

É pois evidente que entre tres systemas diversos da penalidade severa, da penalidade moderada, e da nenhuma penalidade, teria sido mais acertado seguir um meio termo, punindo este facto com alguma das penas correccionaes mais ou menos aggravadas, attenta a sua criminalidade intrinseca, a correlação com outros maleficios e circumstancias especiaes.

Quanto á segunda parte do art. = *exposição á venda* = apresenta uma aberração dos principios geraes, igualando a tentativa do crime ao crime mesmo. Não ha justiça moral n'esta assimilhação que nenhum Cod. fez, á excepção do Fr.

A *exposição á venda* só podia moralmente ser incriminada como um comeco de execução do crime da *emissão*.

A *exposição á venda* pôde ser feita ou pelos cambistas ou pelos adolos; os primeiros podem defender-se que a tinham nos seus balcões para fazer numero ou para fazer vista sem a menor intenção de a passar; e os segundos, que a tinham como objecto de curiosidade. Em qualquer hypothese o facto não deveria entrar na ordem dos consummados, principalmente desde que no Cod. se não encontra disposição alguma que obrigue a inutilisar ou a destruir a moeda que é falsa, ou a declarar que se possui perante a auctoridade administrativa, ou de se lhe fazer d'ella entrega, como sob pena de multa se achia providenciado no art. 312.º do Cod. da Sardenha, e foi entre nós acautelado pelos Alvarás de 17 de Outubro de 1686 e de 9 de Agosto de 1686 a respeito dos possuidores da moeda nova e velha cercada, de que trataram as mesmas leis.

ARTIGO 208.º

A pena de trabalhos publicos temporarios será imposta:

1.º Ao que sem authorisação legal fabricar e passar ou expozer á venda qualquer peça de moeda de ouro ou prata com o mesmo valor das legítimas;

2.º Ao que corcear ou por qualquer modo diminuir o valor de alguma das ditas peças legítimas, e passar ou expozer á venda a moeda assim falsificada;

3.º Ao que, por concerto ou cumplicidade com o falsificador, praticar algum dos actos declarados n'este artigo ou n'elles tiver parte.

§ 1.º Se a moeda assim falsificada não foi exposta á venda nem chegou a passar-se, a pena será a prisão correccional de um até tres annos.

§ 2.º O que passar a dita moeda falsificada por qualquer dos modos declarados n'este artigo, ou a expozer á venda, não se concertando nem sendo cumplice com o falsificador, será condemnado ao maximo da prisão correccional e ao maximo da multa.

Art. 32.º e ref.; 38.º, 41.º e ref.

Concorda quanto á determinação do n.º 1.º o Cod. do Brazil no art. 173.º, mas a pena é moderadissima n'esta hypothese: o Cod. da Baviera que no art. 344.º não distinguio o fabrico da moeda falsa, ainda que de peso e toque igual ou ainda superior ao das moedas nacionaes; o Cod. Fr. que tambem no cit. art. 132.º não fez distincção, e foi perfeitamente seguido pelo Cod. das Duas Sicilias, art. 263.º, e Cod. da Sardenha, art. 332.º; o Cod. da Austria, art. 104.º, faz uma redução na

pena analogo ao do Brazil: o Cod. da Prussia, art. 232.º, que ainda é menos severo que o da Austria e do Brazil; o Cod. Hesp. que no art. 213.º reduziu a pena a *presidio menor*, trabalhos em presidio de quatro a seis annos.

Em vista d'estes exemplos torna-se evidente que a pena de trabalhos publicos temporarios de tres a quinze annos é durissima e sem proporção com o crime, e com justa razão se vê assim excluido por outros Cod. Se a perpetuidade da mesma pena é insustentavel nas hypotheses do art. 206.º, não pôde subsistir a temporaria do mesmo genero, na hypothese do n.º 1.º d'este art., por um crime de menor gravidade.

O criminoso não offende aqui mais que o monopolio do fabrico que o governo exerce no interesse geral da sociedade; usurpa assim uma attribuição do poder, e commette uma contração a uma lei prohibitiva e de segurança geral: mas não prejudica senão levemente o fisco pelos chamados direitos de *senhoreagem*, sem causar damno algum ao publico, fraude nem alarma contra os interesses do commercio.

Este mesmo interesse do fisco é puramente nominal, porque é, ou deve ser, mais um encargo que uma fonte de receita do Estado. O beneficio resultante da amodação deve reduzir-se á compensação das despesas, e mesmo ser insufficiente, se assim for necessario, para que a moeda tenha as condições intrinsecas de toque e peso que a tornem aceitavel no commercio.

De resto, como bem nota Pacheco ao art. 213.º do Cod. Hesp., a respeito da moeda de ouro e prata de que se trata, o crime é improvavel. Ninguém fabrica moeda em contração da lei prohibitiva, senão para tirar d'ahi um interesse e grande. A fabricação portanto de moeda d'esses metaes com o mesmo toque e peso é um crime imaginario e impossivel.

Todavia quanto á prata, sendo creada pela Lei de 29 de Julho de 1854 uma moeda fraca, é talvez possivel que o augmento de valor nominal d'esta nova moeda convide á fabricação, e que assim venha a ter alguma utilidade, para attenuar esse mal, a disposição d'este n.º 1.º

Quanto ao facto incriminado em o n.º 2.º, corresponde sempre ao Cod. Fr., art. 132.º, comprehendendo sob a mesma

penalidade perpetua, a par da fabricação e emissão, toda e qualquer alteração. Concordam os Cod. da Sardenha e das Duas Sicílias, modificando porém um pouco a penalidade.

O nosso Cod. modificou a mesma penalidade: 1.º, reduzindo-a a temporaria; 2.º, considerando mais grave o facto, quando complexo, pelo da emissão.

O art. nas palavras—*cercear ou por qualquer modo diminuir o valor*—compreende, além do *cerceamento* ou *limagem* que aqui vem exemplificativamente designado, qualquer outro meio de alteração, como o emprego da agua forte e outras operações químicas semelhantes. Estas alterações não são mais que um acto preparatorio de crime de furto industrial, que se torna consummado no momento em que o criminoso emittir a moeda com o seu valor primitivo.

O Cod. Hesp. no art. 213.º, sem fazer a distincção do crime complexo, pune a alteração da moeda, restrictamente nos casos do *cerceamento*, com a multa de cincoenta a quinhentos duros e com a pena do *presidio maior* que o seu commentador Pacheco qualifica de severa, e que nós reputamos barbara em relação com o crime.

Se não temos mais que um acto preparatorio de furto, e se o prejuizo é pouco consideravel, quando venha a consummar-se o crime, pois quem recebe a moeda alterada não perde senão a parte correspondente á diminuição, se não descobre o vicio, ou pela simples inspecção ou pela verificação do peso, a criminalidade perde muito da sua importancia relativa.

Com todo o acerto o Cod. da Baviera, art. 344.º, considerou unicamente punivel este facto, quando acompanhado da emissão, e lhe impoz então a pena de multa do quadruplo do valor do lucro illicito que assim tenha resultado, além das penas correspondentes á natureza do furto qualificado, que são em regra de um a tres annos de prisão com trabalho, nos termos do art. 220.º

Os Cod. da Austria, nos art. 103.º e 104.º, da Prussia, § 260.º, do Brazil, art. 176.º, punem tambem sem considerar a complexidade com o crime da emissão, mas atenuam a pena por tal fórma, que fica muito distante da que se vê adoptada no presente art.

O Cod. da Luiziana estabelece a pena de prisão de um a tres annos. Os modernos Cod. da Allemanha todos são concordes, menos dois, os de Saxe e de Brunswick, em considerar, como o da Baviera, o crime de alteração da moeda punivel unicamente quando consummado pela emissão. A pena é n'estes Cod., além da multa, a de prisão em casa de força ou de trabalho até tres, cinco ou seis annos. Se for insignificante a quantidade da moeda alterada emitida, segundo o Cod. de Darmstadt, a pena desce a dez dias: Etud. comp., pag. 543.

Vê-se pois d'esta confrontação que a pena de trabalhos publicos temporarios, comquanto se approxima da severidade dos Cod. Fr., das Duas Sicílias, Hesp., e mesmo do da Sardenha, ficou muito áquem dos Cod. da Baviera, da Prussia, da Austria, outros da Allemanha, do Brazil e da America ingleza quanto á pena, não distinguindo além d'isso, para uma contemplação especial, as circumstancias productivas de maior attenuação em razão da menor importancia da alteração ou menor quantidade de moeda alterada, que assim ficam para ser attendidas sómente entre maximo e minimo da mesma pena, segundo as regras geraes.

Mello Freire, no seu Ensaio do Cod. Cr., tit. 15.º § 8.º, e tit. 36.º § 27.º, considerou este crime como furto qualificado, e assim punivel com penas analogas.

Em lugar pois de progredirmos na moderação das penas, como exigia a natureza do crime, e em vista de taes exemplos, mesmos domesticos, e nos approximarmos assim de um povo de irmãos, como é, e ha de sempre ser o Brazil, quizemos ficar visinhos da Rocha Tarpea, d'onde os romanos despenhavam os falsos moedeiros!

Aggravam-se estas considerações, em quanto se nota que este n.º 2.º assimilou tambem ao facto consummado pela emissão o da tentativa pela *exposição á venda*; assimilhação em que o Cod. Fr. só encontrou imitação no nosso Cod. O Cod. de 1837 mencionou expressa e especialmente os banqueiros e cambistas, mas sómente os que *passassem* moeda de ouro ou prata diminuida no peso.

De resto, os negociantes d'este genero de mercadoria, nem é de seu interesse desacreditar-se, vendendo moeda cerceada

por boa, nem costumam vender nem comprar, principalmente a de ouro, sem verificar o seu peso, nem podem ser impedidos de a expor á venda, ou de a comprar, pelo seu peso e com o respectivo desconto, como estão fazendo, assim como os ourives.

Por último, não podemos deixar de notar a injustiça penal do art., que resulta da confrontação da presente hypothese com a do n.º antecedente. Ali prepondera a falsidade extrínseca da moeda em razão da usurpação da fabricação. Aqui porém devia preponderar com maior força a fraude com a vileza do furto, aggravado por ser em prejuizo publico, indefinido. É certo que, sendo a moeda verdadeira, o seu cercamento é uma operação mesquinha, e mesmo sobre o ouro, que não pôde ter graves consequências, porque ou ha de ser imperceptível, ou se é de consideração, pela maior leveza, safado de seus cunhos ou diminuição de seu diametro, passa a ter curso por peso como mercaderia pelo seu valor intrínseco.

Mas: 1.º, os pesos e balanças não existem em toda a parte; 2.º, semelhantes factos destroem a confiança de que nasce carece qualquer meio circulante; 3.º, paralyzam assim as operações de commercio.

Quanto ao disposto em o n.º 3.º, vê-se d'elles que o emissor sendo cúmplice com o fabricante é igualado a este para a pena. É a mesma assimilação do art. 206.º Cabem portanto aqui as mesmas observações que temos adduzido aos n.ºs 1.º e 2.º do mesmo art.

Na materia do § 1.º não nos parece haver fundamento bastante para incriminação especial. Se a moeda tem legitimo toque e peso, desde que o fabricante ou detentor não pratica um só acto de tentativa de emissão, guarda o metal como simples mercaderia; e ninguém pode adivinhar qual será a sua intenção, não sendo licito presumir crime aonde não houve manifestação clara de vontade: se a moeda não tem o legitimo peso, por se achar alterada alem da tolerancia legal, determinada na Lei de 29 de Julho de 1834, desde esse instante fica em poder de seu dono, como qualquer outra propriedade movei ou metal precioso.

É muito differente esta especie e a sua moralidade da contemplada no art. 206.º § un., para o effeito da fabricação da moeda inteiramente falsa. Aqui é essencial o facto da emissão, como bem se estabeleceu no art. 344.º do Cod. da Baviera, e se, como entendemos, as penas, nos casos d'este nosso art., sómente devem ser correccionaes, na hypothese d'este § 1.º só pôde considerar-se a simples tentativa, que não é punível, segundo as regras geraes, art. 8.º, não havendo uma razão forte, como se vê no cit. § un. do art. 106.º, para aqui se fazer uma excepção.

Pelo que respeita á materia do § 2.º não nos parece pois haver verdade moral na incriminação, quanto á exposição á venda, mesmo quando se fique entendendo que esta procede, havendo fraude; porque desde que a exposição se expulsa ou se desculpe, allegando-se que era feita como de simples mercaderia, não pôde provar-se o dolo, ao mesmo passo que desde que um facto admite interpretação ambigua, uma innocente outra criminosa, prevalece a presumpção da boné, que remove para a accusação as provas em contrario.

Quanto á emissão, não acontece outro tanto. É um facto consummado, cujos resultados materiaes podem ser avaliados, e por elles e suas circumstancias demonstrar-se se foi ou não fraudulenta.

Pelo que respeita á penalidade não a julgamos inadequada, nem a de prisão, nem a de multa; mas é viciosa por ser de dois maximas, que se ressentem da nimia severidade das comminadas n'este art. e nos antecedentes, e assim por indivisível não pôde convenientemente ser applicada aos diversos graus de criminalidade que podem dur-se, em razão da maior ou menor quantidade de moeda emitida, e da sua maior ou menor alteração ou valor intrínseco: e é muito para se notar tambem que, sendo a multa tão analogia com o delicto, e por isso empregada em quasi todos os Cod., sómente n'este § e no art. seguinte se fizesse applicação d'ella.

Acresce que se desconheceu aqui o espirito com que o Cod. Fr. no art. 132.º assimillou a exposição á emissão. O legislador suppoz que o cambista, que expõe a moeda falsa para a vender, a recebeu directa e immediatamente do fabri-

cador, participante assim do seu crime, e por isso feriu ambos com as mesmas penas.

Uma supposição contraria produz consequências absurdas. A exposição, como nota Chauveau e Helic, cap. 20.º pag. 289, não é, quando despiu d'aquella circumstancia, mais que uma *tentativa incompleta de emissão*, em quanto que na emissão se dá o *crime consummado*. Ora é repugnante que n'este § 2.º se applique á *tentativa incompleta* a mesma pena que ao *delicto consummado*, principalmente quando a pena por ser correctioanal eximia de toda a pena, segundo as regras geraes do Cod.; e toca as metas do contraseuso, quando o réu d'essa tentativa soffre por este § 2.º um *maximo* de prisão e multa, quando, nos termos do art. seguinte, o emissor que passou as raías da tentativa e consummou o crime é punido sómente com a multa, e esta tenuissima!

ARTIGO 209.º

Se em qualquer dos casos declarados nos art. antecedentes o passador teve conhecimento da falsidade só depois de ter recebido a moeda como verdadeira, a pena será a da multa conforme a sua renda, de quinze dias a um anno, mas nunca inferior ao dobro do valor representado pelas peças de moeda falsa que passou.

ARTIGO 210.º

As penas determinadas nos art. d'esta secção para os passadores da moeda falsificada se applicam aos que a introduzem no territorio portuguez.

Art. 41.º, 208.º e seus §§.

Tem esta disposição concordancias, com relação á quasi nenhuma pena n'esta hypothese, no Cod. Fr., art. 135.º, e no Cod. Hesp. que o imitou, art. 216.º

Mas sempre que alguém re-emite *scientemente* moeda falsa, dá-se a fraude e consequentemente o delicto. A moralidade intrinseca d'este facto não varia, quer o re-emittente verifique a falsidade no acto de receber a moeda, quer depois. Em todo o caso antes da re-emissão conhecia elle a falsidade, e as regras da justiça e da moral não consentem, se fomos enganados e defraudados, que um innocente nos repare o damno que recebemos.

Foi dito no relatorio dos motivos do Cod. Fr. de 1810, que a lei deve ter compaixão dos culpados em rasão da sua posição, procurando não lucrar, mas rejeitar sobre a massa uma perda de que se achavam ameaçados. Quer isto dizer, que

a lei tolera que causemos a outrem o prejuizo que rejeitámos! A verdade moral não consente semelhante doutrina.

Melhor apreciou o facto de que se trata o Cod. da Sardenha no art. 341.º:

«Celui qui ayant reçu cette monnaie pour bonne, et qui «après l'avoir reconnue fausse ou altérée, l'aura frauduleusement mise en circulation, sera puni d'emprisonnement.»

O Cod. das Duas Sicílias, art. 267.º, aproveitando como nós aproveitámos a matéria do art. 133.º do Cod. Fr., conservando como pena accessoria a multa pecuniaria na razão do dobro da moeda falsa re-emittida, acrescentou-lhe a da prisão e do segundo grau, que é, nos termos do art. 26.º, de sete mezes a dois annos.

O Cod. da Prussia, part. 2.ª tit. 20.º § 239.º, impondo duas multas, uma proporcional á moeda emittida, e outra com abstracção d'essa moeda, deu aos juizes a faculdade de substituir a segunda pela prisão de oito dias a seis semanas.

Nos modernos Cod. de Allemanha, Etnd. comp., seguiu-se este mesmo systema, impondo-se a prisão e multa, já cumulativamente, já separadamente, segundo a gravidade dos casos.

Este nosso art., assim como se acha, dá necessariamente em resultado a illusão completa da incriminação e penalidade contempladas no § 2.º do art. antecedente.

O passador da moeda pôde chamar-se sempre á ignorancia, e tem a seu favor a presumpção legal de que recebea por boa a moeda falsa; e não só isso, pôde allegar que não verificou a falsidade mesmo depois de a ter recebido. Para se elidir esta presumpção e demonstrar a *realidade* de semelhante *verificação* são necessarias provas mui difficéis, se não impossiveis de produzir.

Além d'isso resulta do mesmo art., comparativamente com esse § 2.º, uma palpitante injustiça relativa, como já notámos. O réu de tentativa incompleta do crime, qual é o que expõe á venda a moeda falsa, sem concerto nem cumplicidade com o fabricante, é ali punido com duas penas correccionaes e ambas no seu maximo, enquanto aqui o passador que consummou o crime é apenas condemnado com a multa em grau minimo e proporcional.

Quanto enfim ao art. 210.º, se nos offerece dizer, que se vigoram quanto á introdução as mesmas penas, devem vigorar os mesmos principios. A introdução no territorio portuguez ainda é uma tentativa mais incompleta que a da exposição á venda. Não ha pois verdade moral n'esta assimilhação. Enquanto não ha damno *real* verificado pela emissão, pôde haver facto punivel, mas não motivo justo, para que seja punido como o crime consummado pela mesma emissão.

Uma tal assimilhação, além das repugnancias que ficam indicadas, é contraproducente em relação aos interesses da sociedade. Certo o introductor de que soffre a mesma pena, não tem incentivo algum para suspender a consummação do crime, antes pelo contrario tem todo o interesse em passar á condição de passador, para se prevalecer da disposição do art. antecedente.

ARTIGO 211.º

Nos diversos casos declarados nos artigos antecedentes, se a moeda não for de ouro ou prata, mas de outro metal, terão lugar nas penas as seguintes modificações:

1.º Se a pena decretada for a de trabalhos publicos por toda a vida, impor-se-ha a temporaria de trabalhos publicos.

2.º Se a pena for de trabalhos publicos temporarios, impor-se-ha a de prisão maior temporaria com trabalho.

3.º A prisão correccional será de tres mezes até um anno.

4.º Se for o maximo da prisão correccional, impor-se-ha a de prisão de seis mezes até dois annos.

Art. 33.º, 34.º e 99.º, art. 38.º e ref.

Esta modificação nas penas, com relação ás moedas de cobre ou qualquer outro metal que não seja ouro ou prata, tem concordancias nos Cod. Fr., art. 133.º, no Hesp., art. 212.º, da Sardenha, art. 335.º, das Duas Sicílias, art. 263.º, e outros.

Discordam porém os Cod. do Brazil, da Baviera, da Austria, da Prussia, e o moderno Cod. de Saxte, poisque não fazem semelhante distincção.

Os caracteres do crime são em todo o caso os mesmos, só diversificam na pena. Portanto o que temos ponderado aos artigos antecedentes recebe aqui uma exacta applicação, menos no que é relativo especialmente ao ouro ou á prata.

Nas discussões que em conselho de estado houveram na França a este respeito, reclamou-se que toda a falsidade de moeda fosse indistinctamente punida com as mesmas penas; mas ponderando-se então que o damno resultante devia necessariamente ser menor, distinguu-se a qualidade da moeda.

Esta foi a razão fundamental que justificou a disposição do art. 133.º do Cod. Fr., que os Cod. seus imitadores, nos quaes o nosso deve ser contado, adoptaram.

Similhante fundamento porém parece-nos mais especioso que real.

Primeiramente, se fosse procedente a distincção, devia comprehender em lugar de dois tres graus; a saber: ouro, prata e qualquer outro metal. É claro que sendo maior o damno resultante da falsificação do ouro que a da prata, e esta que a do cobre ou bronze, a pena deveria ser graduada, augmentada ou diminuida na mesma proporção.

Em segundo lugar, se o damno nominal considerado em abstracto é maior no ouro e na prata que em outro qualquer metal, não é assim em relação á desordem que causa nas transacções a respeito de uma moeda subsidiaria, que tem de representar a todas as horas e momentos, ou para solução de minimos ou para pagamento exclusivo dos objectos de pequeno commercio e necessidades da vida mais communs e ordinarias.

Em terceiro lugar, porque esta moeda é a principal e as mais das vezes a unica das classes mais pobres, e portanto as mais numerosas da sociedade, sendo assim entre ella productiva a falsidade de maior alarma, assim como é digno de toda a consideração o damno resultante que para essas classes tem um maior valor relativo que para as classes ricas, abastadas ou medias.

Em quarto lugar enfim, porque dá-se a respeito d'esta moeda subsidiaria, a que chamaríamos de terceiro grau, muito maior facilidade na fabricação, por isso que para o fabricador tirar um lucro e grande não carree de adulterar o peso e o toque do respectivo metal.

Acresce que o augmento de circulação de toda a moeda subsidiaria e fraca, alem do que comportam as necessidades reais do commercio, produz o desequilibrio da moeda de ouro e prata encarecendo-a, e na razão inversa a depreciação da moeda existente do mesmo metal em geral prejuizo das ditas classes pobres, que assim têm de comprar mais caros os artigos indispensaveis á sua subsistencia.

ARTIGO 212.^o

Aquelle que commetter em territorio portuguez algum dos crimes declarados n'esta secção, falsificando ou passando ou introduzindo falsificada moeda estrangeira que não tenha curso legal no Reino, será condemnado segundo as regras estabelecidas no art. antecedente.

Art. 211.^o e ref.

Este art. contém omissão que o põe em desarmonia com os art. 206.^o, 207.^o e 208.^o, n.^{os} 2.^o e 3.^o § 2.^o e 211.^o, pois se refere aos casos da falsificação, emissão e importação, preterindo mencionar a *exposição á venda*, o que era indispensavel, comquanto a intenção do legislador fosse comprehendê-la.

E foi essa a intenção do legislador, por isso que elle não podia querer, sem o maior dos absurdos, incriminar a tentativa mais remota do crime, que é a introdução, e deixar de incriminar outra tentativa não só tambem incompleta, mas menos remota, qual é a da exposição á venda, segundo passo posterior na execução do mesmo crime.

E todavia, segundo os principios do direito criminal tão expressa e terminantemente consignados no art. 18.^o das disposições geraes do Cod., não é licito ampliar o presente art. alem dos casos n'elle expressos, recorrendo-se a semelhantes argumentos para salvar a intenção do legislador.

Esta omissão é tanto mais notavel, quanto que a palavra *=exposição=* a par da palavra *=introdução=* se encontra em logar concordante d'este nosso art., qual é o Cod. Fr., art. 134.^o *=exposition ou introduction en France=*.

Sobre a materia da incriminação concordam o cit. art. do Cod. Fr., da Prussia, § 236.^o, da Sardenha, art. 334.^o, e das Duas Sicilias, art. 266.^o Tambem concorda no mesmo sentido o Cod. da Austria no art. 103.^o *=d'après un coin ayant cour*

dans un lieu quelconque=, comprehendendo assim tanto a moeda nacional como a estrangeira.

Discordam porém os Cod. do Brazil, Hespanha e da Baviera, emquanto guardam silencio absoluto sobre similhante incriminação, como de moeda falsa.

A disposição d'este art. não é applicavel aos bilhetes, assignados ou obrigações do thesouro estrangeiro em *papel*, que por lei tenham curso forçado em paiz estrangeiro. Este acto de immoralidade, de offensa do direito das gentes, deveria contudo; pelo menos, ser incriminado como falsidade em escriptura privada, segundo a opinião de Chauveau e Helie, e segundo a nossa, que adiante desenvolveremos, como de obrigações de *credito publico* em geral.

Segundo o que explicitamente é declarado no art. antecedente os crimes de falsidade do moeda de que trata esta secção são restrictos á moeda de *ouro*, *prata* ou de *outro metal*, e portanto não podem por analogia estender-se á moeda *papel*. Alem de que a palavra *moeda*, quando a lei não declara o contrario expressa e especialmente, não pôde ser tomada senão restrictamente a respeito da moeda, que reuna para o ser as condições intrinsecas que a sciencia ensina, e segundo as quaes não basta um valor *nominal* attribuido por lei, mas um valor *real* que torne esse objecto uma coisa util por si mesma, e por tal forma que, independentemente do *signal representativo* dado pela auctoridade publica, constitua uma verdadeira mercadoria ¹.

¹ É certo que o tribunal de cassação de França tem comprehendido por Arestos de 26 de Maio de 1833, de 13 de Agosto de 1840, de 5 de Fevereiro de 1841, de 16 de Março de 1843 e de 11 de Abril de 1844, o *papel moeda estrangeiro*, na expressão do Cod. Fr., art. 134.^o *=monnaies étrangères=*, com o fundamento de que se não podia restringir por simples induções esse art., como geral e absoluto; mas este posso art. referir-se aos crimes declarados na *secção*, e um dos elementos essenciaes das incriminações que ella contém é que seja *metal* a materia da falsidade, e não um *papel*; e o art. 18.^o das disposições geraes é uma barreira salutar e invencivel para a interpretação extensiva em materia penal.

Chauveau e Helie fulminam esta opinião ou interpretação do tribunal da cassação; (tom. 2.^o cap. 20.^o pag. 293) qualificando-a e com justa razão, como de ampliação *arbitraria da lei*: «La cour de cassation, en isolant cet art. «(134.^o) de ceux qui l'environnent, et en omettant d'analyser ses termes, a

Alem de que as cédulas ou notas do *papel-moeda* não são mais que escriptos ou bilhetes *ao portador*, e a fazer-se portanto ampliação, não seria nem do presente art. sobre moeda estrangeira, nem do art. 219.º sobre escriptos particulares, mas sim do art. 113.º

Assim foi entendido pelos dois governos de Portugal e Brazil, no tratado especial que a esse respeito celebraram em 1835; sendo para notar em vista d'esse tratado, que não só foi por esta forma supprida a deficiência do nosso Cod., quanto a incriminação do papel-moeda e outros titulos *ao portador* auctorizados por lei brasileira, mas que se igualaram para os effeitos penaes os crimes de que trata este art. sobre moeda brasileira aos de que tratam os art. antecedentes sobre moeda portugueza.

Por esta fórma ficou revogada a disposição penal de atenuação, com referencia ás regras estabelecidas no art. antecedente, fazendo distincção entre moeda nacional e moeda estrangeira.

E não só isso, todas as nações com as quaes temos tratados com clausulas de privilegios, regalias ou protecção, iguaes aos—da nação mais favorecida—terão jus talvez a reclamar a mesma ampliação, ficando por esta fórma quasi antiquillada similhante distincção.

Melhor fóra que o Cod. tivesse sido melhor reflectido nas suas disposições, com relação ás nações estrangeiras, para que nem sobre factos a incriminar, nem sobre penas a impor carecessem as nossas leis criminaes de ser corrigidas por tratados. Démos assim um documento solemne, tanto das lacunas como da insufficiencia ou injustiça do nosso direito criminal.

O Cod. mod. da Prussia não só simplifcou exuberantemente similhantes incriminações, reduzindo nos §§ 121.º e seguintes todas a uma só debaixo do titulo—*crimes e delictos monetarios*—, mas expressamente comprehendu o papel nacional como moeda metálica, e como papel nacional todos os titulos *ao portador* auctorizados por lei nacional ou estrangeira.

«méconnu son vrai sens et étendu arbitrairement sa pénalité.» Estas palavras seriam perfeitamente applicaveis ao juiz que desse a este nosso art. uma interpretação similhante á que foi dada por aquelle tribunal.

ARTIGO 213.º

Será isento de pena o corréu, que, antes de consummado qualquer dos crimes enunciados nos artigos antecedentes, e antes de se instaurar o processo, dê á Auctoridade publica conhecimento do mesmo crime, e das suas circumstancias, e dos outros corréus. Poderá contudo determinar-se a sujeição á especial vigilancia da policia, pelo tempo que parecer aos juizes.

§ unico. Em todos os casos declarados n'esta secção o comprador será punido como cúmplice do passador.

Art. 61.º, 176.º, 283.º § 2.º, 25.º e 26.º e ref.

Tem concordancias no art. 138.º do Cod. Fr., e seus imitadores, o Cod. das Duas Sicilias, art. 270.º, e o da Sardenha, art. 344.º

São omissoes os Cod. do Brazil, Hespa., da Prussia, da Austria, da Baviera e todos os modernos da Alemanha.

Preoccupado o legislador dos perigos, resultantes á causa publica, da emissão da moeda falsa, prometteu aqui a impunidade, como prometteu nos casos a que se refere o art. 176.º. Não é o arrependimento do criminoso que se recompensa, mas o pagamento do serviço que se recebe pela delação ou revelação.

Estes damnos materiaes que são momentaneos, que são reparaveis, e que não affectam a segurança interna do paiz, directa nem indirectamente, como os de que trata o art. 176.º, não vem senão do delicto de moeda falsa, *propriamente dito*, quando consummado, e este sómente *em realidade* se consumma quando a moeda falsa entra na circulação.

O corréu portanto de qualquer dos factos incriminados n'esta secção, por coherencia e conveniencia com o pensamento e fim do legislador, deveria ser admittido a utilizar a

seu serviço, não só exclusivamente até à consummação d'esses actos com abstracção do da emissão, mas sempre até à consummação exclusivamente do crime de moeda falsa, propriamente dito, isto é, quando ainda se não tenha verificado a emissão.

Por isso a disposição do Cod. Fr., mais ampla n'este mesmo sentido que a do nosso art., achava-se corrigida e emendada com toda a clareza no Cod. da Sardenha, art. 344.º, nos termos seguintes:

«Les individus qui se sont rendus coupables d'un des crimes énoncés dans les articles précédents, seront exemptés de peines, si, avant toutes poursuites criminelles, et avant que le crime de falsification de monnaie soit consommé, ou même après sa consommation quand il n'y aura point eu de mise en circulation, ils en ont donné les premiers avis et ont révélé les auteurs aux autorités compétentes.»

O mesmo Cod. foi tão longe como o Cod. Fr., concedendo a impunidade ao corréu do delicto, ainda depois da emissão e de instaurado o processo, se elle procurou verificar a prisão dos outros culpados ou parte d'elles: cit. art. 344.º:

«Seront exemptés des peines, si même après les premières informations ils ont procuré l'arrestation des autres coupables ou d'une partie d'entre eux.»

Efectivamente, se o legislador teve em vista prevenir o mal da emissão da moeda falsa, devia, quando já não é isso possível, prevenir ao menos o maior mal que resulta sempre da inteira impunidade dos delinquentes.

Mas o Cod. das Duas Sicílias, no cit. art. 271.º, explicou-se nos termos seguintes:

«Les coupables des méfaits énoncés dans les articles précédents seront exemptés de toute peine si, avant la consommation de ces méfaits, et antérieurement à tout agissement, ils ont donné les premiers avis, et dénoncé les auteurs à l'autorité constituée.»

E precisamente esta a disposição adoptada no presente art., excluindo portanto a recompensa do serviço prestado, mesmo depois da consummação do crime e de instauração do

processo, mas antes da emissão, e mesmo depois de um e de outro, na captura dos outros culpados. Assim o que fabricou a moeda falsa ou a expoz á venda, e que por este modo consummou qualquer d'esses factos especialmente incriminados, não pôde util e plenamente para si prevenir o mal publico da emissão da moeda falsa ou da impunidade dos corréus, declarando-os ou fazendo-os capturar.

Nós entendemos que teria sido melhor guardar silencio sobre a materia d'este art., como fizeram os outros Cod. supracitados; mas desde que assim se não fez, parece-nos evidente, que é mais completa e mais conforme com o fim e intenção do legislador, pelas razões expostas, a disposição do Cod. Fr., que o da Sardenha melhor explicou e desenvolveu.

Considerámos pois mal fundado, e portanto defeituoso, este nosso art., em quanto adoptou só a primeira parte do art. do Cod. Fr., imitando o das Duas Sicílias, em lugar de seguir o exemplo do Cod. da Sardenha.

Quanto a disposição da prevenção *facultativa* de especial vigilancia de policia, são concordes todos os Cod., não omissoes, Fr., da Sardenha, e das Duas Sicílias, nos art. citados.

É porém muito notavel, que assim aqui se limite ao corréu, que faz o serviço, o beneficio que lhe é concedido, porque a sujeição á especial vigilancia de policia, nos termos e com os effectos declarados no art. 61.º, importando uma restricção á liberdade do individuo, e mesmo um desaire que o confunde com os criminosos, é essencialmente uma pena, emquanto que a mesma restricção esqueceu facultar a proposito de disposição analogá, e para crimes de tanta ou de muito maior gravidade, quaes os contemplados no cit. art. 176.º

É isto não só uma falta e uma incoherencia, mas uma injustiça relativa.

Aggrava-se esta consideração, quando se nota que a facultade da sujeição á vigilancia especial de policia comprehendendo *indistinctamente* os corréus de crimes, a que, nos termos dos art. 208.º n.º 3.º §§ 1.º e 2.º, e dos art. 209.º, 211.º n.º 3.º e 4.º e 212.º, corresponde sómente uma pena

correcional; porque n'esses casos, segundo a regra estabelecida no art. 60.^o, não pôde ter logar a dita faculdade, senão pela determinação especial do presente art., estabelecendo uma excepção para a qual não vemos razão sufficiente, a não ser a imitação d'aquelles tres Cod.

Por ultimo, devemos notar que a disposição do art. n'esta parte não se pôde nem deve entender nos casos, em que os factos, começo de execução ou preparatorios de execução de algum dos crimes mencionados n'esta secção, não sejam especialmente incriminados. N'esses casos, quando praticados, o cúmplice ou corréu, para ser relevado da pena, não carece de invocar o beneficio da lei; e não carecendo, não pôde a revelação expo-lo á vigilancia especial da policia, que o collocaria em peor situação do que se não revelasse. Assim o decidiu o tribunal de cassação de França por Aresto de 17 de Agosto de 1820.

Quanto ao § un., ou n'elle ha defeito de redacção, ou elle repugna com os art. d'esta secção. *Comprador* não se pôde tomar, como é evidente, senão em relação a *vendedor*; e portanto em relação ao crime da *exposição á venda* que os art. d'esta secção constantemente discriminaram e não confundiram, como não deviam confundir, com o da *emissão* da moeda falsa.

O individuo que *compra* moeda falsa, na *intenção de a passar*, pôde reputar-se réu de tentativa de *emissão*, como auctor de facto, começo e execução de um delicto que não chegou a consummar, mas nunca, sem o maior dos contrasensos, como cúmplice de si mesmo na *emissão* que elle quiz fazer.

Se comprou a moeda não para a emitir, mas para a revender, sempre como mercadoria, é réu de outro crime diverso do da *emissão*, e que é o mesmo crime que praticou quem lh'a vendeu; se porém a comprou para a fazer entrar na circulação como moeda ou valor representativo de outros objectos, é *passador*.

Em qualquer hypothese não ha questão de *cumplicidade*, mas de *acção* directa e immediata de factos qualificados crimes n'esta secção, ou de *tentativa* d'esses mesmos crimes.

Entre nós tínhamos antes do Cod. o Alv. de 20 de Maio de 1688, mas esta lei não respeitava a *compradores* de moeda falsa, mas de moeda verdadeira de oiro ou de prata, que a comprassem, *para a cercear*, dando por ella mais do que o seu justo preço, e que eram equiparados na pena aos *cerceadores*. Os elementos constitutivos pois d'esta incriminação diversificam inteiramente.

ARTIGO 214.º

Aquelle que engeitar moeda que tenha o curso legal no Reino será condemnado no anoveado da moeda engeitada.

Art. 41.º e ref.

Tem concordancias este art. no Cod. Fr., art. 475.º n.º 11.º:

«... ceux qui auraient refusé de recevoir les espèces et « monnaies nationales, non fausses ni altérées, selon la valeur « pour laquelle elles ont cours.»

É classificada ahí a incriminação entre as *contravenções* de segunda classe, e consequentemente é punida sómente com a multa de seis a dez francos inclusivamente.

A nossa Ord. não incluiu esta infracção entre as do liv. 3.º, e sómente a contemplou em o liv. 4.º tit. 22.º, comquanto comminasse contra os peões os acoutes, e o degredo por dois annos contra os mais delinquentes.

É elemento constitutivo da incriminação que a moeda engeitada *tenha curso legal no reino*, e n'isto seguiu o art. o Cod. Fr.; a cit. Ord. estabelecia que a moeda engeitada fosse *verdadeira lavrada com o cunho real*, á excepção da moeda verdadeira de ouro do cunho estrangeiro, que também não queria fosse engeitada¹.

Nem o art. nem a Ord. deixam aos subditos a apreciação do valor circulante como o de qualquer outra mercadoria para o receberem ou não em troca dos objectos da sua pro-

¹ *Curso legal* não é mais nem menos que o *curso forçado*. O art. substitue as palavras = *moeda com curso legal* = ás de = *moedas nacionais* = pela mesma razão que em França assim se praticou, para se comprehenderem as moedas cunhadas no reino de Italia, conforme ao Decreto de 24 de Janeiro de 1807, não revogado ou modificado posteriormente. Entre nós temos tido em diversas epochas com curso legal diversas moedas estrangeiras, como ainda hoje temos os soberanos ou libras inglezas.

priedade, com offensa dos princípios mais obvios de economia politica sobre troca e liberdade do commercio, assim como de respeito ao direito que cada um tem sobre o uso e conservação do que é seu, não o transmittindo nem alienando senão com a compensação ou indemnisação de concorrente valor.

A Ord. determinava:

«Porém se as ditas moedas de ouro assim de nossos reis « nos, como de fóra d'elles, e bem assim a nossa moeda de tos- « tões forem de menos peso do que devem ser segundo sua lei, « poder-se-hão engeitar sem pena alguma.»

Quer dizer, o valor da moeda para regular as transacções não depende do valor intrinseco da materia de que for formada, mas da disposição da lei.

A tanto porém não chega a omnipotencia do legislador, e a sua lei sómente produz a fraude e a simulação. O negociante augmenta o preço da sua mercadoria na proporção da depreciação da moeda, e o portador da moeda que a quer trocar por outra soffre o desconto relativo á differença de valor intrinseco ou de estimação segundo as oscillações do mercado, provenientes das diversas causas que n'elle influem a despeito da acção das leis, que são sem força sempre que se não fundem na verdade moral e real das cousas.

Alem d'este vicio gravissimo em que labora o presente art., acha-se mal collocado entre os d'esta secção comquanto em ultimo lugar. Não tem a menor correlação com os factos incriminados n'esse art. como de *falsidade de moeda*.

Podia qualificar-se o facto como de resistencia á lei, offensa á auctoridade do soberano, ou injuria feita á sua effigie, corda ou armas signaladas pelo cunho, mas nunca, nem por sombras, como de crime de *falsidade de moeda*; e por isso com justa razão Sousa, na sua Class. dos Cr., o qualificou como especie differente do referido crime.

Esta determinação sómente se tem considerado necessaria sempre que a moeda é intrinseca e não criminosamente falsa em todo ou em parte, e que tem curso forçado sómente por virtude da lei. É para se manter um erro com a violencia.

Dá-se com muita especialidade esta hypothese pela emis-

são do *papel-moeda* ou de *moeda fraca de metal* por não ter o toque ou o peso correspondente ao valor nominal que representa, e que por isso é mal recebida no publico por falta de confiança.

Assim, creando-se o papel-moeda por Alv. de 13 de Julho de 1797 para ser recebido como se fosse dinheiro de metal em quaesquer pagamentos, na razão de metade, foi determinado que se procedesse contra os que duvidassem recebe-lo na forma que estava determinado *contra os que engeitassem moeda do rei*; e o mesmo se decretou quanto ao curso forçado das notas do Banco de Lisboa pelo Decr. de 14 de Novembro de 1846, art. 1.º, que apenas promulgado ficou sem força alguma na sua execução, comquanto alem das penas subinadas na cit. Ord. fosse comminada a pena de 50\$000 a 500\$000 réis para a fazenda publica.

Quando a moeda legal tem as qualidades intrinsecas, e a que segundo a definição de Aristoteles, a que a sciencia nada tem acrescentado nem corrigido, quadram as indicações e condições essenciaes de *signal representativo* e de *cousa util por si mesma*, em concorrente ou quasi concorrente valor nominal e real, toda a incriminação alem de tyrannica é inutil.

Ninguém, *sana mentis*, ou a não ser por erro e ignorancia invencivel, a engeitará.

Póde ainda acontecer que se engeite a moeda legal, não em razão do seu vicio intrinseco, mas por não ter curso legal em quantidade superior áquella em que tem cabimento, como a respeito da moeda *auxiliar* de prata, cobre ou de outro metal. N'este sentido o art. correspondente do Cod. Fr. tem sido considerado como a sanção do Decr. de 18 de Agosto de 1808, auctorizando os pagamentos em cobre até á concorrencia de cinco francos, assim como póde hoje ser o presente art. considerado como sanção do art. 3.º da Lei de 29 de Julho de 1854.

Nos outros casos a resistencia nasce em primeiro lugar da injustiça, da expoliação ou do vicio da lei, que em nome da auctoridade publica auctorisa aquillo mesmo que incrimina contra os individuos; em segundo lugar, do sentimento e desejo que a todos é natural de evitar o proprio damno.

O remedio pois contra este delicto, ou antes contravenção, deve ser em taes casos todo preventivo, aperfeicoando-se o systema monetario, e emendando-se os defeitos da legislação respectiva; e em quanto isso se não faz, a pena da contravenção deve ser ou nulla ou moderadissima, ou antes toda a pena é illusoria ou chimerica.

Ora postoque a pena imposta no art. seja adequada emquanto pecuniaria, como não ha damno real contra terceiro, antes o delinquento o recebe, difficultando um pagamento a si proprio, sómente restava manter a obediencia á lei; e a offensa portanto devia ser reprimida entre maximo e minimo para se graduar segundo as circumstancias, com abstracção da quantidade de moeda que foi engeitada.

O *anoveado* d'essa quantidade parece-nos mal cabido, porque umas vezes é insignificante se a quantidade é pequena, outras é excessiva se a quantidade é de alguma consideração. Muito pelo contrario, resistir com pouco fundamento é na primeira hypothese uma circumstancia aggravante; mas resistir quando se teme um damno consideravel, é uma circumstancia attenuante que, se devesse influir na graduação da pena, deveria sómente ser para se diminuir e nunca para se augmentar.

O *anoveado*, que se não encontra em nenhuma parte mais do Cod., é aqui uma aberração das regras geraes, que não tem razão alguma que a justifique, e consequentemente constitue uma antinomia ou contradicção da hypothese com a these do art. 11.º sobre multas.

Este *anoveado* ou *noveado*, multa pecuniaria de que apenas se faz uso em algum lugar da Ord. liv. 3.º, que se vê como pena simples ou composta contra certos funcionarios publicos, admittida na mesma Ord. *por erros de officio*, como do liv. 1.º tit. 65.º §§ 10.º, 17.º e 88.º, § 14.º liv. 2.º tit. 39.º § 3.º e tit. 51.º pr., que foi rejeitado pelo Cod. nos crimes *privilegiados* correspondentes que elle contemplou é, alem de incongruente, obsoleta e antiquada, servindo unicamente para nos fazer recordar de um systema condemnado pelo mesmo Cod. n'esses crimes, e que portanto com mais razão o devia ser em incriminação de *delicto communis*.

Quem engeitar uma moeda de cinco réis paga de multa

quarenta e cinco réis, mas se engessar uma de oito mil réis, paga de multa setenta e dois mil réis. É irrisoria, se a importância da moeda é pequena, é atroz e se resolve em confisco, se essa importância é de maior valor. É absurda por não ter limites de maximo nem minimo!

SECÇÃO 2.ª

DA FALSIFICAÇÃO DOS ESCRITOS

ARTIGO 215.º

Aquelle que falsificar qualquer titulo ao portador auctorisado por Lei, e bem assim o que fizer uso d'esse titulo falsificado ou o introduzir no territorio portuguez, será condemnado a trabalhos publicos por toda a vida.
Art. 33.º e ref.

Titulos ao portador, expressão que manifesta a idea equivalente á que se encontra no Alv. de 13 de Julho de 1797; titulos:— *que girem lieremente sem endosso ou cessão*,— restricta aos titulos *auctorisadas por lei*; comprehende os emitidos pelo thesouro publico, quaes são: 1.º, os *bonds* ou titulos de divida externa consolidados; 2.º, as inscripções da mesma divida, que á similitão d'estes forem com *coupons* e que não careçam portanto de assentamento a determinada pessoa na junta do credito publico ou em outra repartição do Estado que esteja creada para esse fim; 3.º, os escriptos ou bilhetes timbrados ou sellados pelo mesmo thesouro ou por outra repartição publica, que representem divida passiva do Estado, soluveis a qualquer possuidor do titulo, quer seja a termo ou á vista, quer indefinidamente, quer para a obrigação principal, quer para a de um juro ou prestação, quer para ambos e em termos absolutos ou condicionaes¹; 4.º, as

¹ Na classe d'estes titulos entrava e entra ainda hoje em termos absolutos, enquanto não for completamente amortisado, o *papel-moeda* de que trata o cit. Alv. de 13 de Julho de 1797, os escriptos das *allandegas* de que trata o Decr. de 30 de Outubro de 1784, e os bilhetes de credito de que trata o Alv. de 24 de Janeiro de 1803. Entram actualmente todos os titulos emitidos ou que se emitirem pelo thesouro, admissiveis como moeda nas estações publicas, ou em alguma d'ellas, ou que tenham pagamento certo, incerto ou co adicional ao portador.

notas promissórias a termo ou à vista, passadas pelos bancos ou companhias legalmente autorizadas para esse effeito, como o foi o banco de Lisboa e é hoje o banco de Portugal.

A expressão = *autorizados por lei* = reveste os títulos de que se trata da natureza de = *públicos* =; e portanto a incriminação d'este art. não comprehende o crime de falsificação dos escriptos *particulares*, nem dos do commercio, mencionados em outros art. d'esta secção; = e também a palavra *lei* =, não podendo entender-se senão das leis portuguezas, as unicas em virtude das quaes o cidadão pôde, segundo a Carta, ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma cousa, não comprehendendo os títulos de credito publico *estrangeiros*, conquanto sejam ao portador e estejam autorizados pelas leis do respectivo paiz em que forem emitidos.

Concordam n'esta incriminação o Cod. Fr., no art. 139.º, o do Brazil, art. 174.º, o da Austria, art. 92.º e seguintes, o Hesp., art. 217.º, o das Duas Sicílias, art. 272.º e 274.º, quanto a bancos, o da Sardenha, art. 346.º e art. 349.º, se a omissão é por outras repartições geraes do Estado, o da Baviera, art. 347.º, e bem assim os da Nova York e da Georgia, etc.

A Inglaterra que por tanto tempo sustentou como principio que nem o direito de graça podia livrar da morte os réus d'este crime, e que ainda confirmava essa penaetidade em bill de 23 de Junho de 1832, não pôde deixar de ceder à necessidade da reforma, admitindo ultimamente a *transportação* perpetua.

Os modernos Cod. da Alemanha são concordes em fulminar uma pena *temporária* de prisão com trabalho em caso de *força*, maximo entre doze a vinte annos.

Resulta da comparação d'esta legislação, que d'entre os Cod. e leis modernas somente o Cod. da Austria mantem a pena de morte, que outros impozeram uma pena perpetua, a maior parte comminaram a temporaria, e que d'entre todos o menos exagerado foi o do Brazil.

Portanto, pondo de parte o Cod. da Austria, que é singular na conservação da pena de morte¹, adoptou-se n'este

¹ Exemplo que mal se pôde invocar com inteira confiança, porque ali se trata de o reformar, como já ponderámos.

nosso art. a pena que mais se approximava ou immediata á de morte, se não peor que a morte!

Por mais que se exagere a enormidade d'este crime é sempre um furto qualificado, crime contra a *propriedade*, e nunca um attentado contra as *pessoas*.

Por mais graves que sejam os seus effeitos nunca pôde ser assimilado ao homicidio voluntario, que o Cod. no art. 319.º pune precisamente com a mesma pena.

Alem d'isso se a simples fabricação da moeda é considerada, e com justa razão, no § un. do art. 106.º, quando desacompanhada de emissão ou de tentativa de emissão, um crime menos grave que o mesmo crime quando acompanhado d'estas circumstancias; e se a emissão ou exposição á venda só é igualada n'esta segunda hypothese, quando de concerto com o fabricante, como se vê do mesmo art. e do art. 107.º, resulta da comparação d'estes art. uma desharmonia e injustiça relativa que não podemos conciliar nem justificar.

Mas o nosso Cod. o que previu, distinguio e qualificou nos art. da secção antecedente, confundiu e omittiu aqui:

Do resto, que a emissão seja grande, que seja pequena, que a falsificação seja perfeita ou grosseira, nenhuma distincção se fez; e n'esta parte, prevista em muitos Cod., labora este art. e seguintes nos mesmos defeitos que ficam notados á secção antecedente.

Sobretudo porém duas grandes omissões apparecem aqui.

É a primeira a falta de uma determinação analogá á que se encontra no art. 213.º Se o legislador, preocupado com a contemplação dos danos resultantes á causa publica, desprezou contra os auctores d'estes crimes todo o apparato da sua maior severidade, com mais forte razão devia conceder aqui á revelação o beneficio da impunidade.

É a segunda não se contemplar expressa e especialmente como crime e crime gravissimo a falsificação de similhantes titulos de credito publico, quando *estrangeiros*.

O Cod. da Sardenha contém a similhante respeito, no art. 347.º, o seguinte:

« Tout individu qui aura contrefait ou falsifié, dans les « *États du Roi*, des obligations ou effets publics, émis par un

«*gouvernement étranger*, sous quelque dénomination que ce «soit... sera puni de la réclusion pendant sept ans au moins: «la peine pourra même être portée aux travaux forcés à temps.»

O Cod. Pen. da Austria no cap. 12.º, debaixo do titulo =De la falsification des billets de crédit public= contém o seguinte art.:

«Se rend coupable de ce délit celui qui contrefait, avec «des instruments pour ce préparés, des *billets de crédit public* ayant cours comme monnaie (billets de banque) ou des «obligations émises par une *caisse publique* (obligations publiques), que la contrefaçon s'applique à des billets de crédit «public ayant cours dans nos États ou dans des États étrangers.»

A pena, art. 94.º, é a de morte; a dos cúmplices, art. 95.º, que introduzem os falsos bilhetes na circulação de concerto com o falsificador, é também a de morte. Depois, nos outros casos, é a de prisão dura de dez a vinte annos ou perpetua, como fica notado¹.

O Cod. da Baviera no art. 347.º exprime-se nos seguintes termos:

«Celui qui falsifiera des titres de créance ou de gage émis «par une *caisse public* (obligations d'état) quelles que soient «leur nature et leur valeur, sera puni:

«1.º de douze à vingt ans de maison de force, si le crime «a été commis par la contrefaçon des obligations susdites;

«2.º de huit à douze ans de la même peine, si le faux consiste dans l'altération de papiers de crédit, commise dans le «but d'augmenter leur valeur véritable.»

A lei, diz-se no commentario official a este Cod., não distingue entre o papel-moeda nacional ou estrangeiro. O vinculo que deve unir os estados entre si, a segurança do seu crédito reciproco e o perigo resultante mesmo para o publico indigena da falsificação do papel-moeda estrangeiro, não permittiam que se fizesse distincção.

¹ O Cod. da Austria assim o fez, impondo, já a pena de dez a vinte annos de prisão dura, já a mesma pena perpetuamente, e já finalmente a de morte, para assim proporcionar o castigo aos diversos graus de criminalidade, segundo estas distincções: art. 92.º e seguintes até 95.º inclusivc.

Sobre o mesmo ponto, com toda a clareza e simplicidade, o Cod. moderno da Prussia, no § 124.º, é concebido nos termos seguintes:

«Como papel-moeda serão consideradas as obrigações ao «portador, as *ações de companhias, corporações ou de par-ticulares*, assim como as quitações, recibos interinos, coupons de dividendos ou juros relativos a tais obrigações, e «ações de companhias instituidas pelo Estado prussiano ou estrangeiros ou sob a auctorisação d'elles.»

Estes exemplos parecem-nos dignos de ser imitados, e tanto mais que actos immoraes similhantes, nos casos de moeda falsa, foram previstos no art. 212.º da secção antecedente.

O presente art. ficaria completo para o fim que notámos, se as palavras=*qualquer titulo do portador auctorisado por lei*=se acrescentassem=*mesmo quando o titulo seja estrangeiro auctorisado pelas leis do paiz respectivo*=¹.

¹ Veja-se o que expendemos aos art. 212.º e 215.º

ARTIGO 216.º

Será condemnado a trabalhos publicos temporarios aquelle que dolosamente e com intenção de prejudicar a outra pessoa ou ao Estado, commetter por qualquer dos modos abaixo declarados falsificação, a qual cause ou possa por sua natureza causar prejuizo:

1.º Fabricando disposições, obrigações ou desobrigações em qualquer escriptura, titulo, diploma, auto, ou escripto que pela Lei deva ter a mesma fé que as escripturas publicas;

2.º Fazendo nos ditos documentos alguma falsa assignatura ou supposição de pessoa;

3.º Fazendo falsa declaração de qualquer facto que os mesmos documentos têm por objecto certificar e authenticar, ou que é essencial para a validade d'esses documentos;

4.º Acrescentando, mudando ou mingando em alguma parte os ditos documentos, depois de concluidos de modo que se mude a substancia ou tenção d'elles, pela addição, diminuição ou alteração das disposições, obrigações ou desobrigações, ou dos factos que estes documentos têm por objecto certificar e authenticar;

5.º Fabricando alguns dos ditos documentos inteiramente falsos.

Art. 33.º e ref.

São pois tres os elementos essenciaes d'esta incriminação: 1.º, o de que o documento seja escriptura publica, ou particular que para prova do seu contexto tenha pela lei a mesma força que escriptura publica; 2.º, que o falsificador tenha a intenção de causar um prejuizo ao Estado ou a outra pessoa; 3.º,

que effectivamente o escripto assim falsificado cause ou possa por sua natureza causar prejuizo. «L'altération de la vérité dans une intention criminelle qui a porté ou pu porter préjudice à des tiers.» Cass. de Paris, 17 de Julho de 1835. Chauveau e Hel., tom. 2.º cap. 22.º pag. 335.

Quanto aos escriptos particulares que têm authenticidade e fé, concorda o Cod. da Baviera, art. 266.º, e o Cod. do Brazil, art. 167.º, em geral a respeito de qualquer escriptura ou papel.

Concorda mais o Cod. Fr., no art. 147.º, quanto á incriminação, e quanto á pena, ou antes foi a fonte proxima d'este nosso art., o Cod. da Sardenha, art. 337.º, o Cod. das Duas Sicilias, art. 291.º, e o Hesp., art. 221.º

Nenhum d'estes Cod. exige nem a realidade nem a possibilidade do damno resultante da falsificação.

Este nosso art., seguindo em parte o exemplo dos Cod. supracitados, abstém-se de nos dizer em geral em que consiste o crime de falsidade em escriptos, defeito que nota Chauveau e Hel. ao Cod. Fr., e que procurou remediar Livingston no art. 287.º do seu Cod. para a Luiziana, mas que não conseguiu pelas considerações que apontam os mesmos AA.

Todavia, na hypothese que faz objecto da presente incriminação, os elementos constitutivos são estabelecidos de um modo claro e conforme, se bem que defeituoso, como logo diremos.

Sem prejuizo pois *real* ou *possivel* não procede a incriminação, ainda que se trate de *escriptura publica* ou de igual força, e haja *intenção fraudulenta*.

O art. falla de *prejuizo* em termos absolutos, que pôde portanto dar-se quanto ás pessoas, assim em relação á *honra* como á *fortuna*. A intenção de prejudicar pôde existir mesmo quando a falsificação não tenha por fim alcançar-se um interesse *pecuniario* ou de *propriedade*.

Este prejuizo pôde ainda ser complexo, e a alteração da verdade ser offensiva tanto da *reputação* como da *fazenda alheia*.

D'estas observações resulta, segundo nos parece, que a justiça pediria se fizesse uma distincção da penalidade em tres

graus: *menor*, quando somente o prejuizo seja na fazenda ou affecte os teres de alguém, e sempre, alem da reparação, com uma multa, imitada então a disposição penal do Cod. do Brazil e Hesp.; *maior*, quando somente o prejuizo offende, injuria ou infama alguém, e então nenhuma multa, ficando só a pena afflictiva corporal; *mais severa*, nos casos do damno composto, e tanto em uma como em outra especie de pena.

Cada um d'estes graus deveria ter seu maximo e minimo para se poder diminuir ou aggravar, conforme a quantidade e importancia da injuria ou do prejuizo, salvas as penas mais graves correspondentes a essas circumstancias quando se achem especialmente incriminadas.

Depois achámos acertada a observação feita por Chauveau e Hel., dizendo que é essencial advertir que, sob o ponto de vista theorico, a fabricação de uma escriptura e o seu uso não constituem senão um unico e mesmo crime. A falsificação considerada em si mesma não é mais que um *acto preparatorio*, o meio de *commetter um crime*.

Aqui, por uma excepção ás regras geraes, o crime é punido antes do começo de execução, o que se justifica pela facilidade com que o falsario ou outrem por elle, em boa ou má fé, pôde em qualquer occasião usar do escripto falso, e pela necessidade de garantir a sociedade do perigo de que é ameaçada por taes crimes. É este perigo da execução e não a execução do crime o que se pretende cálla reprimir; mas é sempre um meio preparatorio o que se pune, o que fica mui distante da consummação do crime pelo uso.

A aberração portanto da theoria do direito penal não deve ir tão longe que o acto preparatorio fique indeiramente ou quasi assimilhado ao crime consummado, poisque entre elles ainda ha a tentativa mais ou menos proxima e o delicto frustrado. Alguns Cod. effectivamente, como notam os cit. AA., indicando para exemplo o antigo Cod. da Prussia, distinguem a falsificação para diminuir a pena quando o uso não chegou a ter logar.

Se um dos fins das penas é prevenir o mal resultante dos crimes pela intimidação, o falsario não tem interesse algum para deixar de consummar o seu maleficio pelo effectivo em-

prego ou applicação do escripto que fabricou, viciou ou adulterou, logo que a lei penal não faça a distincção.

Sobre esta materia complicadissima podem nascer infinitas questões, por exemplo, as seguintes, que aliás facilmente podem ser resolvidas na presença dos termos com que o art. se acha redigido:

Se o documento não é falso em si mesmo, mas adulterado pela fórma prevista em o n.º 4.º d'este art., e da adulteração resultar uma viciação tal que o mesmo documento fique inutilisado e sem fé no que elle disponha ou declarava de verdadeiro, deverá attenuar-se a pena, visto que se não chegou a fazer uso d'elle? O art. responde cabalmente, porque a adulteração é então facto consummado que causou damno real, privando alguém das provas de um direito ou dos meios de defeza que em tal documento se firmava.

Se porém a escriptura é forjada, mas com tal ignorancia ou precipitação que o documento é insanavelmente nullo, ou em rasão da substancia ou em rasão das solemnidades legais? Como não ha damno real nem possibilidade moral da sua existencia futura, cessa de ter logar a applicação d'este art. O mesmo deve dizer-se quando o documento não é fabricado falso, mas adulterado no seu extracto ou traslado, postoque authentic, por isso que a viciação pôde supprir-se, corrigir-se, emendar-se pelo seu original quando este exista.

A nossa Ord. do liv. 5.º tit. 53.º impunha a pena de morte e de confisco quando o damno possivel ou real excedesse a um marco de prata; e sendo de menos valor, alem de confisco, de gredo perpetuo para o Brazil!

Desde muito porém que estas penalidades tinham caído em desuso, não só quanto á perpetuidade do degredo, e assim se deprehende já do Decr. de 16 de Julho de 1672, como em relação ao confisco depois abolido pela Carta.

O Cod. de 1837, no art. 174.º, fiel aqui á theoria do direito penal, tambem incriminou o facto exigindo a consummação do crime pelo uso do escripto falso.

Os modernos Cod. da Alemanha, de Darmstad e de Baden requerem tambem que o uso da escriptura publica seja indispensavel para se considerar consummado o crime.

Outros porém, incriminando a falsificação em si mesma consideram o uso como circunstância *aggravante*; aquelles incriminando o uso consideram a falsificação como *tentativa*.

Estes systemas parecem-nos preferíveis ao que se acha adoptado n'este nosso art., porque se afastam menos das regras geraes e dos principios de justiça e de conveniencia em que são fundados¹.

O nosso art. imitando o Cod. Fr., e segundo as doutrinas de Chauveau e Helie., ficou defeituoso: 1.º, por não tornar elemento constitutivo do crime o uso do documento e *damno real*, e não remetter os delinquentes que não chegarem a fazer esse uso ou que, fazendo-o, não causaram damno algum, para as regras geraes da tentativa ou crime frustrado; 2.º, quanto á pena, não só em si mesma, por ser a de trabalhos publicos que infamam, pervertem e não corrigem, mas por ter sómente por modelo n'esta parte o Cod. Fr. e o das Duas Sicilias, ficando incomparavelmente mais severo tanto na qualidade como na duração da pena que os Cod. do Brazil, Hesp., da Sardenha, da Austria, da Baviera, todos os da Alemanha modernos, Ensaio de Mello Freire, Cod. de 1837, e até a Ord. do liv. 5.º modificada pelo uso fundado em diversos decretos, commutando a pena capital em degredo simples.

Acresce que o art. fica em desarmonia com os arts. 426.º, 427.º e 428.º sobre *furto* qualificado, que outra cousa não é o crime de que se trata *quando realisado*, poisque ahi se escolhe uma pena maior, mas dois graus inferior á dos trabalhos publicos; e com o art. 431.º, aonde o *effectivo prejuizo causado* em geral por escrito falso é reprimido apenas com a prisão correccional de um, a tres annos.

O elemento constitutivo, resultante de versar a falsidade sobre escripto publico ou com a mesma força, não é de tal importancia que provoque uma tão desproporcionada aggravação na penalidade; e estas repugnancias se tornam ainda mais sensiveis, quando se contempla que o art. confundiu na mesma incriminação a *realidade* do prejuizo com a *possibilidade* de se causar, que nas hypotheses do art. 431.º fica im-

pune, mesmo nos casos de tentativa, conforme á regra estabelecida no art. 8.º

Estas anomalias e contradicções parecem-nos injustificaveis, alem dos vicios que affectam em geral a penalidade dos *trabalhos publicos*—como temos ponderado.

Em especial quanto á especie do n.º 1.º, concordam os Cod. do Brazil, art. 167.º, da Baviera, art. 266.º, Fr., art. 147.º, da Sardenha, art. 347.º, das Duas Sicilias, art. 291.º, e Hesp., art. 220.º e 221.º

Quanto á especie do n.º 2.º, concordam da mesma fórma que ao n.º antecedente os Cod. do Brazil, art. 167.º, da Baviera, art. 266.º, da Sardenha, art. 336.º, das Duas Sicilias, art. 291.º, e Hesp., art. 220.º e 221.º

E a base essencial do crime de falsidade em escriptos, alem dos elementos constitutivos da incriminação especial feita n'este nosso art., que taes escriptos continham uma alteração de verdade. Assim quando alguem assigna uma escriptura feita em nome de um terceiro sem mandado nem procuração especial, declarando que assigna por elle, não commette crime. A escriptura depende da ratificação ou confirmação do interessado, e quem assigna é responsavel pelo damno que resultou a terceiro, se esse interessado não approvar o acto ou contrato.

Quanto á especie do n.º 3.º, como, por exemplo, no caso da testemunha que no auto de approvação de um testamento assigna declarando falsamente que o faz a rogo do testador, por este não saber ou não poder assignar, concordam os Cod. da Baviera, art. 267.º, Fr., art. 147.º, da Sardenha, art. 336.º, das Duas Sicilias, art. 291.º, e Hesp., art. 220.º e 221.º

Quanto á especie do n.º 4.º, concordam da mesma fórma o Cod. do Brazil nas palavras: «Fazer em uma escriptura ou «papel verdadeiro alguma alteração de que resulte a do seu «sentido», o Cod. da Baviera, art. 267.º, Fr., art. 147.º, da Sardenha, art. 336.º, das Duas Sicilias, art. 291.º, e Hesp., art. 220.º e 221.º

E preciso que a alteração da verdade seja um facto completo e consummado. Assim aquelle que oblitera qualquer clausula de uma escriptura, mas de modo tão imperfeito que ainda

¹ Vid. Chauveau e Helie., Étud. comp.

póde ler-se, não poderia ser punido, porque o acto preparatorio incriminado não chegou a realizar-se.

Finalmente quanto á especie do n.º 5.º, concorda o Cod. do Brazil, cit. art. 167.º; nas palavras=*fabricar qualquer escriptura falsa*=; da Baviera, art. 266.º, Fr., art. 147.º; da Sardenha, art. 356.º; das Duas Sicílias, art. 291.º, e Hesp., art. 220.º e 221.º

Por ultimo, devemos notar que todo este objecto se acha perfeitamente tratado no mod. Cod. da Prussia, tit. 23.º § 247.º e seguintes.

Em primeiro logar, empregou quanto ao escripto, a palavra=*documento*= definindo-o:

«... qualquer escripto de importancia para a verificação de «convenções, disposições, obrigações, desobrigações ou geral-
«mente de direitos ou em relação a direitos»

Em segundo logar, designou como elementos constitutivos da incriminação: 1.º, ter-se commettido a falsificação ou falsidade no intuito de lucro para si, ou para outrem, ou na de causar prejuizo a terceiro; 2.º, ter-se feito uso do documento falsificado ou falso:

Em terceiro logar, assimillhou ao falsário o que com igual intuito fez uso do mesmo documento.

Em quarto logar, distinguio d'entre taes documentos os diplomas regios, os *publicos*, e tanto nacionaes como *estrangeiros*; os livros, registos, inventarios, escripturas publicas, testamentos e letras de cambio.

Em quinto logar, sobre a penalidade estabeleceram em geral a *prisão aggravada com trabalho até cinco annos*, e em especial, quanto aos documentos que designou, a mesma pena *até dez annos*, sendo, em um e outro caso, acompanhada de multa de quantia determinada entre maximo e minimo, e por excepção ao systema geral da exclusão das penas pecuniarias contra factos qualificados=*crimes*=.

Assim se vê que, quanto á intenção, se exigiu sempre a de se alcançar lucro ou de se causar damno; e quanto á materia do facto se exigiu a concorrência de dois factos consummados=*falsidade*=e=*uso*=.

E quanto á pena, postoque muito severa nos casos gravis-

simos, vê-se que não excede a dez annos de uma inferior á que no presente art. se estabelece, sendo para advertir, que tendo n'estes casos tanta analogia com a natureza do crime a imposição das multas, o nosso Cod., tão prodigo em as distribuir como elemento de penalidade accessoria, aqui variasse de systema completamente, adoptando-as em regra e abandonando-as na excepção, contra os principios philosophicos reguladores na materia.

ARTIGO 217.*

Na mesma pena será condemnado aquelle que, por qualquer dos modos enunciados no artigo antecedente, commetter falsificação em letras de cambio ou em qualquer escripto commercial transmissivel por indosso.

Art. 33.º e ref.

Tem concordancias nos Cod. da Sardenha, art. 357.º, das Duas Sicílias, art. 291.º, Fr., art. 147.º, Hesp., art. 291.º, da Baviera, art. 226.º, do Brazil, art. 167.º, e mod. da Prussia, § 251.º n.º 5.º, e outros.

O nosso art. exige: 1.º, que o escripto seja commercial; 2.º, que seja transmissivel por indosso.

Por este modo as letras *ditas da terra* ou outros escriptos que não deverem ser reputados commerciaes, segundo o Cod. Comm., comquanto por lei sejam para outros effeitos assimilados a commerciaes, ficam na classe de escriptos particulares simplesmente, e as suas falsificações comprehendidas no art. 219.º, como crimes de menor gravidade.

Esta maior severidade penal, que faz considerar os escriptos commerciaes assim transmissiveis como equivalentes aos titulos authenticos ou solemnes de que tratou o art. antecedente, foi determinada como protecção especial ao commercio e em rasão da maior celeridade de circulação natural d'esses escriptos, e facilidade que esta circumstancia offerece de resultado no crime e de impunidade ao criminoso.

Sendo, como são, justos estes fundamentos, e pondo de parte o vicio da penalidade em si mesma, parece-nos, quanto á incriminação, adoptavel o disposto nos Cod. da Baviera e de Wurtemberg, que a par das letras de cambio collocam os *livros commerciaes*.

Estes livros têm entre nós, até certo ponto e para diversos effeitos legais, *fé em juízo*, nos termos do art. 224.º

do Cod. Comm.; podem dar lugar a interminaveis litigios, difficuldades e prejuizos quando forem escriptos com falsidade ou infidelidade; e sobretudo podem conter declarações de suborno, prevaricação ou corrupção ou quaesquer outras injurias a alguém sobre obrigações e desobrigações, ou tendentes a cohonestar uma despesa moral ou civilmente illicita, ou a cobrir um credito simulado ou imaginario em prejuizo de socios.

A omissão portanto é injustificavel*.

* A necessidade de uma providencia se torna muito mais urgente com relação a livros commerciaes que contenham alguma declaração offensiva a um ministro de estado, magistrado ou funcionario publico.

Em regra de direito é certo que nenhuma verba de despesa pôde nem deve ser acreditada n'esses livros sem documento a que se reíra, mas, porque o negociante pôde ter uma authorisação escripta, comquanto reservada e de confiança ou ainda ordenada ou consentida facilmente pelos associados, deveria por lei declarar-se: 1.º, que similhantes authorisações geraes e menos implicitas não bastam a cobrir similhantes verbas, cujos dízets se presumem *falsos* quando se não exhiba documento especial positivo da pessoa a que respeitau; 2.º, que sem esta condição essencial se reputam *calumniosos*.

Os abusos d'esta natureza praticados ou praticaveis exigem repressão efficaz contra escrevinhadores, que no remanso recondito de um escriptorio lançam nos livros de receita ou despesa similhantes verbas com o traço fino ou de prejudicar a seus mandatarios, patrões ou socios, ou de assassinar aleivosamente a honra e bom nome de funcionarios publicos, que nem podem defender-se de golpes que assim lhes podem ser e têm sido dirigidos.

ARTIGO 218.º

Será condemnado a trabalhos publicos por toda a vida todo o empregado publico que no exercicio de suas funções dolosamente e com intenção de prejudicar a outra pessoa ou ao Estado, commetter por qualquer dos modos abaixo declarados, falsificação que cause ou que por sua natureza possa causar prejuizo em escriptura publica, titulo, diploma, auto ou escripto de igual força:

1.º Fabricando actos do seu ministerio inteiramente falsos;

2.º Escrevendo como ajustadas ou declaradas pelas partes, convenções, disposições ou quaesquer clausulas differentes das que as mesmas partes lhes declararem;

3.º Certificando como verdadeiros factos falsos;

4.º Fazendo qualquer dos ditos autos ou documentos com falsa assignatura ou supposição de pessoa;

5.º Acrescentando, mudando ou mingando em alguma parte os ditos documentos depois de concluidos, de modo que se mude a substancia ou tenção d'elles na forma declarada no n.º 4.º do art. 216.º

Art. 33.º e ref.

Tem concordancias o presente art. nos Cod. Fr., art. 143.º e 146.º, Hesp., art. 220.º, da Sardenha, art. 33.º e 336.º, e das Duas Sicílias, art. 277.º e 278.º

O Cod. da Baviera, art. 340.º, commina, com referencia ao art. 337.º, alem da demissão, a pena de prisão aggravada, mas sempre temporaria, e differe mais do nosso art. enquanto considera para a incriminação só o facto material da falsificação, abstrahindo do prejuizo causado e do fim intencional do criminoso:

« Qu'il y ait eu préjudice ou non, et qu'elle qu'ait été leur intention. »

Muitos outros Codigos se abstem de incriminar o facto especialmente só pela circumstancia de ser praticado por um funcionario publico¹. E em verdade, se o nosso Cod. omitisse o presente art., o facto crime entraria na regra commun da falsidade, e ao juiz tocaria graduar a pena, tendo em contemplação essa circumstancia prevista no art. 19.º n.º 9.º

Comquanto seja certo que as fraudes ou falsificações em escriptos que dimanam da auctoridade publica offendem gravemente o Estado, porque ou destroem ou enfraquecem a confiança geral na authenticidade dos mesmos escriptos, introduzindo a desordem e confusão nas mais importantes relações da vida civil; e comquanto essas fraudes e falsificações, quando commettidas por um funcionario publico, importem uma violação da fé e confiança que a lei e o governo lhes commetteu, contudo a pena não deveria aggravar-se, passando de *temporaria a perpetua*, porque aggravada fica ella necessariamente pelos seus *effeitos* especiaes, qual o da demissão e perda do emprego, como n'outros logares temos dito.

Esta *demissão e perda*, quer se considere como *effeito*, quer como *pena accessoria virtual*, é sempre attendivel como mal gravissimo que priva o criminoso de meios de subsistencia para si e seus filhos ou familia, e que assim importa as tristes consequencias de um rigoroso confisco permanente do presente e do futuro.

« ... seront retroqués (se diz no cit. art. do Cod. da Baviera) et condamnés en outre aux peines portées dans l'art. 337.º. »

Portanto não approvámos nem a especialidade da incriminação nem a severidade do legislador n'este art., tornando *perpetua* a pena que só estabeleceu *temporaria* nos art. 216.º e 217.º, e tanto mais que essa perpetuidade não tem por modelo senão o Cod. Fr.; não se encontrando em qualquer outro dos seus imitadores, nem mesmo no das Duas Sicílias.

Acresce: 1.º, as razões com que temos condemnado como altamente viciosa e caduca a penalidade em si mesma; 2.º, a

¹ Tal é o mod. Cod. da Prussia, §§ 251.º e 252.º

repugnancia que se manifesta de ser a mesma adoptada no art. 349.º para o *homicidio voluntario*, crime a que não podem ser assimilados os que se mencionam nos n.ºs do presente art., por mais que se exagere a sua gravidade; 3.º, que se a incriminação *especial* do delicto *commun* devia ter logar em razão de ser perpetrado por um funcionario publico, era no cap. 13.º em alguma de suas secções que devia apparecer.

Assim o vemos praticado no Cod. da Prussia, § 323.º, aonde similhante materia se encontra no tit. 28.º debaixo da epigraphe= *Crimes e delictos no emprego publico*=, e se reprimem taes maleficios pela prisão com trabalho, não superior a dez annos alem da multa.

O nosso art. não só procurou uma pena mais afflictiva, mas a tornou indefinida e indivisivel pela perpetuidade!

ARTIGO 219.º

Aquelle que por qualquer dos modos declarados no artigo 216.º falsificar escripto particular, será condemnado á prisão maior temporaria com trabalho.

Art. 34.º, 39.º e ref.

É traducção textual do art. 150.º do Cod. Fr.

A falsificação em escripto privado não differe das que têm sido objecto dos art. antecedentes, senão em que o crime é despidido das circumstancias aggravantes, com o que o legislador contemplou na dos escriptos authenticos, publicos, de commercio ou de banco!

A mesma imitação do Cod. Fr. fizeram o Cod. da Sardenha, no art. 364.º, e o das Duas Sicílias, no art. 293.º, adoptando ambos a pena de *reclusão*.

O Cod. do Brazil, quasi sempre moderado quanto á escolha e duração das penas, comprehendendo na determinação geral do art. 167.º os escriptos de que se trata, adoptou a penalidade de *prisão com trabalho* por *dois mezes a quatro annos*, e convenientemente a multa de 5 a 20 por cento do damno causado ou que se poderia causar.

O Cod. da Austria, no art. 180.º n.º 1.º, e art. 181.º, procedeu com a mesma moderação, estabelecendo a pena de prisão de seis mezes a um anno, e só nos casos graves, segundo a maior difficuldade de se evitar o crime, reincidencia habitual e maior quantidade do damno, elevou a pena a cinco annos. Este Cod. é insuspeito, porque não pôde ser arguido de falta de severidade a proposito.

O Cod. da Baviera, no art. 267.º, comminou *as penas do furto*, segundo as regras que estabeleceu no art. 258.º, e esta qualificação é philosophica e justa, porque se approxima da verdade moral do seu objecto.

Os modernos Cod. da Allemanha, comp. por Chauvenet e

Helie, ou remettam igualmente a punição do facto para a qualificação de *bultra* ou *fraude*, ou, fazendo a incriminação especial, ora a deixam impune, se não resultou damno, ora a punem segundo a quantidade d'elle.

O Cod. Hesp., art. 222.º, approximou-se d'esta legislação, impondo, alem da multa, a *prisão menor* (*quatro a seis annos*). No de 1822, art. 408.º, se comminava a mesma pena de *dois a seis annos*.

Mello Freire, no seu Ens. de Cod. Cr., tit. 38.º § 4.º, tinha judiciosamente qualificado este crime, estabelecendo:

«A simples falsidade commettida nos autos e escriptos «meramente particulares se castigará como *furto simples* pela «sua quantidade e frequencia.»

Resulta d'esta comparação que por consenso unanime de quasi todos os legisladores a *prisão maior temporaria* imposta n'este nosso art., que tem por maximo quinze annos e ainda mais a aggravação *com trabalho*, quando, nos termos do art. 34.º, podia *ser maior*, sem deixar de ser *simples*, não é a correspondente com justiça a gravidade do crime.

E muito mais grave, passando a ser cruel, se torna esta pena, por isso que, enquanto não existirem no reino estabelecimentos proprios para o trabalho dos presos, tem, nos termos do art. 99.º, de ser substituida por degredo e com duas aggravações: 1.ª, com a maior aspereza do logar, que deverá ser para as possessões orientaes da Africa; 2.ª, com prisão no logar do degredo por tempo determinado a arbitrio dos juizes.

Alem d'isto a comparação d'este art. com o art. 451.º faz apparecer uma contradicção manifesta, porque aquelle individuo que não só falsificou o escripto particular de que pôde resultar um damno, mas que effectivamente fez emprego do escripto falsificado e conseguiu se lhe entregasse dinheiro ou quaesquer outros valores, é punido com a *prisão correccional* de um até tres annos, enquanto que, pelo presente art., esse mesmo falsificador, se não foi elle o que fez uso do documento falso, ou se mesmo não chegou a fazer esse uso, podendo contudo da falsificação resultar algum damno, é punido com uma *pena maior* e esta *aggravada*!

É verdade que o § un. estabelece como excepção á *pena*

correccional os casos em que deva ser applicada pela *falsidade* pena mais grave.

Mas esses casos são *todos* os de falsificação de qualquer escripto, e portanto ou a regra estabelecida n'esse art. em relação ao seu n.º 2.º é falsa, como absorvida pela excepção do seu § un., ou dá-se uma perfeita antinomia entre este e aquelle art. por serem inteiramente diversas e repugnantes as suas disposições.

ARTIGO 220.º

Será punida com as mesmas penas a falsificação commettida por qualquer dos modos declarados nos art. antecedentes por cima de uma assignatura em branco.

§ unico. Se porém a assignatura em branco tiver sido entregue como tal voluntariamente pelo signatario á propria pessoa que d'ella abusou, fabricando em cima qualquer escripto que por sua natureza possa causar prejuizo ao mesmo signatario, a pena será a de prisão de um até tres annos, e poderá o criminoso ser suspenso dos direitos politicos até ao maximo.

Art. antec., art. 38.º, 40.º e ref.

Justo é que assim seja reprimido este facto sempre que o falsificador se tenha apoderado *violenta* ou *fraudulentamente* do papel que tem uma assignatura em branco, mas não sempre, em diversas circumstancias, como vamos ponderar.

A fonte proxima d'este art. assim como do seu § un. é o Cod. Fr., art. 407.º, com a differença de se achar collocado como abuso de *confiança*, e só por excepção como *falsidade*, passando aqui a ser o inverso, o que todavia faz variar a fórma, mas não a essencia da materia.

Assignatura em branco é uma por cima da qual nada ha escripto. Assim aquelle que se aproveita do intervallo, que existe entre a parte escripta de um papel e a sua assignatura, para intercalar uma obrigação ou inserir qualquer clausula ou declaração prejudicial, commette crime de outra natureza que entra em alguma das hypothses dos art. antecedentes.

O nov. Cod. Pen. da Prussia com muito acerto não fez mais que declarar no § 248.º:

«É considerado culpado de falsificação de documentos aquelle que no intuito de *alcançar lucro para si* ou *para outros*, ou de *lhes causar prejuizo*, encher um papel que ti-

«nha a assignatura de um terceiro, *sem seu conhecimento*, e *«fizer uso do mesmo papel.»*

Assim se manifestam os defeitos do nosso art. e do Cod. Fr., que lhe serviu de modelo, ou mais um nas hypothses dos art. 215.º, 216.º, n.ºs 3.º e 4.º, 217.º e 219.º, em que nenhuma distincção se faz como aqui, se a adulteração teve lugar em escripto, confiado ou não confiado ao delinquente. O Cod. da Prussia pela assimilhação completa, abstrahindo sempre d'esta circumstancia, guardou a maior coherencia e uniformidade de doutrina, emquanto que o nosso art., pela assimilhação sómente quanto a pena a par da incriminação especifica, ficou a respeito d'esta em desharmonia com os art. antecedentes.

Em segundo' lugar, conforme ao mesmo Cod. da Prussia, é essencial para a incriminação que *se tenha feito uso do documento assim falsificado*; e em verdade da falsificação *ao uso* vae immensa distancia, e bem fez aquelle Cod. em respeitar aqui o principio de que em geral a criminalidade social começa na execução do facto criminoso.

O falsificador sabe que, punido a lei o seu crime, tanto em rasão da *realidade* como da *possibilidade* do crime, o perigo que corre da conservação do papel falsificado em seu poder é sempre o mesmo; e portanto, se se arrepende, ou ha de inutilisar immediatamente o papel ou ha de arrojá-lo ao uso d'elle, para ao menos juntar á esperanza da impunidade a esperanza do successo.

O assassino que premeditou o crime e que procurou munir-se da arma, ferro ou veneno, meios preparatorios de execução, comquanto se lhe prove o projecto anteriormente formado, não é punido, e com justa rasão, pelo Cod. sómente em rasão da *possibilidade* de o commetter, emquanto não chegou a tocar os limites da tentativa; e ha de em crimes de menor gravidade, como este é, seguir-se diversa doutrina?

O art. portanto devia ficar restricto aos casos de *se ter feito uso do papel falsificado*, e assim mesmo distinguirse a penalidade em tres graus: 1.º, se resultou damno; 2.º, se podia resultar, mas não resultou, por ficar esse crime frustrado; 3.º, se nem resultou nem podia resultar, em rasão da sua

grosseria ou imprudencia, na forma ou na materia. É preciso não contemplar o *mal social do crime* sómente na sua *causa moral*, mas também e sempre nos seus *effeitos materiaes*.

Esse mal é *complexo*, e a pena, como temos ponderado em diversos logares, deve diminuir na proporção da diminuição de cada um dos elementos d'esse mal. Assim o exigem os ditames da moral e os mais vitaes interesses da sociedade.

Se a falsificação commettida pela escriptura em papel com assignatura em branco devesse ser punida em si mesma com abstracção do seu uso, em rasão *do perigo* do deposito, conservação ou transmissão d'esse papel ou *da possibilidade do seu uso*, como na hypothese especialissima do art. 164.º, devia ainda distinguir-se a incriminação da do uso effectivo, reservando-se as hypotheses: 1.ª, de ser encontrado o papel por busca legitimamente feita entre os criminosos, ou por outro modo estranho à sua vontade; 2.ª, de transmissão *voluntaria* do mesmo papel a terceira pessoa; 3.ª, de poder ou não em uma ou outra hypothese resultar prejuizo *do uso*.

A primeira é menos grave que a segunda, porque a transmissão não sendo um acto voluntario, a resolução de causar damno fica duvidosa; e é sempre attendivel a *impossibilidade do damno*, ainda que se dê a *possibilidade do uso*.

Quanto ao § un. do art., a sua fonte proxima é o mesmo Cod. Fr., art. 407., com referencia ao art. 405.º Este nosso art. adoptou a mesma penalidade; quanto à prisão repeliu comtudo a accessoria, que aliás em crimes d'esta natureza seria bem cabida, ou pelo menos tolerada como analogo.

Quanto à pena meramente *facultativa* da *suspensão* até ao maximo *dos direitos politicos*, também é uma imitação do mesmo Cod. nas palavras:

«Le coupable *pourra* être, en outre à conter du jour où il aura subi sa peine, interdit, pendant cinq ans au plus, des droits mentionnés en l'art. 42^e du présent Cod.»

Esta suspensão *durante o cumprimento* da pena de prisão é *inutil*, por isso que vem como consequencia ou effeito da condemnação independentemente da sentença do juiz, nos termos do que dispõe o art. 56.º, e *depois do cumprimento* da pena, ficando o cidadão no pleno gozo dos mesmos direitos;

conforme à Carta, art. 8.º § 2.º, parece-nos, fallando com o respeito devido à lei, que a suspensão não deveria nem poderia ter logar, como havemos notado em logares similhantes.

Por ultimo, quanto à redacção do art. e seu § nas palavras—*por cima de uma assignatura em branco*—se nos offerece notar que ficaria melhor substituida pelas de «*por cima de uma assignatura* ou em papel ou pergaminho *em branco* ou no espaço *branco* que mediar entre a parte escripta e a mesma assignatura, com a possibilidade de se poder dividir ou cortar.»

Quantos papeis, cartas ou requerimentos, e outros não podem existir nas repartições publicas ou em poder de particulares, assignados, ou por imprudencia ou como signal de reverencia, na parte mais inferior da ultima folha, de que se pôde abusar escrevendo-se por cima da assignatura o que se quizer? O Cod. das Duas Sicílias, art. 270.º, remove estes inconvenientes incriminando o facto d'aquelle que sob uma assignatura verdadeira forjar uma obrigação falsa.

ARTIGO 221.º

Serão impostas as penas de cumplicidade ás testemunhas, que ao fazer da escriptura ou publica ou particular intervierem, sabendo que se faz falsa.

Art. 26.º, 88.º e ref.

As testemunhas sem duvida ajudam o auctor do crime para lhe facilitar o acto, mas parece-nos que não são bem assimiladas aos cúmplices nos termos do art. 26.º n.º 4.º das disposições geraes, ficando assim considerada a culpa como acompanhada de circumstancias attenuantes para se modificar a pena, segundo o que se acha prescripto nos art. 81.º e 88.º das mesmas disposições, a que o presente art. se refere.

Outra era a disposição da nossa Ord. do liv. 5.º tit. 53.º § 1.º:

«E as testemunhas que ao fazerem da tal escriptura intervierem, sabendo que se faz falsa, incorrerão nas mesmas penas.»

E com justa razão, porque se as testemunhas, maximé nas escripturas publicas em que são essenciaes, tomam parte directa na falsidade, tanto por acto *physico como moral*, tem igual culpa, e ainda poderia dizer-se maior, porque ajudam a fraude em prejuizo e proveito alheio sem interesse proprio, o que demonstra uma indifferença malefica, peor que a perversidade com intenção de lucro.

Ha mesmo uma contradicção e antinomia completa entre este art. e o art. 25.º n.º 1.º, porque ahí são considerados *auctores* e não *cúmplices* todos os que por acto immediato tomam parte na execução do crime, como tomam as testemunhas nas hypotheses de que se trata.

Esta contradicção do Cod. com as regras geraes acha-se repetida em muitos logares, como se vê dos que apontámos no art. 25.º

ARTIGO 222.º

Aquelle que fizer uso de qualquer dos documentos falsos declarados nos art. antecedentes d'esta secção, será punido com as mesmas penas impostas ao falsificador.

§ unico. Se aquelle que fez este uso do documento falso o tinha recebido sem conhecimento da sua falsificação, a pena será a de prisão de um até tres annos.

Art. antec., 38.º e ref. e 209.º

A execução ou consummação do crime não podia ter logar senão pelo uso de que a falsificação foi meio ou acto *preparatorio*. Assim não nos repugna em geral que o criminoso seja punido com toda a severidade. Mas qual deverá ser a pena que se deve impor ao que não só falsificou, mas fez uso, ou aquelle que fez uso, mas de combinação com o falsificador?

O Cod. é omissio, e temos portanto a necessidade de recorrer ás disposições geraes.

A fraude consummada pelo uso do escripto falso é um furto industrioso, qualificado pela falsidade; mas de qualquer modo que se considere, sempre é certo que o roubo, quando acompanhado de violencia as pessoas, é muito mais grave, e por isso o uso do escripto falso assim como a falsificação não deveriam ser punidas com penas tanto e mais graves, que as impostas nos casos de roubo.

M. Haus, no seu Proj. do Cod., art. 177.º, distinguia cuidadosamente o caso da omissão sem concerto com o falsificador, reduzindo então a pena de cinco a dez annos de trabalhos publicos.

Além d'isso o art., assim como todos os da presente secção, se acha em desharmonia com as distincções que o Cod. estabeleceu no art. 206.º § un., 207.º e 208.º

Se o falsificador não teve conhecimento do uso que se

fez; se elle nem alguém por seu mandado, que lhe fosse imputavel, nos termos do art. 25.º § un., fez uso do documento falsificado; sómente resta punir em um o simples facto da falsificação, aggravada a pena em razão do *delicto occasional* que outrem commetteu, servindo-se do acto preparatorio, e no outro o uso que fez do documento falsificado, como auctor principal e unico directo da consummação do crime de falsidade.

Ambos porém devem ser equiparados para a pena, quando entre ambos haja combinação ou concerto, porque ficam então solidarios, tanto na falsificação como na execução do crime.

O Cod. da Prussia removeu todos estes inconvenientes. Tendo incriminado a falsificação de documentos, quando acompanhada do uso d'elles, nos §§ 247.º e 248.º, passou depois e com fundado motivo e coherencia a equiparar no § 249.º ao falsificador, o que scientemente fez uso do documento falso. Não tratou da pena que então devia ser imposta ao falsificador nos casos de concerto, porque este fica sendo corréu do crime, como de participação *positiva*, e portanto sujeito à mesma pena, segundo as regras estabelecidas nos §§ 34.º e 35.º

Tambem não tratou dos casos em que o falsificador, não tendo feito uso do documento falso, mas um terceiro sem seu consentimento nem approvação, ou com excesso de mandato ou por transmissão subrepticamente alcançado, porque era inutil reproduzir a disposição do mesmo § 35.º sobre a participação *não positiva*, ordenando a redução na penalidade, e ainda maior concorrendo algumas outras circumstancias attenuantes.

Admirámos em verdade a simplicidade, o alcance e acerto de semelhantes disposições, dignas da contemplação de qualquer legislador ou criminalista.

O Cod. seguiu aqui o systema do Cod. Fr., equiparando o falsificador, nos art. 132.º a 162.º, 164.º e 165.º, ao que tiver participado ou feito uso, relevando-o sómente no art. 163.º da mesma pena, quando não tenha conhecimento da falsificação. O mesmo systema seguiu o Cod. da Sardenha, nos art. 346.º e 347.º; o das duas Sicilias porém incriminou e puniu distincta e menos severamente o que fez o uso.

Ambos estes Cod., tratando da falsificação em escriptos commerciaes ou privados, punem o que faz uso dos documentos, sabendo que são falsos, com penas menores que as impostas ao falsificador não havendo concerto!

Quanto à hypothese do § un. é a mesma que a do art. 209.º A differença só está em ser o uso da *moeda* ou do *papel* falso.

O que fez uso da moeda de ouro ou prata sem concerto com o falsificador soffre pelo art. 207.º a *pena de trabalhos publicos temporarios*, e o que do mesmo modo faz uso do escripto falso é punido com as mesmas penas do falsificador, isto é, nos casos do art. 215.º a 218.º, com a dita pena de *trabalhos publicos* por toda a vida, e bem assim temporarios nos casos dos art. 216.º e 217.º

O que tambem sem concerto com o fabricante faz uso da moeda de cobre ou de outro metal, que não seja ouro ou prata, soffre, nos termos do art. 211.º, a pena de *prisão maior temporaria com trabalho*, e nos termos d'este art. 222.º o que faz uso de *escriptos particulares falsos* soffre a pena do falsificador, que é tambem a de *prisão maior temporaria com trabalho*, em conformidade com o art. 219.º

Sendo pois tão grande a analogia dos dois crimes, a justiça pedia que, dada n'elles a mesma circumstancia attenuante, a pena fosse reduzida na mesma proporção. O contrario porém resulta da comparação d'este § un. com o art. 209.º

Nesse art. é a pena reduzida à multa de quinze dias a um anno, nunca inferior ao dobro do valor representado pelas peças de moeda que o delinquente passou; n'este § a pena é sim reduzida tambem, porém sómente de um a tres annos de prisão.

Esta desharmonia ainda se torna mais sensivel, quando se trate do uso dos titulos a que se refere o art. 215.º, que são ao *portador*, e como taes fazem as vezes da moeda, porque a identidade da razão era manifesta, como reconheceu o Cod. do Brazil, art. 175.º, nas palavras:

«...introduzir dolosamente na circulação *moeda falsa* ou *papel de credito*, que se receba nas estações publicas como *moeda* sendo falso.»

Portanto ou a atenuação da pena feita no art. 209.º é excessiva, ou a que se faz n'este § un. é diminuta. Em todo o caso, o salto da pena commum ou ordinaria é tão grande, que elle accusa ou a nimia severidade da mesma pena, ou a sua nimia modificação com respeito á excepção contemplada n'este § e no dito art.

ARTIGO 223.º

As regras estabelecidas nos artigos antecedentes têm, relativamente aos certificados, passaportes, guias ou itinerarios, as excepções declaradas nos artigos antecedentes.

ARTIGO 224.º

Serão punidos com a prisão de tres mezes até tres annos:

1.º Todo o facultativo ou pessoa competentemente auctorizada pela Lei para passar certificados de molestia ou lesão que, com intenção de que alguém seja isento ou dispensado de qualquer serviço publico, certificar falsamente molestia ou lesão que deva ter esse effeito;

2.º Todo aquelle que, com o nome de algum facultativo ou pessoa competentemente auctorizada pela Lei, fabricar algum certificado da mesma natureza;

3.º Todo aquelle que fabricar em nome de um empregado publico algum certificado de recommendação, attestando quaesquer circumstancias em favor da pessoa n'elle designada; e bem assim aquelle que alterar com a mudança de nome da pessoa designada o attestado de um empregado publico originariamente verdadeiro;

4.º Aquelle que fizer uso de qualquer d'estes certificados falsos.

§ unico. O facultativo incurso na disposição do n.º 1.º d'este artigo será tambem suspenso do exercicio da sua profissão por cinco annos.

Art. 38.º e ref.

As falsificações, alterações ou supposição de nomes ou de qualidades nos passaportes, certificados, guias ou itinerarios pertencem á classe dos escriptos publicos ou authenticos; mas não produzem para a sociedade resultados tão funestos como as que têm feito objecto dos art. antecedentes, e é por isso que os legisladores não têm imposto n'estes casos senão penas correccionaes.

Quanto á falsidade dos certificados de que trata o art. 224.º n.º 1.º, encontrámos copiado o art. 160.º do Cod. Fr.

São elementos constitutivos do crime: 1.º, como em toda a falsidade, *alteração da verdade*; 2.º, que o delinquente seja um facultativo ou pessoa legalmente auctorizada; 3.º, que a molestia ou lesão certificada seja tal que, verdadeira, inhabilite ou dispense de um serviço publico; 4.º, que se prove que o certificado foi passado com a intenção de produzir esse effeito.

Não é preciso portanto que se tenha verificado o uso do certificado nem que elle tenha aproveitado. O acto preparatorio é incriminado em si mesmo como nas hypothèses dos art. antecedentes.

É menos conforme á moral esta disposição, porque auctorisar virtualmente os medicos a passar certidões falsas, não sendo para isentar ou para dispensar de serviço publico. Outro serviço devido a terceiro, cuja falta lhe pôde ser prejudicial, merecia ser tomado em consideração.

É tambem deficiente, porque omitta outras especies, como é a da certidão falsa sobre o estado de saude, para legitimar um contrato de seguro de vidas, hypothese contemplada nos §§ 256.º a 258.º do Cod. Pen. da Prussia.

É illusoria alem d'isso a mesma disposição, porque, não contendo a attestação ou certificado mais que a affirmativa da molestia, não é possivel verificar a intenção com que foi passada. O uso que se fez é crime alheio que não pôde ser imputado como significativo da intenção, senão a quem o praticou.

Seria pois conveniente: 1.º, condemnar em geral a falsidade commettida pelos facultativos com abstracção do fim a que possam servir taes attestados; 2.º, incriminar depois o

mesmo facto especialmente em rasão de circumstancias accessorias, ou reservar as aggravações para as regras geraes; 3.º, ou declarar como circumstancia attenuante do facto incriminado especialmente a ausencia de algum dos seus elementos constitutivos, sempre que se provem os da falsidade com abuso das funcções clinicas.

Esta terceira providencia seria uma excepção ao art. 18.º, mas assim se faria uma judiciosa applicação á hypothese do que em geral se acha prescripto no art. 106.º do Cod. da Baviera¹, evitando-se a impunidade de um acto illicito, tanto sob o ponto de vista moral como social.

O n.º 1.º do art. tem concordancias no Cod. Hesp., art. 226.º, da Sardenha, art. 375.º, e das Duas Sicilias, art. 297.º

Sobre a materia com relação aos jurados determinava a Ref. Jud. no art. 173.º § 3.º que o facultativo ficasse sujeito, alem da multa, ás penas impostas aos falsarios. Mas a Ord. do reino não incriminava a falsidade *in genere*; são especiaes os tit. 52.º, 53.º e 54.º do liv. 5.º, e tit. 84.º do liv. 4.º, nenhum dos quaes trata da presente hypothese. É portanto util uma determinação expressa, sendo para lamentar que o fosse nos termos em que se acha concebida.

Quanto á incriminação do n.º 2.º tem concordancias no art. 159.º do Cod. Fr., da Sardenha, art. 372.º, Hesp., art. 228.º, e no mod. Cod. da Prussia, § 256.º

Vem ella coberta com a mesma penalidade, porque, se falha a circumstancia de ser réu um homem da profissão, dá-se a da usurpação do character d'esse homem, e portanto falsidade sobre falsidade.

Mas as circumstancias que resultam da preterição do *dever especial e do abuso da confiança*, são preponderantes para qualificar mais grave a hypothese do 1.º que a do 2.º n.º do presente art.

Comtudo a assimilhação justifica-se em vista do acrescimo de penalidade que se estabelece no § un., e que só não approvámos por ser em maximo determinado, que nem permite graduar a penalidade assim composta, nem pôde por-

¹ Vid. comm. ao art. 18.º, vol. 1.º pag. 84.

tanto deixar de ser excessiva e por consequencia viciosa em diversos casos.

Quanto á incriminação feita sob o n.º 3.º, tem concordancia no Cod. Fr., art. 161.º, ou antes é d'elle uma imitação, mas imperfeita, o que não aconteceria se tivesse sido traducção litteral.

O Cod. Fr. exprime com clareza tanto o *objecto* como o *fim* dos certificados; o presente n.º designa tanto uma como outra cousa pelos termos vagos = *quasques circumstancias a favor* =. A redacção de origem franceza parece-nos preferivel, por isso que é mais definida.

Alem d'isto: 1.º, este numero fica repugnante com o art. 451.º, por isso que ali se exige que por virtude do documento falso se obtenha entrega de dinheiro, moveis, fundos ou titulos; e aqui é o acto da falsidade incriminado em si mesmo, ainda que tenha ficado sómente em preparatorio e sem consequencia.

2.º Não distingue o caso em que o certificado, sendo falso com relação ao *nome* do empregado publico, é verdadeiro em relação á sua affirmativa ou negativa. N'este caso a fraude é simples quando na hypothese contraria a fraude é duplicada. O mesmo tem logar na hypothese da segunda parte do n.º, porque pôde haver analogia de verdade e de circumstancias a favor de um terceiro, comquanto pela substituição do *nome* da pessoa designada haja falsidade. A perversidade é sem duvida então menor porque se falta a identidade de *pessoas* subsiste a de *motivos*, e portanto não passa o facto illicito de um artificio innocente. Esse artificio não tem por fim a alteração da verdade, mas o de a fazer valer, cobrindo-a com a supposição do nome para que seja acreditada.

3.º Não distingue tambem se o falsificador foi réu do uso ou se foi de concerto com aquelle.

O crime composto ou complexo é sempre mais grave que o simples, conforme á razão em que se funda a regra do art. 19.º n.º 20.º e ás suas distincções praticadas no mesmo Cod., art. 206.º e seguintes, alem dos principios em que se funda o art. 87.º

4.º Sendo uma imitação do Cod. Fr., acha-se a incrimi-

nação com a lacuna que o Decr. de 22 de Junho de 1854 veio remover nos art. 12.º e 13.º, ampliando as disposições penaes sobre a falsidade aos *certificados* = *livrets* =¹ de recommendação em favor de operarios para serem admittidos ao serviço em fabricas ou officinas.

A desmoralisação actual entre nós de uma outra classe de individuos não artistas, mas destinados ao serviço domestico, pedia não só que se prevenisse fraude semelhante em quaesquer certificados, mas que directamente os que os passassem com declaração falsa fossem corrigidos para que não induzam terceiras pessoas em erro, e não sejam assim causa remota de furtos, de abuso de confiança e de outros crimes.

Quanto ao n.º 4.º do art. tem concordancias nos Cod. Fr., art. 161.º n.º 2.º, da Sardenha, art. 375.º, e Hesp., art. 228.º; mas a identidade da pena sem aggravação sómente é justificavel quando se usar do documento sem combinação com o falsificador, porque dada esta circumstancia em harmonia com os principios que presidiram á determinação do art. 206.º e seguintes, o mesmo é ter o falsificador feito uso, que faze-lo pela pessoa interposta, e esta, auctor directo do uso, fica por assimilação considerada auctor da falsificação pela adopção que d'ella fez como instrumento do seu crime:

Finalmente, quanto ao § un. do art., concorda o Cod. das Duas Sicilias, art. 297.º Mas a suspensão é já em si uma grande pena, e por isso este Cod. auctorisa os juizes a impo-la como unica:

«Le juge peut néanmoins appliquer seulement l'interdiction à temps.»

É não só inflamante semelhante interdicção, mas prejudicial aos interesses do facultativo, e portanto é um attentado

¹ Estes certificados da moralidade do artista ou operario, que são uma garantia das relações que elle vac ter com o seu patrão, assim como os de despedida = *congé* = que importam a declaração de que o portador designado satisfaz ás suas obrigações, se reputam uma prova legal da mesma moralidade, ainda que não contenham, como não devem conter, expressão alguma de louvor. Os primeiros certificados = *livrets* = não se passam de leve, mas com previo conhecimento das circumstancias d'aquelle que o solicita em seu favor. como se prescreve no art. 11.º da Lei de 22 germ. ann. xi.

legal contra a subsistencia, talvez contra a vida e honra de uma familia, embora justa consequencia do abuso da profissão, mas tão grave em si mesma que o legislador devia pelo menos dispensar a prisão, para que o facultativo não fique tolhido de procurar outros meios de agencia ou de viver, uteis para si, para os seus e para a sociedade, até se rehabilitar.

E resta notar que sendo esta comminação accessoria uma pena, não se acha comprehendida em o numero das adoptadas segundo as regras geraes do Cod.

O Cod. Hesp., art. 25.º, admittiu a *inhabilitação especial*, perpetua ou temporaria, de *cargo publico* = *direito politico* = e de *profissão* ou *officio*. Mas o nosso omittindo esta terceira especie parecia exclui-la, quando o contrario se prova d'este e outros logares.

ARTIGO 225.º

O empregado publico encarregado de dar passaportes, que com intenção de subtrahir alguém á vigilancia legal da Auctoridade der algum passaporte com supposição de nome, será condemnado á demissão do emprego e á prisão de um até tres annos.

§ unico. Aquelle que, não conhecendo a pessoa a quem deu o passaporte, não exigiu a abonação que as Leis e os Regulamentos requerem, será condemnado em multa de um mez a um anno.

Art. 38.º, 41.º, 43.º e ref.

Antes de entrarmos na materia d'este e seguintes art. cumpre examinar a justiça moral e social do seu objecto. As infracções dos mesmos art. têm por fim prestar uma protecção efficaz ás fraudes com que se póde illudir uma restricção á liberdade individual, imposta pela lei em beneficio da segurança commum, de que o fisco tira occasionalmente um dos seus meios de receita.

As penas comminadas n'estes art. são mais moderadas que as correspondentes a outras especies de falsidade, mas ainda assim são exageradas, poisque tanto a sua verdade moral, como a utilidade da sua applicação não póde ser bem demonstrada.

Se o homem não se tornou escravo do territorio em que nasceu; se as suas pernas se não movem senão por impulso da sua vontade; e se a protecção legal á sua mais completa liberdade no exercicio da sua actividade licita é o fim principal do estado social e da sujeição ás leis civis; todas as restricções positivas que prendam ou demorem o homem preso a solo determinado são contra a natureza, e como taes oppostas á missão do legislador.

Diz-se que as determinações, que parecem oppressivas da

actividade de uns, são protectoras da liberdade de todos, e mantenedoras de um justo equilibrio, e que, se os regulamentos de policia tẽem exigido, em quasi todos os povos, que na transferencia, aliás permittida, dentro ou para fóra dos limites de certa localidade, se guardem certas formalidades, não é senão para que a sociedade tenha conhecimento do movimento geral da população confiada aos seus cuidados preventivos e repressivos.

Mas ainda que este seja o fim principal e o fundamento com que se costuma justificar o uso dos passaportes, guias e itinerarios, não deixam de ser sempre um vexame para os povos, porque entorpecem, annullam muitas vezes os movimentos licitos, indispensaveis e urgentes de cada um, em prejuizo da utilidade geral. Uma partida repentina, um negocio de segredo e mil outras circumstancias podem dar-se, em que, ou não seja possível, ou seja perigoso e nocivo solicitar da auctoridade similhante documento.

Dizemos *em prejuizo da utilidade geral*, porque esta se não pôde promover nem manter sem o mais livre concurso da actividade resultante das faculdades moraes do homem, de que sómente a lei deve reprimir e não prevenir os abusos, por outros meios tambem moraes directos e indirectos, auxiliados pela acção officiosa da vigilancia geral da policia.

Tem sido por isso fortemente contestada a justiça e a utilidade principalmente dos passaportes, e já no nosso parlamento ha sido proposta a sua completa abolição.

Effectivamente os passaportes são incompatíveis com a liberdade individual, e a experiencia de todos os tempos tem mostrado que são considerados, na opinião publica, uma verdadeira oppressão; e mais odiosos ainda se tornam em rasão do imposto que os acompanha a titulo de sello e emolumentos, alem do que materialmente resulta da obrigação pessoal e perda de tempo que o seu cumprimento exige; imposto negativo para o thesouro, poisque o fisco perde sempre escrivando a actividade individual!

São incompatíveis e repugnantes com o systema predominante do seculo sobre a celeridade das communicações por mar e terra; e se por um lado estas augmentam os meios de

contacto, concerto e fuga entre os criminosos, tambem ampliam, simplifícam e tornam mais efficazes e mais rapidos os meios de policia.

Os criminosos facilmente illudem a necessidade de similhantes documentos, ou transitando solitariamente e com mais cautela, ou confundindo-se por entre a multidão, ou tirando-os sob um nome supposto ou mesmo em seu verdadeiro nome antes de culpa formada e ordem de captura; enquanto que os cidadãos pacíficos, industriaes, artistas ou commerciantes, contra o espirito do § 23.º do art. 145.º da Carta, não podem *legalmente* mover-se de uma para outra localidade a certa distancia, sem esta como auctorisação policial, mediante o pagamento do respectivo imposto de transito, como se fossem mercaderia a importar ou exportar.

A consciencia publica sobre a injustiça da restricção faz com que se relaxe na execução dos regulamentos de policia.

As auctoridades cerram os olhos; por toda a parte do reino se viaja mais sem similhante formalidade do que com a precedencia d'ella: e quem não teme, ou por sua posição social ou por ter abonadores conhecidos nas terras a que se dirige, ser impedido ou demorado em seu movimento, facil e impunemente se dispensa de solicitar passaporte¹.

D'esta sorte é mais de presumir muitas e muitas vezes que procurem passaporte os individuos que, sendo criminosos ou intentem praticar crime, queiram um salvo-conducto legal para melhor se subtrahirem á acção da justiça e da policia. Assim até se torna contraproducente uma similhante exigencia.

Por tudo melhor fóra que a policia exercesse o seu officio conciliado com a maior e mais plena liberdade do cidadão. Os exemplos de duas grandes nações, a Inglaterra e os Estados Unidos, demonstram a inutilidade dos passaportes, porque a policia não carece d'elles e não encontra ahi por isso estorvos nem inconvenientes.

¹ O mesmo legislador como que tem estremecido na presença da sua mesma restricção, ordenando que os passaportes se dêem gratuitamente aos naufragos e mendigos; que se visem sem emolumentos; que se não demorem quaesquer informações a esse respeito; que se dê um só para todos os membros de uma familia, etc.

Fazemos pois votos pela abolição completa dos passaportes, e no Cod. Pen., destruída assim directamente no mesmo objecto do crime a possibilidade de se praticar, veríamos suprimido este e os art. correlativos.

No entretanto o Cod., incriminando os factos de falsidade sobre os passaportes, deixou em silencio a omissão no cumprimento do dever dos cidadãos com relação a semelhante formalidade.

Ficam portanto em vigor os respectivos regulamentos em que a pena da contravenção é gravissima, porque induz a presumpção de culpabilidade criminosa, obriga a prisão até prova em contrario, e ao pagamento de multa de 2\$400 réis imposta pelo art. 14.º do Reg. de 25 de Maio de 1825¹.

Posto isto, e abstrahindo do que levámos dito sobre a justiça e utilidade da instituição, é certo que em quanto esta existir apparece a possibilidade da infracção aggravada, tanto em razão das pessoas dos delinquentes que commettem o erro de officio, ou antes abuso de confiança, como porque de ordinario a verdade e a innocencia não procura cobrir-se com as trevas da simulação e da falsidade. Ha gravissima suspeita em taes casos, não só sobre o fim illicito do crime, como sobre os seus motivos determinantes, como de suborno, de complicidade ou de encobrimento doloso.

Concorda por isso na incriminação o Cod. Fr., art. 155.º, o Hesp., art. 223.º, com a differença de tambem contemplar a entrega de um passaporte em branco—*ó lo diere en blanco*—, especie aqui omittida sem razão plausivel, o da Sardenha, art. 369.º, e o das Duas Sicilias, art. 294.º

¹ Póde ver-se largamente esta materia na legislação, regulamentos e portarias, apontadas pelo Sr. Neto ao Cod. Admin., art. 227.º n.º 3.º nota 2.ª pag. 115. Ultimamente achámo-nos completos imitadores ou concordos a este respeito com a leg. franceza, ann. IV, tit. 3.º art. 6.º e 7.º: «Tout individu voyageant sans passeport est arrêté et détenu jusqu'à justification de son domicile et réclamation par des citoyens connus et domiciliés, et jusqu'à ce qu'il se soit mis en règle; à défaut de pouvoir rem-
plir ces formalités, il est réputé vagabond et poursuivi comme tel.»

Lei esta provisoria e de circumstancias excepcionaes, como deixam ver as palavras da mesma lei—*jusqu'à ce qu'autrement il en ait été ordonné*—, mas que os governos posteriores, longe de revogar, confirmaram e sustentaram, pensando ver n'ella um meio de segurança publica e de receita para o thesouro.

O Cod. Hesp. exceptua o caso em que o empregado publico, por *justas causas* communicadas ao superior respectivo, expedir um passaporte com supposição de nome ou o entregar em branco.

Este nosso art. não admittiu a excepção assim formulada, mas exigiu como elemento constitutivo da incriminação—*a intenção de subtrahir alguém á vigilancia legal da auctoridade*—, o que viria implicita e mais amplamente a comprehender a mesma excepção, se não fôra a determinação do § un. do art. 233.º que a restringe, como adiante veremos.

Chauveau e Helie, assim como Carnot e Sulpici, notam que a lei incrimina a *supposição de nome*, e que por isso não é punivel a falsidade nos *sobrenomes*. Somos d'esta opinião; ainda que em verdade o nome de um individuo completa-se e determina-se essencialmente pelos seus *sobrenomes* ou *prenomes*. Que se escreva em um passaporte—*Pedro Salazar da Cunha*— ou —*Pedro Baptista da Cunha*— não é pequena differença, e maior ainda se se escreveu—*Pedro Baptista da Silva*—.

Mas o Cod., se essa foi a intenção do legislador, devia ser claro, porque em materia criminal, e *maxime* em presença do art. 18.º, toda a interpretação—*ultra litteram*—é prohibida por melhores que sejam as razões que a possam justificar.

Quanto ao § un., tem concordancia no Cod. Fr., art. 155.º e no da Sardenha, art. 369.º

Pela determinação d'este §, o empregado publico facilmente se evade á pena imposta no art., logo que, simulando não conhecer o impetrante do passaporte, se contentar com a abonação das testemunhas; e mesmo se evade indirectamente a toda a pena, por isso que na mesma hypothese a preterição das testemunhas é punida apenas com a multa. Se o impetrante tem grande interesse em alcançar o passaporte, facilmente poderá indemnizar o funcionario publico, e de ante-mão, do mal pecuniario a que se arrisca pela sua condescendencia.

A pena portanto é aqui inefficaz, e se póde tornar illusoria; sendo assim mais appropriada a que se acha estabelecida nos cit. Cod. Fr. e da Sardenha.

Por ultimo, parece-nos que a materia d'este art., consti-

tuindo uma determinação especial sobre a incriminação geral e commum, com preterição especial de dever, como delicto no emprego publico ou erro de officio, devia ou ser contemplada no cap. 13.º, destinado aos *crimes dos empregados publicos no exercicio das suas funções*, ou entrar como § adicional ao art. seguinte, ou ficar omissa, deixando-se a aggravação dentro das regras geraes para que tivesse utilidade e applicação o art. 19.º n.ºs 7.º e 8.º e seus correlativos, e não ficasse este art. e seu § uma aberração d'essas regras, sem necessidade alguma que a justifique.

Assim o praticou o Cod. Pen. da Prussia, incriminando no § 254.º os actos de falsidade em passaportes, sem especialisar o crime em razão da pessoa do delinquente como empregado publico. Era isso inutil, e mesmo injusta qualquer aggravação, porque alem das penas da participação *positiva* n'esses actos, conforme ás regras do § 35.º, ficam intactas as repressões disciplinares da administração superior, não sendo de suppor que ella deixe sem suspensão ou demissão do emprego o delinquente que assim prevaricar em seu officio.

ARTIGO 226.º

Toda a pessoa que ou tomar o nome supposto ou fabricar um passaporte falso ou substancialmente alterar o verdadeiro, ou fizer uso de passaporte falsificado por qualquer d'estes modos, será condemnado á prisão de dois mezes até dois annos.

§ unico. As testemunhas que tiverem concorrido para se dar o passaporte com nome supposto serão punidas como cúmplices.

Art. 38.º e ref.; 26.º e 88.º

Tem concordancias no Cod. Fr., art. 153.º e 154.º, no Hesp., art. 225.º, no da Sardenha, art. 366.º e 367.º, e no das Duas Sicilias, art. 296.º

Notem-se: 1.º, as palavras=*toda a pessoa que ou tomar o nome supposto*=comparadas com as do correspondente art. 226.º do Cod. Fr.=*Quiconque prendra dans un passeport un nom supposé*=.

Omittidas as palavras=*dans un passeport*=ficou este art. menos claro, mas não alterado o sentido do Cod. Fr., porque a questão é sempre a da *expedição* de passaporte com supposição de nome de que tratou o art. antecedente com relação aos competentes empregados, e de que se trata n'este art. e seu § com relação aos interessados que solicitam o mesmo passaporte, e as testemunhas que abonam o nome com que este se apresenta na respectiva repartição da policia. Em todo o caso porém a redacção é defeituosa por carecer de semelhante explicação.

2.º Que assim o uso de um passaporte que não soffreu alteração nem falsificação, mas que foi entregue a um outro individuo, não importa crime de falsidade n'esse documento, porque a lei não pune como falsidade senão o uso dos passaportes falsos ou falsificados.

Assim foi julgado pelo tr. de cass. de Paris, Ar. de 9 de Julho de 1840, e era já a doutrina de Carnot, obs. 4.^a

O Cod. da Sardenha no art. 368.^o preveniu esta especie, assimilhando esse facto ao da supposição do nome.

3.^o Que nos termos enunciados no art. 223.^o, e segundo a regra estabelecida no art. 216.^o e seguintes, aquelle que sem *intenção de prejudicar a outra pessoa ou ao Estado*, mas sómente no intuito de se subtrahir á *oppressão*, falsificar um passaporte originariamente verdadeiro, ou fizer uso de um passaporte falso, não incorre no crime de que se trata.

Carnot, obs. 7.^a, qualificou esta uma questão *delicada*, e não ousou pronunciar uma opinião. Mas a favor da que emitimos está a falta da condição essencial da criminalidade, e estaria, mesmo na falta d'esta regra, a disposição do art. 3.^o, que pela ausencia de toda a *intenção malefica* tornaria o facto quando muito uma simples *contravenção* dos regulamentos policiaes, e ainda, para excluir toda a imputação, seriam applicaveis as regras prescriptas nos n.^{os} 2.^o e 3.^o do art. 14.^o

4.^o Que todavia estes principios soffrem modificação ou excepção nos termos do art. antecedente, porque ao empregado publico não é permittido nunca mentir no exercicio de suas funcções. Surdo e cego no cumprimento dos seus deveres legais não pôde conceder passaporte com simulação, ainda que não tenha por fim subtrahir alguém á vigilancia da auctoridade publica. O Cod. Hesp., art. 223.^o, como notámos, preveniu esta especie resalvando e auctorisando similhantes simulações por *causas justas*. A protecção *directa* de segurança por uma escolta armada é então concedida indirectamente por esta especie de salvo-conducto. O commentador Pacheco censura, mas sem justo fundamento, esta disposição do mesmo Cod.

5.^o Que, sem rasão plausivel, n'este art. se confundiu e igualou na mesma incriminação o facto de se tomar um passaporte com um nome supposto, com o de se fabricar ou falsificar.

O legislador do Cod. Fr. distinguio, punindo no art. 154.^o menos severamente o primeiro que no art. 153.^o o segundo. O mesmo praticaram os legisladores dos Cod. das Duas Sici-

lias e da Sardenha, nos citados art., como apresentando os dois factos muito diverso grau de criminalidade.

6.^o Ainda com menos rasão se equiparou o facto da *falsificação* ao do uso do passaporte falsificado. Seguiu-se n'esta assimilhação a disposição do art. 153.^o do Cod. Fr., mas não vemos motivo para considerar errada a apreciação feita no Cod. Hesp., que afastando-se, com todo o conhecimento, do Cod. Fr., distinguio a criminalidade dos dois factos, punindo o primeiro, no art. 224.^o, com prisão correccional e multa de dez a cem duros, e o segundo, no art. 225.^o, sómente com a multa, e reduzindo o seu maximo a metade¹.

7.^o Resulta d'estas observações, que não ha justiça nem absoluta nem relativa na pena imposta n'este art., e que por isso carece de ser emendado ainda que os juizes, seguindo os impulsos da sua consciencia, os exemplos indicados e os dictames da verdade moral, a devam e possam attenuar dentro dos seus limites legais.

8.^o Chauveau e Helie sustentam que em materia de falsidade de passaportes a intenção de prejudicar consiste na intenção de illudir a vigilancia da auctoridade publica, e que o prejuizo está em que a falsidade dê ou possa dar em resultado subtrahir o portador a essa mesma vigilancia. Não somos d'esta opinião. Os passaportes são um meio de ordem publica restrictivo da liberdade do homem, que podem não acompanhar um viajante, ou ser falsos ou suppostos, sem que resulte ou possa resultar damno social, considerados em si mesmos. Não são um prejuizo, mas preventivos de prejuizo. Se não encobrem um criminoso ou a intenção de commetter um outro crime, importam, como fica dito, sómente uma violação mais ou menos qualificada dos regulamentos de policia².

¹ O Cod. da Sardenha, art. 366.^o, foi mais severo, porque admittiu em ambos os casos a prisão, mas fez a distincção para n'um caso ser um anno o minimo da duração, e no outro ser o maximo.

O commentador Pacheco diz da pena imposta pelo Cod. Hesp. = *Hechos de esta especie estan suficientemente penados con castigos leves e pecuniarios*; e nós acrescentaremos, que a alteração da verdade é aqui punida mais pela rasão preponderante da violação, qualificada pela falsidade de documentos exigidos pelos regulamentos de policia, do que pela realidade do damno resultante, que é sómente de ordem publica.

² Um desgraçado, que caiu em pobreza, que tem educação, que se en-

9.º Deve ainda advertir-se que o simples facto de alguém trazer consigo um passaporte falso, falsificado ou com supposição de nome, não constitue facto punivel; por isso que este art. pune aquelle que *fizer uso*, o qual só póde consistir na *exhibição* voluntaria do mesmo passaporte á auctoridade publica, officiaes de policia ou quaesquer outras pessoas legalmente auctorizadas para exigir essa exhibição. É a doutrina de Carnot, Chauveau e Helie, Sulpici e outros commentadores ao Cod. Fr., em harmonia com o julgado em 2 de Julho de 1840 pelo tr. de cass.

Quanto ao § un., concorda o Cod. Fr., art. 154.º, da Sardeña, art. 367.º, e outros.

As palavras do art.—*as testemunhas que tiverem concorrido*—tradução das do art. do Cod. Fr.—*quiconque... aura concouru comme témoin*—, não são as mais apropriadas aos delinquentes de que se trata. Estes individuos, nos termos das leis e regulamentos de policia, não concorrem só para prestar testemunho sobre a identidade, mas como *abonadores* do bom procedimento dos individuos que solicitam os passaportes. Prestam mesmo, não um depoimento que se reduza a escripto, mas um attestado que para resalvar a responsabilidade dos respectivos empregados se guarda na respectiva repartição, a que se chama—*abonação*—, como se reconhece no § un. do art. antecedente, com a redacção do qual este § não fica assim em harmonia.

A qualificação de *cumplicidade* fica antinómica e repugnante com os principios que o legislador estabeleceu nos art. 25.º e 26.º As testemunhas não só tomam parte no crime por acto immediato, mas são causa determinante do mesmo acto, e como taes auctores d'elle. Não ha pois razão alguma attendivel para similhante indulgencia. O Cod. Fr., que tanto aqui esteve presente, pune as testemunhas com as mesmas penas.

vergonha de pedir esmola nas terras em que é conhecido, e que para evitar a propria affronta ou dos seus toma um nome supposto em um passaporte, não para commetter crime, mas para esmolar, deve na verdade ser tratado com indulgencia. Outras muitas hypotheses se podem figurar, como a de um homem de distincção que se vê, por falta de meios, obrigado a transitar a pé, a hospedar-se em modestos albergues, não se dando a conhecer nas terras por onde passa, nem nas pousadas aonde pernoita ou descansa.

Sobretudo porém o mod. Cod. da Prússia, § 254.º, é aquelle que sobre a materia d'este art. se torna digno de imitação, abrangendo tambem a materia do art. antecedente.

Eis os seus termos:

«Com a prisão simples de uma semana até tres mezes será punido:

«1.º Aquelle que falsamente passar passaporte de viagem, «ou falsificar o legitimo, ou d'elle usar falso ou falsificado.

«2.º Aquelle que mandar passar um passaporte de viagem «falso, usar de passaporte de viagem passado sob o nome de «terceiro, como se fosse seu, entregar um passaporte passado «em seu nome a um terceiro para usar d'elle, ou *servir de testemunha* para que um passaporte seja passado sob falso nome.

«A mesma pena será applicada, se os actos designados forem commettidos a respeito dos livrinhos dos officiaes de «officio ou de outros papeis de legitimação, que substituem «os passaportes.»

Assim o legislador tornou geral, simples, clara, justa e complexa a sua disposição sobre falsidade em relação a passaportes: 1.º, impoz uma pena moderadissima como exigia a natureza do crime; 2.º, igualou n'ella todos os que tomam parte no facto por acto immediato; 3.º, deixou para as regras geraes a sua graduação para mais ou para menos, segundo o grau de participação na falsificação ou no uso d'ella; 4.º, disse menos, mas comprehendeu mais que os nossos art., pois mencionou o facto *d'aquelle que entrega o proprio passaporte a um terceiro para usar d'elle*, que aqui é omisso. Sem duvida que este culpado na falta de disposição especial entra nas regras sobre cumplicidade, mas como sem o documento legal o uso indevido ou falso não era possivel, o facto entra na classificação de participação directa e determinante.

De resto, não é moralmente possivel ao legislador definir precisa e circunstanciadamente sobre este objecto o grau de participação de que é susceptivel cada um dos agentes, e por isso bem fez o God. da Prússia em os comprehender todos na mesma incriminação, deixando aos juizes a determinação especial da pena.

ARTIGO 227.º

As penas determinadas nos dois artigos antecedentes são applicaveis aos casos de falsidade das guias ou itinerarios, com a declaração de que, se em virtude da falsa guia ou itinerario o portador recebeu da fazenda publica alguma quantia, será punido com a pena decretada no artigo 216.º; e bem assim será do mesmo modo punido o empregado se para esse fim tiver commettido a falsificação.

Art. antec., 216.º e ref.

Concordam os Cod. Fr., art. 136.º, da Sardenha, art. 370.º, das Duas Sicílias, art. 295.º e da Prussia, § 254.º, quanto á assimilação de documentos que têm os mesmos effeitos que os passaportes.

Quanto á segunda parte do art. nenhum d'estes Codigos impõe a pena dos *trabalhos publicos temporarios*. Ainda que esta fosse adequada no caso do art. 216.º, não o seria no caso presente, por isso que ali o *fim* da falsidade foi o lucro em prejuizo de terceiro; aqui esse lucro não foi o *fim*, mas o *resultado* ou *effeito* proveniente da guia ou itinerario. O *fim* é o designado no art. 225.º a que este nosso art. se refere = *subtrahir á vigilancia da autoridade* =.

Todavia note-se antes de tudo que o elemento constitutivo da aggravação consiste aqui exclusivamente na *realidade* do damno contra a fazenda publica, e não inclusivamente na *possibilidade* do mesmo damno, como no art. 216.º

Ora estes itinerarios ou guias substituem para os militares e individuos addidos ao serviço do exercito os passaportes civis que obtêm os demais cidadãos.

Os itinerarios (*feuilles de route*) ou guias a mendigos ou a estrangeiros, com effeito de publico soccorro nas differentes

terras do reino, não são conhecidos entre nós como em França; e por isso a disposição n'esta parte é sem objecto.

Quanto aos militares o abono de *quantia* não basta, mas seria preciso que o art. especificasse a *etape*, assim como o *prejuizo* a particulares pelos *aquartelamentos*, se porventura as ordens expedidas e o conteúdo na *guia militar* a tanto autorisasse.

A pena então aqui imposta é, a nosso ver, violentissima: 1.º, pela sua mesma natureza com relação aos crimes, porque sendo uma das maiores e immediata na intensidade á de morte, postoque temporaria, não pôde legitimamente corresponder, além dos seus vicios intrinsecos, a uma infracção que não passa de um meio artificioso seguido de um resultado em prejuizo da fazenda publica, sem que se exija que este seja ou possa ser de importancia em contradicção com as distincções adoptadas pelo Cod. nos art. 421.º a 430.º; 2.º, porque é repugnante com a disposição do art. 451.º n.º 1.º, em que sómente se pune crime analogo em geral com a prisão correccional, ficando assim impune a tentativa que aqui, attenta a natureza da pena maior, tem de ser punida e severamente.

Nem pôde valer o argumento de ser o damno causado contra a fazenda publica, e a maior somma de protecção legal que lhe é devida.

Se o prejuizo feito ao Estado é uma circumstancia preponderante sobre qualquer furto praticado por meio *artificioso*, não devia o Cod. punir, como puniu, no art. 280.º, em regra geral, o doloso descaminho de direitos fiscaes apenas com a multa. Nos contrabandos e descaminhos dá-se a *vileza do furto*, assim como o *prejuizo de terceiros*, não só contra o Estado, mas contra uma classe de cidadãos, e *quanto aos meios* verifica-se sempre n'esses crimes o emprego das *falsas* declarações, da *simulação* das guias ou dos manifestos, a alteração da verdade em fim¹.

¹ O contrabando tem a vileza do furto, e é um dos mais perniciosos delictos que infectam os Estados e que se fazem mais odiosos na sociedade; é a *recusa do commercio* e descrédito dos homens honrados; é a *peste mortal do commercio*, e causa *publico escandalo*! como se diz no Aliv. de 14 de Novembro de 1757, e outras leis.

Alem d'isto ha no Cod., comparado este art. com o art. 455.º, uma antinomia doutrinal mais saliente: 1.º, porque tratando ali de crime analogo não fez distincção de prejuizo, antes se igualou o que fosse feito a uma *terceira pessoa* ou ao *Estado*; 2.º, porque em ambos os casos sómente impoz a prisão correccional, não omitindo como aqui se omitta o prejuizo causado a particulares.

Acrece que o art. não distinguui o caso em que havendo guia ou itinerario falso, falsificado ou com nome alheio, as sommas recebidas fossem devidas ao apresentante com o documento, se verdadeira especie dirimente das causas de aggravação especial contemplada no art. 156.º do Cod. Fr., alem dos casos em que mesmo sendo devidas taes quantias, a falsidade sómente possa contribuir para um excesso de recebimento, que o mesmo Cod. sómente contempla quando monta a cem francos.

Se no mesmo roubo, segundo o art. 439.º, a justiça do debito se considera uma circumstancia attenuante, com que fundamento se ha de n'esta hypothese, expressa no Cod. Fr. e aqui omissa, não só repellir a attenuação, mas ainda saltar a uma penalidade superior e tão grave como é a dos trabalhos publicos?

Não o concebemos em presença d'estas confrontações e outras que poderíamos fazer. Concluamos pois que a presente disposição é absolutamente, e maxime nos seus termos geraes, injustificavel; e se assim não é, a mesma pena, comquanto perpetua, imposta no art. 349.º ao homicidio involuntario, exigiria uma substituição por outra superior á de morte simples!

O facto ou deve ficar assimilado a *furto aggravado*, mas inferior a *roubo*, ou deve ficar nos limites do crime da falsidade aggravada, segundo a maior quantidade e qualidade do damno causado, para se proporcionar a pena conforme ás regras geraes, e consequentemente é nossa opinião que a segunda parte do art. deve ser, ou pelo menos que seria menor desacerto, haver-se eliminado.

SECÇÃO 3.ª

DA FALSIFICAÇÃO DOS SÊLLOS, CUNHOS E MARCAS.

ARTIGO 228.º

Aquelle que falsificar marcas, sêllos ou cunhos de alguma Auctoridade ou Repartição publica, ou os introduzir no Reino falsificados, será punido com a pena de prisão maior temporaria com trabalho.

§ 1.º Será condemnado na mesma pena aquelle que commetter alguma falsificação, usando de marcas, sêllos ou cunhos de qualquer Auctoridade ou Repartição publica, falsificados.

§ 2.º Se esta falsificação teve por fim subtrahir direitos á fazenda publica, a pena será a de trabalhos publicos temporarios.

Art. 33.º, 34.º e ref.; 99.º e ref.

Este art. tem concordancias no Cod. Fr., art. 139.º e 140.º, no Cod. da Sardenha, art. 345.º, 349.º e 351.º, das Duas Sicilias, art. 282.º e 284.º, e Hesp., art. 207.º, 208.º e 210.º, e em alguns da Allemanha. A incriminação é desconhecida em muitos outros, como no da Austria, da Baviera, da Prussia, do Brazil, etc.

A nossa Ord., no liv. 5.º tit. 52.º pr., impunha a pena capital e confisco a toda a falsificação de sêllo ou signal, sendo do principe, e, no § 1.º, degredo perpetuo para o Brazil e confisco, quando se tratasse de sêllo ou signal de algum juiz superior ou de cidade, villa ou concelho.

Temos sobre este art. a notar: 1.º, quanto á redacção, que o crime consiste aqui na *fabricação* do instrumento ou machina, propria a marcar, sellar ou cunhar, fazendo-se um sí-

mile ou imitação perfeita e verdadeira; e que não sendo uma *falsificação* em si mesma senão em razão da falta de auctorição para o fabrico ou introdução no reino, devia esta idéa ser expressa para que se fizesse bem sentir que é por este fundamento negativo que o acto é prohibido e incriminado; 2.º, que a nossa legislação omitia similhante incriminação, e com justa razão, porque, não sendo o facto mais que *um acto preparatorio* da *falsificação*, e não esta, aliás prevista na Ord. do liv. 5.º tit. 52.º, punia o crime logo que se manifestava por seus resultados de tentativa ou consummação, o que é muito mais acertado que a incriminação com tanta severidade, como preventiva d'esses actos ultteriores que leva a elles o culpado, tendo tudo a esperar da impunidade e pouco mais a temer. Melhor pensou tambem o mesmo legislador, pouco antes, incriminando, no art. 23.º do Decr. de 27 de Outubro de 1852, a falsificação consummada dos sellos ou estampilhas do correio, e não como falsificação o acto preparatorio d'ella; 3.º, que este art. labora no mesmo defeito que o seu correspondente do Cod. Hesp., como notou a este Cod. o seu commentador Pacheco, por comprehender na generalidade dos seus termos factos de diversa importancia e gravidade. A par de auctoridades ou repartições superiores do Estado, fica uma camara municipal ou regedoria de parochia. Os Cod. Fr., da Sardenha e das Duas Sicilias fizeram a distincção¹; 4.º, que o art. ficou omisso a respeito de factos de igual importancia, qual é o da falsificação da *chancella*, de assignatura ou de rubrica, pelo rei, ministros d'Estado ou outra auctoridade, nos casos legalmente auctorizados ou decretados.

Quanto ao § 1.º do presente art., tem concordancia sobre a assimilação no Cod. Fr., art. 142.º, da Sardenha, art. 345.º e 351.º, e das Duas Sicilias, art. 282.º e 284.º

Tambem concorda na especie o Cod. da Baviera, quanto á incriminação, como *fraude qualificada* em primeiro grau, art. 263.º n.º 4.º=*la vente de marchandises déloyales ou*

¹ Deve sempre advertir-se que a pena de que trata o art., sendo por enquanto de impossivel execução, tem de ser substituida por degredo com prisão no logar do degredo, nos termos do art. 99.º Vid. comm. a este art., vol. 3.º pag. 168 e seg., e ao art. 100.º pag. 174.

falsificées, lorsque la dite vente aura été faite en abusant de timbres publics ou autres marques de l'autorité publique.—Pena, como de furto simples=*um a tres annos de prisão com trabalho*=podendo prolongar-se até oito annos, se o valor do objecto excede a 25 florins.

Concordam mais os tres Cod. de Allemanha modernos, Bay., Wurt. e Bad., sendo a pena, prisão com trabalho por seis mezes, comtanto que o *uso* não constitua crime de falsidade nem facto bulroso a que correspondem outras mais graves.

Sobre o § 1.º se nos offerece notar: 1.º, que a assimilação penal aqui feita nos parece repugnante, comparada com o § inic. do art., na hypothese de se dar no mesmo réu o concurso dos dois crimes. Tendo então subido um grau na escala da criminalidade, pelo emprego do meio preparatorio, a pena devia tambem subir. É o que o mesmo Cod. reconheceu no art. 216.º e seu § un., fazendo a distincção.

2.º Que, na generalidade dos termos do §, procedendo a incriminação como facto consummado pelo simples emprego ou uso, acto ainda preparatorio, posterior ao antecedente, com abstracção *do uso do objecto marcado*, sellado ou cunhado, a pena é exagerada, e como tal não preventiva dos actos de execução¹.

3.º Que o §, incriminando assim tão severamente o facto menos grave *do uso dos sellos*, marcas ou cunhos falsos, deixou em silencio o *uso dos objectos falsamente sellados*, marcados ou cunhados, ou seja em applicação pessoal ou de exposição á venda. Quando os auctores d'este terceiro facto obram de concerto com o falsificador, devem todos incorrer na mesma penalidade, como reconhece o art. 206.º; e se não obraram de concerto, mas conheceram a falsidade, tornaram-se co-réus d'ella por acto posterior, ainda que puniveis com mais moderação, como reconheceu o Cod. no n.º 3.º do art. 209.º e no art. 210.º

¹ Mais providente foi na sua especialidade o Decr. de 27 de Outubro de 1852, cit. art. 23.º, comprehendendo na mesma incriminação dos falsificadores os *passadores ou vendedores*, entendendo-se ahí por *=sellos=* não o instrumento de sellar, mas as estampilhas de franquia que podem comparar-se aos do papel sellado.

É certo que n'estes casos não previstos, e sempre que se der participação no crime por acto anterior ou concomitante, pelo menos a respeito do acto preparatorio incriminado n'este §, poderão ser subsidiarias as regras geraes sobre cumplicidade, mas ficam sempre a descoberto os actos exclusivamente posteriores¹, que o Cod. não considerou de cumplicidade, e assim este § em desharmonia com o espirito que dictou a disposição dos art. 197.º e 198.º

Pelo que respeita ao § 2.º, tem concordancias no art. 14.º do Cod. Fr., 284.º do das Duas Sicilias, e 210.º do Hesp.

Resulta d'esta disposição: 1.º, que, se a falsificação tiver por fim subtrahir *direitos* á fazenda publica, embora essa subtracção não tenha existido, o primeiro e segundo acto preparatorio é punido com uma pena superior na intensidade; 2.º, que, se a falsificação tiver por fim prejudicar a fazenda publica em outros *recebimentos*, pagamentos, dividas activas ou passivas, o § não tem applicação alguma; 3.º, que se não distinguio o caso de effectivamente haver resultado prejuizo nos mesmos *direitos* ou nos ditos debitos ou creditos; 4.º, que se pune com uma pena maior gravissima a intenção e fim da falsidade, em rasão da *possibilidade* do prejuizo em direitos, quando no art. 280.º só se puniu a *realidade* do prejuizo, em geral, com a multa.

Ainda mais: uma sedição que tenha por fim subtrahir ao pagamento de taes direitos ou impostos, que entram na expressão geral do art. 179.º, é punida apenas ali com a *prisão correccional*, e quando muito, se a tranquillidade publica correu grande perigo, com o *degredo temporario*.

Assim é que a sociedade tem contemporisado com o crime, mesmo em prejuizo da sua segurança e do seu thesouro, quando acompanhado da circumstancia aggravante de ser commettido por muitos; e descarregado todo o seu rigor contra o individuo isolado que na mesma intenção se serviu de meios sem duvida criminosos, mas sómente arteiros e pacificos!

¹ O Cod. da Sardenha levou a sua providencia a ponto de, em geral, incriminar o facto de todos aquelles que em suas casas retivessem os sellos, cunhos ou marcas falsas.

ARTIGO 229.º

Aquelle que falsificar papel sellado ou o introduzir falso no territorio portuguez será condemnado á prisão maior temporaria com trabalho.

§ unico. Os officiaes publicos, que no exercicio das suas funcções fizerem uso de papel sellado falso, serão condemnados na multa, conforme a sua renda, de um anno, sem prejuizo das penas de cumplicidade, se houverem logar.

Art. 26.º, 34.º, 41.º, 99.º e ref.

Este objecto achava-se regulado pela Carta de Lei de 10 de Julho de 1843, art. 16.º:

«Os falsificadores, collaboradores, introductores ou vendedores de papel com *sello falso*, incorrerão na pena de *degre do de dez annos* para Cabo Verde, e pagarão uma multa «de 50\$000 réis até 1:000\$000 réis.»

A pena portanto imposta no presente art. é mais grave e com o desacerto de se não aproveitar a da multa que se achava sancionada por uma lei das côrtes, e que tem analogia com o crime de que se trata, quando o Cod. é tão prodigo no emprego d'este elemento de penalidade, sem nenhuma analogia em outros casos.

Acresce a omissão¹, em deixar de incriminar o facto de o

¹ No Cod. Pen. da Prussia, §253.º, se acha incriminado este facto, iguallados os de fabricação, os de falsificação do papel legitimo, e os do seu uso, sendo a pena a de prisão simples não inferior a tres mezes, e prohibição temporaria dos *direitos da honra civil*.

Similhantes actos são ahi punidos com as mesmas penas, quando commettidos a respeito de sellos de franquia da posta, ou de sobrescriptos de cartas franqueadas.

Esta nltima especie não foi prevista n'este nosso art., porque o novo systema das estampilhas ainda se não achava em vigor. Foi a possibilidade de mais uma especie de falsificação que acresceu; oxalá que as maiores vantagens para o serviço dos correios compensem essa eventualidade.

falsificador ter usado ou passado o papel falso, como se incriminou na especie do art. 206.º Todavia os juizes poderão considerar como attenuante a ausencia d'esta causa de aggravação por argumento de analogia, admissivel a favor dos delinquentes, e assim, sem offensa directa da lei, graduar a pena legal ¹.

Quanto á incriminação do § un., tambem a Lei de 10 de Julho de 1843 providenciou impondo a multa de 20\$000 réis a 100\$000 réis a qualquer auctoridade que consentisse na apresentação ou junção de papeis da sua competencia sem o sello devido; e quando estes fossem de sello falso, os tabelliães e escriptães julgados cúmplices da extracção e venda deviam ser punidos com as mesmas penas dos falsificadores.

Era, em geral, um erro e uma injustiça a assimilhação dos cúmplices aos auctores directos de qualquer crime, mas no caso de incriminação de um meio preparatorio de fraude, qual é o papel falsificado, o que faz uso d'esse papel, sabendo que é falso, é sempre corréu da consummação do crime em prejuizo da fazenda publica, por acto pessoal e directo, e portanto entra na classificação de auctor do crime principal que o Cod. quiz prevenir.

Assim o entendeu o legislador a respeito da moeda falsa no cit. art. 206.º, assim como no art. 207.º e seguintes, distinguindo o uso d'ella: 1.º, de concerto com o fabricador; 2.º, sem cumplicidade com elle; 3.º, sem concerto nem cumplicidade, mas com sciencia constante sobre a falsidade; 4.º, com sciencia sómente posterior e ao momento do uso.

Estas distincções pelo menos eram aqui precisas, não só porque nos art. 25.º e 26.º se distinguio a *cumplicidade* em dois graus, reservando-se esta qualificação para a *cumplicidade* em segundo grau, mas tambem porque aqui se dão, como na moeda falsa, diversos graus de imputação e apreciação do facto para conduzir a penalidade diversa.

Para que não appareçam d'estas lacunas na legislação em consequencia de factos a que a lei posterior dá occasião, é conveniente que um Cod. Pen. restrinja as suas incriminações, descrevendo os elementos materiaes de cada classe de crimes, sem praticar demasiadas subdivisões.

¹ Os mod. Cod. da Alemanha, da Baviera, Wurttemberg e Baden, distinguiram esta hypothese, para então aggravarem a penalidade.

O Cod. parece haver tomado n'este § a expressão *cumplicidade* como que esquecendo-se da distincção feita nos ditos art. 25.º e 26.º, e para assim comprehender os *cumplices* assimilhados aos *auctores*. Effectivamente conservou a palavra n'este sentido em alguns logares, como já indicámos ao art. 25.º¹; mas esta confusão produz uma incerteza e ambiguidade indesculpavel na expressão da lei, que, uma vez definida e restringida, não deve mais ser empregada em sentido mais amplo.

Em todo o caso a pena aqui imposta é inadequada, porque se o *introductor* do papel falso é igualado ao *falsificador*, os officiaes que scientemente fazem uso d'esse papel são verdadeiros co-auctores ou corréus da fraude em prejuizo do Estado, e, em lugar de motivo para attenuação da pena, só apparecem fundamentos especiaes de aggravação derivados da qualidade e profissão dos delinquentes, que são os fiscaes da execução da lei do imposto, devendo então reger os principios proclamados no art. 19.º n.ºs 8.º e 9.º, com os quaes de outro modo fica o presente § em manifesta contradicção.

Por ultimo, é digna de reparo a penalidade=*multa*=imposta n'este §, porque sendo de um *maximo* determinado=*um anno*=não dá logar a graduar-se segundo a quantidade do damno.

Que os officiaes tenham usado de uma só folha de papel sellado, ou de mil ou dez mil, a pena é sempre a mesma!

Todavia, se os juizes se acharem animados de um espirito de rectidão poderão, sem violação da lei, recorrer, em casos de insignificancia do uso, ao n.º 11.º do art. 20.º, combinado com o art. 83.º, e reduzir a multa, supprindo por este methodo as deficiencias ou os excessos da incriminação especial, segundo as circumstancias.

Assim se fugirá do absurdo maior, e as palavras=*na multa de um anno*=, se considerarão como vicio de redacção, equipolentes ás de=*multa até um anno*=.

Em todo o caso, nem o legislador nem os juizes devem perder de vista, que o crime de que se trata, quando passe os limites do acto preparatorio da falsificação aos de uso com

¹ Vol. 1.º pag. 244.

effectivo damno contra a fazenda publica, não é mais do que um furto industrioso ou subtracção fraudulenta, que repartida em avaria grossa por todos os membros da sociedade, incluindo o proprio delinquente, é o damno individual insignificante; e por isso é preciso que a emissão do papel sellado falso seja feita em tal quantidade e com tal perfeição fabricado que cause grave perturbação nas finanças do Estado, e excite o descrédito do papel verdadeiro.

Melhor fôra que podesse ser dispensado similhante imposto, como fôra entre nós até ao reinado de D. Affonso VI; mas não sendo prudente prescindir de um meio de receita indirecto, emquanto não poder ser substituido por outro menos gravoso, é indispensavel manter o monopolio do Estado na venda do papel sellado, o que não deixa todavia de ser um estorvo ao giro dos negocios, e portanto uma restricção á livre actividade dos cidadãos.

De resto, como é sempre melhor e do mais imperioso dever social prevenir o abuso que reprimi-lo, a culpa do de que se trata recae em grande parte sobre a sociedade mesma, mais ou menos, segundo o grau de menor perfeição que se tiver guardado na fabricacção do papel verdadeiro, não se adoptando característicos materiaes que tornem difficil ou impraticavel similhante fraude, alem de ser ainda a mesma sociedade causa remota do abuso, por lançar mão de meios de receita, que melhor fôra haver dispensado e substituido, riscando então do catalogo das suas incriminações esta por impossivel e caduca, como dissemos sobre a hypothese do art. 226.º

ARTIGO 230.º

Aquelle que commetter alguma falsificação, usando de marcas, sellos ou cunhos falsificados de contrastes ou avaliadores, cujos certificados têm pela lei fé em juizo, será condemnado á prisão de um até seis mezes, sem prejuizo de qualquer outra pena se houver logar.

§ 1.º Se as marcas, sellos ou cunhos falsificados forem de qualquer estabelecimento de industria ou commercio, a pena será a de prisão de um até tres mezes, sem prejuizo de pena maior, se houver logar, e salva a reparação, segundo as regras geraes.

§ 2.º A mesma pena será imposta ao que expozér á venda ou pozer em circulação objectos marcados com nomes suppostos ou alterados, ou que tiver posto ou feito apparecer de qualquer modo sobre objectos fabricados o nome ou firma de fabrica diversa d'aquella em que teve logar a fabricacção.

ARTIGO 231.º

As penas declaradas nos art. antecedentes d'esta secção são applicaveis, segundo os casos n'elles designados, áquelle que para executar alguma falsificação em prejuizo do Estado ou de alguma pessoa, fizer uso dos instrumentos legitimos que lhe tenham sido confiados ou que por alguma maneira tenha tido em seu poder.

Art. 38.º e ref.

O § inic. do art. 330.º tem a sua fonte proxima, quanto á incriminação, no art. 209.º do Cod. Hesp.:

«La falsificación de los fieles contrastes será castigada con la pena de presidio mayor e multa de 50 a 500 duros.»

Este crime, alem da vileza do furto, é um facto destrutivo das garantias que a lei tem estabelecido, para que ninguém seja illudido em suas transacções sobre objectos de ouro ou prata. A pena portanto não se acha n'este nosso art. em harmonia com as comminadas no art. 421.º; e porque o fim do criminoso é o lucro illicito, a omissão da multa é mal cabida, desde que sem analogia alguma com os factos criminosos é admittida em tantos outros logares do Cod.

O crime ainda se torna mais aggravante em razão da fé legal que têm os contrastes e avaliadores, cuja marca foi falsificada ou imitada; e por isso a pena de prisão de um a seis mezes, comparada com a do art. 216.º, se demonstra ou incoherente ou mal reflectida.

O legislador presentiu isto mesmo, resalvando a pena maior *se houver logar*; mas esta declaração não evita o absurdo da penalidade; ou 1.º, porque o legislador annulla assim a sua mesma disposição, porque *sempre* essa pena maior tem logar em presença dos mais art. do Cod.; ou 2.º, porque substituiu á disposição da lei penal o arbitrio do juiz, comquanto fundado em argumentos de analogia ou de maioria de razão, que o mesmo Cod. reprovou no art. 18.º

Por ultimo deve advertir-se que nas palavras *contrastes ou avaliadores, cujos certificados têm pela lei fé em juizo* ha defeito de redacção, porque nem se trata sómente de *certificados*, mas das *marcas* em objectos especiaes, nem a gravidade do crime vem sómente da simulação da prova em *juizo*, mas *fora d'elle* em actos de commercio publico ou entre particulares, para os quaes as *marcas* dos contrastes, assim como os seus attestados, são um *certificado virtual* independentemente de serem reduzidos a escripto ou de que tenham *fé em juizo*.

Quanto ao § 1.º tem concordancias na 2.ª parte do art. 142.º do Cod. Fr., mas restricta a *estabelecimento particular do banco ou de commercio*¹; no Cod. da Sardenha, art. 351.º,

¹ Um regulamento especial das fabricas de panos, de 30 de Janeiro de 1832, impõe aos fabricantes a obrigação de os marcar com a declaração de primeira, segunda e terceira qualidade. A marca deve conter o enunçado da

tambem restricta a *estabelecimento de commercio auctorisado pelo governo, em virtude de um regulamento especial*; no das Duas Sicilias, art. 284.º, com a mesma restricção; e no Hesp., art. 211.º, tratando, em geral, como no presente art., de *quaesquer estabelecimentos de industria ou de commercio*.

Dentre os modernos Cod. da Allemanha o da Baviera acrescenta—os sellos ou marcas sobre *letras de cambio* ou sobre *papeis ao portador*, emittidos *pelos particulares*—.

O facto incriminado n'este § tem quasi, se não os mesmos caracteres que o incriminado no art. antecedente; cabem portanto aqui as mesmas reflexões, e especialmente quanto á resalva da pena maior.

A segunda resalva, quanto á *reparação segundo as regras geraes*, é uma superfluidade, visto que existem legisladas essas regras. Dito por uma vez para todos os casos, que a reparação do damno é não só o primeiro elemento essencial e commum a toda a penalidade, mas que este póde subsistir independentemente d'ella, como bem se acha no § 6.º dos prel. do mod. Cod. da Prussia, é escusado fallar-se mais em *reparação*.

Quanto ao § 2.º, tem concordancia no art. 142.º do Cod. Fr. modificado pela Lei de 12 de Abril de 1803, art. 16.º, 17.º e 18.º, Decr. de 11 de Junho de 1809, art. 5.º e 7.º, e Lei de 28 de Julho de 1824, art. 1.º e 2.º. Pena, a do art. 423.º do mesmo Cod.

A incriminação na primeira hypothese é defeituosa, assim como a sua assimilhação para a penalidade, nos termos vagos em que se acha redigida.

Foi o proprio falsificador que fez uso? O delinquente expoz á venda ou poz em circulação de concerto com elle? Sabia que os objectos eram falsificados ao tempo da sua transmissão, mas sem esse concerto? Recebeu-os directamente da mão do falsificador, sabendo que eram falsificados ou de um terceiro? Havia boa fé ao principio e sómente o conhecimento posterior da falsidade? São estas hypotheses distinctas em gravidade, segundo o mesmo Cod., como já notámos aos art. antecedentes. A confusão portanto não era admissivel.

qualidade do pano, do nome e razão social do fabricante, e do logar do estabelecimento.

Isto demonstra que são fugitivas e precipitadas as disposições penaes em crimes, que o legislador reputou de menor criminalidade, o que não se justifica, porque as regras da justiça social distributiva são rigorosamente applicaveis a toda e qualquer infracção do dever, com abstracção da sua maior ou menor gravidade. De outro modo são feridos os principios da justiça moral e da equidade, e se estabelece em lugar da lei o arbitrio que conduz na applicação ou a um rigor excessivo ou a uma indulgencia proxima da impunidade, escolhos ambos em que naufraga o fim social do direito de punir.

Em relação á segunda parte do § é inadmissivel nos seus termos geraes e pouco explicitos. Póde haver coincidência, identidade de nome ou de firma de que usa um fabricante, sem que se dê usurpação, nem a prioridade de appropriação de um constitue exclusivo em seu favor, tolhendo outros de usar do mesmo direito.

A livre concorrência do commercio exige a plena liberdade de cada um pôr nas suas mercadorias o nome ou a firma que quizer. A usurpação sómente póde dar-se quando as mercadorias são cobertas com o nome alheio ou que designe nomeadamente a *fabrica alheia*, para se gosar da reputação que se acha estabelecida a favor d'esta.

Pouco importa baptisar as mercadorias mesmo com nomes suppostos; a qualidade d'ellas responde a favor ou contra o seu consummo: portanto são artificios que não podem ter resultados graves no commercio, e de que se faz uso constantemente.

Por isso em muitos paizes se não incriminam estes factos, que sómente deveriam dar lugar a uma acção commercial ou civil de damno, se o houve, e provada a má fé na intenção de o causar ou de tirar lucro do prejuizo alheio.

Em outros paizes a repressão da fraude não é admittida senão com os correctivos os mais bem definidos, como na Baviera pela Lei de 6 de Março de 1840. Segundo esta lei, o fabricante que quer ter o exclusivo de uma marca ou signal tem de satisfazer previamente a solemnidades policiaes. Depois os mais fabricantes em logar diverso sómente são impedidos de tambem usar da mesma marca, quando contumazes,

tendo sido intimados pela policia, a requerimento do interessado.

A acção da justiça penal sómente tem logar quando o facto por sua natureza e circumstancias appareça revestido de caracteres constitutivos de maleficio. A multa policial reduz-se então de 10 a 50 florins.

Analogas disposições se encontram na legislação ingleza, Estatutos 3.º e 6.º da rainha Victoria, cap. 100.º A Lei franceza de 24 de Agosto de 1824 é mais severa, porque pune este facto com as penas do art. 224.º do Cod. Pen., isto é, com prisão de um mez a um anno e multa não excedente a 50 francos¹.

O Cod. Pen. da Prussia tambem previu a mesma especie no tit. 25.º debaixo da epigraphe=*interesse proprio puni-* vel=§ 259.º, mas reduziu a pena á multa de 50 a 1:000 escudos, admittindo a prisão simples até seis mezes sómente nos casos de reincidencia.

As marcas do fabricante ou podem ser *emblematicas*, ou *nominaes*, e estas com relação a elle mesmo, ou ao nome do logar ou da fabrica, ou *compostas* de umas e outras.

Nos casos de serem simplesmente *emblematicas*, nenhum fabricante póde pretender o exclusivo, nem por consequencia allegar usurpação, sem que uma lei, guardadas certas solemnidades, lhe attribua a propriedade da invenção como distinctivo especial da sua fabrica. Nos mais casos a multa é a pena a mais adequada, segundo os melhores exemplos.

Se ha damno real na usurpação o facto entra na classe das diversas especies de estellionato ou bulra, ou equivale em seus resultados a furto.

Estas considerações se aggravam, se se attender a que o Cod. n'este §, assim como no antecedente, não se explicou a respeito do facto, quando a marca ou nome alheio for posto em mercadorias nacionaes, para imitar as estrangeiras.

¹ O Decr. de 22 germin., an. II, assimilava o crime para a pena ao de falsidade em escripto privado; e com esta assimilhação concorda a leg. da Russia, Dig. des Ord. de Police, liv. 1.º tit. 6.º cap. 2.º secç. 8.ª, edição de 1852, se bem que restringe a incriminação aos casos em que a usurpação seja fraudulenta.

Uns poderão entender que a hypothese se acha prevista na generalidade dos termos d'estes §§, outros porém, e com solido fundamento, sustentarão que as leis penaes portuguezas não podem ter applicação sem determinação expressa, para proteger cousas ou pessoas que existem em nação estrangeira.

O cit. Cod. da Prussia foi positivo a similhante respeito, como o foi a cit. lei franceza de 1824; todavia aquelle Cod. tornou dependente a sua assimilhação da existencia de reciprocidade.

Por ultimo devemos notar: 1.º, que a disposição de que se trata pôde facilmente ser illudida, sempre que a imitação do nome, marca, firma ou emblema for incompleta. Não provada a identidade, cessa a disposição da lei; e comtudo muito de proposito se pôde ter omittido ou diversificado um ou outro caracteristico no intuito de produzir á primeira vista o mesmo effeito.

O mesmo Cod. da Prussia foi providente a similhante respeito, comprehendendo os casos em que as differenças sejam tão leves, que só uma particular attenção as possa distinguir.

2.º Que esta parte do § incriminou o facto da falsidade em si mesmo, com abstracção do damno que elle possa causar.

Outro foi o caminho que seguiu a disposição penal dinamarqueza de 11 de Abril de 1840, ordenando no § 47.º não só que se examine na constatação do facto se a falsificação foi feita de um modo adequadº a produzir a apparencia da verdadeira, mas tambem se as mercadorias falsificadas causaram interrupção na venda e consummo das verdadeiras, e se aquellas eram ou não inferiores em qualidade; e, em todo o caso, se o prejuizo se deve considerar de pouca valia, a fim de, ou se punir o facto com a pena ordinaria, ou com attenuação, ou sómente com a multa de 2 a 20 rixdales.

Quanto finalmente ao art. 231.º, tem concordancia no Cod. Fr., art. 143.º, no da Sardenha, art. 352.º, e no das Duas Sicilias, art. 283.º

A sua fonte é o cit. art. 143.º do Cod. Fr., mas sem attenção á alteração que este soffreu por virtude da Lei de 28 de Julho de 1824, desde a qual cessaram taes factos de ser

comprehendidos nos do crime de *falsidade*, passando-o a ser nos de *delictos* de policia *correcional*.

A declaração de assimilhação para a pena é justa, porque se dão no facto os mesmos caracteres de criminalidade, á excepção de um que é compensado pela existencia de outro não menos grave. Se rigorosamente não ha *falsidade*, a fraude não fica sendo menos crime *composto* em rasão do *abuso de confiança*, dando-se n'elle por este modo a substituição de um meio por outro igualmente illicito.

SECÇÃO 4.^a

DISPOSIÇÃO COMMUN A'S SECÇÕES ANTERIORES D'ESTE CAPITULO.

ARTIGO 232.^o

As penas determinadas nos artigos das antecedentes secções d'este capitulo contra o uso da cousa falsa não terão logar quando aquelle que usou d'ella não conheceu a falsificação.

Art. 1.^o, 14.^o n.^o 1.^o, 18.^o, 20.^o n.^{os} 5.^o e 11.^o, 22.^o e ref.

- Este art. é uma imitação do Cod. Fr., art. 163.^o, que teve por fim, como se deprehende da discussão respectiva no conselho d'estado, não se repetir a cada art. sobre o uso do objecto falsificado esta condição essencial.

Mas o nosso Cod. não tinha em rigor necessidade, em presença dos seus art. 1.^o e 14.^o n.^o 1.^o, de mencionar semelhante circumstancia, que respeitando ao elemento moral, commum a toda e qualquer incriminação, é objecto estranho aos dizeres do legislador em cada uma de suas disposições especiaes, que devem limitar-se á descripção dos factos materiaes e ao decretamento da pena correspondente.

Constituido o corpo de delicto segue-se a instrucção e accusação criminal em que o ministerio publico, em regra geral, não pôde ser obrigado a provar que existiu dolo. As rasões exclusivas do elemento moral, e portanto attenuantes ou dirimentes da culpabilidade, pertencem á defeza dos réus, assim como a sua apreciação pertence aos juizes de facto, como é expresso no art. 1148.^o da Nova Ref. Jud.¹

¹ Outra foi a theoria de Carnot, tom. 1.^o pag. 429 n.^{os} 5.^o, 6.^o e 7.^o, removendo para o ministerio publico o onus da prova; mas esta opinião achase refutada não só pela jurisprudencia pratica de França, mas pelos seus com-

Todavia, nos casos mais graves em que têm de intervir os jurados, a especial declaração d'este art. produz um grande e infallivel resultado para os quesitos que sobre taes crimes se lhes devem propor, qual é um especial sobre o conhecimento da falsificação, distincto do uso do objecto falsificado, por isso que a resposta negativa a semelhante quesito é pela lei uma circumstancia dirimente, e como tal se torna indispensavel, e sob pena de nullidade, esse quesito, em conformidade com o cit. art. da Ref. Jud.

Sendo assim a ignorancia uma causa justificativa e o conhecimento uma condição constitutiva do crime do uso do objecto falsificado, deve reunir os quesitos: 1.^o, que esse conhecimento seja *positivo*, não bastando a prova da sua *verosimilhança*; porque esta não destroe o estado de *duvida*, e a *duvida* é sufficiente para estabelecer a affirmativa legal da *innocencia*, e ao réu para pelo contrario demonstrar a falta de conhecimento basta provar a inverosimilhança ou duvidosa conclusão ou ambiguidade dos elementos de indução da affirmativa; 2.^o, que não basta o conhecimento posterior ao facto criminoso, porque devendo acompanhar o crime *no momento da acção*, nos termos do cit. art. 14.^o n.^o 1.^o, e como é de simples intuição, não pôde retroagir sobre ella.

E pois um *conhecimento anteriormente adquirido*, facto juridico aquelle sobre que os jurados devem pronunciar e que tem, para dirimir a pena, os mesmos effeitos e a mesma natureza que a premeditação, para elevar á pena de morte o homicidio voluntario, nos termos dos art. 351.^o e 352.^o

Não satisfaz n'este ponto ao fim da lei um quesito complexo, como ponderámos ao art. 19.^o n.^o 1.^o, e tanto mais que a affirmativa do *conhecimento anterior* estabelece em relação á acção o mesmo facto de *premeditação*, vindo portanto a dar-se a mesma condição de culpabilidade tomada n'estes crimes como seu elemento constitutivo, em logar de ser, como em outros, uma causa de aggravação; de sorte que é essencial que esse elemento se verifique nos termos que prescreve o art. 18.^o

mentadores, como Sulpici ao art. 163.^o n.^o 9.^o, estabelecendo antes que os factos materiaes do uso constituem uma presumpção legal de cumplicidade na falsificação que ao réu toca remover pela prova em contrario.

Em França a falta de resposta sobre um quesito distincto induz nullidade; entre nós, para que os jurados *não tomem a verosimilhança pela realidade*, e porque são juizes *sómente de facto*, a nullidade ainda procede quando o quesito for deficiente como não acompanhado dos elementos materiaes de indução de um facto moral, que devem ser declarados provados ou não provados, como na *cumplicidade* e na *tentativa* requer expressamente o art. 1151.º § un. da Ref. Jud. que, por identidade ou maioria de razão, constituem direito a favor dos réus, e só o não constituiriam se lhes fossem contrarios.

Os elementos materiaes de indução, quer resultem do acto da accusação, quer dos debates da causa, quer da apreciação do juiz na proposição dos quesitos, estabelecem a base de um raciocinio em facto moral e em direito, complexo e indivisivel, para a conclusão da procedencia da lei criminal, e aos tribunaes superiores compete avaliar esses elementos depois de declarados provados pelo jury; porque este não póde prejudicar, em detrimento da innocencia e com violação da mesma lei, a jurisdicção e competencia exclusiva que os juizes de direito têm para declarar *inepta* uma accusação, ou que o facto não reune por um modo claro e positivo as condições da criminalidade legal.

SECÇÃO 3.ª

DOS NOMES, TRAJOS, EMPREGOS E TITULOS SUPPOSTOS OU USURPADOS.

ARTIGO 233.º

Aquelle que tomando um falso nome tentar subtrahir-se de qualquer modo á vigilancia legal da auctoridade publica, ou fizer algum prejuizo ao Estado ou a particulares, será punido com a pena de quinze dias a seis mezes de prisão, ou com multa de um mez, salvo o que se acha decretado sobre o uso de nomes suppostos nos diversos casos mencionados n'este Cod.

§ unico. O uso de um nome supposto póde ser por justas causas auctorisado temporariamente pela auctoridade superior administrativa.

Art. 38.º, 41.º e ref.; 216.º n.º 2.º, 217.º, 218.º n.º 4.º, 219.º, 224.º n.º 3.º, 225.º, 226.º, 227.º e 451.º n.º 1.º

O objecto d'esta secção ha sido largamente contemplado na antiga legislação do reino quanto a titulos, tratamentos e distincções de nobreza. Mas quanto ao uso de nomes e pre-nomes não havia prohibição alguma.

N'este art. porém se incrimina não a mudança de nome, mas: 1.º, a *tentativa* de subtracção á vigilancia da auctoridade publica pelo emprego do nome falso, isto é, diverso d'aquelle de que se tem constantemente usado; 2.º, o *prejuizo* ao Estado ou aos particulares, causado por um individuo convenido de usar ao tempo da acção de um nome falso.

Quanto á primeira incriminação, nós a omitiriamos, por isso que sendo a todos moralmente licito mudar e variar de nomes e sobrenomes, como veremos ao seguinte art., a favor d'aquelle, que mesmo sendo um criminoso, occulta o seu nome, á auctoridade que o interroga, ao estalajadeiro que o recebe

ou ao cidadão com quem communica, milita a presumpção de que é forçado a usar de um direito natural e commum, pela situação em que se acha constituido, e ninguém pôde ser obrigado por um modo indirecto a denunciar-se como réu de crime, nem a subministrar bases de indução para serem devassados os seus segredos.

Demais, a pena, dadas estas circumstancias, é insignificante, é illusoria; porque o temor de uma pena maior ou de um mal mais grave faz affrontar a prohibição da lei, e a penalidade do art. é então nulla, poisque tem de ser absorvida por aquella, se o réu é capturado e julgado em consequencia do maleficio que o moveu a esconder-se.

E se o réu é um desgraçado que commetteu um delicto em resultado de uma provocação? Se foge a uma vingança pessoal, ao punhal dos assassinos? Se pretende evadir-se a uma perseguição ou a uma crise politica? Se é mesmo um innocente a quem falsamente se attribue um delicto, etc.? N'estes casos a incriminação, alem de illusoria e de impotente, offende os sagrados direitos da defeza natural, e tem assim dois vicios essenciaes: 1.º, de ser contraria á verdade moral; 2.º, a de ser de impossivel execução.

O art. ainda offerece n'esta parte outro defeito, e é o de não definir o que aos olhos do legislador deve entender-se por *falso nome*.

O réu pôde declinar a imputação, allegando que o nome não é *falso*, mas *novo* com que substituiu o de que usava; que não é um nome *alheio*, mas *proprio*, em consequencia da adopção que d'elle fez. Pôde mesmo illudir perfeitamente a lei não alterando o nome, mas sómente os sobrenomes, e assim como os appellidos ou alcunhas, proprios ou de familia. Em lugar de se chamar Pedro da Silva Perdigão, chamar-se Pedro da Silva Coelho, ou fazer qualquer outra alteração, conservando sempre o nome de baptismo, com ou sem o seu cognome.

Pôde dizer-se que foi intenção da lei considerar complemento ou partes essenciaes dos *nomes* dos individuos os seus *sobrenomes e alcunhas* ou *appellidos*; mas a essas interpretações em materia criminal resiste sempre o art. 18.º do Cod.,

e entre outras leis a Ref. Jud., art. 945.º, distinguindo expressamente *nomes, sobrenomes e alcunhas*¹.

Quanto á segunda incriminação tambem nos parece inutil, não só porque pôde facilmente ser illudida em vista do que acabámos de ponderar, como porque o seu objecto ficou providenciado nas incriminações precedentes sobre *supposição de nome*, nos casos a que se refere o mesmo art., ou porque temos o crime de *burla* qualificado no art. 451.º na *fraude* contra outrem = *usando de falso nome* =, com o qual fica assim este art. em completa antinomia, quanto á pena, e superfluidade, quanto á incriminação.

Todavia, concorda na incriminação o Cod. do Brazil nos termos seguintes, art. 301.º e 302.º:

« Usar de nome supposto ... se ... se tiver obtido o que de outro modo se não conseguiria. Pena — a mesma em que incorreria o réu se obtivesse por violencia. » Se bem que assim se aproxima mais do dito art. 451.º que do presente art.

¹ *Nome* é em geral uma palavra que serve a designar uma pessoa ou coisa, ou aggregado de coisas ou pessoas. Mas applicado ao homem, individualmente considerado, tem por fim distingui-lo entre os membros de uma familia. A coincidência e identidade de nomes entre membros da mesma ou de diversas familias exige tambem, para se conservar a distincção, que aos nomes se accumulem outros, ou como util cautela e garantia contra a confusão entre individuos com abstracção de familias, ou mesmo para que se conserve sempre a origem familiar directa ou complexa de diversas linhas de geração.

Assim um *nome* de pessoa não é nem se reputa completo só pelo de baptismo ou nascimento, excepto quando evidentemente já esse nome se constituiu complexo pelos paes ou padrinhos. N'este sentido = *nome* = envolve, como o genero as suas especies, a idéa complexa de = *prenome* e de *sobrenome* ou *sobrenomes* e *appellidos* =, e toda a *mudança* ou *alteração*, ou mesmo *suppressão* parcial, faz então desaparecer a identidade perfeita.

Mas na significação natural e jurídica, *nome* distingue-se do *sobrenome*, tomando-se o primeiro no sentido do *prenome*; e não sendo da mesma importancia e gravidade a mudança de algum *sobrenome*, que a do nome primeiro ou principal, o art. devia ser redigido por um modo explicito e não sujeito a ambiguidades de interpretação.

A Ref. Jud. no lugar cit. conservou a distincção que já se achava na Ord. do liv. 5.º tit. 117.º § 6.º nas palavras = pondo-lhe os seus *propios nomes, sobrenomes e alcunhas* de maneira que claramente se possa saber quem são. = O legislador ou quiz assim distinguir ou ser mais claro, porque a superfluidade não se presume; logo o emprego n'este art. e nos seguintes sómente da palavra = *nome* = sem uma nova definição juridica que fixasse a sua comprehensão, ficou sujeito á censura e aos inconvenientes da confusão ou da obscuridade.

Não nos parece justa a assimilação do emprego do meio *industrial*, por mais qualificado que seja, ao da *violência*; mas note-se: 1.º, a melhor correção da phrase, usando-se n'este Cod. sempre das palavras *=nome supposto=* em lugar de *=falso nome=*. O nome pôde ser *supposto* sem ser *falso* ou por ser *usurpado* ou por ser *adoptado* ou *apropriado*, e pôde mesmo não ser *falso* nem *verdadeiro*, mas *imaginário* ou *inventado*.

Note-se, 2.º, que no Cod. do Brazil é elemento essencial expresso e bem fixado da incriminação, que por nenhum outro modo, a não ser a supposição de nome, se conseguiria o mesmo resultado.

O nosso art. é redigido por tal forma que não torna entre meio e fim, como aquelle Cod., bem clara e evidente a necessidade da existencia de relações íntimas de *causa e effecto*; pelo contrario refere o resultado positivamente á causa moral e directa do agente.

N'esta confusão o Cod., ou pôde entender-se no mesmo sentido que o Cod. do Brazil, ou concluir-se que é indifferente que do resultado prejudicial incriminado tenha sido meio efficiente o uso do nome falso ou supposto.

Pôde mesmo entender-se que as palavras *=falso nome=* são aqui empregadas no sentido *simples da occultação* do verdadeiro nome do delinquente, e que precisamente as mesmas palavras *=falso nome=* são tomadas no art. 451.º no sentido *qualificado* tanto pela *usurpação* do nome alheio, como pelas *relações de meio e fim* ou de *causa e effecto*.

Mas, por mais que se queira evitar o absurdo restringindo e explicando os termos dos dois art., é sempre certo que fica vaga e ambigua a expressão do legislador e de uma conciliação doutrinal, se não impossível, muito difficil e disputavel: o que é um grande defeito, em particular nas leis criminaes, e que bastaria para tornar necessaria a revisão e reforma do presente art.

O legislador parece haver reconhecido as durezas da sua incriminação, e por isso a modificou no § un., mas o correctivo não as evita por diminuto.

O Cod. Hesp., art. 223.º, foi mais longe na sua provi-

dencia, porque auctorisa o empregado publico *subalterno* a admitir *por causas justas* o nome supposto, comtanto que dê parte ao superior respectivo.

Isto entende-se, porque se existem *causas justas*, nos termos do §, o deferimento da pretensão deve ser immediato; a dependencia da auctoridade superior, que pôde estar a muitas leguas de distancia, é um obstaculo que importa denegação de justiça; toda a demora pôde trazer damno irreparavel a quem precisa da auctorisação, e assim obriga n'esta collisão a emancipar d'esta obrigação, assumindo-se por facto proprio o nome supposto.

A auctoridade superior administrativa não pôde conhecer da justiça da pretensão, senão pela informação das auctoridades inferiores; e então as diligencias necessarias, rompendo o segredo, tornam conhecida de antemão a supposição de nome que fica assim sendo inutil ou mesmo prejudicial a quem d'ella carece e a participa e solicita como acto de protecção indirecta.

Em todo o caso cumpre notar: 1.º, que em vista d'este § o contraventor que usar de um nome supposto *sem auctorisação legal*, se não estiver comprehendido em alguma das hypotheses do art., não fica sujeito a pena alguma. O art. seguinte só manda punir o que *muda de nome* sem as solemnidades legais, mas não o que *toma um nome supposto*.

2.º Que se alguém usar de *falso nome*, não *para se subtrahir á vigilancia da auctoridade*, mas para estabelecer um *qui pro quo*, subtrahindo um terceiro a essa vigilancia, não pôde ser punido pela primeira parte do art., porque esse acto de dedicacão é distincto. Poderá contudo ser punido como comprehendido na segunda parte, tomando-se *como prejuizo ao Estado* essa simulação ou causa de indução em erro para com a justiça ou a policia.

ARTIGO 234.º

Aquelle que mudar de nome, sem que esta mudança seja legalmente auctorisada com as solemnidades que determinar a lei civil, será condemnado na multa de um mez, salva a reparação de quaesquer prejuizos que com isso tiver causado.

Art. 41.º e ref.; art. 104.º e ref.

Este art. ainda nos parece mais digno de censura que o antecedente. Não se trata de nome *supposto*, nem *usurpado*, nem *falso*, mas de um nome *verdadeiro*, comquanto *novo*, e com que se substitue o anterior.

Já Mello Freire, Inst. de Dir. Cr. tit. § 8.º dizia: «*Simplex igitur nominis, vel cognominis mutatio, et usus scuti gentilitii alieni, tolerari potest et vix poenis externis coercendus in foro criminali, modo mala fides absit et nullum inde detrimentum respublica, aut privati capiant.*»

Effectivamente no seu Ensaio de Cod. Cr. omitiu a incriminação de semelhante facto. O mesmo praticou o auctor do Cod. de 1837.

Dos Cod. estrangeiros concorda em parte com este art. o do Brazil no art. 301.º, aonde se lê:

«Usar de nome supposto ou *mudado*... pena de prisão de dez a sessenta dias, e de multa correspondente á metade do tempo.» Prohibindo assim esse facto em termos absolutos.

Todavia podem *causas justas, necessarias* e de defeza natural preventiva obrigar um homem a mudar de *nome* ou de *cognomes*, como é a da identidade com outro individuo, e a do consequente risco de usurpação, mesmo involuntaria, de correspondencias, segredos, vantagens ou interesses pessoaes, a da transmissão de responsabilidades e perigos alheios.

O nosso Cod. n'esta parte é mais rasoavel: 1.º, porque não prohibe o uso, quando *innocente*, do nome mudado ou

supposto, mas sómente a preterição das solemnidades legais; 2.º, porque puniu essa preterição apenas com a multa de um mez, ficando assim o facto reduzido a uma simples contravenção.

A mudança fica sendo valida aos olhos da lei, e consequentemente legitimo o uso do nome mudado ou novo, salva a condemnação pecuniaria pela irregularidade da mudança.

Pelo que respeita ao objecto essencial da incriminação, preterição das *solemnidades que a lei civil determinar*, como não temos por ora esta lei, depende a execução d'este art., na sua parte penal, de uma outra lei que ainda se espera.

O art. não contém mais que uma sanção de providencia ou por antecipação¹!

¹ Foi por entre as desordens da revolução franceza (por excellencia), que uma Ord. de fruct. do an. II prohibiu a mudança de nome, e foi ainda então que outra de 11 germ. do mesmo anno exigiu para a mudança a auctorisação previa do governo.

Segundo o direito romano a mudança de nome só era prohibida: 1.º, aos escravos; 2.º, havendo n'isso intenção de fraude: cit. lei un. Cod. de *mutat. nominis*.

«... *sine aliqua fraude* licito jure, *si liber es*, secundum ea, quæ sæpe «statu sunt, *minime prohiberis.*»

Na França existiu por muito tempo a mesma liberdade, e é mesmo sujeito a contestação, se a primeira ordem restrictiva a semelhante respeito, de 1755, teve ou não teve execução, por isso que não chegou a ser registada: Merlin, Daloz e outros.

Desde que ali, em consequencia das innovações civis e politicas, deixou de se confundir o acto religioso do baptismo com o do acto civil da constatação do nascimento, cessou o costume de serem, como quasi sempre estão sendo entre nós, escolhidos os *prenomes* ou primeiros nomes, da lista dos santos venerados pela Igreja. Esses nomes permaneciam por toda a vida, porque se reputava uma acção menos religiosa renegar do nome com que se havia entrado no gremio dos fieis; mas desde aquelles momentos revolucionarios, a ausencia de toda a sanção religiosa e moral, soltando os diques aos desvarios do capricho e da imaginação humana, a maior inconstancia e extravagancia se manifestou por toda a parte.

Os *prenomes* se tomavam entre os dos seres inanimados, abstractos, animaes, plantas, o que produzia o maior perigo pela confusão que resultava nas relações sociaes entre pessoas mortas ou vivas. A *convenção nacional* considerou superfluo auctorisar que uma mulher adoptasse o nome de *liberdade* e se recusou conhecer de uma proposição tendente a excluir do infinito catalogo dos nomes as palavras *liberdade* e *igualdade*, com o fundamento de que a todo o cidadão era licito mudar de nome, contando que se conformasse com as formalidades prescriptas na lei.

Entre nós que o acto religioso do baptismo se confunde com o acto civil

Finalmente quanto á resalva da reparação, no caso de com a mudança de nome se causarem prejuizos, resulta *a contrario sensu*, que se a mudança foi legitimada pela auctorisação o auctor dos prejuizos não fica obrigado a reparação alguma.

Mas usar de nome *supposto* ou *mudado* é, como bem se acha no Cod. do Brazil, a mesma cousa, e na *mudança*, se foi auctorisada, os resultados em prejuizo alheio, se houve intenção malefica, provam que se obteve subrepticamente a auctorisação; e, se não houve a intenção malefica, essa legitimação não pôde dispensar a reparação, que, sendo elemento essencial e commum a toda a penalidade, subsiste sem ella pelas regras de direito natural e civil.

da constatação do nascimento, e em que o nome é imposto e não aceitado, sómente o consentimento posterior dos individuos o pôde legitimar, sem que haja perigo de mudanças caprichosas ou perigosas, que seja preciso reprimir na lei penal, porque sem uma razão muito forte ou de interesse pessoal, ou de reputancia invencível ou de intenção malefica, como acto preparatorio de crime, de encobrimento de crime ou de causar damno, não é moralmente possível que alguém queira renunciar ao seu nome de baptismo.

Parece-nos portanto que em regra todo o homem, que, *para effeitos penaes*, é considerado na plenitude do desenvolvimento da sua-rasão, isto é, maior de vinte annos, art. 20.º n.º 1.º, deve poder mudar o seu nome, dando parte ao regedor da sua parochia, ao paroco da sua freguezia e nos logares aonde exista recenseado ou registado esse mesmo nome para effeitos civis ou politicos, industriaes ou commerciaes.

Sem duvida que é a necessidade de distinguir o homem nas suas relações sociaes com os outros homens a que deu origem aos nomes, mas é para evitar a confusão, que a todos deve ficar livre dirigir e firmar mais essas relações, pela forma que cada um julgar mais conveniente a seus interesses. Toda a mudança em si mesma, acto preparatorio e de significação ambigua, assim para a bem como para o mal, não pôde com justiça ser tolhida por disposições restrictivas.

Os abusos sómente são puniveis, quando têm começo de execução por factos distinctos posteriores.

Se o presente art. não prohibisse a *mudança*, mas sómente o *uso* sem as formalidades legais, ainda seria justificavel, mas tal como se acha não podemos considera-lo assim. Desde que a *auctorisação* é precisa, o cidadão deixa de ser o juiz supremo e absoluto da conveniencia e oportunidade do seu acto; a *auctorisação* pôde ser negada ou concedida. As formalidades pois devem *seguir* e não *preceder* a mudança; e não devem ter a natureza de *confirmatorias*, mas *estatísticas* ou de *homologação*. A boa ordem policial não tem direito a mais.

Aquelle que se vestir e andar em trajos proprios de differente sexo, publicamente e com intenção de fazer crer que lhe pertencem, ou que do mesmo modo trouxer uniforme proprio de um emprego publico ou alguma condecoração que lhe não pertença, será condemnado em prisão até seis mezes e multa até um mez.

Art. 38.º, 41.º e ref.

Esta incriminação comprehende tres differentes especies: 1.ª, a de vestir ou andar em trajos proprios de differente sexo; 2.ª, a de vestir ou trazer uniforme proprio de um emprego publico; 3.ª, a de trazer indevidamente alguma condecoração.

É commum ás tres especies como elemento essencial para que o facto seja punivel: 1.º, o da publicidade; 2.º, o da intenção de illudir=*fazer crer que lhe pertencem*=.

Quanto á primeira especie, era omissa a nossa legislação. D'ahi não vinha grande mal, porque raro é o homem que, sendo dotado de qualidades feminis exteriores, tenha ao mesmo tempo interesse em representar outro sexo. Da mesma forma rarissima é a mulher que possa por longo tempo simular as apparencias varonis, geralmente improprias da sua educação e dos seus habitos, alem de incompativeis com os caracteres physicos que a distinguem.

Inutil pois é semelhante incriminação como preventiva. A natureza foi muito mais previdente a este respeito, do que o podiam ser as disposições de um Cod. Pen.

Quanto á segunda especie, só era conhecida entre nós a respeito dos uniformes dos militares, por disposição do Alv. de 20 de Outubro de 1763, impondo a pena de degredo para a India.

Na generalidade porém do art. concorda o Cod. Fr., art.

259.º, o Hesp., art. 245.º, o das Duas Sicílias, art. 156.º, e o da Sardenha, art. 262.º

Tambem concorda o Cod. do Brazil, art. 131.º, em geral, nas palavras=...usar de... *distinctivo*... que lhe não pertença=, e mais terminantemente no art. 256.º, nas palavras=fingir-se empregado publico=, concordando assim com o Cod. da Austria, part. 2.ª art. 88.º

Da mesma fórma concorda Mello Freire, Ensaio do Cod. Cr., tit. 21.º § 2.º, quanto aos=que tomarem e usarem em publico vestido ou insignia propria da justiça.=

Quanto á terceira especie tambem concordam nos cit. art. o dito Cod. Fr., o das Duas Sicílias, o da Sardenha, e o do Brazil.

Entre nós antes do Cod. tinhamos a Ord. do liv. 5.º tit. 93.º, prohibindo que alguém trouxesse *em festas, jogos ou mascarar ou representações, nem fóra das festas*, habitos de algumas das tres ordens militares, não sendo provido n'elles.

A mesma Ord. no § 1.º prohibia, em *reverencia* ao habito de Christo, mesmo a corporações religiosas, como irmandades ou confrarias, usar de manto branco com cruz ou sem ella, e só lhes permittia quaesquer outras insignias por *sua devoção, sem escandalo e prejuizo de alguma das ordens*.

Resulta d'esta comparação que o presente art. permite a *profanação e escandalo* que a Ord. quiz evitar, e tambem quizeram os Cod. citados, prohibindo o uso indevido e publico das condecorações honorificas, sempre que se dê uma intenção diversa da *de fazer crer que ellas pertencem a quem as traz*; e esta conclusão é extensiva aos trajas de outro sexo ou uniformes de um empregado publico.

Assim em festas, mascaradas, jogos ou nos theatros é permittido usar de trajas de diferente sexo, dos uniformes de emprego publico e das condecorações, porque em todos esses actos se não dá aquella intenção que ninguém suppõe, nem pôde suppor.

Quanto aos theatros concordâmos, em relação a todas as tres especies de incriminação, por isso que se elles são o que devem ser, isto é, escolas publicas de moral, é innocente e *sem prejuizo nem escandalo* o emprego dos meios necessa-

rios, para que os diferentes papeis sejam completamente desempenhados, e com os competentes signaes caracteristicos das pessoas que se representam.

Em relação porém aos jogos, festas ou mascaradas, comquan o devam ser permittidos sob a inspecção da policia, não considerâmos innocente, antes inconvenientissima em taes actos a faculdade do porte de uniformes, designadamente pertencentes a emprego publico em uso legal e actual, assim como o porte das insignias de alguma das ordens do reino.

O porte indevido, quanto a uniformes, desvirtua os empregos do Estado, e espalha o ridiculo sobre elles; e quanto a condecorações ou as desconsidera, ou n'um e n'outro caso escandalisa e offende os cidadãos que forem agraciados com estas ou com aquelles, em rasão de seu merito ou habilitações, ou em rasão de seus serviços feitos á patria, como preço de sangue, remuneração civica, ou testemunho de rectidão e sciencia em algum dos ramos da publica administração.

Ou estas recompensas civicas nada significam, ou exprimem uma realidade politica e são um incentivo da virtude e da dedicação pelos interesses do Estado. Parece-nos que estão e devem estar n'esta segunda apreciação, porque a boa *razão* assim o dicta, e porque a Lei fundamental do Estado garante taes recompensas, e lhes dá tanta importancia, que priva dos direitos de cidadão portuguez aquelle que sem auctorisação do governo as aceitar de um governo estrangeiro, o que este Cod. confirma no art. 155.º

Portanto, para que a promettida garantia tenha uma sancção penal e se não annulle ou torne irrisoria similhante importancia, cumpre, abstrahindo mesmo das idéas religiosas, que andavam intimamente ligadas ás tres ordens militares do Reino, que similhante *escandalo, prejuizo e profanação* se reprimam em conformidade com a citada Ord., corrigindo-se e emendando-se o presente art. que incrimina o que não devia incriminar, e permite por um modo indirecto, mas conclusivo, o que devia prohibir.

Pelo que respeita á qualidade e quantidade da pena aqui imposta aos factos que devem ser puniveis, é ella tão mode-

rada como era já a da Ord. do Reino, e como é a dos Cod. das Duas Sicílias, a do Brazil, a da Austria e a do Ensaio de Mello Freire.

O Proj. de M. Haus, art. 260.º, havia tambem modificado a penalidade do Cod. Fr., reduzindo o maximo da prisão a um anno, e o minimo a quinze dias.

O presente art. ainda foi mais longe, poisque, estabelecendo o maximo de seis mezes, sem designar o minimo, pôde abaxiar-se na duração a tres dias nos termos do art. 83.º

Aquelle que sem titulo ou causa legitima exercer funcções proprias de um empregado publico, arrogando-se esta qualidade, será punido com a pena de prisão de um até tres annos e multa correspondente, sem prejuizo das penas de falsidade, se houverem logar.

§ 1.º Se as funcções forem de um commando militar de terra ou de mar, observar-se-hão as disposições das leis militares, postoque o criminoso não seja militar em tempo de guerra; e terá applicação o disposto no § unico do artigo 307.º

§ 2.º O que exercer acto proprio de uma profissão que exija titulo, arrogando-se sem titulo ou causa legitima a qualidade de professor ou perito, será condemnado na pena de seis mezes a dois annos e multa correspondente.

Art. 38.º e ref.; art. 41.º e ref.; art. 16.º e § un.

A fonte d'esta determinação é visivelmente o Cod. Fr., art. 258.º, porque n'ella se vê quasi uma traducção litteral.

Tem concordância nos Cod. do Brazil, art. 173.º, das Duas Sicílias, art. 164.º, da Austria, part. 2.ª art. 88.º, da Baviera, art. 339.º, e outros.

Resulta da sua comparação com estes exemplos: 1.º, que justamente se corrigiu a disposição de alguns d'estes Cod., fazendo-se cessar o alcance d'ella sempre que haja *=causa justa e legitima=* postoque falte *=o titulo=*. Expressão equiva-

2.º Que o facto, abstrahindo de circumstancias aggravantes lente se encontra nos Cod. do Brazil, de Hespanha e da Baviera. accessorias, se acha aqui punido com a severidade do Cod. da Sardenha e da Baviera, mas em desharmonia com outros, quaes o do Brazil, Fr., Hespanha, das Duas Sicílias e da Austria.

As ultimas palavras do art. = *sem prejuizo* = etc. não são mais que um lapso de redacção ou uma superfluidade.

Não ha no Cod. penas de falsidade = *peines de faux* = em abstracto, mas só em determinadas hypotheses especiaes, e se são estas que o legislador quiz resalvar, é isso tão inutil como se no furto fosse resalvado o roubo; e no homicidio, o *parricidio*, *venifício*, *regicidio*, *infanticidio* ou o *assassinato*. A taes respeito são bastantes e bem expressas as regras geraes.

O § 1.º exceptua a usurpação das funcções militares em harmonia com o art. 15.º n.º 2.º, e art. 16.º; mas acrescentando = *postoque o criminoso não seja militar em tempo de guerra* = ficou em contradicção manifesta com as regras que o legislador ali estabeleceu.

O Cod. do Brazil entendeu, e bem, que sem distincção de tempo devia ser especialmente contemplada na lei commum similhante usurpação, e para esse effeito se encontra ali o art. 141.º

É expressa tambem a disposição da Lei franceza de 10 de Julho de 1769 (messidor ann. iv), art. 1.º:

«Nul délit n'est militaire, s'il n'a été commis par un individu qui fait partie de l'armée. Tout autre individu ne peut jamais être traduit comme prévenu devant les juges délégués par la loi militaire.»

Regra absoluta é esta que não deveria admittir excepção.

O facto devia ser no Cod. incriminado especialmente sem referencia ás leis militares, como aggravação do crime previsto no art., ficando essas leis applicaveis sómente aos individuos pertencentes ao exercito ou mesmo, na falta d'ellas, a lei commum aggravada nos termos do art. 19.º n.º 9.º

O § 2.º menciona especialmente a usurpação de funcções, que não sendo das caracterisadas no art., contudo exigem *título* que auctorise o exercicio, excluida porém a incriminação havendo *causa legitima*.

Quanto á dos peritos em medicina e cirurgia concorda o Cod. da Austria, art. 98.º, ao professorado, o Cod. Hesp., art. 244.º

Os elementos constitutivos da incriminação são os mesmos que nos casos do art., sómente a pena sempre com-

posta é modificada n'este § com redução de maximo e minimo

Resta-nos advertir, que da confrontação do presente art. com o art. 134.º se vê que este se acha ali deslocado, pois tinha cabimento mais adequado n'este lugar. A maior gravidade da usurpação, determinando pena mais grave em rasão do seu objecto, não era motivo para ali se incluir, confundindo-se duas cousas diversas = *abuso de funcções* = com = *usurpação de funcções* =.

ARTIGO 237.º

Aquelle que se arrogar qualquer titulo de nobreza ou usurpar brazão de armas que lhe não pertença será condemnado em prisão até seis mezes e multa até um mez.

Art. 38.º e ref.; art. 41.º e ref.

A Ord. do liv. 5.º tit. 92.º continha disposições prohibitivas contra o uso indevido de appellidos e brazões de armas, assim como das qualificações de *fidalgo* e de *dom*.

A rasão d'essas disposições encontra-se no § inicial da mesma Ord., nas palavras:

«Como os blazoens das armas e appellidos que se dão «áquelles que per honrosos feitos os ganharam sejam certos «signaes e prova de sua nobreza e honra e dos que d'elles «descendem, é justo que essas insignias e appellidos andem «em tanta certeza que suas familias e nomes se não confundam com as dos outros que não tiveram iguaes merecimentos.»

A Lei fundamental do Estado, art. 143.º § 31.º, garantiu a nobreza hereditaria e suas regalias, assim como no § 26.º do mesmo art. garantiu as recompensas adquiridas pelos serviços feitos ao Estado. Consequentemente confirmou plenamente a doutrina da cit. Ord.

É materia connexa a da usurpação de *tratamentos*, de que se fez cargo a Lei de 29 de Janeiro de 1739, e outras muitas posteriores que cita Pereira e Sousa, Class. crim., a pag. 152. Mas o Cod. Penal deixou em silencio este objecto. E comtudo se na referida lei ponderava o legislador a respeito do tratamento de *senhoria*, que *havia chegado a tal excesso e vulgaridade que se confundia a ordem e se pervertia a distincção, que fazia os tratamentos estimaveis*, hoje que o abuso d'este tratamento é não só quasi universal, mas até o de ex-

cellencia, e que o fomentam e propagam as proprias secretarias e repartições do Estado, expedindo ordens, officios e portarias com tratamentos maiores que os competentes, com mais fundamento se carecia de uma providencia repressiva, e não de um silencio que virtualmente tolera toda a sorte de excesso e de prodigalidade a semelhante respeito.

Se ao menos o Cod. houvesse empregado a expressão *appellido* de que se serve a Ord., poderiam n'elle entender-se comprehendidos os *tratamentos* de *dom*, de *fidalgo*, de *senhoria* ou de *excellencia*; mas a palavra *titulos* é restricta aos appellidos de conselheiro, de barão, visconde, conde, marquez ou duque; e em materia penal, diz o art. 18.º, não póde argumentar-se por maioria ou identidade de rasão.

De resto uma pena correccional *composta* de prisão e multa só deveria ter logar se da usurpação do titulo ou do brazão podesse resultar prejuizo real a terceiro ou se mostrasse praticada com essa intenção.

Mas a *possibilidade* do damno se previne facilmente ou pelo ridiculo ou pela indifferença publica que acompanha semelhantes usurpações; e para os casos de facto, como acto preparatorio de crime ou delicto, deve esperar-se que um crime se commetta ou tenha começo de execução para ser punido com as penas correspondentes.

Portanto a incriminação podia sem grave inconveniente ser supprimida já que n'ella se omitiram outras usurpações analogas; e, a subsistir, deveria: 1.º, comprehender, em conformidade com a expressão do art. 57.º, não só os *titulos* mas *as honras e distincções* da nobreza; 2.º, a penalidade ser menor como estigma e formula de admoestação, facultativa entre poucos dias de prisão e multa leve.

SECÇÃO 6.ª

DO FALSO TESTEMUNHO E OUTRAS FALSAS DECLARAÇÕES PERANTE
A AUTORIDADE PÚBLICA.

ARTIGO 238.º

Aquelle que em causa criminal é sobre as circumstancias essenciaes do facto, que é o objecto da accusação, testemunhar falso contra o accusado, será condemnado na pena de trabalhos publicos temporarios.

§ 1.º Se porém o accusado foi condemnado e soffreu pena mais grave, será aquelle que assim testemunhou falso contra elle condemnado na mesma pena.

§ 2.º O que der o referido testemunho falso a favor do accusado será punido com a pena de prisão maior temporaria com trabalho.

§ 3.º Quando o crime tiver sómente pena correcional, a pena do referido testemunho falso, ou contra ou a favor do accusado, será o degredo temporario.

§ 4.º O que testemunhar falso em processo preparatorio criminal, será punido com as penas immediatamente inferiores.

§ 5.º O que testemunhar falso em materia civil, será punido com o degredo temporario.

Art. 33.º e ref., art. 34.º, 99.º e ref., art. 35.º e ref.

São elementos ou condições constitutivas na primeira hypothese d'este art.: 1.ª, *alteração da verdade* no depoimento; 2.ª, em *causa criminal*; 3.ª, sobre *circumstancias essenciaes* do facto; 4.ª, no processo *da accusação*; 5.ª, *contra o accusado*; 6.ª, em *testemunho judicial*.

Dadas cumulativamente estas circumstancias, a pena é a de trabalhos publicos temporarios.

Poucos crimes existem que tenham sido tão energicamente fulminados, assim pelos legisladores como pelos criminalistas antigos e modernos. Entrava porém na apreciação do facto a contemplação do *peccado*, da offensa á Divindade, mais que a do crime moral e social, com relação á *falsidade* ou *calúnia* em si mesma, aos *damnos reaes* ou *possiveis*, e ao grau de *perversidade* dos criminosos.

A nossa Ord. do liv. 5.º tit. 54.º impunha a pena de morte em *qualquer caso*, além do confisco geral dos bens. O presente art., adoptando os *trabalhos publicos*, pena immediata, comquanto temporarios, resente-se, assim da severidade da mesma Ord., como do influxo das velhas idéas¹.

Limitou-se a penalidade do Cod. Fr., art. 361.º, hoje caduca e reprovada, todavia com a modificação de se restringir aos casos de depoimento *contra* o réu, que esse Cod., assim como a dita Ord., não distinguia, excepto em relação ao subornador em processos de pena capital.

Bem fez porém o nosso Cod. em não adoptar a indistincta incriminação do Cod. Fr.

Concorda o Cod. do Brazil, art. 169.º, mas muito judiciosamente subdividiu a mesma distincção, em relação a causas capitães e não capitães.

O Cod. Hesp., no art. 234.º (n. 241.º), seguiu diverso systema, comminando, já a pena imposta, se a da sentença foi executada, já as proximas ás prescriptas na lei, se não honve

¹ D. Diniz, por Lei feita em Coimbra aos 11 de Janeiro de 1340, mandava matar, decepar as mãos e os pés, e tirar os olhos aos que dessem testemunho falso ou o fizessem dar. Esta pena pareceu aspera a el-rei D. Affonso V, e na sua Ord. do liv. 5.º tit. 37.º a modificou, mandando açoitarem os perjuros, e que *lhes cortassem a lingua junto ao pelourinho, pois com ella haviam peccado* (Mello Freire, Prov. ao tit. 7.º do Ens. de Cod. Cr.). A Ord. de D. Manuel, no mesmo liv. tit. 8.º, impoz sem distincção a pena de morte, como a Filippina tit. 54.º

Nós no seculo 19.º impomos os *trabalhos publicos*, a mais viciosa, cruel, caduca e contraproducente de todas as penas, com manifesto erro e imprudencia; pois, se alguma ha que seja ou possa ser peor e mais anti-social que a morte em sentido moral e politico, é certamente esta! E note-se que não temos nem devemos ter *trabalhos publicos*, feitos pelos condemnados. Ou sejam dirigidos pelo Estado ou por empregados ou companhias, é por homens livres e ajornalados que esses trabalhos se realisam. Os condemnados em um ou outro logar apenas se empregam em conduzir alguns barris de agua ou a carregar com alguns outros fardos, como bestas de carga!

condenação, ou esta não chegou a ser executada. Tem assim analogia com o systema vicioso do nosso Cod.

O Cod. da Austria, art. 178.º e 181.º, é de uma grande simplicidade e moderação a semelhante respeito, approximando-se assim e muito da verdade moral e social do seu objecto.

O mesmo acontece com o Cod. da Baviera, art. 290.º, adoptando como regra geral entre maximo e minimo temporarios as penas do *perjurio*, com referencia ás que estabelece nos art. 266.º e 269.º; e bem assim com o mod. Cod. da Prussia, que nos §§ 125.º e 126.º tambem incrimina o *perjurio*: 1.º, *em geral*; 2.º, em causa civil ou criminal; 3.º, criminal, se o réu for sentenciado á pena de morte ou prisão com trabalho superior a cinco annos, impondo então esta ultima pena de dez a vinte annos.

Para não apontar por desnecessario sobre a hypothese a legislação de outros Cod., quanto á penalidade, basta-nos dizer que em geral offerece muita variedade, e nenhuma nos pôde servir de modelo.

Quanto á incriminação, temos o notar: 1.º, que justamente o Cod. exigiu que a falsidade verse sobre *circumstancias essenciaes*, não incriminadas portanto quando ellas forem *accessorias* ou *secundarias*.

Estabelecer uma linha divisoria entre umas e outras é muito difficil, como reconhecem os criminalistas que o Cod. teve aqui presentes¹. O Cod. cortou pela difficuldade, sendo omisso na definição. Temos portanto o *arbitrio* dos juizes, para *condemnar* ou para *absolver*. A definição legal era pois aqui indispensavel.

2.º Que o falso testemunho está sempre no que a testemunha disse ou declarou com alteração da verdade implicita ou explicitamente. Assim a *dolosa reticencia* ou *silencio* sobre alguma circumstancia essencial do facto devia constituir *expressamente* objecto da incriminação.

Na hypothese do § 1.º dão-se os mesmos elementos de incriminação, acrescentando porém sempre a consummação do crime nos seus resultados.

¹ Chauveau e Helie, tom. 4.º cap. 56.º pag. (mêta) 431.

Resulta d'esta disposição: 1.º, uma contradicção com a do art., por isso que ali se incriminou o *perjurio* em si mesmo como preponderante sobre o *damno material*, e aqui se tomou este elemento como mais forte que o do *perjurio*. A pena de *talião* é a auctorizada sempre no art., quando o réu tiver soffrido a de trabalhos publicos temporarios; é auctorizada mesmo nos casos em que apenas tenha havido condemnação não executada, ou ainda a simples possibilidade legal de uma condemnação: é insufficiente quando a pena legal, imposta ou possivel, seja alguma das maiores, incluída portanto até a da expulsão do reino ou a da perda dos direitos politicos.

2.º Que a pena de talião assenta aqui na presumpção legal de que a condemnação e execução foi produzida pelo testemunho falso; *cum hoc ergo propter hoc*: presumpção que é falsa como absoluta. Póde o falso testemunho, por singular ou inverosimil, não ser sufficiente para produzir uma condemnação de tal gravidade, póde não conter materia conducente a esse resultado ou póde ser mal apreciado pelo juiz ou pelos jurados, póde enfim não influir essencial e exclusivamente na decisão da causa, porque outros testemunhos verdadeiros existam sufficientes para a condemnação¹.

3.º Que a pena de *talião* desconhecida entre nós, mesmo segundo a cit. Ord.², é um arremedo do Cod. Fr. e seus imi-

¹ O Cod. da Baviera no art. 291.º n.º 3.º gradua a pena contra a falsa testemunha, agravando-a, segundo a maior gravidade do crime julgado, e ainda mais se o réu condemnado soffreu a pena, mas nunca até ao ponto de impor a pena de morte.

Sómente no art. 292.º fulmina esta pena, se resultou a condemnação e execução de um *innocente*, tendo precedido ao testemunho falso *concerto formado* entre duas ou mais testemunhas.

Segundo o Cod. de Proc. da Baviera, são indispensaveis duas testemunhas concordes para constituir prova. Se no processo crime não houve sobre os essenciaes do facto mais que uma testemunha, segue-se que esta não foi *causa unica* da condemnação.

Mas se pelo contrario dois ou mais individuos *se concertam previamente* para prestar um falso testemunho *são verdadeiros assassinos*, porque foram causa unica determinante pela combinação dos seus depoimentos.

Tal é a explicação que dá o comm. off. a este Cod.; e posta de parte a injustiça absoluta da pena de morte, parece-nos bem fundamentada e incomparavelmente melhor que a disposição d'este § 1.º

² Da pena de talião ha sómente vestigios remotos, como notou Mello Freire, Inst. Cr., tit. 1.º § 21.º, Inst. Civ., liv. 1.º tit. 3.º § 4.º, em a nessa antiga legis-

tadores, como o das Duas Sicílias, art. 188.º, o da Sardenha, art. 378.º, e o Hesp., art. 234.º; mas é rejeitada por outros, quaes o do Brazil, da Austria, da Baviera, mod. da Prussia e outros da Allemanha, assim como pelas Leis inglezas¹.

4.º Que a pena de *talião* é um resto de barbarismo, aberração do principio de direito penal, e contraria mesmo ás regras não sociaes da imputação moral².

lação, como no caso da Ord. liv. 2.º tit. 1.º § 5.º; outro tanto como o que se quiz haver ou subtrahir indevidamente: no caso da Ord. liv. 2.º tit. 60.º § 5.º; no da Ord. liv. 3.º tit. 60.º § 5.º, arguição em juizo de falsidade de escriptura publica, punida quando não provada com as mesmas penas que se imporiam áquelle que produz o instrumento, se falso fosse, obrigando-se a subscrever o arguento um termo de sujeição a essas penas; e no da Ord. liv. 5.º tit. 122.º § 10.º, impondo ao julgador que deixasse de apellar de sua sentença, nos casos em que a lei a isso o obrigasse não como pena principal, mas accessoria, a pena que merecia áquelle cujo feito deixou de apellar.

Mas em todos estes casos contemplam não um *mal causado*, mas um *mal frustrado*; e em nada se assimilham com a pena de *talião* propriamente dita. Nos primeiros dois, a proporção é com o mal que se pretendeu causar e não se causou, e no terceiro é com o mal que se pretendeu evitar; e o mal causado é só em relação á sociedade, resultante da impunidade do réu, e entra só como pena accessoria.

Alem d'isso no primeiro é como *multa* correspondente ao damno que se pretendeu causar; e no segundo funda-se no consentimento previo do proprio delinquent que é quem assim se condemna a si mesmo, e só pelo facto de não poder provar a falsidade da escriptura.

São pois anomalias, aberrações do systema de penalidade adoptado nas mesmas Ord., que não podem servir para exemplo e menos prova de que a pena de *talião* estivesse admittida entre nós antes do Cod. Penal.

Era admittida pelo Estatuto 37.º cap. 18.º de Eduardo III, mas bastou um anno de experiencia para a fazer retirar e substituir como antes pela prisão.

A pena de *talião* era não só a justiça de Moysés e de Pythagoras, mas a de Aristoteles e de Solon. Kant, Bentham e Filangieri a recommendam em certos casos. Era admittida nas leis das doze tábuas entre os romanos, salvo o perdão da parte offendida. Praticada na Allemanha, na França, na America; em alguns dos antigos costumes da França, aonde ainda impera um Cod. Pen. que alem do cit. art. 361.º, nos art. 166.º, 167.º, 169.º, 172.º, 174.º e 178.º, conserva a applicação em determinadas hypotheses.

Mas nós seguimos a judiciosa opinião de Isaac, liv. des peines, de que a pena de *talião* deve ser banida absolutamente de toda a boa legislação criminal; por isso que essa pena é a lei da *vingança* e não a da *justiça*.

As penas não são a retribuição de um por outro mal; mas um remedio contra o mal dos delictos. A sua necessidade e justiça mede-se pelos interesses da sociedade, e diversas circumstancias e qualidades do facto e do agente. Esta é tambem a opinião de Saint-Edme, Dict. de la Pen., e a de outros insignes criminalistas.

A lei penal pune, não vinga; a pena de *talião* é a vingança. Houve tempo em que pareceu muito justo fazer soffrer aos culpados os mesmos soffrimentos a que elles haviam dado causa. Mas hoje não é, não se reputa ser da dignidade do legislador justificar e imitar na pessoa do criminoso o mesmo mal que lhe condemna e reprova.

Não assenta em verdade moral nem justiça relativa; porque a pena pôde ser indivisivel, pôde ser irreparavel, pôde ter consequencias ou effectos mais crueis e mais fortes, para o causador do mal, do que teve para o innocente a quem o mal foi causado¹.

Tem feito peso no animo de muitos legisladores encontrarem estabelecida a pena de *talião* nos Livros Santos, como é no Levitico, cap. 24.º, Exodo, cap. 21.º, e em muitos logares dos livros de Moysés; e na especialidade das falsas testemunhas, no Deuteronomio, cap. 26.º, lembrada ainda no Evangelho de S. Matheus, cap. 5.º.

Mas se a pena de *talião* por este fundamento de auctoridade é justa, o argumento não conclue, porque prova de mais. Devia ser, e não foi, o systema geralmente seguido, nem nos principios nem nas disposições especiaes do presente Cod.

Este systema pois da legislação judaica, que era tambem a maxima da escola de Pythagoras, sendo inadmissivel na these, não o pôde nem deve ser na hypothese.

Os hebreus impunham a pena de *talião* ás testemunhas

¹ Refere-se, diz Isaac, liv. 1.º des peines, que um antigo legislador, que tinha adoptado como base da sua legislação a pena de *talião*, foi cruelmente convencido de que ella não era conforme á equidade.

Sendo elle cego de um olho, tinha estabelecido sem distincção de casos e circumstancias que áquelle que tivesse cegado de um olho a algum de seus semelhantes fosse punido com a perda de um olho.

Um de seus antagonistas, que tinha dois bons e bellos olhos, interpellou o legislador perante uma assembléa popular, sobre a justiça da sua lei, e se entendia submeter-se a ella. «Sim, sem duvida, exclamou o legislador, e as-
sin o juro pelo olho que os deuses me deixaram.»

No mesmo instante o antagonista se approximou do legislador, dizendo-lhe: «Tu que tiveste a pretensão de fazer leis, como não comprehendeste que o mesmo membro pôde ter um valor bem diverso segundo os individuos? Tu, perdendo um olho, perdes tudo, e eu perdendo um olho, quasi nada perco, porque ainda me resta outro, que é quanto me basta para guia de movimento e acções.» O legislador lhe respondeu: «Tu me esclareceste cegando-me, eu o agradeço e voto que a patria te recompense em lugar de te punir.»

falsas, mas estas, nos casos de morte, tornavam-se depois verdadeiros assassinos, porque eram forçadas a lançar sobre os réus as primeiras pedras.

Quanto á distincta incriminação do § 2.º, concordam os Cod. da Sardenha, art. 378.º, Hesp., art. 236.º, e o art. cit. do Cod. do Brazil, assim como essencialmente todos os da Allemanha, tomando como elemento de aggravação sobre o *perjurio* a *calumnia* e os depoimentos *contrarios* a um réu em causa crime.

O mal moral e social na causa e nos effeitos se attenua; e consequentemente a pena deve ser distincta. Se se trata de crime grave, que pôde conduzir á morte ou a uma das penas perpetuas ou maiores, e de outras circumstancias que podem influir no animo da testemunha, o legislador e o juiz encontrarão mesmo muitas vezes provas de menor ou de nenhuma perversidade na occultação da verdade, postoque em juizo e de baixo de juramento.

Em vista do que, se torna evidente que o Cod. também se resente n'este § da aspereza da nossa antiga legislação. A penalidade aqui estabelecida, e que tem de ser substituída nos termos do art. 99.º, é tão exagerada e injusta, se não mais aspera que a estabelecida no art. em casos mais graves; de sorte que este mesmo § destrói, para effeitos penaes, a distincção que determinou.

Muitos Cod. admittem a distincção, outros a excluem.

O Cod. da Sardenha no art. 380.º ainda distinguio a materia *correctional* da *policia*. Esta distincção era indispensavel, por isso que o *degreto temporario* applicado ao testemunho falso, quando o damno individual realisado ou possivel não podia ir a mais do que a alguns dias de prisão, a multa insignificante e até a uma simples reprehensão, é de uma exorbitancia inferior a toda a refutação.

Acresce, que em contradicção com a distincção estabelecida no § antecedente, se incrimina por igual em materia *correctional* o depoimento falso, *ou contra ou a favor* do accusado, quando essa distincção, fundada, como é, em rasões intrinsecas de attenuação ou de aggravação, merecia ser aqui adoptada.

Em relação ao que se determina no § 4.º se nos offerece notar:

Conforme ao Cod. Fr., art. 361.º, sobre depoimentos contra ou a favor de um = *accusado* =, os falsos prestados em processo de investigação não dão logar ao crime de testemunho falso, mas só os *oraes* em *audiencia publica*¹.

Os depoimentos no processo preparatorio não têm por fim a condemnação, mas a pronuncia; são a base do processo da accusação, mas não podem servir de fundamento para a condemnação, excepto no processo dos réus ausentes ou na ausencia, falta ou fallecimento da testemunha. Por isso, em conformidade com o art. 1131.º da Ref. Jud., entre as peças que perante o jury de sentença devem ser lidas publicamente, não são comprehendidos os depoimentos do *summario*.

Não podemos portanto approvar esta determinação, e muito menos quando acompanhada das penas immediatamente inferiores, que ficam gravissimas com relação ás *hypotheses* mencionadas no art. e §§ 1.º e 2.º Por esta fórma uma testemunha que tenha deposto no *summario* contra um innocente não pôde na audiencia de sentença retractar aquelle seu depoimento, ainda que muitos bons desejos tenha de o fazer absolver, sem se expor ella mesma a penas gravissimas. O seu mesmo interesse pede portanto que o sustente e confirme com coragem e perseverança até á ultima extremidade!

Finalmente, quanto á incriminação especial do § 5.º, tem concordancias nos Cod. Fr., art. 363.º, das Duas Sicílias, art. 190.º, Hesp., art. 237.º, do Brazil, art. 169.º, e outros.

A Ord. do liv. 5.º tit. 54.º pr. impunha a pena de *degreto perpetuo*².

¹ É o que ensina Carnot e outros criminalistas d'aquelle paiz, e tem sido julgado em diferentes arestos do tribunal de cassação. Em um d'estes, com data de 18 de Fevereiro de 1813, se lê: «Attendu qu'une déposition fautive ne peut constituer le crime de faux témoignage, que lorsqu'elle est faite dans le débat d'après lequel il doit être prononcé *definitivement* sur le fait auquel la déposition se rapporte; que ce principe est la conséquence de la combinaison des deux dispositions de l'art. 561º du Cod. Pen.; qu'il a été sagement établi, à fin que les témoins qui, dans la première instruction, auraient pu s'écarter de la vérité, ne fussent pas induits à persévérer dans le mensonge, par la crainte d'être poursuivis comme faux témoins.»

² Mello Freire no seu Ensaio do Cod. Cr., tit. 7.º, depois de estabelecer no § 1.º o principio de que a pena é maior ou menor segundo a qualidade da causa e do prejuizo que d'ella se seguiu, propõe a respeito das *causas civis*, no § 4.º, a seguinte disposição:

Da confrontação com estes logares de legislação se vê que este nosso § adoptou uma pena inadequada, que não tem modelo senão na Ord., modificada sómente quanto à duração do degredo.

A violação do juramento é sem duvida um grande crime contra Deus e contra os homens; mas desde que o Cod. não considerou a offensa feita a Divindade, só resta em materias civis punir uma *fraude* qualificada, a que correspondem as penas correccionaes mais que sufficientes para a reprimir.

A moderação portanto dos Cod. das Duas Sicílias e do Brazil e outros parece-nos preferivel. O degredo seria admissivel sómente nos casos de reincidencia: 1.º, como aggravação da pena correccional em rasão da repetição do crime; 2.º, para expurgar o reino de um homem gravemente propenso a fazer profissão do perjurio.

«O que com dolo ou culpa e por odio, afeição ou dependencia, jurar
«falso em juizo, pagará pela primeira vez o dobro do prejuizo que causou, e
«será preso por dois mezes; e pelas outras se aggravarão as penas.»

ARTIGO 239.º

Cessa a pena de testemunho falso, se aquelle que o deu se retractar antes de estar terminada a discussão da causa.

§ unico. Se o testemunho falso for dado em processo criminal preparatorio, sómente cessará a pena se a retractação se fizer antes de concluido o mesmo processo preparatorio.

Art. 20.º n.º 7.º e ref., n.ºs 9.º e 11.º

Em uma decisão do tribunal da cassação de Paris se pondera que as differentes partes de um depoimento constituem um todo *indivisivel*, sómente *completo e irrevogavel* depois de terminada *definitivamente* a decisão da causa; que a testemunha retractando-o, antes que por elle tenha causado um damno *irreparavel*, é a mesma que voluntariamente lhe destroe os effeitos. Em outra decisão se pondera que seria tão difficil como perigoso examinar se a retractação provém do temor das penas, do remorso ou de melhor recordação sobre os factos e suas circumstancias.

Estas razões, alem de outras, justificam plenamente esta disposição que aliás vae muito alem das regras de attenuação consignadas no art. 20.º n.ºs 9.º e 11.º Ou se considere a perversidade não consummada, ou o *arrependimento* que a retractação demonstra, ou o grau como de *tentativa* voluntariamente desistida, art. 7.º, ou o interesse publico e particular que resulta do melhor descobrimento da verdade, a determinação do legislador, sob o ponto de vista moral ou social, não deve, não póde com justiça ser combatida.

Mas não dizemos outro tanto da restricção que se encontra no § un. A testemunha que no processo preparatorio jurou falso deve reparar o maior mal que resultaria ao réu de sustentar o seu depoimento perante os jurados ou no processo da

accusação. A comminação da pena é aqui um incentivo, constitue uma necessidade para sustentar com firmeza o que antes se houver jurado.

Sem duvida que é immoral fazer pesar sobre o innocente a prevenção do crime. Mas a testemunha enfraquece a sua culpabilidade diminuindo os effeitos do seu crime logo que, retractando-se antes de terminada a decisão da causa, o faz assim *em tempo util*. Este principio é consignado no n.º 11.º do art. 20.º das disposições geraes.

Acresce que se não póde imputar á testemunha o não haver reclamado em tempo, quando esse tempo é para ella um segredo. O juiz póde concluir o summario em tres, em cinco, em quinze, em vinte ou em trinta dias.

O mesmo despacho de pronuncia fica sem publicação, quando o réu se não acha preso. A testemunha falsa quando seja uma das da ultima assentada, o mesmo lhe é jurar falso que ver prescripto com toda a probabilidade o direito a retractar-se.

Todavia, não obstante o silencio do Cod. sobre a attenuação da pena, quando a retractação tiver logar depois de concluido o processo preparatorio, mas antes da declaração dos jurados ou sentença final do juiz, temos por impossivel moral que os juizes deixem, como podem sem violação directa de lei positiva, de considerar essa como circumstancia attenuantissima, descendo na penalidade tanto quanto o Cod. Pen. lhes permite em conformidade ou por argumento do art. 20 n.º 11.º e dos art. 81.º; 82.º e 83.º.

ARTIGO 240.º

Em todos os casos declarados nos artigos antecedentes, se o que testemunhou falso foi subornado com dadas ou promessas, será punido com trabalhos publicos temporarios, salva a disposição do § 1.º do art. 238.º

§ 1.º O que se recebeu, perder-se-ha a favor do Estado.

§ 2.º O subornador será punido com as mesmas penas, salva a applicação a este caso do que se dispõe no § unico do artigo 321.º

§ 3.º A tentativa de suborno será punida em conformidade com as regras geraes da Lei.

Art. 6.º a 9.º, art. 33.º e ref.

A determinação d'este art. é uma completa imitação do Cod. Fr., art. 364.º

Ficou porém assim em contradicção com os principios proclamados no art. 238.º e seus §§.

Que a causa seja civil, criminal, ordinaria ou preparatoria, e exista ou não prejuizo, é indifferente: o accusado deve sempre soffrer a pena de trabalhos publicos temporarios, sem que fique dispensado de soffrer a maior de talhão, conforme ao § 2.º do mesmo art. 238.º

Mas jurar falso só pela satisfação de fazer mal, sem respeito algum á religião ou por indifferença tanto para o bem, como para o mal, revela corrupção moral superior á do que falta á verdade por motivos de interesse pessoal resultante do suborno, porque o perjurio não foi o *fin*, mas o *meio* de obter essa vantagem.

Assim se equilibram no seu concurso os dois elementos de aggravação.

Por isso nem os Cod. da Allemanha (Chauv. e Hel.) nem

particularmente os da Austria, o da Baviera, e o mod. da Prussia, tomaram em conta especial semelhante elemento de aggravação.

O mesmo praticaram o do Brazil e o Hesp.

Analogas determinações se encontravam na nossa Ord. do liv. 5.º tit. 54.º O legislador não tratou de investigar as causas do perjúrio em relação á testemunha; á violação do juramento foi ali sempre a circumstancia preponderante. Fez mais; em quanto punia o suborno na pessoa do subornador, deixava em silencio essa circumstancia, quanto á pessoa subornada.

Acresce: 1.º, a nenhuma necessidade moral nem legal que o legislador tinha para tanto, em vista da sua mesma theoria penal, porque achando-se declarado no art. 19.º n.º 7.º que é uma circumstancia aggravante a de se *commettre o crime por dinheiro, recompensa ou promessa*, e nos art. 78.º e 79.º o modo de se aggravar a pena, quer perpetua quer temporaria, os juizes dariam á mesma circumstancia a attenção que merecesse dentro dos limites da penalidade, fixada no art. 238.º e seus §§.

Este art. portanto labora em erro de apreciação, como laborou o Cod. Fr. no cit. art. 564.º, que o Cod. das Duas Sicilias, art. 191.º, imitou, mas que o da Sardenha não seguiu.

É porém de notar que o Cod. Fr. e o das Duas Sicilias só consideraram preponderante a circumstancia do suborno em materia *correcional ou civil*, omitindo a criminal.

Em materia criminal, segundo o art. 238.º e o presente, e havendo identidade na pena, inutil era dizer-se aqui que a sua disposição tinha logar *em todos os casos especificados nos art. antecedentes*. O suborno só prepondera para a pena nos casos dos §§ 2.º, 3.º, 4.º e 5.º do mesmo art. 238.º.

Além d'isso o art. *antecedente* não trata dos *casos incriminados*, mas da annullação das penas impostas *n'esses mesmos casos*, por virtude de retractação em tempo util, e estes sómente são os declarados no art. 238.º e seus §§; e portanto ou ha inexactidão ou um visivel erro de redacção na referencia aos art. *antecedentes*.

Quanto ao § 1.º do presente art., contém precisamente o que determina o art. 364.º do Cod. Fr.:

« Dans tous les cas, ce que le faux témoin aura reçu sera *«confisqué»*, fugindo-se porém aqui do emprego da palavra *—confisco—*.

Mas este *confisco* como pena *accessoria*, que realmente é, e que o Cod. não enumerou nos art. 29.º e 30.º, entre as suas penalidades, deverá reputar-se reprovada pelo § 19.º do art. 145.º da Carta? A Carta determinou que não haveria confiscação de bens *em caso algum*; e como esta determinação é uma consequencia do principio que estabeleceu de que nenhuma pena passará da pessoa do delinquento, seguiu-se que sempre que tenham de ser executados os bens do condemnado para a reposição do que receberam, mas se gastou ou consumiu, verifica-se não só o que a Carta prohibiu, mas a razão da prohibição. Já assim o demonstrámos ao art. 64.º

Quanto ao § 2.º tambem é sua fonte proxima o Cod. Fr. no art. 365.^{o1}:

« Le coupable de subornation sera passible des mêmes peines, que le faux témoin. »

Concordam os Cod. da Sardenha, art. 384.º, e das Duas Sicilias, art. 102.º

Em relação ao que se determina no § 3.º temos a ponderar, que considerado o suborno como especie de *cum-*

¹ O Cod. Pen. Fr. de 1810 havia estabelecido tambem uma aggravação na pena, em um grau superior áquella que devesse ser imposta á testemunha subornada. Mas pela reforma que teve logar por virtude da Lei de 28 de Abril de 1832, seguindo o principio da *cumplicidade*, assimillou o subornador ao subornado e d'ahi veio a adopção das mesmas penas.

Contra esta jurisprudencia porém ha a ponderar: 1.º, que não havia verdadeira cumplicidade, poisque se a houvesse, *inutil* se tornava o dito art. 365.º, em presença dos art. 59.º e 60.º do mesmo Cod.; 2.º, que o suborno é um facto immoral em si mesmo, cuja punição não deve depender da condemnacção da testemunha; 3.º, que as leis francezas de 17 de Maio de 1819, art. 1.º e seguintes, 24 de Maio de 1834 e 9 de Setembro de 1835, emquanto fizeram do suborno um facto especial punivel, estão em contradicção com a reforma do Cod. Pen. verificada pela dita Lei de 1832; 4.º, que o suborno para o depoimento falso é um crime ou mais grave ou menos grave que o do depoimento subornado. Nós o considerámos mais grave, por isso que (como pondera M. de Voüglans) ha sempre da parte do subornado dolo e malignidade em summo grau, emquanto que a testemunha se deixa ordinariamente subornar sómente em consideração das vantagens que recebe ou que se lhe promettem, e que ella aceita por seu estado de preciação, de indigencia, inexperiencia, simplicidade, ou ainda por temor de um mal imminente.

plicidade ou de *participação* do crime de *falso testemunho*, não pôde existir o crime de *suborno* aqui incriminado sem um *falso testemunho tentado ou consummado*. Assim tem sido julgado quasi constantemente em França, entendendo-se por esta forma o art. 365.º do Cod. Fr.

N'este §. 3.º porém, considerando-se especialmente o suborno para o effeito de se punir a tentativa segundo as regras geraes, fica em desharmonia com o principio adoptado no § antecedente. Não se trata já de punir o subornador verificada a *tentativa* da testemunha subornada, mas a *tentativa* do suborno. Mas suborno é um pacto illicito, que sómente se consumma pelo mutuo consentimento. É um facto immoral, mas bilateral, *do ut facias* ou *facio ut facias*¹.

¹ A doutrina do § seria, em parte, admissivel, se no art. fosse conservado o systema seguido pela legislação do reino, na cit. Ord. do liv. 5.º tit. 54.º:

« E provando-se que alguma pessoa subornava testemunha, prometendo-lhe dinheiro ou qualquer outra cousa, por que testemunhasse falso, *postoque* « o não quizesse aceitar, nem dar testemunho, nem ser apresentado por *testemunha*, se a causa, para que assim subornava for civil, seja acoutado pela « villa com barão e pregão.»

« E se for feito crime, em que não caiba morte, haverá a sobredita pena.»

« E se for em caso de morte para condemnar, será degradado para o Brazil dez annos, e mais será acoutado.»

« E se for para absolver, seja degradado dez annos para a Africa.»

A mesma Ord., in princ., com relação sómente ao subornador, contemplava a *corrupção consummada e seguida do falso testemunho*, para aggravar as penas do mesmo subornador até á morte inclusivamente; não abstrahindo então do segundo crime, mas sempre da pessoa do subornado, que, carregando com todo o peso da pena respectiva ao perjurio, não carecia de maior culpa para perder a vida.

ARTIGO 241.º

As penas declaradas nos artigos antecedentes são applicaveis aos peritos que fizerem com juramento declarações falsas em juizo.

São assimilados por este modo os peritos ás testemunhas: 1.º, quando as declarações forem *judiciaes*; 2.º, quando o forem com juramento. A equiparação vem do juramento, que aliás não é uma solemnidade substancial, senão porque a lei assim o exige.

O perjurio é então mui difficil se não impossivel de ser punido; porque para ser apreciado os jurados e os juizes não têm competencia moral. Seria necessario um *jury especial*.

Para nas declarações dos peritos se dar sempre a verdade conscienciosa e relativa, a lei preveniu efficazmente o perjurio, quanto aos elementos materiaes do facto, exigindo a presença do juiz, do ministerio publico e de duas testemunhas em todos os exames d'esta natureza, mas quanto á qualificação d'esses elementos, segundo as regras da sciencia ou conhecimentos particulares do perito, o perjurio só pôde ser punido no foro interno.

Pôde proceder-se a novos exames, mas se novos peritos discordarem dos antecedentes, é só, quando muito, para demonstrar o erro dos primeiros, nunca a sua intenção dolosa sem a qual não ha crime.

O Cod. do Brazil, art. 169.º, incriminando como réu de perjurio *todo o que jurar falso em juizo*, com quanto não distinguisse pessoas, mostra por seu contexto que se refere ás testemunhas que podem depor em favor ou contra uma das partes. O Cod. Fr. omitta fallar de peritos.

Concordam todavia o Cod. da Sardenha, art. 383.º, e o das Duas Sicilias, art. 194.º; mas estos art., redigidos quasi nos mesmos termos, exigem que os peritos, na parte material

dos factos, tenham commettido a falsidade *scientemente*, e na parte moral ou de apreciação, que o parecer falso seja dado *fraudulentamente*.

Esta é também a intenção do Cod., nem outra podia ser, em presença das suas disposições geraes; mas a questão não é da immoralidade do facto, quando assim imputavel, mas sim da incompetencia e impossibilidade de ser avaliado nos tribunaes criminaes, o que exclue o facto da lista dos crimes.

Concorda também o Cod. Hesp., que n'esta parte, art. 238.º, imitou os da Italia, e pôde ser considerado como fonte proxima d'este nosso art.:

«Las penas de los artículos precedentes son applicables á «los peritos que declararen falsamente en juicio'».

O Cod. da Baviera, art. 290.º, também comprehende os peritos que violarem o juramento com relação ás penas do perjurio, assimilando-os ás testemunhas nos casos mais graves, que para ellas mencionou no art. 291.º Os modernos Cod. da Allemanha (Chauv. e Hel.) não distinguem contemplando em geral a violação do juramento. O mod. Cod. da Prussia, §§ 125.º e seguintes, também incriminou o perjurio nos depoimentos com abstracção das pessoas dos delinquentes. Mas estes exemplos não convencem, em presença das considerações expostas que os combatem.

Provando-se porém que o perito foi subornado, deve ser punido independentemente da apreciação das suas declarações, que ficam sem credito algum, comquanto possam ser verdadeiras apesar do suborno.

Mas então o suborno é o que se pune e não a falsidade. A verdade das declarações só poderá ser adduzida por parte da defeza para attenuar a pena.

⁴ O seu comment. Pacheco diz que os peritos são *uma especie de testemunhas*, e que *em rigor são juizes* para pronunciar sobre especialidades scientificas ou artisticas; que participam de *ambas as naturezas*; que é mais grave o seu delicto, porque alem da falsidade commettam *abuso de funções*; que as consequências da falsa declaração n'esta segunda hypothese são mais temiveis que as do testemunho falso; que a applicação da pena ha de ser rara nos negocios criminaes, mas que o delicto é commun e diario nos negocios civeis.

Estas considerações porém não justificam, provam contra a assimilação, e sómente poderiam auctorisar alguma providencia em materia civil.

Aquelle que testemunhar falso em qualquer inquirição não contenciosa; e bem assim aquelle que, sendo legalmente obrigado a dar informações ou fazer declarações, com juramento ou sem elle, á Auctoridade publica, sobre algum facto relativo a outras pessoas ou ao Estado, der falsamente essa informação ou fizer falsamente essa declaração, será punido com suspensão dos direitos politicos e prisão até seis mezes.

Art. 38.º e ref.; 40.º, 75.º e ref.

Este art. contém duas partes diversas, mas confundidas para os effeitos da pena.

É a primeira a do caso da testemunha falsa *em inquirição não contenciosa*.

As inquirições não contenciosas são sem duvida as que têm logar nas denominadas *justificações avulsas* em que não ha *pessoa certa* interessada, e que, segundo a praxe, se processam summariamente, mas que perdem essa natureza desde que apparece legitimo oppoente, como as define o art. 300.º da Ref. Jud. Podem também considerar-se taes as de habilitações de herdeiros contra incertos, as de heranças ultramarinas, as de redução de testamento nuncupativo, para posse, e outras muitas que só se tornam contenciosas, se são contestadas ou impugnadas.

Nenhum dos Cod. que temos presentes considera semelhante hypothese.

Se taes inquirições versam sobre materia civil são por elles comprehendidas na regra geral que estabelecem.

O legislador teve aqui uma razão fundada para fazer a distincção, por isso que a testemunha não tem a intenção de prejudicar *pessoa certa* e determinada.

O segundo caso figurado no art. consiste na violação de uma lei que obrigue a dar informação ou declaração verdadeira a uma *autoridade publica*.

É indifferente para esta incriminação a circumstancia do *perjurio*, assim como que a declaração ou informação tenda ou não em *prejuizo* de terceiros ou do Estado, basta que o facto tenha relações com terceiros ou com o Estado.

Temos portanto como circumstancia caracteristica, a par da violação da lei, a *offensa* á *autoridade publica*, que a Ord. do liv. 5.º tit. 10.º punia, quando a mentira era dita ao príncipe, com a differença: 1.º, que comprehendia tanto a informação ou declaração espontanea, como a officiosa ou determinada por lei; 2.º, que não tratava das informações ou declarações relativas ao Estado; 3.º, que exigia que a mentira fosse dita em *prejuizo de alguma parte*.

Esta parte da incriminação parece-nos defeituosa: 1.º, porque não agrava a pena em razão do *perjurio*, considerando assim a violação do juramento como subjugada pela *offensa* feita á *autoridade publica*; 2.º, porque não exigiu nem attendeu o *prejuizo* resultante da mentira, como attendia a cit. Ord.

A religião é para o commum dos homens um vinculo mais forte que o das leis. Vae o seu imperio aonde estas não chegam, e por isso, comquanto a testemunha seja obrigada por lei a declarar ou informar perante a *autoridade judicial* o que sabe ácerca de um facto relativo a *terceiros ou ao Estado*, quiz a mesma lei que o juramento servisse de garantia, como promessa feita perante Deus, de se dizer toda a verdade.

ARTIGO 243.º

Quando for deferido o juramento *suppletorio*, aquelle que jurar falso será punido com a pena da perda dos direitos politicos.

§ unico. Quando for deferido ou referido o juramento de alma, será condemnado na mesma pena o que jurar falso; mas a querela e accusação poderá ser tão sómente intentada pelo ministerio publico.

Art. 37.º e ref.; 75.º e ref.

O *juramento suppletorio*, admittido na Ord. do liv. 3.º tit. 66.º §§ 1.º e 4.º e tit. 86.º § 16.º, foi conservado na Ref. Jud., art. 477.º; mas não tem logar quando sobre objecto de grande valor relativo: cit. Ord. tit. 52.º § 1.º

O *juramento de alma*, ou a respectiva acção *summaria* com este nome, tambem se acha restabelecida na mesma Ref. Jud., art. 284.º

O presente art. e seu § contém, como nova sanção penal do *perjurio* em taes casos, a perda dos direitos politicos, e portanto virtualmente, em conformidade com o art. 75.º, a prisão correccional, se o delinquente não tiver ou não gosar direitos alguns de similhante natureza.

O Cod. da Austria, art. 178.º, comprehende a materia tanto do art. como do seu §, qualificando porém o facto como de *fraude qualificada*, e equiparando-a ao testemunho falso. Concorda em substancia o da Baviera, art. 269.º, o mod. da Prussia, § 125.º, e outros da Allemanha, assim como o Fr., art. 365.º, e o da Sardenha, art. 383.º Muitos estabelecem sómente em geral penas contra o *perjurio*, assim em materia criminal como civil.

Justo parece, á primeira vista, que, quem no seu mesmo interesse e para prejudicar outrem em causa civil assim procede, seja punido, porque o facto tem a vileza do furto ag-

gravado, em quanto o delinquente converte em meio ardiloso para auctorisar a mentira aquella mesma providencia que o legislador auctorisou como meio de melhor se alcançar a verdade judicial. O facto é assim complexo de muitos crimes, considerados tanto sob o ponto de vista moral como social.

Mas resultaria d'esta observação que a perda dos direitos políticos; alem de contraria á Carta e de outros defeitos que lhe temos notado, e muito mais como pena principal sem accessorio algum, é inadequada ao maleficio que por sua immoralidade carecia de remedio penitenciario, qual, pelo metio, é sempre o de prisão correccional.

Para certa classe de pessoas a perda de taes direitos é penalidade nulla ou quasi nulla; e para outras a honra é a verdade que as caracteriza torna a solemnidade do juramento uma pura formula, que não podendo influir sobre a determinação da sua vontade, sobre os termos de suas declarações judiciaes, não pôde incutir-lhes o menor receio pela comminação penal¹.

Alem d'isso, não correspondendo assim ao crime uma pena corporal, a pronuncia só pôde obrigar o réu a livrar-se solto, como nos crimes que estão na ultima escala da penalidade, e muito proximos da impunidade.

O que se dispõe no § com relação ao *juramento de alma*, quer referido na competente acção, quer consentido em qualquer outra, concorda com a nossa Ord. no cit. tit. 52.º § 3.º, Cod. Fr. Civ., art. 136.º; pelo fundamento, quanto a querela da parte prejudicada, de que, como diz Rogron, esta consentindo no deferimento contrahi a obrigação irrevogavel da conformidade; e quanto á acção do ministerio publico, porque esta nos crimes não particulares não depende senão de si mesma.

Mas n'esta ultima parte não podemos conformar-nos com semelhante doutrina, porque alem de ser uma pretensão exorbitante o pretender-se que por meio do juramento alguém, nos

¹ O juramento suppletorio não deve ser deferido senão ás pessoas de boa fama e inteiro credito: cit. Ord. liv. 3.º tit. 52.º § 2.º Assim quiz o legislador prevenir o perjurio, excluindo uns do juramento e estabelecendo a presumpção legal de verdade para outros. E tanto não confiou ainda assim na efficacia do meio, que somente o admittiu em pontos civis de menor importancia relativa.

casos de lhe ser deferido ou referido a requerimento do seu contrario, de provas e condemnação contra si mesmo em proveito alheio, e em demandas meramente civis, é sempre repugnante depois o processo crime; porque pela nova acção crime a parte prejudicada se proporia alcançar indirectamente o mesmo objecto sobre que decaiu no processo civil, contrariada e sophismada assim a intenção do legislador, expressamente manifestada no § 4.º do cit. tit. 52.º do liv. 3.º da Ord. nas palavras — por que em outra maneira seria occasião de os feitos e demandas não terem fim —.

Como somente a querela e accusação fica prohibida á parte prejudicada, e está possa portanto fazer ao ministerio publico a indispensavel participação ou denuncia, assistindo-lhe com as respectivas declarações e meios de prova, e por esta forma obter, em caso de condemnação, um titulo em que fundamente a reparação do damno, segundo as regras geraes, é-lhe mais útil que nociva a exclusiva intervenção officiosa por parte da justiça.

ARTIGO 244.º

Se alguém querelar maliciosamente contra determinada pessoa será condemnado em degredo temporario.

§ unico. Se querelar de crime que só tenha pena correccional, ou accusar nos casos em que não tem logar a querela, será condemnado em prisão de seis mezes a dois annos e multa correspondente.

Art. 35.º, 38.º, 41.º e ref.

São elementos d'esta incriminação: 1.º, que a querela seja dada *maliciosamente*; 2.º, que o seja contra *determinada pessoa*.

Sobre ella concordam a Ref. Jud., art. 1083.º, e antes d'esta a Ord. do liv. 5.º tit. 18.º pr. § 1.º¹.

Concordam d'entre os Cod. estrangeiros o Hesp. art. 241.º, Braz., art. 235.º, e outros de paizes em que se tolera este direito de vindicta privada perante a justiça; direito immoral que quizeramos ver abolido, ficando substituido pelo de simples queixa ou participação em juizo, para que melhor possa ter logar a acção dos tribunaes.

Sobre os termos da incriminação se nos offerece notar, que sendo restricta á querela *maliciosa contra determinada pessoa*, deixa impune a que for dada contra *pessoas incertas*, ou que pelas provas do summario se mostrarem culpadas, e assim se abre a porta á fraude do querelante que, abstando-se de nomear pessoa alguma, faça dirigir e encadeiar as suas declarações e provas de modo que seja o mesmo juiz exclusi-

¹ Nos mesmos casos de querela maliciosa contra juizes de direito ou agentes do ministerio publico a pena era a de multa, Ref. Jud., art. 777.º, aggravada por ser de 50\$000 a 500\$000 réis; o que no art. 1164.º se conservava, reduzido o maximo a 300\$000 réis nos crimes communs, se o delinquente não só havia querelado, mas proseguido na accusação; especie que o Cod. omitta sem motivo algum justo, poisque n'esse proseguimento se demonstra um grau maior de perversidade.

vamente quem indicie. Haverá então uma nova falsidade e simulação em ludibrio da lei penal, que o legislador aqui não previu, mas que não existia nos termos da legislação anterior.

Quanto á penalidade, como o art. suppõe necessariamente a absolvição do querelado, e portanto o maior damno se evitou quanto á condemnação do innocente, o facto entra essencialmente na ordem dos crimes frustrados, e a prisão correccional seria bastante, regulada a sua duração pelo tempo da detenção, despezas e damnos que durante o processo soffreu o mesmo querelado. A parte principal, penitenciaria n'estes casos, consistiria mesmo na reparação integral de prejuizo e lucros cessantes.

Quanto á distincção que se estabelece no § é justa, porque, sendo menos graves esses casos, é menor a quantidade do damno, a que se deu ou podia dar causa; e n'esse sentido se acham redigidas as incriminações do Cod. Hesp., art. 241.º, e do Brazil, art. 235.º

Mas combatida a penalidade do art., fica a do seu § severissima ou repugnante em muitos casos. Se o crime imputado era só punivel com o minimo da prisão ou multa de tres dias, art. 83.º, ou mesmo só com a *reprehensão*, o que querelou ou accusou tem de soffrer prisão pelo menos de seis mezes e multa correspondente; pelo contrario se ao crime imputado correspondia a pena de prisão no seu grau maximo de tres annos, o presumido calumniador não poderá soffrer prisão senão de seis mezes até dois annos!

Pelo cit art. 235.º do Cod. do Brazil a pena acha-se sempre na proporção do crime imputado, imposta no seu grau minimo. O mod. Cod. da Prussia tambem puniu o auctor da falsa accusação judicial, mas reduziu a sua penalidade para todos os casos, ainda os mais graves, a *prisão simples* não inferior a tres mezes. O da Baviera, art. 288.º, nos casos mais graves de pena de casa de *força* ou maior, impõe a pena de prisão com trabalho por tres a seis annos; e nos de pena em casa de *trabalho*, a de um a tres annos da mesma pena.

Todos estes alvires, postoque mais ou menos defeituosos, são preferiveis á determinação do presente art. e seu §.

Por ultimo notámos que se omitta aqui uma especie im-

portante, qual é a da apresentação *scientemente* feita em juízo de testemunhas falsas ou inexactas.

Esta é diversa da do subornador, e a lacuna é tanto mais injustificável que a Ord. de liv. 8.º tit. 54.º § 2.º havia feito do caso uma incriminação especial e explicita.

Nas mesmas circumstancias se acha a produção, com a mesma sciencia, de documentos falsos ou adulterados, especie prevista no Cod. Hesp., art. 242.º, e n'este mesmo nosso Cod., art. 288.º, com relação ao ministerio publico, e todavia tambem aqui se vê omittida!

D'esta sorte o Cod. quando não pecca por excesso pecca por omissão, e a cada passo por incoherencia.

ARTIGO 245.º

Aquelle que por escripto, com assignatura ou sem ella, fizer participação ou denunciação calumniosa contra alguma pessoa directamente á Auctoridade publica, será punido com a prisão de um mez a um anno e suspensão dos direitos politicos por cinco annos.

Art. 38.º e ref.; 40.º, 75.º e ref.

São elementos d'esta incriminação: 1.º, que a denuncia ou participação seja calumniosa; 2.º, que seja feita á auctoridade publica; 3.º, por um modo directo e positivo; 4.º, contra determinada pessoa; 5.º, por escripto, com assignatura ou sem ella.

Resulta d'este 4.º elemento: 1.º, que o legislador quiz deixar no silencio da sua incriminação as denuncias *verbales*, talvez para não tolher nos interesses da justiça criminal semelhantes participações amplamente permittidas no art. 891.º da Ref. Jud., ou para não admittir como base de corpo de delicto senão o directo por meio de papel escripto, ainda que o participante o não assignasse; 2.º, que esta condição = *par écrit* = sendo tirada do Cod. Fr., art. 373.º, sem este additamento = *com assignatura ou sem ella* = havia sido ampliada aos pelos commentadores, como pelo tribunal de cassação, aos casos de carta anonyma quando escripta pelo proprio punho do denunciante, assim como aos da declaração constatada perante elle pelo official publico.

Seria este o sentido com que foi redigido o presente art.? Se o foi, como pensamos, a redacção ficou defeituosa: 1.º, porque a nossa lei do processo não contempla as denuncias anonymas; 2.º, porque manda assignar tanto as que são feitas por escripto, como as reduzidas a auto, e somente as admittre não assignadas quando o participante não souber, não poder ou não quizer assignar, fazendo d'isso o escrivão expressa menção; de sorte que a assignatura é um acto essencial que a de-

claração do escrivão não dispensa, mas substitue, por excepção a uma regra em contrario.

Para se evitar uma interpretação repugnante com a Ref. Jud., parece-nos que o art. se deve conciliar com ella, concluindo-se que o legislador entendeu que, se tanto effeito judicial e consequente possibilidade de damno e injuria a um réu produz um ou outro dos modos legalmente auctorizados, a responsabilidade devia ser a mesma.

Todavia para effeitos penaes, embora a assignatura do denunciante fique dispensada por excepção para a authenticidade no processo da instrucção ou de accusação, não deve reputar-se bastante para depois constatar o corpo de delicto contra o participante, a menos que com o escrivão não assignem duas testemunhas.

Parcece-nos pois haver no art. defeito assim de redacção, como de doutrina.

Quanto á pena, o art. não é menos digno de censura comparado com o art. antecedente. Todo o querelante pôde ser denunciante ou participante do crime, e declarar que não quer ser parte na causa quando se trata de crime publico; mas nem todo o denunciante ou participante pôde ser querelante, se não é particularmente offendido pelo crime: Ref. Jud., art. 865.º

O simples denunciante ou participante, se está na excepção desistindo do direito de querela e accusação que a lei lhe concede, attenua o seu procedimento; mas se não está na excepção, a perversidade sobe de ponto quando o faz maliciosamente. A pena n'este caso devia pelo menos approximar-se da que deve ser imposta ao querelante malicioso.

Depois a opinião, o consenso universal dos povos, a moral publica repellem com indignação os denunciantes quando espontaneos e gratuitos; e assim deve ser, e é desculpavel que o seja, emquanto as penas não forem expurgadas do seu vicio de vingança social ou individual.

O presente art. pois teria feito com justiça similhante distincção, e tanto mais que os exemplos praticos conduzem a esta conclusão.

O Cod. Hesp., art. 241.º, equiparou o denunciante ao accusador calumnioso,

A mesma assimilhação apparece distinctamente feita no Cod. da Sardenha, art. 389.º, assim como no das Duas Sicilias, art. 186.º

O Cod. da Baviera no art. 288.º fulminou penas severas contra os denunciantes falsos; o mesmo praticou o mod. Cod. da Prussia, § 133.º

Outros Cod. da Allemanha (Comm. de Chauv. e Hel.) não os tratam com menos severidade.

Leis criminaes de antigos povos, como da França e da mesma Allemanha, impunham a pena de *talião*; d'ella se approximou o Cod. do Brazil, como vimos ao art. antecedente.

O presente art. porém, depois de tratar com tanta severidade o querelante ou accusador, mesmo nas causas correcçionaes, aqui, seguindo antes o Cod. Fr. que todas as nações corrigiram, modificou para menos e muito menos a penalidade do mesmo Cod., omitindo a multa e reduzindo ao minimo a suspensão dos direitos politicos¹.

Tambem, tanto em relação ao presente art., como ao antecedente, é de lamentar que o Cod. não tomasse em contemplação a desistencia ou retractação em tempo util, ao menos para se rebaixar a pena, como determina o Cod. da Sardenha,

¹ Os mesmos Cod. o emendaram tambem na parte em que estabelece como elemento constitutivo do delicto que a denuncia tenha sido *escripta*. Para nenhum passou assim a incriminação, porque tiveram em vista punir sempre e unicamente o facto intencional do desejo e deliberação de attrahir uma condemnación injusta sobre uma pessoa falsamente denunciada, como bem explica o comment. offie. ao cit. art. do Cod. da Baviera. E em verdade pouco importa o modo por que se faz a denuncia. Ser ou não por escripto é questão de authenticidade e credito no processo crime em que a denuncia é dada, assim como é uma questão de *prova* contra o denunciante falso no processo crime quando intentado pela calúnia.

A confrontação d'estes Cod. faz ainda ver algumas deficiencias importantes a respeito d'esta mesma incriminação. O cit. Cod. da Baviera incrimina como falso denunciante não só o que dá em juizo a denuncia, mas o que subministra contra um innocente indícios inexactos, tendentes a attrahir uma pena ou a instaurar um processo de investigação. O Cod. da Sardenha é mais explicito, porque no art. 389.º tambem considera como denunciante falso ou calumniadores:

«... ceux qui, pour faire paraître quelqu'un coupable d'une infraction, auront frauduleusement introduit dans la maison, ou en tout autre lieu propre à servir leur dessein, ou qui même auraient mis sur lui une chose dont la détention était prohibée, ou qui pourrait être un indice de culpabilité.»

art. 395.º Esta falta é prejudicial á innocencia que a lei quiz proteger, porque o calumniador fica assim tendo todo o interesse na condemnação da sua victima. Promovendo, por todos os meios illicitos ao seu alcance, a condemnação do réu, trabalha no seu proprio livramento. Dado pois o primeiro passo não pôde mais recuar nos consecutarios do seu proprio crime.

Por ultimo notaremos que tendo com justa razão no art. antecedente sido considerada a *malícia* do querelante como elemento essencial do delicto, aqui variando a phrase sómente parece exigir-se que a participação ou denuncia seja provada e julgada *calumniosa*.

A denuncia assim como a querela pôde ter sido *calumniosa*, como temos dito, em relação a quem é considerado innocente, mas hayer sido intentada *em boa fé*, e portanto faltar um elemento essencial da incriminação, qual o da participação falsa se dirigir contra alguém por um modo *directo e positivo*¹.

¹ Dizemos = *directo e positivo* = porque nos termos do art. 18.º é preciso que sobre este elemento do crime haja uma demonstração ampla.

A participação não se pôde dizer *directa e positiva* contra determinada pessoa: 1.º, quando é feita com referencia á opinião publica ou rumor geral ou a ditos mesmo vagos de algumas pessoas; 2.º, quando for fundada em algum facto, factos ou indícios que em si mesmo tenham ou pareçam ter alguma correlação com o crime, conquanto possam ter e se mostre depois terem uma significação diversa.

O participante em taes circumstancias não calumnia, faz um serviço tanto á justiça, como ao supposto ou presumido culpado, dando logar a que se justifique, se é innocente.

Temos por errada qualquer outra interpretação, assim como possivel esse erro em vista do seguinte exemplo que temos presente:

Um marido dava ou dizia-se geralmente que dava maus tratos a sua mulher. Esta morreu prematura e quasi repentinamente. Espalhou-se logo que havia morrido envenenada, e de suspeita em suspeita se indigiu o marido como auctor do crime.

Um participante houve d'este crime ainda antes da inhumação do cadaver. A justiça fez o seu dever. Procedendo-se a exame de peritos, e por primeiro e segundo de autopsia cadaverica se verificou a ausencia de veneno, verificando-se como causa da morte uma pneumonia.

O marido em consequencia deu a sua querela contra o participante como plenamente convencido de falsidade e calumnia, e foi pronunciado pelo juiz com applicação do presente art. A Relação confirmou esse despacho.

Mas não se confundiu assim a *calumnia* em relação ao facto, com a *calumnia* em relação ao participante?

Certamente que sem *intenção malefica*, sem *dolo*, não ha crime; e os juizes assim o deverão sempre julgar: mas pôde entender-se que em odio dos denunciante é característico legal demonstrativo da sua *malícia*, como *presumpção legal*, a sentença que declarar *calumniosa* a imputação de um crime por virtude de denuncia ou participação contra determinada pessoa¹.

A clareza pois da lei penal, assim como a coherencia de redacção com o art. antecedente, pediam que o presente art. fosse mais explicito, e tanto mais que existia o excellente modelo do Cod. do Brazil, art. 233.º, nas palavras = *proposta em juizo, provando-se ser calumniosa e intentada de má fé* =.

Apreciaram os juizes a *má fé* com que que o participante veio fazer sua declaração perante a auctoridade publica?

¹ Este ponto de doutrina se acha elucidado por diferentes arestos do tribunal de cassação de Paris, que traz Chauv. e Hel., tom. 4.º pag. 439: em um d'estes julgados se estabelece que o delicto de denuncia calumniosa se compõe de dois elementos *distinctos*: a *falsidade* dos factos imputados, e a *má fé* de quem os denunciou.

CAPITULO VII.

DA VIOLAÇÃO DAS LEIS SOBRE INHUMAÇÕES, E DA VIOLAÇÃO DOS TUMULOS,
E DOS CRIMES CONTRA A SAUDE PUBLICA.

SECÇÃO 1.ª

DA VIOLAÇÃO DAS LEIS SOBRE INHUMAÇÕES, E VIOLAÇÃO DOS TUMULOS.

ARTIGO 246.º

Aquelle que tiver feito enterrar um individuo, contravindo as Leis ou Regulamentos, quanto ao tempo, ao lugar e mais formalidades prescriptas sobre inhumações, será condemnado em multa, conforme a sua renda, de seis mezes até dois annos.

Art. 41.º e ref.

Concorda quanto á incriminação o Cod. Fr., art. 358.º, o da Sardenha, art. 563.º e 564.º, e o das Duas Sicilias, art. 393.º

Sobre o estabelecimento de cemiterios temos na legislação patria diversas providencias ampliadas a todo o reino pelos Decretos de 21 de Setembro e de 8 de Outubro de 1837¹.

Sobre medidas policiaes acerca dos cemiterios e inhumações temos as dos art. 16.º n.º 6.º, 17.º n.º 1.º, e 20.º, 21.º e 22.º do Regulamento de 3 de Janeiro de 1837 como attribuição da repartição da saude publica do Reino, confirmada nos §§ 6.º e 7.º do art. 9.º do Decr. de 18 de Setembro de 1844 e outros concordantes do mesmo Decr., especialmente em todos os do cap. 4.º

¹ Já na Portaria dos governadores do reino de 28 de Agosto de 1823 se havia muito recommendado á Junta de Saude então creada que promovesse o estabelecimento dos cemiterios fóra das igrejas e em logares appropriados para isto, propondo as medidas que parecessem mais convenientes.

Sobre disposições penaes era providentissimo este Decr., poisque no art. 183.º punia a contravenção com a multa de 4\$000 réis, sempre successivamente no dobro nos casos de reincidencia, alem da demissão, se o infractor fosse o guarda do cemiterio, e da privação do beneficio e inhabilidade para outro, se fosse o parochio, confirmada e ampliada assim a disposição do art. 15.º do Decr. de 21 de Setembro de 1835, e com a prisão de um mez e a mesma inhabilidade, se fosse simples sacerdote.

Os guardas dos cemiterios, conforme o art. 186.º, incorriam na demissão e tres mezes de prisão, e nos casos menos graves, segundo o art. 187.º, em admoestação, suspensão ou prisão até quinze dias. Mas aquelle Decr. foi suspenso pelo de 21 de Maio de 1846, ficando em vigor o Regulamento de 3 de Janeiro de 1837 e outras disposições anteriores.

N'este estado da legislação é sem duvida de muita utilidade a sancção penal d'este art., comquanto reduzida a multa, poisque ella se resolve em prisão, quando o contraventor a não possa satisfazer. A mesma pena em casos de peste se achava no § 13.º do Alv. de 27 de Setembro de 1506, sendo o delinquente peão, 20 cruzados, e sendo outra pessoa, 40. O Regimento dos coeiros de 1663 lhes impunha a multa de 10 cruzados e vinte dias de prisão, em dobro pela reincidencia, e pela terceira, alem d'estas penas, a demissão.

O art. na sua generalidade acha-se redigido de modo que comprehende com a sufficiente clareza tanto as inhumações clandestinas como as precipitadas, de que distinctamente se havia occupado o art. 35.º do Cod. Fr. Quando a imputação é feita a um ecclesiastico, considera-se ali como de *abuso de funcções* religiosas que, nos termos do art. 6.º e seguinte da Lei de 18 germ. anno x, entra nas attribuições do conselho d'estado.

O nosso Cod. não comprehendu esta especie no cap. 2.º do tit. 1.º d'este liv., mas isso não obsta a que os ecclesiasticos sejam comprehendidos na disposição ampla d'este art. como auctores ou como cumplices, aggravada a culpa, em conformidade com o art. 19.º n.º 8.º

A determinação do art., comquanto não passe de uma contravenção, é importante, tanto no interesse do estado civil como

para se não perderem os vestígios de crimes que tenham podido occasionar uma morte violenta, além das razões de conveniencia sanitaria resultante dos enterramentos nos cemiterios publicos. O uso das certidões ou bilhetes de enterramento é antiquissimo, como se pondera na Portaria dos governadores do Reino de 9 de Agosto de 1814.

Aquelle que commetter violação de tumulos ou sepulturas, praticando antes ou depois da inhumação quaesquer factos tendentes directamente a quebrantar o respeito devido á memoria dos mortos, será condemnado na pena de prisão de um mez até um anno e multa correspondente.

§ unico. Em todos os casos declarados n'esta secção, se houver logar a pena mais grave por outro crime, accumular-se-ha a pena de multa que se acha decretada, se não o estiver conjuntamente com essa pena mais grave.

Art. 38.º, 41.º, 87.º e ref.

Tanto a moral como a religião estão de accordo em inspirar respeito aos tumulos. A lei que protege o homem (disse o relator do Cod. Pen. Francez perante o corpo legislativo) desde o seu nascimento até á morte não o abandona mesmo quando d'elle não restam mais que despojos.

O culto dos mortos (diz Chauv. e Hel.) tem sido em todos os tempos e em todas as nações considerado como um sentimento moral e religioso. A nossa consciencia se indigna com semelhantes ultrajes. Todas as legislações os têm punido.

As leis romanas os consideravam como *sacrilegios*. O ultimo supplicio ou a deportação, segundo a condição do delinquente, era a pena ordinaria: L. 11, D. *de sepulchro violato*.

Todavia entre nós não havia lei alguma que punisse semelhantes attentados, a não ser por alguma qualificação arbitraria de sacrilegio, em razão de serem as sepulturas constituidas em logar sagrado¹.

¹ O Decr. de 18 de Setembro de 1844 continha a este respeito as seguintes disposições penaes:

« Art. 188.º Todo o individuo que devassar o cemiterio ou n'elle com-

O art. veio preencher esta lacuna e louvâmos por isso o legislador.

Seguiu n'isso o exemplo do Cod. Fr., art. 360.º, da da Sardenha, art. 567.º, e do das Duas Sicílias, art. 262.º

Quanto á aggravação das penas determinada no § un. contém uma inutilidade, por isso que as regras geraes sobre concurso de crimes eram mais que sufficientes.

A antiga jurisprudencia franceza punia com penas mais ou menos fortes, mas *arbitrarias* segundo as circumstancias, aquelles que violavam os tumulos, já desenterrando os cadáveres por simples curiosidade, já para sobre elles anatomisar ou para outro fim, já para os espancar, ferir ou mutilar, ou ainda para roubar as mortalhas ou ornatos de que se achassem revestidos. Estes crimes, ou entravam todos na incriminação geral da violação dos tumulos ou nas dos crimes communs ou contravenções que acompanham quer a mesma violação, quer a dos regulamentos sobre inhumações, quer a disposição de outras leis geraes ou especiaes.

Os tumulos hoje, entre nós, ou são construídos em terreno do publico ou municipal, ou em terreno comprado aos municípios, em vida dos fallecidos ou depois por seus herdeiros ou amigos. Em um e outro caso são propriedade estranha á pessoa do delinquente. Os desenterramentos para subtrahir vestidos, joias ou ornatos com que os cadáveres sejam dados á sepultura são um rigoroso roubo; todavia como a violação não foi n'este caso o fim, mas o meio para a subtracção, e o direito de propriedade é só dos vivos e não dos mortos, o mais regular e mais natural é considerar todos estes delictos como circumstancias aggravantes do facto principal, qua-

«metter actos indecentes, ou causar qualquer deterioração nos tumulos ou lapidas, será punido com a multa de 4\$000 a 40\$000 réis pela primeira vez, «o dobro pela segunda, o triplo pela terceira e assim successivamente, e será «obrigado á indemnisação.»

«Art. 189.º A violação dos tumulos ou sepulturas, assim como a exhumação não auctorisada e a subtracção de um cadaver, serão punidas com «a pena de tres mezes a um anno de prisão e com a multa de 4\$000 a 40\$000 réis, alem das penas da resistencia ou outras em que os transgressores incorrerem.»

Mas este Decr., como já notámos, estava suspenso ao tempo da publicação do Cod. em virtude do Decr. de 21 de Maio de 1846.

lificado sempre, como diz Carnot, como um delicto de *ordem publica* e nunca de *interesse particular*¹.

Não é só o desprezo ou o lucro que pôde ser o incentivo de violação dos tumulos. A vingança pôde fazer desenterrar os mortos para que sejam injuriados, espancados, feridos ou mutilados. O damno real é certamente nullo, porque a sensibilidade, a dor, a deformidade e uso dos membros tudo desapareceu com a morte. Mas a cobardia, a esterilidade mesma das offensas aggrava o crime a par da manifestação do odio alem do sepulchro, o que tudo é de uma tal perversidade que a natureza estremece e o espirito se revolta. Uma incriminação especial portanto seria justa n'este caso, comquanto ella se possa considerar comprehendida nas palavras do art. =antes ou depois da inhumação quaesquer factos tendentes directamente a quebrantar o respeito devido á memoria dos mortos=.

O Cod. da Sardenha foi previdente a este respeito, comprehendendo expressamente similhantes factos no cit. art. 567.º =quiconque aura outrage un cadavre=.

¹ Cabe aqui fazer-se a mesma distincção que fizemos (vol. 4.º p. 41) ao § un. do art. 130.º § 3.º. Ali foi objecto da nossa censura punir-se o *sacrilegio directo* com penas menos rigorosas que o *indirecto*. A palavra *directamente* devia ser ali empregada como aqui foi, para que não resultasse eu antinomia penal entre o mesmo § e o art. 451.º, ou se não considerasse o roubo como preponderante sobre o *sacrilegio*.

N'esse art., tratando-se da *profanação*, restrictamente para quando foi o fim da acção e não meio, como resulta da dita expressão *directamente*, ficou impune toda a *profanação indirecta*, por ser meio de subtrahir algum objecto, fazer alguma experiencia ou satisfazer a alguma curiosidade.

Esta interpretação resultante da letra da lei é absurda; mas esse adverbio =directamente= annulla necessariamente a incriminação, e o art. 18.º prohibe qualquer interpretação extensiva ou restrictiva.

SECÇÃO 2.ª

CRIMES CONTRA A SAUDE PUBLICA.

ARTIGO 248.º

Aquelle que sem legitima auctorisação vender ou expozer á venda ou subministrar substancias venenosas ou abortivas, ou sem as formalidades requeridas pelos respectivos regulamentos, quando for legitimamente auctorisado, será punido com prisão de seis meses até dois annos, e multa correspondente.

Art. 38.º, 41.º e ref.

Concordam na incriminação os Cod. Hesp., art. 246.º e 247.º, da Austria, part. 2.ª art. 109.º, das Duas Sicílias, art. 400.º, 401.º e 402.º, e da Sardenha, art. 419.º e seguintes.

A este respeito tinhamos tambem a Ord. do liv. 5.º tit. 89.º, comminando degredo para a Africa até mercê do príncipe, alem da do confisco geral de bens.

Para bem se entender a expressão *substancias venenosas*—é preciso ou suppor nos executores da lei noções *toxicologicas*, ou definir quaes as que devam legalmente tomar-se por taes. A definição é muito difficil, e por isso o Cod. Hesp. se limitou a designar as *substancias nocivas á saude*.

Os professores mesmo de medicina legal não são concordes. Entre ellas prefere Orfila a de Gmelin, que diz ser veneno «tout corps qui détruit la santé, ou anéantit entièrement la vie, lorsqu'il est pris intérieurement, ou appliqué de quelque manière que ce soit sur un corp vivant, et à petite dose.»

Mas, como adverte o mesmo auctor, a expressão *pequena dose*—não pôde applicar-se a todas as substancias, nem a todas as idades e circumstancias do homem. Uma substancia pôde ser nociva *sempre*, em qualquer dose; outra só o é

em grande quantidade, outra, dada na mesma quantidade, não produz em um individuo effeito algum prejudicial, emquanto que é causa de morte para outro individuo; outras tornam-se remedios heroicos e salvadores, applicadas *homeopathicamente* ou em doses minimas; outras enfim operam sobre o estomago, ~~enquanto que a absorção é sufficiente para muitas produzem os seus effeitos toxicos.~~

Todavia é certo que ha substancias que geralmente são caracterizadas *venenosas*. Estas, como pondera Pacheco ao Cod. Hesp., se algumas vezes têm força e vigor para o bem é á custa de a ter muitas mais vezes para o mal. Todo o remedio heroico é um veneno; se serve para curar serve tambem para dar a morte. Assim veneno é o opio, veneno é o mercúrio, venenos são todos os remedios de alguma importancia. Os que emprega a homeopathia todos são venenosos, embora deixem de o ser em doses minimas.

Existem algumas substancias tão venenosas, que, mesmo administradas em dose minima, são susceptíveis de produzir instantaneamente a morte do homem e dos animaes os mais robustos; assim como ha outras que mesmo applicadas em grandes doses não produzem seus effeitos senão passado muito tempo.

Alguas d'estas substancias são e convem que sejam absolutamente prohibidas. Outras, ou a maior parte d'ellas, entram nas combinações dos medicamentos, segundo as regras da sciencia ou da arte. A saude publica exige que se previna o abuso que de taes substancias pôde fazer a perversidade, o charlatanismo, a imprudencia, a ignorancia, a fatalidade, ou ainda mesmo a desesperação ou a demencia.

São justas pois as medidas preventivas. O monopolio é indispensavel; os regulamentos evitam ou podem evitar muitas desgraças, assim como muitos crimes.

ARTIGO 249.*

Será punido com prisão de tres mezes até tres annos e multa correspondente o boticario que, vendendo ou subministrando qualquer medicamento, substituir ou de qualquer modo alterar o que se achar prescripto na receita competentemente assignada, ou vender ou subministrar medicamentos deteriorados.

Art. 38.º, 41.º e ref.

Concorda o Cod. das Duas Sicilias, art. 400.º, o da Sardenha, art. 428.º, e o Hesp., art. 248.º

A Lei franceza de 11 de Abril de 1803, art. 32.º e 38.º, estabeleceu a obrigação de se conformarem os boticarios com o formulario confeccionado pelos professores das escolas de medicina e pharmacia.

Com esta disposição concorda a nossa legislação antiga. O Alv. de 7 de Janeiro de 1794 ligou os boticarios ás regras de uma pharmacopéa geral, salvos comtudo os receituarios que lhes *forem mandados por extenso*.

Ainda assim a cit. Lei franceza, art. 32.º, prohibe em termos absolutos aos boticarios aviar *receita alguma* de medico para *remedio secreto*.—Ils ne pourront vendre aucun remède *secret*—, como foi julgado pelo tribunal de cassação em 16 de Novembro de 1837.

Este nosso art., assim como o cit. art. do Cod. Hesp., que parece ter-lhe servido de modelo, contém duas partes, uma relativa ao aviamento das receitas por diverso modo ou com drogas diversas das prescriptas nas mesmas receitas, outra relativa ao aviamento com as substancias ordenadas, mas adulteradas.

O Cod. da Austria, part. 2.ª art. 104.º e seguintes, tambem prescreveu regras penaes contra semelhantes contravenções. O praticante ou moço da botica, o dono d'ella, e o preparador, todos são distinctamente considerados e reprimidos

correcionalmente. No art. 108.º é contemplada a especie da substituição ou troca das substancias.

A confusão debaixo da mesma pena das duas partes da disposição d'este nosso art. não nos parece acertada. O boticario que troca uma droga por outra, ou que a substitue, pôde faze-lo sem *intenção malefica*, mas sómente porque, não tendo a droga receitada, ou não a tendo em bom estado, e conhecedor das propriedades de alguma d'ellas, pensa que a substituição não offerece inconveniente, emquanto que o boticario que faz o aviamento com substancias corruptas ou deterioradas deve ter a consciencia do damno que pôde produzir, aggravando o mal do enfermo e comprometendo a responsabilidade moral do medico.

A primeira culpa não passa os limites de uma contravenção, a segunda é um crime, e que pôde ser gravissimo, se causou a morte, se fez correr ao doente perigo da vida, ou se produziu estragos que peioraram o seu estado de saude. A pena pois n'este segundo caso é levissima¹.

O mesmo se deve ainda dizer nos casos em que no tratamento homeopathico o boticario substitua uma por outra substancia venenosa, ou altere para mais as quantidades minimas receitadas; porque a diversidade na especie ou na quantidade, determinando a acção do veneno, produz um effeito contrario de que o boticario é causa, e por que não pôde deixar de ser responsavel.

Já que o Cod. Pen. tocou n'estes objectos, que são para os regulamentos do Proto-medicato, e que devem ser previstos e reprimidos pelos regulamentos especiaes, cumpria que se empregasse em semelhantes incriminações toda a individuação e clareza, como exige o art. 18.º das disposições geraes, e a necessidade tanto de se não dar logar a interpretações arbitrarías, que sempre são um mal, como de se não punir como contravenção o que é crime de tanta gravidade.

¹ «El efecto de la primera (diz Pacheco ao Cod. Hesp.) puede ser inutilizar la accion de la medicina; el efecto de la segunda no es solo negativo, «es positivo, y talvez incalculable. El boticario que hace lo primero, puede «dejar morir, el segundo puede matar al paciente.»

ARTIGO 250.º

Todo o facultativo que em caso urgente recusar o auxilio de sua profissão, e bem assim aquelle que competentemente convocado para exercer acto da sua profissão necessario, segundo a Lei, para o desempenho das funcções da Auctoridade publica, recusar exerce-lo, será condemnado em prisão de dois mezes a dois annos, salva a disposição do § unico do artigo 188.º

Art. 38.º e ref.

A penalidade que se contém n'este art. parece-nos excessiva. A multa e a interdicção da profissão por alguns mezes entre maximo e minimo é mais que sufficiente em taes casos. Nas sociedades bem constituídas, quando a auctoridade precisa dos serviços ou cooperação dos homens de profissão, pagalhes, e até os premeia se elles correm perigo de vida ou de ser infectados de contagio.

N'estes casos extraordinarios ou de *calamidade publica* a que se refere o § un. do art. 288.º, ou o legislador deve confiar e esperar tudo da dedicação e amor da humanidade, sentimento quasi irresistivel no commum dos homens quando apparecem taes crises, ou estimular o zelo dos homens da profissão, já pelo premio condigno, já pelo prejuizo nos interesses legaes ou licitos da sua profissão.

Se o perigo é tão grande que o facultativo entende que arrisca a sua vida comparecendo em logar empestado; se foge d'esses logares impressionado d'esse temor ou d'essa convicção; com que justiça ha de ser condemnado a prisão? E de que serve a comminação de prisão na presença de um mal maior?

No regimento dado a Pedro Vaz a bem da saude de Lisboa, e datado de Thomar em 27 de Setembro de 1526, refe-

ARTIGO 250.º

rindo-se el-rei aos logares de Italia em que havia estado em tempo de peste, diz e recommenda portanto o seguinte:

«§ 32.º Item, a todos os ministros da peste convem saber, physicos, sangradores e hospitaleiros, confessores e tam-
«bem dos testamentos, homens que levam os enfermos e sob-
«terram os mortos *se dá o premio conveniente, e tal que por*
«*elle se acha sempre abundancia de pessoas que não receiam*
«*os taes officios por mais que vejam morrer e por mais que*
«*morrão, d'elles não fallecem outrem que entre nos mesmos*
«*logares.*»

De um lado pois o premio, e de outro a multa, e o prejuizo resultante da interdicção de funcções temporarias, são duplicados incentivos para determinar a vontade d'aquelles que não têm outro modo de viver senão o da sua profissão.

Na guerra o amor da gloria faz de um soldado um heroe, um martyr pela patria; os castigos produzem os desertores, os traidores e os cobardes.

Na paz tambem a coragem civica, o soccorro da humanidade afflicta, o auxilio prestado á auctoridade publica, são acções que devem esperar-se de corações generosos; e quanto ás almas vulgares, se a contemplação do interesse em rasão do prejuizo e do premio pecuniario os não movem, commettida uma terceira falta de civismo, só resta declara-los, pela interdicção perpetua, indignos da profissão que exercem.

ARTIGO 251.º

Aquelle que de qualquer modo alterar generos destinados ao consummo publico, de fórma que se tornem nocivos á saude, e os expozer á venda assim alterados; e bem assim aquelle que do mesmo modo alterar generos destinados ao consummo de alguma ou de algumas pessoas, ou que vender generos corruptos, ou fabricar ou vender objectos cujo uso seja necessariamente nocivo á saude, será punido com prisão de dois mezes a dois annos e multa correspondente, sem prejuizo da pena maior, se houver logar.

§ 1.º Em qualquer parte que se encontrem os generos deteriorados ou os sobre ditos objectos, serão apprehendidos e inutilizados.

§ 2.º Será punido com a mesma pena:

1.º Aquelle que esconder ou subtrahir ou vender ou comprar effeitos destinados a serem destruidos ou desinfectados;

2.º O que lançar em fonte, cisterna, rio, ribeiro ou lago, cuja agua serve a bebida, qualquer cousa, que torne a agua impura ou nociva á saude.

ARTIGO 252.º

Em todos os casos não declarados n'este capitulo, em que se verificar violação dos regulamentos sanitarios, observar-se-hão as suas especiaes disposições.

Art. 38.º, 41.º, 87.º e ref.; 15.º § 1.º

ARTIGO 252.º

O art. 251.º contém tres incriminações distinctas, mas assimilhadas para a pena.

O *facto* complexo da *alteração* seguido da *exposição* á venda é o *primeiro facto* que a lei pune, vindo assim a ser ultimo acto do crime consummado a *tentativa* da venda, ou antes a *alteração* seguida do acto *preparatorio* da *exposição* que precede os preliminares do contrato illicito, quaes os da *procura* e *offerta* dos generos; incriminação que entra na excepção resalvada na regra do art. 10.º

Concorda na incriminação o Cod. Hesp., art. 250.º, punindo porém o *facto* da *alteração* sem dependencia de seguimento de acto preparatorio de *exposição* á venda ou *tentativa* d'ella.

O Cod. Fr., art. 318.º, incrimina tambem o mesmo *facto*, mas é sempre essencial o da venda, ainda que por circunstancias independentes da vontade do criminoso, como a de terem sido refutados ou rejeitados os generos pelo comprador, ou da falta da entrega do preço, o contrato se diga inutilizado. Basta que tenha havido ajuste (como nos termos da nossa Ord., liv. 4.º tit. 2.º pr.), e esta é a jurisprudência do trib. de cass., Ar. de 14 de Fevereiro de 1840.

O nosso Cod. foi mais longe incriminando desde a *exposição* á venda, uma vez que o expositor seja a mesma pessoa que alterou os generos.

Concorda substancialmente com o Cod. Fr., restricto a *bebidas*¹, e com a ampliação do Cod. Hesp., restricto a *comestiveis*², o Cod. da Sardenha, art. 429.º e 430.º, incriminando o *facto* da *alteração*, *par ce seul fait*, independente-

¹ Por ex., vinagre sophisticated de acido sulphurico: trib. de cass., cit. Ar. de 14 de Fevereiro de 1840.

² Por ex., pão fabricado com o emprego de vitriolo, ou mistura de gesso, pó de pedra, etc.: trib. de cass., Ar. de 21 de Maio de 1829. O presente art. ampliou, e com justa razão, a todos os generos destinados ao consummo publico. Assim os fabricadores do tabaco para fumar ou cheirar, se n'esse fabrico empregarem substancias nocivas á saude, ou adulterarem o que se achar fabricado, sendo os encarregados da venda, quer livre, quer por monopolio, quer por estanco, ficam comprehendidos n'esta incriminação. Segundo as leis inglezas toda e qualquer manobra que tende a prejudicar a saude ou a enfraquecer as forças de um individuo é punivel.

mente da exposição á venda ou effectiva venda, se o criminoso costuma vender os generos.

Na segunda incriminação verificam-se os mesmos elementos do crime, faltando o da exposição, mas acrescentando como equivalente estarem os generos já com destino a consummo determinado.

A terceira incriminação subdivide-se em duas:

A primeira abstrahê de contemplar as causas da corrupção. Basta que o delinquente conheça a corrupção e effectivamente venda os generos corruptos.

A segunda não trata nem da alteração nem da corrupção, e pune tanto a fabricação como a venda de generos que necessariamente sejam *nocivos á saude*.

O legislador entendeu na primeira hypothese d'esta subdivisão que o facto da fabricação, como causa principal da possibilidade do crime, devia ser punido, que na segunda devia ser equiparado o delinquente que, achando os generos fabricados, augmentou as probabilidades do damno á saude publica dando-lhes extracção pela venda.

Quanto ao confisco de que trata o § 1.º é elle uma imitação do Cod. Fr., art. 318.º:

«....seront saisies et confisquées les boissons falsifiées «trouvées appartenir au vendeur ou débitant.»

O § acrescenta que taes generos devem ser inutilizados e com justo fundamento, porque a apprehensão não é uma pena em favor do fisco, mas uma medida sanitaria e preventiva que nada tem com o processo nem com a pena do delicto. Tem por fim inutilisar os generos corruptos, alterados ou nocivos, o que é mais objecto para se consignar nos respectivos regulamentos do que no Cod. Penal. O Cod. Fr. o determinou no art. 477.º, a respeito dos liquidos falsificados, como das palavras—*ces boissons seront répandues*—.

Assim estava tambem providenciado entre nós, como no Regimento de 15 de Dezembro de 1707, § 5.º, aonde se lê:

«Achando em suas visitas algumas cousas que sejam podres ou corruptas e de mau cheiro, e *que por essa razão se hajam de queimar ou deitar ao mar*, que sejam de qualidade que na execução d'ellas haja perigo na tardança» etc.

«Tendo por informação que em algumas tendas ou outros logares visinhos, ha materiaes falsificados ou podres... *os deve mandar queimar logo*» etc.

O n.º 1.º do § 2.º contém uma ampliação tendente a garantir não só a execução d'estas providencias sanitarias sobre os generos apprehendidos, comprehendendo assim todos aquellos que sabendo que os mesmos generos ou objectos se acham condemnados lhes promovem o consummo, mas tambem a execução das mesmas medidas sobre generos e objectos, cujo consummo é prohibido, até que se pratiquem as cautelas tendentes a prevenir a transmissão de um mal contagioso.

O n.º 2.º do mesmo § é especial sobre as alterações por mistura de qualquer cousa que torne menos pura a agua de beber, do uso commum, em fonte, cisterna, rio, ribeiro ou lago, ou que torne a mesma agua nociva á saude. O legislador não quiz certamente assimillar dois factos distinctos em gravidade, a impureza da agua não nociva com a mesma impureza ou mistura, quando nociva. A assimilhação ficaria absurda, mas a letra do n.º o diz assim, e portanto apparece aqui ou erro de doutrina ou gravissimo de redacção.

Quanto finalmente ao que se declara no art. 252.º é preventivo das omissões do Cod. sobre a materia, as quaes sómente podem bem ser legisladas ou determinadas nos respectivos regimentos e leis especiaes sanitarias. De resto dá-se no mesmo art. uma superfluidade em presença do que foi declarado no § un. n.º 1.º do art. 15.º A mesma inutilidade se encontra, como vimos, no art. 205.º, e notaremos em outros logares, provado assim um dos defeitos do Cod. que já censurámos.

CAPITULO VIII.

DAS ARMAS, CAÇAS E PESCARIAS DEFEZAS.

SECÇÃO 1.ª

ARMAS PROHIBIDAS.

ARTIGO 253.º

Aquelle que fabricar ou importar, ou vender ou expor à venda, ou subministrar arma prohibida pela Lei ou pelos Regulamentos da administração publica; e bem assim aquelle que a trazer ou usar d'ella, será punido com prisão de um mez a um anno e multa correspondente.

§ 1.º A simples detenção será punida com a multa de um mez.

§ 2.º O que, sem a competente licença, ou fóra das circumstancias declaradas na Lei ou nos Regulamentos da administração publica, trazer ou usar de qualquer arma, cujo porte ou uso for sómente permitido n'essas circumstancias ou com licença da Auctoridade, será punido com a prisão de quinze dias a seis mezes e multa de um mez.

§ 3.º Em todos os casos declarados n'este artigo e seus §§ as armas serão apprehendidas e perdidas a favor do Estado.

Art. 38.º, 41.º e ref.; C. Const., art. 145.º §.

Este art. tem por objecto estabelecer a sanção penal da prohibição de certas armas, ou porque especialmente não são necessarias á defeza de cada um, ou porque são perigosas não

só pela possibilidade do abuso, mas pela facilidade que prestam á impunidade, surpresa, traição e aleivosia¹.

Se o facto que as leis prohibem é em si mesmo o da existencia das armas, todos os individuos que por qualquer modo concorrem para essa existencia devem ser punidos. Portanto é logico considerar delicto, assim a fabricação, importação, commercio ou communicação d'ellas, como o seu porte ou uso.

Mas a necessaria e legitima defeza é um direito sagrado e inauferivel; não póde ter limites em relação a meios. Por mais bem constituídas que sejam as sociedades não podem ellas proteger o cidadão em toda a occasião, em todas as circumstancias, em todos os transe da vida. Quando a sociedade dorme e vela o malfeitor, póde a auctoridade quando acorda, se acorda e consegue descobrir e convencer o criminoso, vingar a offensa; mas o mal proveniente do crime em relação ao offendido não o póde muitas vezes reparar.

Pretende-se garantir a sociedade, que é o complexo de todos os cidadãos, contra o *abuso* de certas armas, mas despoja-se assim tambem a mesma sociedade do *uso* dos meios indispensaveis, para, dadas certas circumstancias, se tornar effectivo o exercicio da natural defeza, que não deixa de ser um direito social por ser individual.

São isto contrasensos que cumpre conciliar. A prohibição não deveria pois, a nosso ver, ser absoluta, mas restricta áquellas pessoas que offereçam maior probabilidade de *abuso* que de *uso* das armas, ou pelo menos limitar-se ás armas *occultas ou secretas*.

As leis preventivas contra *abuso*—sómente são justas, quando condemnando-o não tohem o *uso* licito.

A *imprensa* periodica é um instrumento de que muito se póde *abusar*. Que se diria de uma lei que prohibisse a imprensa para prevenir esse *abuso*?

Os romanos, quando o porte de armas era em geral prohibido aos particulares, tambem prohibiam a *fabricação e commercio* (L. 2. Cod. *Quæ res export. non deb.*; nov. 85 de *armis*, cap. 1.º e 4.º).

¹ Quaes sejam essas armas, segundo a legislação em que o Cod. não fez innovação alguma, póde ver-se em Ferreira e Sousa, *Class. cr.*, e no comm. do sr. Levy, appendice 1.º vol. 3.º

Solon, que prohibia por uma lei o porte de armas, por outra lei notava de infâmia aquelles que em uma occasião de sedição civil não tomassem parte n'ella contra ou a favor de um dos partidos, o que auctorisava a fabricação, aquisição e detenção de armas, como indispensavel para cumprimento d'este dever.

Em França foi declarada prohibida a fabricação e commercio de armas *occultas e secretas* por uma declaração de 23 de Março de 1728, sustentada ainda hoje pelo Decr. de 12 de Março de 1806, e pelo Cod. Pen., art. 314.^o¹.

Quanto ao § 1.^o do art. se nos offerece observar que a *detenção* é um *acto preparatorio* ou de *crime* ou de *defeza*. No primeiro caso, quando por excepção á regra do art. 10.^o devesse incriminar-se esse acto, elle é *mais proximo* do crime que aquelles que o precedem, e portanto mais grave; no segundo caso esse mesmo acto, como não preparatorio de crime, não devia ser incriminado. Em todo o caso como o abuso não é presumivel, a conclusão não seria a de se reduzir a uma insignificante multa a penalidade, como se estabelece n'este §, mas a do silencio do legislador.

Ninguém deixará de se prevenir de armas prohibidas seja com o intuito da aggressão ou seja no da defeza, temendo a possibilidade da multa, que quasi nunca ou rarissimas vezes poderá ter applicação, porque para esse fim tem de ser devassada a sua casa ou habitação, alem dos meios de occultação de que pôde lançar mão em taes occasiões.

É pois a determinação d'este § esteril, injusta e repugnante. Funda-se unicamente na presumpção da possibilidade do abuso, e pretere a presumpção da possibilidade do uso.

O § 2.^o do presente art. trata das armas sobre que não ha uma prohibição absoluta, mas permissão mediante a competente licença.

¹ N'este art. se encontram as palavras=*armes prohibées par la loi ou par des réglemens d'administration publique*=fielmente traduzidas para o nosso art., como haviam sido copiadas do Cod. para a Lei franceza de 24 de Maio de 1834, art. 1.^o O Cod. impunha a prisão de seis dias a seis mezes: esta lei aggravou a pena, elevando-a de um mez a um anno, alem da multa. O nosso art., não seguindo a moderação d'este Cod., usou da maior severidade, adoptando a penalidade da dita lei.

Solon em Athenas e Servio Tullio em Roma haviam prohibido o *porte* das armas em geral nas ruas da cidade. Esta prohibição foi suscitada por Cesar, por Augusto e por Valentiniano I: l. 1.^a e 2.^a, tit. 6.^o liv. 48.^o D. *Ad legem Jul. de vi publ.*

Os germanos e os gaulezes pelo contrario não compareiam em parte alguma senão armados. Esta faculdade foi depois convertida em prohibição absoluta sem distincção de pessoas por Francisco I, sob pena de morte com infâmia, ampliada a todos os que lhes prestassem por qualquer fôrma ajuda e favor.

Os extremos tocam-se. Se o direito de defeza não pôde auctorisar o uso ou porte de armas quando habitual e frequente pela perturbação que pôde causar na sociedade, tambem esse perigo não pôde justificar uma prohibição absoluta em prejuizo d'essa mesma defeza.

Justa portanto nos parece a determinação d'este §, que é um meio termo entre estas legislações e as de outros povos oppostas e contrarias. Supprimidas as palavras=*cujo porte ou uso for sómente permittido n'essas circumstancias ou com licença da auctoridade*=o § conteria quanto bastava sobre o objecto, conciliando os direitos individuaes com os interesses da sociedade, mesmo em circumstancias extraordinarias, durante as quaes ao governo cumpre ou armar em massa os cidadãos com as armas que tenham ou possam encontrar, ou desarmá-los completamente, privando-os temporariamente de toda e qualquer arma, para que só fiquem armados os agentes da força publica.

O § 3.^o do presente art. concorda com o § 2.^o do art. 314.^o do Cod. Fr. com a differença que as palavras=*seront confisqués*=são substituídas pelas=*serão apprehendidas e perdidas a favor do Estado*=¹. Mas nem por isso a expressão *confisco* ficou sendo menos apropriada, e consequentemente menos repugnante esta determinação com a promessa constitucional de

¹ Em toda a parte do Cod. em que se applica esta especie de *confisco*, se fôge d'esta expressão e se emprega outra equipolente; mas porque a variação de nomes nada influe sobre a essencia das cousas, esta ficou sendo a mesma, isto é, o *confisco* que a Carta reprovava em termos absolutos.

que *não haveria confisco em caso algum*. Se as armas são das permittidas, a appropriação é um rigoroso confisco. Se são prohibidas não póde haver incorporação a favor do Estado, poisque se devem inutilisar ou quebrar. Assim o determinava o Regimento, denominado dos quadrilheiros, de 12 de Março de 1603, § 9.º, e as leis e ordenações a que se refere.

SECÇÃO 2.ª

CAÇAS E PESCARIAS DEFEZAS.

ARTIGO 254.º

Aquelle que caçar nos mezes em que pelas Posturas municipaes ou pelos Regulamentos da administração publica for prohibido o exercicio da caça, ou que nos mezes que não forem defezos caçar por modo prohibido pelas mesmas Posturas ou Regulamentos, será punido com a prisão de tres a trinta dias e multa correspondente.

§ unico. Será punido com as mesmas penas, mas só a requerimento do possuidor, aquelle que entrar para caçar em terras muradas ou valladas sem consentimento do mesmo possuidor.

ARTIGO 255.º

Será punido com as mesmas penas:

1.º O que pescar nos mezes defezos pelas Posturas municipaes ou Regulamentos de administração;

2.º O que pescar com rede varredoura ou de malha mais estreita que a que for limitada pela Camara Municipal, ou pescar por qualquer outro modo prohibido pelas mesmas Posturas ou Regulamentos;

3.º O que lançar nos rios ou lagoas em qualquer tempo do anno trovisco, barbasco, coca, cal ou outro algum material com que se o peixe mata.

Art. 38.º, 41.º e ref.; 15.º § 1.º

O exercicio de caça tem sido impugnado por uns e exaltado por outros.

Ora se tem considerado nobre, como tendo formado os heroes da antiguidade e sido o preludio das grandes empresas, dos feitos sublimes que têm transmittido à posteridade nomes gloriosos, ora se tem considerado com melhor fundamento uma fecunda origem de muitos vícios e crimes, um divertimento desenfreado que faz esquecer o amor do trabalho, endurecer o coração e atrazar a civilisação.

S. Jeronymo não foi severo em demasia, quando qualificava a caça e os caçadores = *venatio ars nequissima, venatores nefarium genus*—. É certo que a paixão pela caça faz preterir os deveres mais sagrados, e torna um marido, como diz Horacio, esquecido da propria esposa que o idolatra = *tenerat conjugis immemor*—.

A historia demonstra a este respeito uma grande verdade que faz honra á civilisação moderna, e é de que nossos antepassados eram muito mais ignorantes que nós hoje somos, mas muito melhores caçadores.

Solon prohibiu a caça ao povo, porque a experiencia mostrou que esse exercicio o distrahia das artes mechanicas e dos trabalhos uteis.

Mas em quasi todas as nações, em tempos não civilizados, os grandes senhores na ociosidade que lhes proporcionavam as suas riquezas, precisando de empregar o seu tempo esteril, entregavam-se a este exercicio com tal excesso e com tal sofreguidão, que o homem do povo era punido e com penas gravissimas, se ousasse usurpar um passatempo que se nobilitou só porque se tornou a occupação habitual dos nobres.

Tudo porém n'este mundo tem os seus justos limites; ultrapassá-los é converter o bem no mal, a virtude no vicio. A caça pôde ser um exercicio util, como adequado a fortalecer a saude, assim como pôde com excesso arruína-la. Pôde ter por incentivo um interesse pecuniario, um commercio licito, prover á propria subsistencia ou de uma familia, defender pessoas e propriedades de animaes damnhos.

S. Jeronymo não stygmatisou por certo o exercicio, mas o vicio da caça, como condemnaria o da embriaguez, o do jogo ou qualquer outro.

Os productos da caça fazem uma parte muito importante

das subsistencias publicas; o exercicio pois não pôde nem deve ser prohibido, absolutamente fallando.

Mas é preciso por uma parte que a perseguição de certos animaes não damnhos não seja tão grande que os destrua; e por outra parte que as providencias facultativas a semelhante respeito produzam ao mesmo tempo o salutar effeito de não afastar os cidadãos dos seus negocios publicos ou domesticos, nem do estudo e applicação ás artes ou ás sciencias; cumprindo não menos impedir que homens facinorosos percorram armados os caminhos, estradas e montes a pretexto de caça¹.

N'este sentido é constituida a nossa legislação anterior ao Cod., e muito principalmente no de prevenir que o exercicio da caça não obste á reproducção das especies. É um capital que a sociedade quer conservar, permitindo que sómente se gastem os seus juros.

A Ord. do liv. 5.º tit. 88.º, providenciando a semelhante respeito, não só prohibiu a caça em certos mezes do anno e com distincção, segundo as diversas localidades, mas ainda quanto ao modo. Era muito mais severa quanto á transgressão do tempo, pois impunha a pena de degredo; mas era muito mais moderada na transgressão quanto ao modo, pois sómente impunha a pena pecuniaria de 2\$000 réis paga da cadeia.

O Alv. de 12 de Outubro de 1612 prohibiu atirar-se com

¹ Os inconvenientes que podem resultar do vicio ou abuso da caça foram bem sentidos e apreciados no Alv. do 1.º de Julho de 1776, em cujo preambulo se lê:

«Me foi representado por um grande numero de donos e possuidores de quintas, fazendas, vinhas e terras, que de alguns annos a esta parte muitos homens ociosos, vadios e de mau viver, uns entregando-se á preguiça, outros deixando as artes fabris que aprenderam e fazendo vida de caçadores, infestam armados as sobreditas quintas, fazendas, vinhas e terras, invadindo todas por força e violencia, abusando dos fructos que n'ellas acham, como se fossem proprios, pisando e destruindo no agro os que se acham verdes nos campos e nos arvoredos, resistindo com armas de fogo que publicamente levam aos donos, feitores, caselros, guardas e abogdes, que, usando do seu direito, lhes pretendem impedir a entrada, até os excessos de maltratarem uns, ferirem outros, e chegarem a privar outros da mesma vida; e passando á debaixo das apparencias de caçadores a roubar nos caminhos e estradas os passageiros e viandantes que, ou encontram ou procuram de proposito encontrar para os assaltarem.»

espingarda à caça no ar, ou fosse em coutadas ou fóra d'ellas, porque a experiencia havia mostrado que este modo afugentava e destruia as especies. Punia o delinquente se fosse peão, com agoutes, 2\$000 réis pagos da cadeia, e perdimento da espingarda; se fosse de maior condição, a mesma pena pecuniaria, cadeia e degredo para a Africa por dois annos. Exceptuava os fidalgos da casa real, para serem corrigidos por elle, *conforme fosse mais do seu serviço.*

A Ord. do liv. 5.º tit. 80.º § 15.º prohibiu que na caça alguém atirasse com munição de pelouros miudos, *=por se não destruir a creação das aves*, e por se não perder o *primor e a arte de atirar a ponto*. Comminava ao delinquente a pena do perdimento da arma de fogo, 2\$000 réis de multa e vinte dias de prisão, bastando o facto de ser encontrado com a munição dos ditos pelouros *=posto se não prove atirou com elles*! O degredo tinha logar nas reincidencias.

A inexecução d'esta Ord. fez com que a criação das perizes se achasse quasi de todo extincta, o que deu causa a suscitar-se a observancia da mesma lei pelo Alv. de 23 de Fevereiro de 1624, ampliada a dita penalidade aos que vendessem a munição, a vasassem ou fizessem fórmãs para ella, assim como aos que desmanchassem os ninhos das ditas aves; tudo a fim de *que ellas tornassem a povoar este reino e as coutadas quasi destruidas.*

Depois veio o Alv. do 1.º de Julho de 1776 § 4.º prohibir no termo de Lisboa e provincia da Estremadura, *absolutamente, em qualquer tempo*, a caça a qualquer pessoa que *não tivesse aquelle grau de nobreza civil que distingue a ordem dos cidadãos dos gremios da plebe!* e agravar para as mesmas pessoas do povo, quanto ao modo da caça, as penas da Ord. liv. 5.º tit. 80.º § 15.º, e dos tit. 87.º e 88.º, substituindo-as com prisão de tres mezes e degredo para a calceta de tres annos, pela primeira vez; e com prisão por seis mezes e degredo de seis annos para Angola, salvas as penas mais graves correspondentes a outro delicto!

Foram restos do regimen feudal ou de antigos costumes e prejuizos, que faziam considerar o direito da caça como privativo dos reis e dos nobres: *«Illud vero procul omni dubio*

«est, venationem a majoribus nostris tanquam Regum et nobilium haberi.» Mello Freire, Instit., liv. 3.º tit. 3.º § 4.º not. Por isso as coutadas eram prohibidas, pela Ord. do liv. 5.º tit. 91.º, e só podia faze-las o principe ou aquellos a quem elle as concedia ou consentia¹.

Mello Freire, no seu Ensaio do Cod. Cr., tit. 24.º pr. e § 3.º, havia sobre este objecto consignado as seguintes disposições:

«Toda a pessoa poderá caçar livremente nas terras proprias ou nas alheias que não forem coutadas nem moradas, nos tempos e com as armas que não forem defezas; comtanto que não faça vida de caçador, porque então será tido e castigado como vadio.»

«A camara do logar pertence declarar os mezes em que é livre o uso da pesca ou caça, por não poder fixar-se em todas as terras e logares, as armas e instrumentos que devem servir n'este exercicio, e as penas contra os transgressores, comtanto que não passem de oito dias de cadeia e dez cruzados applicados para as obras publicas, a requerimento do seu procurador.»

Estas disposições parecem-nos preferiveis na parte em que firmam por um modo claro e terminante, que ás camaras pertence, como objecto policial, a declaração dos mezes defezos para a caça; assim como das armas permittidas e das penas, mas com a restricção, quanto a estas, de um maximo que não possam exceder, ficando-lhes a alternativa da pena ou de prisão, ou de multa, ou da comminação de ambas. Em muitos casos a multa é mais que sufficiente, enquanto que o Cod., reconhecendo virtualmente a competencia das Camaras sobre a incriminação, lh'a nega quanto á pena, deixando ao arbitrio do juiz elevar cumulativamente a prisão e a multa até trinta dias.

De resto a disposição do art. podia ser omittida, porque,

¹ Em França, pela Lei de 4 de Agosto de 1789, foi completamente abolido o direito exclusivo da caça, e se estabeleceu em principio que só o dono de um terreno ou propriedade tem o direito de destruir os annuaes que n'ella se encontrarem, salva a sujeição aos regulamentos que podesse exigir a *segurança publica*. Este direito foi confirmado e regulamentado pela Lei de 3 de Maio de 1844.

N'esta mesma lei se encontram as restricções necessarias, quanto a *tempo defezo*, e quanto a *personas e modo*, em terreno alheio, para que se não abuse do direito de caça. Esta lei é digna de ser imitada.

não se incriminando facto algum designadamente, mas só re-missivamente ás posturas e regulamentos,ahi devem encontrar-se as penas correspondentes, e para se coarctarem os seus limites existe legislada no mesmo Cod. a providencia necessaria, como se vê do seu ultimo art. 489.º

Se o Cod. omitta descrever os elementos constitutivos das incriminações devia tambem omitir a penalidade respectiva a cada uma d'ellas. Quanto á especie prevista no § un. com relação ao exercicio do direito de caça, se as penas do art., nos casos d'elle, podem ser muitas vezes severas em demasia, aqui ficam muito inferiores ao delicto pela duplicada offensa do direito de propriedade: 1.º, porque ninguém tem direito de invadir em taes circumstancias a terra alheia; 2.º, porque o direito de caça no proprio terreno assim murado ou vallado é um exclusivo do seu dono ou possuidor.

Mais justamente se achava reprimido este facto pelo Alv. do 1.º de Julho de 1774 §§ 1.º e 2.º, podendo os invasores ser presos em flagrante, conduzidos perante a auctoridade, e punidos com prisão de tres mezes e pagamento anoveado do damno. A falta de protecção da lei contra os invasores obriga os proprietarios, feitores ou caseiros a empregar meios de resistencia e de desforço, que não quadram á qualidade da injuria, que exceedem os justos limites, mas que os dispensam do incommodo de fazer um requerimento, como exige o §, para desagravo da offensa.

Alem d'isso este Alv. § 3.º ordenava a applicação das mesmas penas, quanto ao termo de Lisboa e provincia da Extremadura, tambem quando o facto se desse em terras abertas, em que houvessem sementeiras feitas ou fructos pendentes nos arvoredos ou nos campos; e esta disposição não só devia ser conservada, mas ampliada a todas as terras do reino, mesmo nos mezes em que a caça não fosse defeza, segundo as leis, posturas ou regulamentos.

Assim o praticou Mello Freire, cit. Ensaio do Cod. Cr., tit. 24.º § 1.º, comquanto estabelecesse em ambos os casos, que assimilhou inteiramente, a pena de 1\$000 réis de multa e o pagamento do damno em dobro, que reputámos excessivamente diminuta.

Quanto aos factos previstos no art. 255.º e seus n.ºs re-missivamente ás posturas e regulamentos das camaras municipales com relação á pesca, assimilhados na penalidade, já o estavam na Ord. do liv. 3.º tit. 88.º

Temos por desnecessaria esta disposição, porque se o art. não incrimina designadamente facto algum, e se o legislador reconhece que o objecto não pôde ser do dominio do Cod. Penal, bastava a disposição do cit. art. 489.º para coarctar o arbitrio das mesmas camaras quanto ás penas.

Esta observação procede a respeito da caça de que tratou o art. antecedente, como fica notado.

Mas aqui com muito mais forte fundamento não pôde applicar-se a regra do *quod abundat non nocet* =: 1.º, porque os termos do art. supõem uma inteira competencia das posturas quando, segundo a Ord. cit. §§ 6.º e 8.º, e quanto á bitola das redes ou das malhas das redes, era restricta á pesca fluvial, comprehendendo os rios de agua doce ou onde a maré não chegue. Ahi mesmo o legislador coarctava o arbitrio das camaras, determinando que as redes seriam sempre de bitola e malha de largura de sete dedos ao través ao menos, quanto á pesca dos saveis, sabogas e tainhas.

A pesca maritima é de uma tal importancia, que tem ficado e deve continuar a ficar fóra do alcance das posturas das camaras municipales. Como principal elemento da subsistencia dos povos, fonte de rendimento publico e escola pratica de navegação, é só o legislador quem deve directamente dar-lhe a conveniente direcção e prestar-lhe uma protecção especial.

O presente art. nos seus n.ºs 1.º e 2.º não distingue a pesca fluvial da pesca maritima, o que pôde dar logar a que as camaras municipales se arroguem um direito que não tinham, que não têm e que não devem ter.

2.º Porque em relação ao objecto especial de que trata o § 3.º com justa razão na Ord. do liv. 5.º tit. 88.º § 7.º se continham penas muito mais severas:

«O que assim havemos por bem para que se não mate a «creação do peixe, nem se corrompam as aguas dos rios e lagoas em que o gado bebe.»

Em França, pela disposição do art. 28.º do Cod. de Pesca

fluvial de 15 de Abril de 1820, é este delicto punido com a multa de cincoenta a tresentos francos e prisão de um a tres mezes.

Sendo em aguas não correntes ou estagnadas, como tanques, viveiros, lagoas ou reservatorios, por applicação do art. 452.º do Cod. Pen., a pena é de prisão de um a cinco annos alem da multa.

Effectivamente o envenenamento do peixe em aguas correntes, que é transitorio, não devia confundir-se como aqui se confundiu, quando em aguas estagnadas em que o dainno é permanente e duradouro.

Em todo o caso a pena é comparativamente inadequada e relativamente injusta, como não correspondente á gravidade do delicto. Isto se demonstra e confirma com o mesmo Cod. nos factos incriminados no art. 251.º e seu § 2.º n.º 2.º Se ahí se pune um attentado indirecto contra a vida do homem no directo contra a sua saude, aqui se pune o mesmo attentado no directo contra a vida ou deterioração do peixe, que constitue uma parte das subsistencias publicas e particulares.

3.º Porque, havendo-se contemplado especialmente no § un, do art. antecedente o facto da violação do direito de propriedade na invasão através de muros e vallados com relação á caça, aqui se não fez o mesmo com relação á pesca. Não se achando este facto aqui expresso, e devendo então recorrer-se ás regras geraes sobre *furto* ou aggravado ou cômô de *roubo* em rasão do *escalamento*, resultará o grande absurdo de que invadir alguém a propriedade alheia, armado de uma espingarda, polvora e chumbo, não pôde ser punido senão com prisão de tres a trinta dias e multa correspondente, emquanto que se invadir armado de um anzol e uma linha ou rede será punido com uma das penas maiores!

Não só isto: no primeiro caso só terá logar a condemnação a requerimento do proprietario; no segundo caso intervirá de officio o ministerio publico!! O absurdo diminue quanto á caça volatil, quando só o tiro a pôde apropriar, mas fica do mesmo modo que na pesca, quanto á caça em matas ou coutadas, que já se acha apropriada exclusivamente por seus donos.

Assim o Cod. n'estes dois art., é expresso quando devia ser omisso; guarda silencio quando devia ser explicito; agrava e sem necessidade a penalidade quando a devia attenuar ou conservar attenuada, ao mesmo passo que attenua em casos em que devia ter logar a aggravação; reconhece a competencia das posturas e regulamentos, e recusa-lhes a de estabelecerem a respectiva sanção. Isto não pôde assim ficar, porque demonstra lacunas e incoherencias perigosissimas, e que nem se podem justificar nem conciliar.

CAPITULO IX.

DOS VADIOS E MENDIGOS, E DAS ASSOCIAÇÕES DE MALFEITORES.

SECÇÃO 1.ª

VADIOS.

ARTIGO 256.º

Aquelle que não tem domicilio certo em que habite nem meios de subsistencia, nem exercita habitualmente alguma profissão ou officio ou outro mister em que ganhe sua vida, não provando necessidade de força maior que o justifique de se achar n'estas circumstancias, será competentemente julgado e declarado vadio, e punido com prisão correccional até seis mezes, e entregue á disposição do Governo, para lhe fornecer trabalho pelo tempo que parecer conveniente.

Art. 38.º e ref..

A *vadiagem* é menos um facto criminoso em si mesmo do que um modo de existencia social perigoso que o legislador quiz reprimir. É mais um acto *preparatorio* ou de disposição de crime ou delicto que mesmo *tentativa* malefica, porque o ser vadio não constitue nem começo de crime ou habito de mal fazer.

Mas a lei penal presume aqui a grande possibilidade e probabilidade d'essa consequencia, e seu caracter e fim é portanto eminentemente preventivo e correccional.

Devem todavia, segundo a letra do art., para se poder qualificar a existencia do facto de *vadiagem*, verificar-se cumulativamente as duas circumstancias ou elementos constitutivos: 1.º, de não ter o delinquente um domicilio certo em que ha-

bite; 2.º, de não ter meios de subsistencia ou não exercitar habitualmente alguma profissão, officio ou outro mister em que ganhe a sua vida.

Póde um homem viver errante, ocioso, sem domicilio certo, de hospedaria em hospedaria, de logar em logar, infringindo habitualmente a primeira condição do homem, o seu primeiro dever na sociedade, resultante da lei do trabalho; mas se a sua fortuna ou profissão lhe dá bastantes meios de subsistencia, se não é pesado a seus concidadãos, se não vive da caridade publica adventicia, cessam os perigos que o legislador quiz prevenir. Esse homem não póde ser considerado um vadio.

Póde não ter sufficientes meios de subsistencia, mas ter um domicilio certo em que habite, aonde a auctoridade o póde vigiar e seguir-lhe os passos; e então a policia preventiva é sufficiente, torna desnecessaria a lei penal repressiva; e, sem necessidade, principal fundamento do direito de punir, essa lei seria oppressora e injusta¹.

Dizemos, com a letra do art., que é preciso que o domicilio não só seja certo, mas habitado, porque o mesmo é para os effeitos policiaes e repressivos que o homem errante não tenha domicilio, que te-lo e não habitar n'elle.

E para esta ultima hypothese o Cod. é omisso, pois cumpria definir quando é que o domicilio certo se deve considerar não habitado.

Na falta de definição legal, a apreciação fica arbitraria ao juiz, o que, assim como póde ser causa de indulgencia exagerada, póde produzir uma repressão tyrannica, ambas contrarias ao fim e intenção do legislador.

Quanto á pena deveria, a ter logar a incriminação, ser a prisão de curta duração, mas *com trabalho*, e por tanto tempo, quanto se reputasse necessario para fazer aprender ao delin-

¹ Os modernos Cod. da Alemanha (extr. por Chauveau e Helie) qualificam o vagabundo como elle é em si mesmo, e segundo o rigor da expressão:

«Aquelle que, não tendo profissão nem meios de subsistencia, percorre ao paiz sem um fim legitimo, não lhes valendo ter domicilio certo, quando são encontrados errantes fóra d'elle.»

As penas são, mais ou menos graves, de prisão com trabalho, segundo as reincidencias.

quente um officio, se o não tem, ou destruir pela disciplina a ociosidade. O character penitenciario da penalidade era aqui essencial; a prisão *simples* é contraproducente, veneno em lugar de remedio.

O art. admite como escusa ou causa justificativa a prova da necessidade por força maior.

N'esta parte parece-nos que o art. contém um erro de doutrina.

A necessidade da repressão de uma situação perigosa pela probabilidade de outros crimes é independente das causas que a possam ter produzido. O fim do legislador deve ser todo preventivo e moralizador; trata-se unica e precisamente de fazer cessar similhante modo de viver. Um vadio por má indole ou por uma desventura é sempre um vadio. Os crimes a que pôde ser arrastado são os mesmos ou ainda maiores; julgando que uma desgraça immerecida o auctorisa a vingar-se das injustiças dos homens ou dos acasos de uma sorte sempre adversa, não procurando vence-los pelo seu trabalho ou industria.

Similhante prova pois só pôde ser considerada como atenuante, mas a necessidade da emenda subsiste sempre¹.

A ultima parte do art., emquanto manda entregar o vadio ao governo para lhe fornecer trabalho pelo tempo que parecer conveniente, depois de satisfeita a correcção, parece-nos injusta, e que importa uma escravidão intoleravel e arbitraria.

Se o legislador reputou sufficiente o tempo da correcção penal, a presumpção legal é de que, cumprida a pena, se conseguiu a emenda; esta presumpção não deve ser contestada, emquanto não for destruida por factos que estabeleçam a reincidencia. O vadio liberto deve ficar livre, como os demais cidadãos, operarios ou artistas, de dispor do seu trabalho e do seu braço aonde e com as condições que lhe parecer.

Concordam em geral com a determinação do art. o Cod.

¹ Sómente poderia ser admissivel esta escusa, quando a ociosidade nasca da impossibilidade physica do mesmo individuo. Por isso o Cod. da Sardenha, art. 450.º, exigiu expressamente que, para um homem se considerar ocioso, é indispensavel que o seu estado de saúde e de forças seja perfeito—*les individus sains et robustes*—.

É tambem esta, a nosso ver, uma declaração judiciousa e digna de ser aproveitada.

Fr., art. 270.º e 271.º, com as differenças: 1.º, que, sendo o maximo da prisão o mesmo, é ali fixado um minimo de tres mezes, e com justa razão, porque mal se pôde imaginar que baste menos tempo para se adquirir e radicar a emenda; 2.º, que o nosso art. rejeitou a revisão feita pela Lei franceza de 28 de Abril de 1832, preferindo a viciosa disposição do Cod. de 1810:

«... *demeureront, après avoir subi leur peine, à la disposition du gouvernement pendant le temps qu'il déterminera, en égard à leur conduite.*»

O art. revisto declara que os libertos ficam sujeitos á vigilancia da policia; mas ao menos deixou-os em liberdade quanto ao seu trabalho, e fixou um maximo de tempo para essa sujeição. Assim mesmo, como commenta Carnot, o art. do Cod. de 1810 nunca podia ter effeitos tão arbitrarios e sem limite, como os que auctorisa a redacção do nosso art.

Na revisão feita para a Belgica por M. Haus se determina que depois do cumprimento da pena sejam os qualificados e julgados vadios depositados em uma casa de trabalho ou de asylo de mendicidade pelo tempo que for expresso na sentença de condemnção, não excedente em caso algum a cinco annos¹. Isto entende-se, porque importa a passagem de uma para outra phase da penalidade, como propozemos.

Concordam mais em geral, e menos na parte que acabamos de censurar, o Cod. da Sardenha, art. 460.º e seguintes, o das Duas Sicilias, art. 300.º e seguintes, e o da Hespanha, art. 250.º e seguintes.

O Cod. do Brazil no art. 295.º exprime-se nos seguintes termos:

«Não tomar qualquer pessoa occupação honesta e util de «que possa subsistir, *depois de advertido pelo juiz de paz,* «não tendo renda sufficiente: Penas—de prisão com trabalho por oito a vinte e quatro dias.»

¹ M. Haus, na sua exposição de motivos justificativos d'esta determinação, diz que teve em vista: 1.º, conceder *aos tribunaes*, pela faculdade do sequestro dos vadios, o concorrer para a emenda que taes estabelecimentos podem produzir; 2.º, conceder *ao governo* a auctorisação de *abreviar* o tempo do sequestro segundo a conduta do condemnado; 3.º, não deixar o condemnado perpetuamente *à disposição indefinida do governo*.

A Lei de 26 de Outubro de 1831, art. 4.º, elevou esta pena de um a seis meses, e ao duplo em caso de reincidência.

É digna de elogio esta determinação. Não considerou a ociosidade ou vadiagem um defeito em si mesmo, — *par et seil fait* — como diz o Cod. Fr.; quiz legitimár e justificar a penalidade pelo formal desprezo da advertencia feita pela auctoridade pública; e além d'isso entendeu o legislador que a prisão devia ser qualificada com o trabalho, para assim se tornar adequada ao facto de que se trata.

Esta disposição se torna ainda mais digna de ser aproveitada quanto que parece havér sido presente a doutrina do nosso mestre Mello Freire, no seu Ensaio de Cod. Cr., tit. 24.º § 3.º, nos termos seguintes:

«O vadio que não tiver officio nem manêio honesto, não ao tomando em quinze dias *depois de advertido pela justiça*, «será preso por vinte e quatro horas pela primeira vez, e pela «segunda por oito dias, e servirá por um mez de graça nas «obras publicas; e pela terceira terá a mesma pena em dobro: «e não se effundando se mandará recolher nas casas e cadeias «de correção de dois até seis annos a arbitrio dos ministros «da policia.»

É eminentemente justa semelhante maneira de proceder. A pretexto de vadiagem pôde facilmente attentar-se contra a segurança individual de um cidadão que outro crime não tem mais que o de ser um desgraçado. A penalidade portanto assim graduada concilia todos os deveres impostos ao legislador de protecção geral e particular. É *arrojar do crime punir corporalmente antes do crime e sem crime*. A desventura carece de conforto e de soccorro; e é nas providencias preventivas e adequadas, sem caracter penal propriamente dito, que o legislador deve combater a *possibilidade* do mal em relação a factos moralmente illicitos, voluntarios ou involuntarios, sem vínculo necessario de *causa e effeito* com esse mesmo mal que se teme¹.

Estas considerações nos levam a concluir pela eliminação da presente incriminação como perigosa e inutil desde que se

pune como crime a *mendicidade habitual*, o furto, roubo e outros crimes analogos.

O vadio não pôde viver somente do ar que respira, e portanto ou hade recorrer ao trabalho ou esmolar ou defraudar o alheio.

Ora desde que a lei prohibe a fraude, e que é possível faltar o trabalho, só resta licitamente recorrer á protecção publica ou individual, o que a lei penal não deve tolher, porque o legislador não pôde querer impossiveis.

Basta pois que o legislador reprima cautelosa mas severamente a *mendicidade habitual*, ou como vicio e abuso de um direito que só compete ao homem collocado no infortunio invencivel, absoluta ou relativamente; porque assim cohibindo a *mendicidade* reprime a *vadiagem*: pune então um *facto abusivo*, e não como facto a *situação* em que se achava o agente quando o commetteu.

Assim o entenderam os legisladores do Cod. da Prussia. Debalde procurámos n'elle a incriminação da *vadiagem*, mas achámos comprehendida expressamente entre as *infrações* do liv. 2.º tit. 2.º § 341.º a da *mendicidade*. A prohibição é ali absoluta, e a consequencia é que o Estado se encarrega de supprir pelos soccorros publicos ás necessidades individuaes fortuitas ou permanentes; por meio de medidas policiaes e meramente preventivas, subministrando trabalho aos que o não encontram, educação de qualquer especie aos que por falta d'ella não têm capacidade para o trabalho, empregando n'elle cada um segundo as suas forças, propensão e profissão, e removendo os impossibilitados para estabelecimentos adequados de asylo, etc.

Assim deve praticar-se em toda a sociedade bem constituida. Mas nós estamos muito longe d'esse *desiderandum*.

Um pouco mais adiante voltaremos a este assumpto.

¹ Vid. Disc. prel., vol. I. pag. xvi e seg., e vol. II pag. 108.

ARTIGO 257.

Se depois da sentença passar em julgado o vadio prestar fiança idonea, poderá o Governo admittir-lh'a, assignando-lhe residencia no lugar que indicar o fiador.

§ 1.º A fiança admittida faz cessar o cumprimento da pena.

§ 2.º Em qualquer tempo pôde o fiador requerer a sua extincção, apresentando o vadio á Auctoridade competente para que, pelo resto do tempo que faltar, se execute a sentença de condemnação.

§ 3.º Se o condemnado fugir do lugar que lhe foi assignado para a residencia, cumprirá toda a pena imposta na sentença, como se não tivesse prestado fiança.

Concorda o Cod. Fr. no art. 273.º, com a differença que alem da caução admitte a reclamação da respectiva municipalidade; e o Cod. Hesp. no art. 256.º, com a differença: 1.º, que attribue aos tribunaes apreciar e julgar da idoneidade da fiança; 2.º, que declara que a fiança deve consistir na promessa ou segurança de applicação e boa conducta, garantida por um deposito em banco publico de *cincoenta a duzentos e cincoenta duros*.

Este nosso art. é absolutamente omisso a similhante respeito, e esta omissão, junta á dependencia do governo para a concessão, destroe o fundamento substancial da disposição que torna admissivel a fiança; porque não se tratando tanto de crime a punir como de um desgraçado a corrigir, a pena é mais preventiva que repressiva, e portanto degenera em oppressão injusta, desde que a sociedade se acha garantida por outro meio.

Se o governo pôde ser um mau juiz, se a politica ou o patronato pôde determinar-lhe a conducta, se as suas decisões são supremas e sem recurso, peor ainda deve ser quando no exercicio de um poder facultativo se lhe não estabelecem regras algumas.

Estes inconvenientes não se dão no Cod. Hesp., conferindo esta attribuição aos tribunaes, e prescrevendo-lhes regras. Os recursos ordinarios previnem e remedeiam então as injustiças ou os erros dos juizes inferiores; e por ultimo é mais facil tornar effectiva a responsabilidade de um juiz arbitrario, do que a de um ministro d'estado, em caso de abuso ou denegação de justiça¹.

Considerámos portanto digno de emenda este art., tornando-se mais explicito, quanto á natureza e objecto da fiança, e tirando-se ao governo o poder de a apreciar e conceder.

Acresce que sendo o maximo da correcção a prisão por seis mezes, primeiro muitas e muitas vezes terá o vadio soffrido a pena, que alcançado esta especie de indulto.

É preciso não ter a menor idéa do tempo indispensavel na marcha ordinaria e mesmo extraordinaria dos negocios publicos, para se ter como proficua esta determinação. Apenas aos vadios da corte e suas proximidades poderá com difficuldade aproveitar; excepto se o governo a demittir de si plenamente nas auctoridades administrativas subalternas dos diversos concelhos.

Todavia, se assim o praticasse ficariam attenuados estes inconvenientes até á reforma do Cod. Oxalá que o governo tome n'esta conformidade uma resolução, que muita honra lhe faria.

¹ A questão da fiança, ou se considere como incidente *contentioso* na execução da pena imposta na sentença, que, pela regra estabelecida no mesmo Cod., art. 100.º, pertence aos tribunaes, ou como de rehabilitação do vadio, que deve pertencer-lhes, como ponderámos ao art. 129.º § 2.º, ou de troca de uma por outra penalidade, por isso que a liberdade do condemnado fica restricta, provisoria e precaria, não pôde ser resolvida por arbitrio do governo.

Se a falta de incriminação contra os vadios tem seus perigos, não os tem menos graves para a segurança individual dos cidadãos desvalidos o poderem ser condemnados e presos a pretexto de vadios.

O legislador do Cod. Hesp. encontra-se no mesmo pensamento com o legislador do Cod. da Sardenha, que, adoptando o Cod. Fr., o corrigiu quanto á competencia do governo, estabelecendo no art. 455.º a seguinte disposição, digna de ser imitada, uma vez que se não prefira a eliminação:

« Ces réclamations seront adressées au tribunal qui aura prononcé la condamnation, et qui, après les avoir jugées admissibles, ordonnera que les individus réclamés soient conduits dans la commune, qui les a réclamés, ou dans toute autre commune qui, à requête de celui qui les aura cautionnés, leur sera désignée pour y établir leur demeure. »

Sobre o § 1.º do presente art. nada se pôde dizer que não esteja dito ao mesmo art. Quer dizer que, concedida a fiança, o réu preso deve ser solto, para ir residir no lugar que lhe indicar o fiador. É precisamente o que se determina no art., e portanto este § é uma redundancia.

Ha comtudo a notar n'elle defeitos de redacção resultantes da significação natural das palavras = faz cessar o cumprimento da pena =. A pena não cessa, suspende-se, como subrogada pela residência obrigada com caução; troca-se uma providencia restrictiva da liberdade individual por outra differente na especie, mas identica em natureza, e esta mesma suspensão é condicional. Participa do desterro em lugar certo e da vigilancia especial de policia, exercida n'este caso pelo fiador; é como a liberdade provisoria que têm os criminosos actualmente deportados conforme a novissima legislação ingleza, e que constitue a terceira phase da penalidade ahi denominada = servidão penal =.

Quanto ao § 2.º tem por fonte o cit. art. 255.º do Cod. Hesp., com a differença que ás palavras = para que pelo tempo que faltar se execute a sentença de condemnação = correspondem as d'aquelle Cod. = para que cumpra e extinga sua condemnação =.

Ha duas questões de tempo, segundo o art. antecedente: o da prisão arbitrada na sentença, e o que fica depois á disposição do governo a seu arbitrio. Ambos são effectos da condemnação, e o segundo como restrictivo da liberdade de condemnado é uma rigorosa pena accessoria ou antes segunda

phase de penalidade¹. De qual d'estes tempos falla o art. 2º Do primeiro ou do segundo ou de ambos?

De ambos sem duvida, ou antes o segundo é uma consequencia ou complemento do primeiro. Temos portanto que sempre que o fiador se arrepender de prestar esse serviço ao condemnado, justa ou injustamente, pôde retirar a fiança. O afiançado não gosa da liberdade senão por um titulo precario.

Similhante faculdade não concede o Cod. da Sardenha, nem o das Duas Sicilias, nem o Fr. que aquelles imitaram. Justo é comtudo que a fiança não seja indefinida e absoluta, e que antes se lhe fixe um termo, findo o qual se conceda sem restricção ao fiador o direito de cassar ou annullar a fiança que prestou, ou antes d'esse tempo, mas sempre e sómente com causa justa, em relação ao comportamento do afiançado.

A fiança uma vez prestada é um acto consummado, impõe deveres de confiança publica ao fiador. Não deve pois ser a simples vontade de fiador, sem motivos supervenientes e justificados, a que destrua os effectos legaes do seu proprio facto, em prejuizo da liberdade do seu afiançado. Seria então esse comportamento uma decepção, um acto immoral, uma crueldade que o legislador não deve proteger: seria mais um meio indirecto de aggravar a condemnação, por isso que n'ella se não desconta o tempo que o afiançado esteve escravo a bel prazer do seu fiador, residindo forçadamente no lugar ou terra que este lhe indicou².

Este § pois carece tambem a nosso ver de ser emendado.

Quanto á determinação do § 3.º se nos offerece dizer, que a fiança com a residência obrigada no lugar designado pelo fiador importa a subrogação ou substituição do cumprimento da pena e seu accessorio, e este § teria melhor collocação no tit. 3.º secção 2.ª, que se inscreve = dos que não cumprem as suas condemnações =, principalmente attenta a analogia que apresenta o facto com o disposto no § 6.º do art. 196.º

¹ Equivalente á vigilancia especial de policia, de que tratámos no art. 61.º

² O Cod. Hesp. foi providentissimo a este respeito, porque estabeleceu um termo obrigatorio á fiança, e por consequencia no de seus effectos necessarios, conquanto temporarios: = Esta fiança durará dois annos. =

Se não existe mais que o facto da fuga, desacompanhado de outras circumstancias que o aggravem, e que sejam puniveis segundo a lei penal, o afiançado deveria sem dependencia de nova condemnação ser recolhido a uma casa de correção e ahi precisamente obrigado a trabalho e disciplina até contrahir novos habitos.

Nos casos de segunda ou de terceira residencia o facto excede os limites da simples *contravenção* para entrar nos de desobediencia aos mandados da auctoridade publica.

ARTIGO 258.º

Se o vadio, sem motivo que o justifique, entrar em habitação ou logar fechado d'ella dependente, ou se for achado disfarçado de qualquer modo, ou for achado detentor de objectos, cujo valor exceda a dez mil réis, e não justificar a causa da detenção, será condemnado em prisão de um a tres annos e depois entregue ao Governo na fórma do artigo 256.º, sem que possa ter logar a fiança do artigo 257.º

Art. 38.º e ref.

São tres as hypotheses, dadas as quaes o vadio⁷soffre relativamente uma pena gravissima, e depois a entrega ao governo na fórma do art. 256.º

1.ª *Se o vadio sem motivo justificado entrar em habitação ou logar fechado d'ella dependente.*

É vertida do Cod. Hesp., art. 254.º — *El vago que intenta penetrar en casa, habitacion ó logar cerrado sin motivo que lo justifique*, — modificada pelo nosso art., emquanto exige a *effectiva entrada*, e que o logar fechado seja *dependencia* da habitação, tirada esta modificação do Cod. Fr., art. 276.º — *habitation, soit dans un enclos en dépendant* —.

2.ª *Se for achado disfarçado de qualquer modo.*

É tirada igualmente do mesmo art. — *El vago á quien se aprehendiere disfarzado ó en traje que no le fuere habitual* —.

3.ª *Se for achado detentor de objectos, cujo valor exceda a 10\$000 réis, e não justificar a causa da detenção.*

Esta determinação não é original e parece haver sido tirada ou imitada do Cod. da Sardenha, art. 462.º:

«Lorsqu'on aura trouvé chez les individus susdits ou sur «eux des sommes d'argent, des denrées ou autres effets dont «la possession ne serait pas en rapport avec leur état et con- «dition, s'ils ne font pas constater que ces objets leur sont «parvenus légitimement.»

Este mesmo Cod. menciona o caso de ser encontrado o vadio petrechado de *gazuas* ó *otros instrumentos*, ó *armas que infundan conocida sospecha*.

O nosso Cod. omitiu esta hypothese, sem duvida porque o porte das *gazuas* ou outros artificios para abrir quaesquer fechaduras se acha incriminado no art. 443.º

Dadas pois alguma ou algumas das referidas hypotheses temos o vadio punido com uma aggravação de pena, sómente por uma *suspeita* de que pretendia commetter ou tem commettido um crime, deduzida meramente de um acto preparatorio ou de um começo de execução, indefinido e indeterminado e que a lei reputa respeitar a facto illicito, por se derivar de outro de que a lei auctorisa a inferir uma intenção criminosa nos dois primeiros casos, e no segundo sempre que essa inferencia não for destruida por uma prova em contrario.

Mas estas circumstancias assentam, alem da base fallivel da simples *possibilidade* do crime, pela natural propensão do vadio, em factos que podem ou ser innocentes ou não passar de actos *preparatorios* que não cheguem a entrar nem os limites mais remotos da tentativa.

Sem a *certeza moral*, como diz Filangieri, a condemnacão será sempre uma *injustiça*, a execução uma *violencia*. Aqui porém basta a *certeza legal*, pouco importando a *possibilidade moral* da não existencia de crime. Na falta da *certeza moral* o réu deve ser absolvido ainda que nada prove. Aqui a *presumpção* ou é *iuris et jure*, não admitindo prova em contrario, ou carece de prova de uma *certeza moral* para ser destruida!

São aberracões pois da *verdade moral*. O art. portanto carece de emenda.

Alguns dos modernos Cod. da Alemanha consideram ainda como attentivel para a aggravacão da pena a circumstancia de ser encontrado o vadio com *passaportes*, *guias* ou *attestados falsos ou falsificados* (Extr. Chauv., Comment., pag. 316).

Este nosso art. tambem omitta esta circumstancia; mas achando-se especialmente incriminada no art. 226.º tem o vadio de ser punido com a pena mais grave que por esse art. lhe corresponde, segundo as regras prescriptas no art. 87.º

ARTIGO 259.º

Se o vadio for estrangeiro será entregue á disposicão do Governo, para o fazer sair do territorio portuguez se recusar o trabalho que lhe for determinado.

Art. 96.º e ref.

O art. 272.º do Cod. Fr. contém a seguinte disposicão: « Les individus déclarés vagabonds par jugement pourront s'ils sont étrangers être conduits, par les ordres du gouvernement, hors du territoire du royaume. »

O Cod. das Duas Sicilias, art. 302.º, é positivo a similhante respeito, tornando *preceptivo* o que no Cod. Fr. é *facultativo*.

O mesmo alvitre adoptou o Cod. da Sardenha, art. 453.º

O Cod. Hesp. não especializou os estrangeiros.

O nosso Cod. não seguiu os passos de todos estes legisladores; pondo de parte os Cod. Fr. de 1832, Hesp., das Duas Sicilias, da Sardenha e do Brazil, quiz que o vadio, como determinava o caduco e revogado art. do Cod. Fr. de 1810, ficasse á disposicão do governo; e não só isso, aggravou aquella velha determinação, emquanto estabeleceu que ao governo pertencia fornecer trabalho pelo tempo que julgasse conveniente.

O governo pois pôde empregar o vadio depois do cumprimento da pena, aonde, como, em que, e em quanto tiver por conveniente!

Os maiores facinorosos, que, depois do cumprimento de suas condemnacões, são sujeitos á vigilancia especial da policia, salvas as restricções de residencia, nos termos do art. 61.º, ficam inteiramente livres na escolha e na disposicão do seu trabalho; os vadios, apenas suspeitos da *possibilidade* de commetter delictos, ficam depois do cumprimento de alguns me-

zes de prisão, em muito peor situação por esta servidão de pena accessoria!

Como a toda a obrigação corresponde um direito, como a lei que auctorisa um fim necessariamente concede o emprego dos meios, é consequente que o governo pôde e precisa empregar a custódia dos condemnados, guarda-los á vista!

Temos portanto em tudo e por tudo os trabalhos publicos forçados e peiores na duração por serem por um tempo arbitrario!

Tamanha violencia não era possível empregar-se a respeito de um estrangeiro, e por isso bem fez o legislador em o mandar entregar á disposição do governo, para o fazer sair do territorio portuguez=*se recusar o trabalho que lhe for determinado*=.

E um privilegio que se concede aos estrangeiros, optando por uma de entre duas violencias.

Os nacionaes, na mesma hypothese, ficam sujeitos ás medidas disciplinares e de maior rigor que o governo tiver por conveniente adoptar!

Tão injustos, deshumanos, repugnantes e inhospitaveis pensamentos não podiam ter cabimento na intenção do legislador, como os que resultam das palavras do Cod. nos tres art. da presente secção; e por isso entendemos que o governo pôde e deve modificar as disposições do Cod. declarando:

¹ Para se tornar evidente a desproporção e injustiça d'esta penalidade accessoria bastará notar-se que tendo este art. deixado de mencionar entre as circumstancias aggravantes da vadiagem=*o porte de gazuas ou de armas*= como mencionou o Cod. Hosp., assim como a do=*porte de passaportes falsos*=, as quaes se acham especialmente incriminadas em outros art., vem os réus do delicto simples a ser mais gravemente punidos, soffrendo os que têm contra si alguma d'aquellas circumstancias a pena mais grave imposta nos mesmos art., por applicação das regras estabelecidas no art. 87.º sobre a accumulação de crimes.

Soffrem maior pena de prisão, mas depois, como não são entregues ao governo, ficam livres, decorrido o tempo da condemnação no cumprimento da pena, de fixar o seu domicilio e dispor do seu trabalho, aonde e como quizerem. Será pois uma fortuna relativa para o vadio o ser apprehendido com gazuas e outros artificios, armas ou documentos falsos!

O legislador não quiz por certo similhante injustiça. Mas os juizes não a podem emendar, porque a toda a interpretação contra a letra da lei penal resistem os principios da sciencia e o salutar preceito do art. 18.º do mesmo Cod.

1.º Que o trabalho, determinado pelo governo, é sómente subsidiario e auxiliar, e que portanto fica livre ao condemnado a escolha da qualidade do trabalho, d'entre os que estiverem á disposição do governo, compatíveis com as forças e faculdades do mesmo condemnado.

2.º Que cessa a obrigação imposta pelo governo, sempre que haja pessoa estabelecida, que subministre trabalho que o condemnado queira aceitar.

3.º Que será livre ao condemnado procurar, como degradado, por determinado tempo, nunca inferior a tres annos, melhor fortuna em qualquer das nossas possessões ultramarinas.

4.º Que lhe seja facultado o sentar praça, ou de soldado ou de marinheiro, tendo as qualidades precisas, segundo as respectivas leis e regulamentos.

5.º Que fique em plena liberdade, sempre que haja, ou quem com fiança idonea se responsabilise por sua conducta, ou quem a seu contento tome conta d'elle para lhe ensinar um officio, uma arte ou profissão, ou quem lhe estabeleça por qualquer meio licito uma mezada ou rendimento que lhe assegure meios de subsistencia, na razão de 240 réis a 1\$000 réis por dia, arbitrados judicialmente, segundo as circumstancias do condemnado e relações de familia.

6.º Que a mesma liberdade seja concedida a todos os vadios, que tendo-se resignadamente sujeitado ao trabalho determinado pelo governo, durante o espaço de tres a seis mezes, se tornarem dignos d'ella por sua applicação e boa conducta¹.

¹ Temos presente n'este momento a novissima Lei franceza, de 3 de Maio de 1854, na qual, art. 11.º, se encontram as seguintes disposições:

«Les condamnés des deux sexes, qui se seront rendus dignes d'indulgence par leur bonne conduite, leur travail et leur repentir, pourront obtenir: 1.º, l'autorisation de travailler aux conditions déterminées par l'administration, soit pour les habitants de la colonie, soit pour les administrations locales; 2.º, une concession de terrain et la faculté de le cultiver pour leur propre compte.»

«Cette concession ne pourra devenir définitive, qu'après la libération du condamné.»

Esta lei trata dos condemnados a trabalhos publicos, durante o cumprimento da pena por crimes gravissimos, a que ella corresponde. Com quanta

Em qualquer d'estas hypotheses fica satisfeito o fim do legislador, e garantidos, sem violencia nem injustiça, os perigos sociaes que as penas meramente preventivas, e por isso mesmo repugnantes, quizeram acautelár.

maior razão não devem analogas providencias ser applicadas, como medida de humanidade e de protecção, a homens que não têm outro crime mais do que o serem pobres e desgraçados?

Quanto ao serviço militar, não imposto a taes homens, mas solicitado por elles, não faz mal algum nem á disciplina, nem á moralisação do exercito.

É para elles um meio de rehabilitação, de os acostumar á sujeição e de abrir o seu coração á esperanza, assim como de os converter, de plantas parasitas, que antes eram, em cidadãos uteis, que arriscam a vida e sacrificam a sua antes habitual ociosidade, em utilidade e defeza, tanto interna como externa, da sua patria, ao mesmo passo que aliviam na parte concorrente a agricultura e as artes do damno que estas soffrem nos tributos de sangue, a que o sortelão ou o recrutamento dá lugar.

SECÇÃO 2.ª

MENDIGOS.

ARTIGO 260.º

Todo o individuo capaz de ganhar a sua vida pelo trabalho, que for convencido de mendigar habitualmente, será considerado e punido como vadio.

Art. 256.º a 258.º e ref.

É pois um facto punivel assimilhado ao de vadiagem o de mendigar, concorrendo as circumstancias seguintes:

1.ª De que o agente faça d'isso *profissão habitual*.

2.ª Que seja *capaz de ganhar a sua vida pelo trabalho*.

Assim o homem capaz de trabalhar, e que effectivamente trabalha, mas incapaz de ganhar tanto quanto lhe é preciso para se sustentar ou a sua familia, e que por isso mendiga *habitualmente*, a certa hora do dia ou da noite, recorrendo á caridade christã para alcançar o que lhe falta, não póde ser equiparado ao vadio, assim como o não póde ser aquelle que por idade, molestia, debilidade ou inhabilidade physica ou moral se acha impossibilitado de trabalhar¹.

O habito da mendicidade como modo de vida exclusivo, assim como o da ociosidade, da mentira e da impostura, para por meios industriosos, ainda que brandos, alguém se sustentar á custa do alheio, approxima o facto do furto simples, e portanto não ha então senão muita moderação na assimilhação ao vadio.

Todavia o Cod. Fr. faz distincção quando taes mendigos exercem esse habito nas suas terras, ou quando são encontrados fóra d'ellas. No primeiro caso pune-os com prisão de um mez a tres mezes; no segundo com a de seis mezes a um anno.

¹ Carnot, Chauveau, Sulpici e outros ao Cod. Fr.

O Cod. Hesp., art. 256.º, estabelece a mesma pena que determinou no art. 252.º para os vadios; mas como elemento constitutivo do crime exige mais que o mendigo se não mostre auctorizado pela competente licença.

Esta circumstancia seria entre nós conforme á legislação em vigor. O Alv. de 25 de Dezembro de 1608, § 13.º, mandou proceder *— contra os que pedirem sem licença —*; a Portaria de 10 de Março de 1842, § 1.º, declarou que se deviam passar gratuitamente os passaportes de transitio e bilhetes de residencia *— aos mendigos e pessoas reconhecidamente indigentes —*¹.

Em vista do que é coherente, que não devendo as auctoridades administrativas conceder taes documentos sem precedencia da respectiva fiscalisação na conformidade da lei e regulamentos de policia, seria contrariar o julgado administrativo proceder judicialmente contra os mendigos quando munidos dos mesmos documentos. É esta pois uma omissão digna de ser emendada para que se evitem conflictos ou procedimentos vexatorios ou inuteis.

Concordam n'esta mesma idéa os dois Cod., tanto das Duas Sicilias, como da Sardenha, art. 456.º, punindo a mendicidade publica sómente pelo facto de ser exercida em contravenção do que prescrevem os regulamentos de policia. O primeiro d'estes Codigos exprimiu com toda a clareza o pensamento do legislador, declarando sómente punivel a mendicidade *— improba —* qualificada tal, já pela violação dos regulamentos, já pela simulação e reprovada industria.

O Cod. do Brazil, art. 296.º, não confundiu na mesma qualificação penal os mendigos com os vadios, e da clausula do § 1.º *— havendo pessoa que se offereça a sustenta-los —* se infere que o facto cessa de ser punivel sempre que se dê esta circumstancia, e o mendigo a aproveite.

O Cod. da Austria, part. 2.ª, art. 261.º, depois de estabelecer, que posto que as medidas a tomar contra a mendicidade devem ter por base as instituições formadas para alivio dos pobres, abandonados em geral aos desvelos da auctoridade

local; declara comtudo que ella é uma grave infracção de policia, quando, *apesar dos estabelecimentos formados para esse fim*, alguém é surprehendido a mendigar, e demonstra assim tanto a propensão para a ociosidade, como a inutilidade das precedentes admoestações ou de uma primeira correcção; e em taes casos determina no art. 262.º que a pena seja a de prisão de oito dias a um mez, adoptada no Cod. do Brazil, que deve ser prolongada a tres mezes, segundo o numero de infracções, e aggravada com trabalho mais duro, jejum, e mesmo castigos corporaes, segundo o maior grau de incorrigibilidade.

Da comparação d'este nosso art. com os d'estes Codigos resulta o conhecimento da severidade da nossa pena: 1.º, pela assimilhação á imposta ao vadio; 2.º, por não termos estabelecimentos de asylo para os pobres.

Na capital existe apenas um que só admite mui limitado numero de velhos e de invalidos, que se sustenta a custo, e que muitas vezes só aproveita a alguns pobres quando têm padrinhos. Este estabelecimento é todavia denominado *— asylo da mendicidade —*.

¹ Concordam o Alv. de 25 de Junho de 1760, §§ 18.º e 19.º, e Decr. de 4 de Novembro de 1755. — Pereira de Sousa, Class. Cr., p. 131.

ARTIGO 261.º

Serão punidos com a prisão de dois mezes a dois annos todos os mendigos que por signaes ostensivos simularem enfermidades, ou que tiverem empregado ameaças ou injurias, ou que mendigarem em reunião, salvo marido e mulher, pae ou mãe e seus filhos impuberes, o cego e o aleijado que não poder mover-se sem auxilio, cada um com o seu respectivo conductor.

Art. 38.º e ref.

Este art. considera não os elementos de mendicidade punivel indicados ao art. antecedente, mas outras circunstancias aggravantes, por tal fórma que preponderam na apreciação do legislador para a determinação de uma pena corporal superior, erigindo-as em elementos de incriminação especial.

É a primeira a da *simulação ostensiva de enfermidade*.

Concorda o Cod. do Brazil, art. 296.º § 3.º, o Fr., art. 276.º, o da Sardenha, art. 458.º; muitos dos Cod. da Allemanha e leis criminaes e policiaes d'outros povos. Os Cod. Pinaes, tambem muitos, são omissos a este respeito.

A omissão d'esta circumstancia como elemento de incriminação especial n'estes ultimos Cod. e a moderação da pena em outros, comparada com a do Cod. Fr., e o que vamos ponderar leva-nos a estabelecer como severidade exagerada a d'este nosso art.

O fingimento de chagas e enfermidades não pôde dizer-se que tem um fim malefico, mas exclusivamente o de melhor attrahir a compaixão; poisque desgraçadamente muitas vezes se vê e ouve nas ruas da capital responder ao mendigo, que pede alguns reaes para matar a fome=*vae trabalhar que tens bom corpo*=. Para remover esta objecção, quasi sempre ou deslçada ou infundada, é que os mendigos muitas vezes se dizem

doentes, fingem feridas ou aleijões, ou aggravam e mesmo conservam aggravadas chagas que soffrem. É isto uma mentira, um artificio; mas, por uma parte, a intenção do bemfeitor é sempre boa, e esse mesmo fingimento conduz á pratica da beneficencia, e, por outra parte, o mendigo só tem o pensamento de colher fructo de semelhante industria. Alem de que a maior severidade da pena, se o legislador crê na sua efficacia, obrigará o mendigo a lançar mão de outros meios muito mais reprehensiveis e perigosos á segurança das pessoas e da sua propriedade.

A segunda circumstancia convertida em elemento especial da incriminação é o=*emprego de ameaças ou injurias*=.

Concordam o Cod. do Brazil, cit. art. 296.º, o Fr., cit. art. 276.º, o das Duas Sicilias, art. 301.º, o da Sardenha, art. 458.º, e outros.

Á primeira vista esta circumstancia parece mais grave que a antecedente. Mas se se attender á rusticidade e falta de educação ordinaria dos mendigos; se se attender a que as suas ameaças ou injurias são muitas vezes dignas mais de lastima que de castigo, como nascidas da desesperação da sua precaria situação; que os pobres têm direitos sagrados a ser soccorridos pelos ricos, fundados esses direitos, comquanto indefinidos e imperfeitos, no preceito mais respeitavel da religião e da moral; que os ricos muitas vezes repellem os pobres de uma maneira brutal e insultante, que é uma verdadeira provocação; ha de convir-se que as ameaças e as injurias, quando proferidas pela pessoa miseravel em rasão e por occasião da sua miseria, perdem muito da sua importancia intrinseca, sempre que não tenham chegado a vias de facto. Talvez que fossem tambem estas ou outras semelhantes considerações as que aconselharam o silencio aos legisladores da Austria e da Hespanha e d'outros povos.

A terceira circumstancia erigida em elemento especial da incriminação é=*a mendicidade em reunião*=.

Concorda o Cod. do Brazil, cit. art. 296.º § 5.º, o Fr., cit. art. 276.º e o da Sardenha, art. 457.º

O Cod. Hesp. e o das Duas Sicilias são omissos. Os modernos Cod. da Allemanha só incriminaram o facto da asso-

ciação de mendigos a outros mendigos quando entre pessoas de diversa familia.

A disposição do Cod. Fr., que o nosso art. adoptou, tem origem em uma Ordenança de 13 de Julho de 1724, art. 6.º, que, em semelhante hypothese, impunha castigos mais severos, logo que a reunião fosse de *mais de quatro pessoas*, não comprehendidos os filhos do mendigo.

O nosso art. porém ficou imperfeito em relação a sua fonte, porque, não determinando numero algum de pessoas, auctorisa a concluir que a reunião se constitue pelo concurso de duas.

O Cod. da Sardenha, imitando o Fr. n'esta parte, modificou contudo essencialmente a mesma determinação, restringindo-a aos mendigos *não invalidos*.

O Cod. do Brazil, recorrendo sem duvida á fonte do Cod. Fr., reprimiu as reuniões de mendigos *mesmo invalidos*, mas permittiu-as *até tres*, não sendo paes, filhos, mulheres dos mendigos e os moços de cegos.

Todos estes Cod. contêm imperfeições que cumpre emendar, pela confrontação de suas disposições. O nosso art., que os excede na severidade, poderia n'esta parte ser corrigido: 1.º, adoptando-se a disposição do Cod. do Brazil para se fixar o numero de tres mendigos; 2.º, ampliando-se a todos os mendigos que pela mesma razão que os cegos ou aleijados carecem de conductor ou de protector, como são um imbecil, um paralytico, um epileptico, um surdo-mudo, um menor de quatorze annos e outros semelhantes, adoptando-se por esta forma o pensamento do Cod. da Sardenha.

Não pôde descobrir-se motivo fundado para que se aggrave a condição de um desgraçado, recusando-se-lhe a companhia de outros desgraçados como elle, quando não sejam em numero tal que a reunião possa causar algum receio publico; e menos ainda para que se recuse a um *invalido*, mas que não é cego nem aleijado, o auxilio de um companheiro.

Se o facto da mendicidade praticada por um *invalido* não é crime, nos termos do art. antecedente, a circumstancia de o ser em reunião de duas ou tres pessoas invalidas não é bastante a fazer mudar o facto de natureza a tal ponto, que não

só fique a par da mendicidade punivel, mas que a exceda para a gravidade na pena.

Se a invalidéz é uma circumstancia dirimente do crime da mendicidade, não podia a circumstancia da reunião preponderar sobre ella, quando para se annullarem ambas reciprocamente bastava que segundo a regra que o legislador impoz aos executores do Cod., no art. 84.º, a primeira sómente fosse considerada atenuante.

Accresce: 1.º, a injustiça relativa do art., comprehendendo — todos os mendigos validos e invalidos —; porque assim pune o legislador com a mesma pena dois crimes, *materialmente* os mesmos, mas diversos *moralmente*, porque a *preversidade* de um é evidente, e de outro é menor e contestavel.

2.º A facilidade com que a lei pôde ser illudida. A mendicidade pôde ser exercida em reunião, mas com isolamento apparente, principalmente quando não for errante, mas fixa nos lugares mais frequentados, collocando-se os mendigos associados, a curtas distancias uns dos outros, por modo que assim reciprocamente se observem e se concertem nos meios e nos resultados das suas diligencias e importunações para com os cidadãos que transitam ou param n'esses lugares.

ARTIGO 262.º

É applicavel aos mendigos o que se determina no artigo 258.º; e observar-se-hão a respeito d'elles as disposições das Leis e Regulamentos de policia.

Art. 15.º § 1.º, 258.º e ref.

Esta assimilhação do mendigo ao vadio, nas hypotheses figuradas no art. 258.º, encontra-se, quanto á primeira circumstancia, no art. 25.º do Cod. Hesp., quanto á segunda, no art. 259.º do mesmo Cod., e quanto á terceira, no art. 462.º do Cod. da Sardenha.

Resulta d'esta assimilhação que aos mendigos é applicavel, nos termos do art. 258.º, a entrega á disposição do governo com todos os defeitos e arbitrio que esta faculdade lhe confere e que ficam ponderados.

Não nos parece adequada similhante equiparação; o mendigo póde ter prompta sempre a resposta e a defeza de haver entrado na casa de habitação para implorar soccorro, e, a respeito do dinheiro que lhe seja encontrado, dizer que é peculio seu proveniente de esmolos. Justificar uma e outra assêrção é impossivel, uma porque os factos intencionaes escapam á certeza moral de uma prova judicial, outra porque seria preciso produzir por testemunhas pessoas incertas, desconhecidas, e tantas quantos os bemfeitores, na razão de tantas moedas de dez ou de cinco réis contidas no minimo de 10,000 réis que o art. 258.º exige.

Não é novo achar mendigos que, sómente esmolando, accumulem sommas consideraveis, no que se manifesta ás vezes um espirito de avareza, mas que tambem póde ser uma virtude no meio da pobreza. Os mendigos constituem assim então uma reserva para a velhice ou para a doença; e póde erigir-se-lhes em crime essa previdencia?

Em conclusão pois, e em vista da grande variedade que

encontrâmos nos Cod. que trataram da mendicidade e da vadiagem, não é destituído de bons fundamentos o silencio de alguns Cod. Pen. sobre toda esta materia. É certo que a *ociosidade* conduz quasi sempre o desgraçado á perpetração do crime. Mas o vadio que no rigor da palavra é um homem errante e sem domicilio certo, se vive sem que peça esmola, de duas uma: ou adquire por meio de crimes ou delictos os meios indispensaveis á vida, ou alguém em segredo ou certo recato lh'os fornece. Ora nenhum crime se presume, é necessario que se prove; mas, se não ha vestigio algum de crime, com que direito ha de ser punido o que póde ser um innocente? Não será uma aberração de todos os principios erigir em facto criminoso, ou elemento constitutivo d'elle, o *estado* da pessoa, como propenso ao crime, e uma ou outra circumstancia que não é mais que *indicio* ou *suspeita*, e não com relação a determinado crime que se commettesse, mas a determinados crimes que se podem commetter? Se é atroz punir não só a simples intenção do crime, e mais ainda a concepção, a idéa d'elle, ha de punir-se no vadio ou no mendigo até a *possibilidade* de pensar e de conceber um delicto?

Em uma sociedade bem organizada nenhum cidadão deve estar ocioso no meio do trabalho e da industria. A ociosidade é a origem de muitos vícios e crimes. Os vadios e os mendigos que podem e devem trabalhar escandalisam a sociedade, porque offendem a lei commum das sociedades e da natureza, a lei do trabalho; eis o que dizem os defensores da moralidade da incriminação.

Tudo isto é verdade, mas tambem o é que muito compromettida ficará a segurança e a liberdade dos cidadãos pobres e proletarios, de que mais abunda a sociedade, se, por suspeitas e sem facto algum criminoso, só a titulo de vadios ou de mendigos, forem processados e punidos¹.

¹ O trabalho é a *moral pratica* do povo; e a sua melhor educação é a que lhe subministra os meios de ser util a si e á sociedade. Não é pois por leis penaes meramente *preventivas* da mendicidade e da vadiagem, com o apparatus de *repressivas* em um Cod. Pen., mas por leis e instituições de educação e de instrução popular, que o legislador deve prevenir a *possibilidade* de crimes. Vid. Dupin, Secours publics, cap. 5.º § 5.º, e o que expozemos no vol. 1.º, Disc. prel., pag. xxii a xxviii; e vol. 3.º pag. 213, nota 1.ª

Os vadios e os mendigos de profissão tornam-se suspeitos? Pois tome a policia as medidas convenientes de precaução e de vigilancia quanto aos primeiros, e quanto aos segundos faça observar os respectivos regulamentos. Estes dois cancores sociais só podem e devem ser curados por medidas policiaes e preventivas; as coercitivas ou penaes servem n'estes casos mais para converter as suspeitas e os receios em tristes realidades do que para evitar os crimes. É como na importação das mercadorias pelas alfandegas; quanto mais pesados e prohibitivos são os direitos da pauta, maior incentivo nasce para o contrabando. São pois armas que se voltam contra o seio da patria que as emprega.

Nós tomámos por principal modelo as disposições penaes e repressivas do Cod. Fr.; mas têm ellas produzido ali resultado algum que util seja? A experiencia responde negativamente a esta pergunta¹.

Já que porém, conforme ao Cod. Pen., assim a policia preventiva como os tribunaes judiciarios têm de se occupar da repressão dos vadios e mendigos, lamentâmos que o mesmo Cod. guardasse silencio sobre dois factos escandalosos e frequen-

¹ Póde ver-se a este respeito a demonstração no que se pondera no mod. Dicc. de Econ. Polit. á palavra = *mendicité* =:

«Tous les moyens employés jusqu'ici, emprisonnement, réclusion, carcan, galères, bannissement, réclusion dans maisons de travail, etc., n'ont pu détruire la mendicité, et les expériences ont été assez durables et assez nombreuses pour justifier la conviction que nouvelles tentatives dans les mêmes voies n'obtiendraient pas d'autres résultats. La mendicité paraît être une plaie sociale aussi indestructible que la prostitution. Des mesures de répression et de police peuvent l'empêcher de s'étendre au delà de certains limites, mais non la faire disparaître; car il y aura toujours, parmi les classes les plus pauvres, une proportion plus ou moins forte d'individus sans énergie ou tombés dans un état de dégradation bestiale, chez les quels tout travail régulier et soutenu excitera constamment une répulsion invincible, et qui, plutôt que de s'y soumettre, préféreront courir la chance d'une répression même sévère, et attendre leurs moyens de subsistence de la pitié qu'ils exerceront à inspirer ou de l'importunité de leurs sollicitations.

«Le principal remède paraît être dans les progrès généraux de l'industrie et de l'aisance, progrès qui ont pour résultat ordinaire de relever le sentiment de la dignité personnelle chez toutes les classes, et de stimuler, même les plus dépourvues, à faire quelques efforts pour ne pas rester dans une situation avilie et méprisée. C'est à ces causes, bien plus qu'aux mesures administratives, que l'on doit la réduction survenue en France, depuis deux siècles, dans le nombre proportionnel des mendiants.»

tes, e são: o dos vadios e mendigos que, ou para não mendigar ou para não trabalhar, mandam de dia e de noite pedir esmola pelas ruas aos seus filhos, de ambos os sexos, de menor idade, que assim *mal educam e pervertem*; ou que mesmo os emprestam a outros mendigos que se fingem assim paes ou mães de familia em estado de indigencia; chegando o abuso até ao emprestimo ou aluguer de creanças de peito que, durante o peditório, com imminente perigo, são privadas dos cuidados e alimento necessario, adormecidas á força de serem estremecidas, e exercitadas a soltar gemidos com maus tratos, para que a compaixão se torne mais rendosa¹.

¹ Esta omissão é tanto mais deploravel, quanto que as especies que figurámos se achavam previstas no Cod. da Austria, part. 1.ª art. 264.º e 265.º:

«Quand un enfant au-dessous de l'âge de 14 ans est trouvé mendiant, ses parents ou ceux sous la direction ou la surveillance desquels il se trouve sont punis de l'arrêt de huit jours à un mois, lorsqu'ils en ont eu connaissance ou le lui ont commandé.»

«Les parents qui prêtent leurs enfans à autrui pour servir de moyens de mendicité sont punis de l'arrêt, porté en l'art. 262.º.»

«Art. 262º. En semblables cas l'arrêt est de huit jours à un mois qui doit être prolongé jusqu'à trois mois, selon le nombre des infractions, et être aggravé de travaux plus durs, de jeûne et de punitions corporelles, selon que le coupable a manifesté une plus grande incorrigibilité.»

SECÇÃO 3.ª

ASSOCIAÇÕES DE MALFEITORES.

ARTIGO 263.º

Todos os individuos que fizerem parte de qualquer associação formada para atacar as pessoas ou as propriedades, e cuja organização se manifeste por convenção ou por quaesquer outros factos, serão punidos com a pena de prisão maior temporaria com trabalho.

§ 1.º Os que forem auctores da associação, ou n'ella exercerem direcção ou commando, serão punidos com trabalhos publicos temporarios.

§ 2.º São applicaveis as regras sobre a cumplicidade a todo aquelle que, sendo sabedor da associação, dê voluntariamente pousada aos associados, ou os acolher, ou lhes fornecer logar de reunião.

Art. 34.º e ref., 99.º, 33.º e ref. e 26.º

São elementos constitutivos d'esta incriminação: 1.º, que exista o facto da associação; 2.º, que esteja organizada; 3.º, que tenha por fim atacar pessoas ou as propriedades; 4.º, que seja composta de *malfeitores*, isto é, de *homens habituados ao mal*.

As palavras = *cuja organização se manifeste por convenção ou por quaesquer outros factos* = não respeitam a elemento constitutivo do facto, mas á prova d'elle.

Não se trata de um facto positivo de damno social, mas de um crime moral, o *pacto illicito*, em razão do *perigo social*; esse pacto é então um acto *preparatorio* de malefícios incriminado por excepção á regra estabelecida no art. 10.º

Nem o Cod. do Brazil nem o Hesp. incriminaram este facto; esperaram que elle se manifestasse por algum começo

de execução com relação a determinado crime, para então o punirem segundo as regras geraes. A nossa legislação tambem era omissa a semelhante respeito. O Cod. das Duas Sicilias igualmente deixou de incriminar o *concerto*. A antiga legislação franceza guardava o mesmo silencio.

Mas o Cod. Fr., art. 265.º e seguintes, considerando que estas associações pelo simples facto da sua organização se tornavam altamente immoraes, e perturbavam a paz publica, e que reprimidas na sua origem poderiam evitar-se grandes crimes, as erigiu em crime, do mesmo modo que incriminou os factos da *conjuração*, da *vadiagem* e da *mendicidade*.

O nosso art. adoptou esta doutrina, sendo portanto o Cod. Fr. a sua fonte proxima, imitando-o porém na penalidade somente quanto á estabelecida no art. 268.º, *reclusão*, que importa a *prisão com trabalho* de cinco a dez annos.

O Cod. da Sardenha não seguiu n'esta parte o exemplo do das Duas Sicilias; adoptou nos art. 441.º, 442.º e 444.º plenamente as disposições do Cod. Fr. com a alternativa dos trabalhos publicos temporarios e a reclusão. Não o praticou porém assim M. Haus na sua revisão para o Cod. Belga, poisque, sem rejeitar a incriminação, reduziu a pena de dois a cinco annos de prisão.

Todas as disposições, diz elle, do Cod. Fr. sobre este objecto se acham marcadas com o cunho de uma *severidade excessiva*. Sem duvida a segurança publica exige que semelhantes associações sejam severamente reprimidas; mas qualquer que seja o perigo que possa resultar d'esses actos, é preciso guardar sempre uma justa distribuição nas penas, em harmonia com a feita em outros logares do Cod.

O Cod. Pen. da Baviera, art. 50.º, tambem não pune os associados senão na presença de um determinado crime tentado, frustrado ou consummado, e este mesmo pensamento se revela nos art. 51.º, 52.º e 53.º, assim como na hypothese do art. 332.º, em que á associação deve seguir-se o effectivo ajuntamento ou reunião material dos mesmos associados.

Nos termos do art. 266.º do Cod. Fr. o corpo de delicto constitue-se de tres modos, inclusiva ou exclusivamente: 1.º, pela prova da existencia do bando ou quadrilha organizada;

2.º, pela apprehensão e producção de correspondencias entre os co-associados e seus chefes ou commandantes; 3.º, pela convenção sobre a partilha ou distribuição dos despojos resultantes dos malefícios commettidos, como prova indirecta da associação preexistente.

Por este modo a convenção *em projecto* não pôde servir para prova da existencia d'este crime. A razão é obvia; porque offenderia as regras da imputação moral o perseguir e punir os membros d'essa associação, sem que se provasse que todos elles n'ella consentiram, e lho prestaram adhesão.

Assim a appareição de uma quadrilha em ordem, obedecendo a um commandante, e as correspondencias e convenções de deve e ha de haver, sobre os despojos do crime, supõem necessariamente, segundo o Cod. Fr., a *preexistencia* da associação completamente organizada. Assim o entendeu Chauveau, Carnot, Sulpici e outros commentadores.

As palavras do nosso art. supra indicadas=*cuja organização se manifeste por convenção ou quaesquer outros factos*=, que, para ampliar os meios de prova de associação, tornaram mais vaga e menos clara a sua redacção, que a da sua fonte proxima, não podem ser entendidas de fôrma que ellas se refiram ao *pacto* formado, sem que a *organização*, que é *facto posterior* ao mesmo *pacto*, se *manifeste*, ou por prova directa ou indirecta de delicto *frustrado* ou *consummado* ou *tentativa* ou *começo de execução* de um ou mais crimes, ou pelo menos de actos *preparatorios* inteiramente ligados com essa execução, vindo-se sempre á conclusão de que a palavra=*convenção*=aqui empregada em geral, e não restrictamente como no Cod. Fr., se não refere nem pôde referir-se sem absurdo á prova da associação *em projecto*¹.

¹ Resulta d'este estudo e d'esta confrontação, que os juizes devem applicar a pena entre maximo e minimo, segundo as gradações de actos preparatorios: tentativa, e esta mais remota, ou mais proxima; crime frustrado; e crime consummado. A malta ou quadrilha pôde dissolver-se ou ser perseguida, quando ainda apenas havia começado a munir-se de armas, de chaves falsas, ou de outros objectos e instrumentos adequados ao objecto malefico da sua empresa, ou pôde ter logar essa dissolução ou processo depois de haver a quadrilha ou bando excitado, pela sua presença, tentativas ou estragos, o clamor publico.

Quanto á pena imposta no art., como trata abstractamente da associação de malfeteiros, sem attenção a crime algum frustrado ou consummado, parece-nos de muita severidade, e ainda maior será quando nem começo de execução, nem actos alguns preparatorios de crime ou crimes determinados se seguiram á convenção.

Os malfeteiros formaram a sua associação, prestaram-lhe a sua adhesão ou consentimento, nomearam ou concertaram qual ou quaes d'entre si haviam de ser os chefes ou directores, mas não chegaram a dar um passo. Por desistencia voluntaria ou por obstaculos que encontraram, vigilancia das autoridades, temor das leis penaes, ou na consideração dos perigos a que se expunham, suspenderam a execução do seu pacto illicito. Com que justiça hão de elles ser punidos com uma pena de tanta gravidade, se nenhum damno, se nenhum alarma serio se seguiu da convenção? se a lei penal na parte de instrucção e intimidacção, quanto a possibilidade de crimes, já produziu os seus effeitos?

Em crimes contra a segurança exterior do Estado só é punida a *conjuracção*, quando é *seguida de acto preparatorio de execução*, com a pena de *degreço temporario*, art. 144.º § un.

Se a associação ou conjuração for para se commetter um *regicidio*, mas não for *seguida de algum acto praticado para preparar a execução*, tambem não é punida senão com o *degreço temporario*, art. 163.º § un.

O mesmo tem logar se a associação ou conjuração teve por fim a *rebellião*, art. 172.º

Finalmente o art. 175.º promette n'estes casos, como em geral promette o cit. Cod. das Duas Sicilias, a inteira impuni-

¹ O Cod. das Duas Sicilias contém no art. 155.º a seguinte disposição:

« Il ne sera prononcé aucune peine pour le seul fait de l'organisation de la réuion armée, contre ceux qui s'en seront retirés spontanément, ou en l'exécution de l'avertissement des autorités civiles et militaires pour se présenter devant elles. »

E em verdade tanto maior é o perigo social que pôde resultar da associação, concerto ou reunião de individuos para commetter um crime, tanto maior é a conveniencia, ou de prometter a impunidade aos arrependidos ou desistentes, ou de reduzir as penas a meramente correctioaes, para que não aconteça que longe de servir á prevenção do crime, sirvam de estímulo para se não parar na carreira d'elle.

dade aos conjurados que deram passos de começo de execução, se voluntariamente abandonarem o corpo ou *partida organizada, ou o motim ou levantamento*.

Em presença d'estas determinações a circumstancia de serem *malfeitosres* os individuos que se convencionam e organizam, mas que não chegaram a tentar o crime objecto da convenção, pôde justificar até certo ponto uma correção, mas nunca, sem uma repugnante injustiça e inconveniencia para a causa publica, uma pena maior que a imposta nos cit. art., principalmente quando, sendo gravissimos os crimes de que tratam, estabelecem uma pena menor que a *prisão temporaria*, e sem attenção alguma a similhante circumstancia.

Mas, se para a essencia da incriminação se não requer que os associados sejam *malfeitosres*, todos ou alguns d'elles, e se entender em vista do art., com abstracção da *epigraphe*, que se tornam taes *pelo simples facto* da associação, então a pena se torna mais exorbitante dos principios de direito penal, por isso que o *mal* do delicto é quasi imperceptivel, faltando não só *absolutamente o mal material*, mas a prova, a demonstração de *mal moral* ou de corrupção consummada na pessoa dos delinquentes, assim como a da desesperação social quanto ao arrendimento.

Quanto á determinação do § 1.º é tirada do art. 267.º do Cod. Fr.:

«Quand ce crime n'aurait été accompagné ni suivi d'un autre, les auteurs, directeurs de l'association, et les commandants en chef, seront punis des travaux forcés à temps.»

Se a pena imposta no art. aos demais réus é de uma injustiça demonstrada, quando a associação não foi acompanhada nem seguida de crime algum, a aggravação feita n'este §, que é proporcionada com aquella, fica insustentavel, maxime quando para se attender a causa de aggravação existiam na pena ordinaria entre maximo e minimo os meios de a graduar.

Acrescentaremos que, assim como os directores e chefes de quadrilha, por isso que a guiaram no commettimento de crimes, devem ser mais rigorosamente punidos; por uma rasão contraria, se não empregaram a sua auctoridade ou faculda-

des, para a perpetração dos mesmos crimes, e assim foi facto d'elles e não dos outros malfeitosres, como se deve presumir na sua falta de centro, de acção e de execução, de cooperação ou de reunião, em lugar de uma circumstancia aggravante para fazer subir a pena, dá-se uma circumstancia *attenuantissima* para a fazer descer¹.

Em segundo lugar temos a notar a antinomia que existe entre o art. e este §. O crime de que se trata é o da *associação* de malfeitosres; cada um dos *individuos* que fizeram parte d'essa associação, que a ella prestaram seu consentimento ou adhesão, são *auctores* do mesmo crime: assim o declara o n.º 1.º do art. 25.º, porque todos elles por *acto immediato* do seu consentimento tomam parte na convenção, e por isso devem todos ser punidos com as mesmas penas a respeito de todos os crimes que se seguirem, como se applica e declara no art. 177.º

Mas os *auctores*, que são os membros da associação, são punidos no art. com a *prisão maior temporaria*, enquanto que este § os pune com os *trabalhos publicos temporarios*².

Nos termos dos art. 25.º e 26.º todos os individuos implicados n'este crime entram na classe de *auctores* ou de *cumplices*. Dos cumplices tratou especialmente o § 2.º do art.; portanto o art. e o § não podem tratar senão de *auctores*. A sua repugnancia pois é manifesta.

Para sair d'esta difficuldade deverá a palavra *auctores* = empregada no § 1.º, referir-se aos que d'entre elles tomaram uma parte mais activa assim na convenção, como na concepção do

¹ O general que dá uma acção colhe os principaes louros, resultantes da victoria, mas se volta costas ao inimigo, só é punido por aquelles a quem prejudicou, a quem foi traidor. Os *malfeitosres* são inimigos da sociedade; seria absurdo que a sociedade punisse d'entre esses seus inimigos, como represalias, e com mais rigor, aquelles que, devendo pelos seus perversos compromissos fazer-lhe maior mal, a pouparam, sendo traidores aos seus consocios. Ama-se a traição, mas não se pune o traidor, comquanto seja aborrecida a traição em si mesma. D'este principio fez applicação o Cod. no § un. do art. 175.º, e outros logares.

² Este defeito parece ter nascido da copia textual do cit. art. 266.º do Cod. Fr., que não distinguia para a pena os auctores do crime dos seus directores ou chefes, como não distinguia o Cod. da Sardenha que o imitou no art. 443.º, com a unica differença de deixar a alternativa entre a mesma pena e a reclusão, segundo o objecto da associação e a qualidade dos malfeitosres.

plano, convocação dos socios, instigações e conselhos? Mas o § não distingue uns de outros auctores; e se queria distinguir devia ser explicito, assim como designar os caracteristicos legaes para serem aqui sómente qualificados *auctores* os *cabeças* ou *principaes*.

Resta portanto conciliar o § com o art., entendendo-se que os *auctores da associação* se não devem confundir com os *auctores do crime da associação*. Estes são *todos os que fizeram parte d'ella*; aquelles os que lhe deram *primeira origem* na concepção, proposta, instigação ou conselhos. Em outros termos, o art. trata dos *agentes immediatos* do crime; este § trata dos *provocadores*: mas em todo o caso, se a palavra *auctores* é uma expressão generica que comprehende uns e outros, como se vê do art. 23.º, a palavra *auctores* não devia ser aqui empregada, mas a de *provocadores* ou outra equivalente que restringisse a disposição da lei á intenção do legislador.

Na falta pois da antinomia assim eliminada ou conciliada fica sempre um gravissimo defeito de redacção e confusão, que tantas vezes apparece no Cod. sobre a significação precisa de *auctores* e *cumplices*.

Quanto ao § 2.º o Cod. Fr. é tambem o art. 268.º a fonte proxima da determinação, com a differença que ali se impõe determinadamente a pena de *reclusão* de cinco a dez annos de prisão com trabalho, isto é, degredo aggravado nos termos do art. 99.º

O Cod. da Sardenha, art. 444.º, igualou, para os effeitos da pena, os individuos que *fazem parte da associação* aos *cumplices* de que trata este nosso §, punindo uns e outros com a reclusão ou com a prisão, segundo a qualidade dos malfeitos e objecto da associação; assim como no art. 443.º aos *chefes* ou *directores* igualou os *auctores*, distinguindo os *auctores do bando dos membros do bando*.

Mas praticando-o assim não caiu na contradicção que notámos no § antecedente, porque esteCodigo, em conformidade com o art. 107.º e 108.º, não reconhece senão duas classes capitães de participantes do crime=*agentes principaes*=e=*cumplices*=, e por isso tendo tratado no art. 443.º dos primeiros,

tratou dos segundos no art. 444.º, não considerando portanto como *auctores* do crime de associação os malfeitos, *só pelo facto de fazer parte d'ella*.

O nosso Cod. porém, afastando-se dos Cod. Fr. e da Sardenha, não considerou este facto como de *cumplicidade*, e ao mesmo tempo deixou de qualificar os associados como *auctores* da associação!

CAPÍTULO X.

DOS JOGOS, LOTERIAS, CONVENÇÕES ILÍCITAS SOBRE FUNDOS PÚBLICOS
E ABUSOS EM CASAS DE EMPRESTIMOS SOBRE PENHORES.

SECÇÃO 1.ª

JOGOS.

ARTIGO 264.º

Todo o jogador que se sustentar do jogo, fazendo d'elle a sua principal agencia, será julgado e punido como vadio.

Art. 256.º a 259.º e ref.

A fonte proxima d'este art. parece ser o § inicial do tit. 26.º do Ensaio do Cod. Cr. por Mello Freire:

« Os jogadores de profissão que vivem e se sustentam do «jogo, fazendo d'elle a sua principal agencia, serão tidos, havidos e castigados como vadios.»

A razão da assimilhação é dada por elle nas *provas*, dizendo que é porque o jogador de profissão não tem officio e emprego honesto e util á sociedade.

Mas esta incriminação é mais ampla que a sua razão, porque não se limita aos jogadores que fazem do jogo a sua profissão exclusiva, mas a sua principal-agencia. Comprehende portanto aquelles individuos que não só têm domicilio certo, mas que têm officio ou emprego honesto e util, de que, ou se distrahem pelo tempo que dedicam ao jogo, ou de que, não tirando sufficientes meios de subsistencia, buscam pelo jogo adquirir o que lhes é necessario para viver.

Comprehende mesmo aquelles que, dedicados durante o dia a uma assidua applicação do seu officio ou emprego, jogam durante a noite com o fim e com a fortuna de achar no jogo

os *principaes* recursos para viver e sustentar talvez uma numerosa familia.

Comprehende ainda toda a qualidade de jogo licito ou ilicito, por isso que a lei aqui os não distingue; e d'este modo o jogo de vasa ou de cartas, que não sirva de azar ou de paro, poderá ser uma circumstancia attenuante, mas nunca dirimente, para aquelle individuo contra quem se provar que não é de sua profissão habitual, mas que d'esse jogo tira a sua principal subsistencia.

Comprehende mais finalmente o jogador denominado de profissão, quer jogue em sua mesma casa, quer fóra d'ella, em casa ou academia de jogo ou de habitação particular.

O jogo porém não é vicio nem crime considerado em si mesmo. Quer se contemple segundo os principios da moral, quer em relação aos interesses da sociedade. Não se pôde mesmo encontrar, nem no velho, nem no novo Testamento, texto ou passagem que tenda directa nem indirectamente a condemná-lo¹.

Tudo quanto é preciso para se viver na sociedade como bom christão, como homem de bem, se reduz e se resume na *temperança*, na *justiça* e na *piedade*. « *Sobriè, et justè, et piè vivamus, in hoc sæculo.* » Diz o Apostolo, Ep. a Tito c. 2.º v. 12.

O jogo não pôde ter logar sem uma *convenção* onerosa e bilateral que necessariamente lhe precede; e em toda a convenção d'esta natureza o que o direito natural requer *essencialmente* para sua validade é que haja plena *liberdade* no accordo, *igualdade* ou *reciprocidade* nas condições, e *fidelidade* no exercicio e cumprimento dos direitos e obrigações resultantes. Em summa, que antes e depois da convenção se guardem os principios da *justiça*.

Alem d'isso no jogo é preciso que o *objecto* seja licito. Assim ninguem poderia jogar a fazenda alheia, a propria vida ou liberdade, ou de sua mulher ou de seus filhos, como tem

¹ Assim o demonstrou largamente J. Barbeyrac, professor de direito em Groningue em principios do seculo 18.º, em um tratado especial, tão largamente fundamentado e desenvolvido que nada deixa á desejar.

havido numerosos exemplos. Então a convenção offenderia o referido preceito do Apostolo.

Se o jogo se não pratica em logar publico, ou em casa que não tem outro destino, fica e deve ficar fóra do alcance das leis civis. Não é possível á policia, não é necessario ao bem estar da sociedade, não é conveniente ao repouso das familias, nem á segurança individual dos cidadãos, que agentes do governo espionem o que se passa no interior de uma casa.

A similhantes procedimentos obstará o § 6.º do art. 145.º da Carta. Fóra dos casos e sem as solemnidades ahí marcadas, não póde a auctoridade devassar a casa do cidadão, e quando n'ella entre, n'esses casos e com taes solemnidades, facil é fazer desaparecer então todos os vestigios do jogo, para que não possa constituir-se corpo de delicto.

Existe geralmente adoptado como ponto de honra a exactidão e lealdade na inviolavel manutenção dos direitos e obrigações resultantes do jogo. Tudo o que a lei póde fazer é negar a acção civil para em juizo fazer valer esses direitos e obrigações; mas, assim como seria tido e havido como infame aquelle que, faltando ás suas promessas, extorquisse o dinheiro que perdeu, ou se recusasse a satisfaze-lo, ou que pediu emprestado para jogar, assim tambem deveria ser qualificada a lei que auctorisasse a *repetição do indebito* a respeito de similhantes dividas.

« O governo, diz Mello Freire, não póde reformar este ponto de honra e de opinião geral que reina a respeito do jogo, « porque nasce não só da liberdade natural que cada um tem de dispor do que é seu, mas do principio verdadeiramente « honesto que manda sustentar a palavra. »

Posto isto, a incriminação feita no art. como de jogador de profissão a um homem, sómente porque passa uma grande ou a maior parte do seu tempo a jogar, não póde alcançar o fim do legislador; acrescendo que não se póde demonstrar que esse homem tira do jogo a sua principal subsistencia ¹.

¹ Portalis no seu bello relatorio ao conselho d'estado sobre contratos aleatorios sustentou que ha cousas que, ainda que licitas em si mesmas, são prohibidas em razão dos abusos e perigos que podem seguir-se; que aos olhos

Quem joga aventura-se a perder ou a ganhar. Effectivamente assim como ganha, perde. Se os saldos a favor são constantes, têm alguma duração, deve-o á sua fortuna ou á sua destreza, ou á sua intelligencia no melhor uso das regras do jogo, ou a algum criminoso artificio. Se os saldos são contrarios, se as perdas são permanentes, necessariamente abandona o jogo que foi o seu proprio castigo, e, ou volta ao trabalho, ou dá em vadio ou mendigo, ou se torna um malfetor. A sua pouca fortuna tanto póde dar logar á emenda como á perversão.

Mas em todas estas situações a lei penal sómente deve acompanhar o cidadão nos factos que apresentam os caracteres de crime, mas nunca os factos que, ou são de uma significação e resultado ambiguo ou não infallivel, ou que sómente são defezos, porque d'elles póde nascer a méra possibilidade de um crime ou crimes, cuja gravidade e qualidade ninguem póde calcular nem antever.

É sempre a incriminação do uso em razão do abuso que póde resultar.

Em conclusão teriamos por mais acertada a eliminação do art. O silencio do legislador seria mais conveniente.

A repressão do facto não é possível. O art. ha de ficar sem execução; e só póde dar mais um *pretexto* para se perseguir um cidadão honesto, á falta de um facto moralmente illicito ou reprehensivel.

do legislador não podem ter valor algum as obrigações e promessas resultantes do jogo que a razão condemna e a equidade desaprova; que ninguem ignora que o jogo favorece a ociosidade, separando a idéa do ganho da do trabalho, e que elle dispõe o coração á dureza e ao egoismo e mais atroz; que ninguem póde desconhecer as revoluções subitas que elle produz no patrimonio das familias particulares, em detrimento da moral publica e da sociedade em geral; que na administração de um grande estado a tolerancia do jogo é muitas vezes um acto necessario de policia; que a auctoridade que não póde suffocar as paixões deve pelo menos vigiar os que se lhes entregam, não renunciando aos meios indispensaveis para esse fim; que na impotencia de *impedir os vícios* a sua missão é de prevenir os crimes: mas que tolerar o jogo não é auctorisa-lo.

Nós concordámos com Portalis nas idéas de se não dever proteger o jogo como meio honesto de vida, mas não a incriminação nos termos em que se achá concebida no presente art.

O silencio de todos os Cod. dos povos civilizados vem em apoio d'esta nossa opinião¹.

A auctoridade de Mello Freire não póde contrabalançar a que resulta d'estes exemplos praticos; e mesmo a assimilhação aos *vadios* é ali diversa em seus resultados penaes, porque d'esta se segue, nos termos e por applicação do § 3.º tit. 25.º do Ensaio do Cod. Cr.: 1.º, a simples advertencia feita pela justiça; 2.º, na reincidencia a prisão *por vinte e quatro horas*; 3.º, na segunda a prisão por oito dias e um mez de trabalho gratuito em obras publicas; 4.º, na terceira o dobro; 5.º, e só depois tinha logar, não se emendando o jogador de profissão, a reclusão em cadeias de correcção *de dois a seis annos a arbitrio dos ministros da policia*.

Da nossa assimilhação aos *vadios* resulta logo, nos termos e por applicação do art. 256.º, a punição de prisão correccional até seis mezes e entrega á disposição do governo para *trabalho pelo tempo que lhe parecer conveniente*. E assim parece pois que fica repugnante e original semelhante disposição estranha aos principios da justiça e da equidade em que, nos termos do art. 145.º § 18.º da Carta, deviam ser fundados todos os preceitos do novo Cod. Pen. Offerecemos portanto á consideração do legislador estas reflexões, para que pelo menos se modifique o presente art.

¹ O Cod. da Baviera, art. 265.º n.º 4.º, falla sómente dos jogadores de profissão que *empregam meios fraudulentos*—*Les joueurs de profession qui tricheront, et leurs complices*—No mesmo espirito o mod. Cod. da Prussia, § 266.º, os que fazem profissão dos *jogos de azar*.

ARTIGO 265.º

O que for achado jogando jogo de fortuna ou azar será punido pela primeira vez com a pena de reprehensão, e no caso de reincidencia com a multa, conforme a sua renda, de quinze dias a um mez.

Art. 41.º, 42.º, 85.º, 86.º e ref.

Ha dois mil annos que as leis criminaes de diversos paizes têm punido os jogos de azar ou de fortuna.

Em Roma já existia lei penal antes de Cicero, poisque este na sua segunda Philippica censura Antonio de querer rehabilitar—*hominem omnium nequissimum, lege que est de alea condemnatum*—.

Em França é antiquissima a prohibição de semelhantes jogos; desde os capitulares de Carlos Magno, confirmando a reprovação do Concilio de Moguncia, até á recopilação de Luiz XVI sobre este objecto, do 1.º de Março de 1781, foram numerosas e constantes as providencias repressivas.

Na Hespanha, na Inglaterra, em muitos outros paizes, por toda a parte e em todos os tempos têm pretendido os legisladores reprimir a paixão pelos jogos de azar.

Mas hoje reduz-se a muito pouco a legislação moderna que mais tolera que prohibe taes jogos.

A Ord. do liv. 5.º tit. 82.º não prohibiu determinadamente os *jogos de fortuna* ou de *azar*, mas sómente os que fossem feitos com *cartas* ou com *dados*.

A Ord. foi impotente para reprimir o uso das *cartas*, e n'esta parte foi logo revogada. O *fisco* teve por mais conveniente só reprimir o uso dos dados, e permittir o das cartas, contanto que estas fossem das do estaque: Lei de 17 de Março de 1605, e Alv. de 31 de Julho de 1769.

Comtudo o Alv. de 29 de Outubro de 1696 prohibiu o *jogo da banca*, declarando-o comprehendido nas penas das leis do reino, comminadas contra os jogos *de parar*. A Ord. do

liv. 3.º tit. 82.º tratou determinadamente de prohibir o uso dos *dados*, e não dos *jogos de parar* em geral, sustentada a mesma Ord. pelo Alv. de 24 de Maio de 1656, quanto ao uso dos *dados seccos*: principalmente em beneficio do exclusivo das cartas de jogar, e a requerimento e instancias dos contratadores d'esse monopolio. A Lei de 17 de Março de 1605 ordenava expressamente, em beneficio da fazenda, que as auctoridades não procedessem contra os que jogassem com cartas do estanque, sem curar da qualidade dos jogos. Mas no mesmo presupposto de serem prohibidos pelas leis do reino em geral os jogos de *parar* foi fundada a Lei de 25 de Janeiro de 1677 § 11.º nas palavras *—uso dos jogos de parar, ou em dados ou em cartas ou por outro qualquer modo contra as prohibições de direito—*, prohibindo que:

«... nenhuma pessoa de qualquer titulo e preeminencia, «por maior que seja, use de jogos de parar.»

Posto isto, dizemos que este art. contém um resto, bem que de pequena importancia, sobre a prohibição dos jogos de *fortuna* ou de *azar*.

Os jogos podem dividir-se em tres classes: 1.ª, puramente de industria, de destreza ou de exercicio; 2.ª, puramente de azar ou de fortuna; 3.ª, *mixtos*, que participam de ambos. Nos d'esta classe ou predomina a industria, ou predomina o azar, ou se equilibram.

Portanto o art. é deficiente e confuso, por não definir quaes os jogos que na intenção da lei penal se devem considerar de *fortuna* ou *azar*¹. São todos os em que não tenha parte alguma a industria? Mas os mesmos dados requerem certa habilidade para o correr d'elles. Serão tambem aquelles em que predominar a fortuna? Mas os mesmos jogos deno-

¹ Neste mesmo defeito labora o mod. Cod. da Prussia, § 266.º, que ao passo que pune o jogador dos *jogos de azar* com penas severissimas, qual a de prisão de tres mezes a tres annos e multa de cem a mil escudos, com prohibição temporaria dos direitos da honra civil, não definiu o que fossem *jogos de azar*; faltando assim os caracteristicos legaes do objecto da incriminação.

Mas ao menos não os prohibiu de um modo absoluto, como se faz no presente art., exigindo sempre que o jogador *faça profissão* d'esses jogos.

O Cod. da Sardenha prohibindo os *jogos de azar*, no art. 509.º, procuro defini-los, declarando que eram:

«... aquelles em que o ganho ou a perda depende unicamente da sorte,

minados de vaza dependem do acaso das cartas; d'onde vem a asserção *—não se pôde fazer jogo sem jogo—*. Apontar á banca demanda, para bem se fazer, muito calculo de probabilidades, que cegamente dirigido pôde dar mais vezes erro que acerto¹.

Não ha pois razão sufficiente para permittir uma especie e prohibir a outra. Se a incerteza do evento devesse dar fundamento á prohibição todos os jogos deviam ser prohibidos². O certo é que todo o jogo assenta na convenção das partes interessadas. O resultado nasce de factos de execução praticados pelos proprios jogadores. São elles que fazendo correr

«sem que as combinações do espirito, a industria ou a agilidade do corpo, tivessem a menor influencia no seu resultado.»

Mello Freire, Ensaio de Cod. Cr., tit. 26.º § 1.º, considerou jogos prohibidos todos os de fortuna ou de azar; mas considerando a grande difficuldade ou antes impossibilidade de os designar especificadamente, por variarem de nomes todos os dias, declarou pertencer ás auctoridades de policia essa designação, de modo que a todos constasse quaes os jogos prohibidos.

Para o jogo ser licito é essencial que cada um dos jogadores esteja na incerteza do seu resultado, nem um jogaria tendo uma certeza absoluta de perder, sem o vicio da prodigalidade, nem outro poderia com a certeza do ganho aceitar ou propor o jogo, sem o vicio de fraude furtiva.

Ha porém uma grande differença entre o *banqueiro*, que faz o jogo da banca, seus agentes propostos, ou associados nos seus resultados, e os que apontam á banca; porque se algumas vezes acontece ser absorvido o capital e accrescidos pelo jogo feliz dos apontadores, o que para elles em phrase propria se exprime *—por levar a banca á gloria—*, as mais das vezes é uma especulação lucrativa e segura.

Por isso a Lei franceza de 24 de Junho de 1806 prohibiu as casas de jogo de azar, e o Cod. Pen. Fr. no art. 410.º fulminou as penas de dois a seis mezos de prisão e multa de cem a seis mil francos, contra os que sustentassem ou tivessem semelhantes casas *publicas*, e contra os banqueiros ou associados.

Portanto ficou destruida toda a legislação anterior, excepto quando taes jogos fossem tidos em *casas publicas*, e ainda então não foram incriminados os concurrentes a essa casa, que ficam sómente envolvidos no confisco de todos os fundos que se acham sobre a mesa em casos de flagrante delicto.

Alem d'isso: 1.º, os termos da incriminação do dito art. 410.º não comprehendem uma reunião de amigos accidental, restringindo-se ás reuniões habituaes de jogadores em casa de quem os recebe, não por amizade, mas em razão do interesse que lhe resulta; 2.º, que para a punição de um dos jogadores como banqueiro se exige a permanencia d'essa qualidade, excluida portanto a pena, quando n'essas mesmas casas um d'elles for convenção dos outros, constituida ou renovada em cada sessão, for designado para banqueiro.

Se o legislador queria comprehender os jogos em que sobre a industria predomina o *azar*, era preciso que o dissesse. Omissão semelhante tem dado

os dados, ou baralhando e tirando as cartas, se tornam auctores originarios do mesmo resultado, favoravel ou contrario, ainda que o não produzam senão por uma determinação cega e sem escolha.

Os contratos de *seguro* marítimo seriam muito mais reprehensíveis, porque não está em poder do segurador concorrer, intellectual ou materialmente, para que a embarcação chegue a porto de salvamento¹. Os que tomam bilhetes de uma loteria ou rifa estão no mesmo caso.

Os Cod. Fr., da Austria, do Brazil, das Duas Sicílias, da Hespanha, da Baviera e outros, nada contém que se assimilhe com a incriminação d'este art. Felizmente a penalidade é tão

em França logar a grandes difficuldades de applicação. Ainda assim não pôde resolver-se de uma maneira rigorosamente exacta o problema de que depende a execução da lei penal, sem que os juizes entrem no exame profundo das probabilidades de cada jogo, seu mechanismo e regras de uma variedade quasi infinita, dando-se a calculos e estudos mathematicos, que não são familiares aos mesmos juizes, e que só podem conduzir a uma apreciação ou arbitrária ou errada. A jurisprudencia franceza é a prova d'isto mesmo nas divergencias que offerece. Não meos de cinco julgados dos tribunaes de appellação têm declarado o jogo do *écarté*—como de azar, que vem apontados em Dalloz. Repert. ger. de Jur., tom. 29.º pag. 178, enquanto que o tribunal de cass. em 4 de Agosto de 1836 lhe desconheceu esse caracter, ao mesmo passo que em 3 de Julho de 1852 julgou que o mesmo jogo podia por suas circumstancias degenerar em jogo de azar, o que pôde dar-se a respeito de todos os jogos mesmo geralmente considerados licitos. Também nos jogos que demandam o emprego de destreza e exercicio como no do *bilhar*, e para os quaes, segundo o art. 1.º 966.º do Cod. de Napoles, se concede a acção civil, os tribunaes francezes têm julgado diversamente.

Dalloz, para sair d'estas difficuldades, propõe como mais simples e mais conforme ao fim da lei estabelecer-se como regra geral que devem ser considerados jogos de azar:

«... tous ceux dans lesquels les chances diverses, prévues par leurs règles spéciales, peuvent déjouer le calcul ou l'habileté.»

Mas isto deixa os juizes na mesma perplexidade e necessidade de calculos arbitrários, que elle pondera.

¹ Todavia existem rasões especiaes, que movem o legislador a prohibir os jogos de azar, e a permittir uma especie d'elles no dos seguros marítimos.

O jogo de azar não tem por causa senão a incerteza de um evento; o seguro, assim como o contrato de dinheiro a risco, dependem de um acontecimento incerto, que não é o seu unico motor.

O jogo de azar não é fundado sobre motivo algum util e racional, o seguro marítimo merece o favor da lei em razão dos perigos do mar, ao passo que os mutuantes vêem na facilidade dos movimentos commerciaes e seus resultados a promptidão do seu reembolso, que só um sinistro de força maior lhes pôde prejudicar.

moderada que se podem hoje dizer antes permittidos e tolerados os jogos de azar ou de fortuna que prohibidos.

Todo o apparato de um processo judicial e de uma condemnção, para que é então? Para concluir apenas por uma *repreensão*! E contudo esta penalidade, sendo irrisoria para uns, é affrontosa e pôde ser atrocissima para outros, que, se reincidirem, são tratados depois com mais suavidade, porque solvendo a multa de quinze dias a um mez ficam quites!

A *repreensão* deveria reduzir-se a um procedimento meramente policial de *admoestação*, ou de *advertencia*, como propõe Mello Freire no seu dito Ensaio do Cod. Cr., tit. 25.º § 3.º e tit. 26.º § 3.º, ou quando judicial, só pela *intimação* da sentença que irrogasse a censura, acompanhada então sempre de multa, por minima que fosse.

Seria mesmo mais conforme á moral evangelica, que sempre n'este caso, como em outros que respeitam a infracções ou vicios de menor gravidade contra os costumes, tivesse logar, não uma *repreensão* com as solemnidades da *audiencia publica*, com o comparecimento pessoal do réu, mas sim e sómente pela primeira vez aquella admoestação toda preventiva e sem o caracter de uma condemnção:

«Si peccaverit in te frater tuus, vade et corripe...»

«Si te non audierit, adhibe tecum adhuc unum vel duos...»

«Quod si si non audierit eos, dic Ecclesiæ.»

Math. 18—15, 16, 17.

O jogo em geral tem mais de odioso, que cada um dos jogadores não pôde ser feliz senão á custa do infortunio dos outros. A propriedade que por elle se adquire é ganha, sem que possa qualificar-se resultante nem dos contratos beneficellos, nem dos contratos onerosos.

Tem mais de odioso os excessos e crimes a que pôde dar logar pelo seu abuso. Em Roma a paixão do jogo passou ao estado de delirio; os antigos germanos, segundo o dizer de Tacito (de mor. germ. c. 24.º), depois de haverem perdido os bens, jogavam-se a si mesmos, a sua liberdade; os francezes oriundos dos mesmos povos herdaram a mesma paixão, e d'ahi as suas antigas providencias repressivas; os mesmos indios foram encontrados entregues com furor ao jogo, a que davam como objecto os proprios dedos, que não podendo remir cortavam.

Mas as leis têm por toda a parte sido impotentes, porque alem de não poderem ter efficacia na presença da tendencia geral, os mesmos executores d'essas leis não foram estranhos ao vicio commum, e assim mal podiam punir em outros o seu mesmo vicio.

ARTIGO 266.º

Aquelle que jogar jogo de fortuna ou azar com um menor de vinte e um annos ou filho-familias será condemnado em prisão de um a seis mezes e multa de um mez.

§ unico. A mesma pena será imposta áquelle que excitar o menor ou filho-familias ao jogo ou a habitos viciosos ou á violação da obediencia devida a seus paes ou tutores, se estes accusarem.

Art. 38.º, 41.º e ref.

Se o jogo é fundado em uma convenção, e se é preciso que as partes interessadas tenham a livre administração dos seus bens, é claro que todo o jogo, a premio ou risco de dinheiro, ou de objecto de valor, tem uma base falsa, viciosa, por não assentar, da parte do menor de vinte e um annos ou sujeito á tutela ou patrio poder, em consentimento valido¹.

Esta razão justificaria não só a disposição do art. em relação aos jogos de fortuna ou azar, mas todo e qualquer jogo, que, posto que licito em si mesmo, se torna illicito em razão de uma das pessoas e do seu objecto.

Assim entendemos que, tendo-se por justa a inermiação, deveria não se restringir aos jogos de fortuna ou de azar, mas ampliar-se a todos, embora aquelles se distinguissem como circumstancia aggravante para as differenças quanto á pena.

Além d'isto, em harmonia com a legislação civil, cumpria que o art. fosse redigido de modo que ficassem exceptuados: 1.º, os menores de vinte e um annos emancipados ou que

¹ Em França por uma ord. de *Moulins*, de 1566, art. 59.º, permitiu Carlos IX que os menores podessem repetir o que tivessem perdido em jogos de azar, sem contudo ficarem approvados similhantes jogos entre maiores.

assim tivessem a livre administração dos seus rendimentos¹; 2.º, aquelles menores ou filhos-familias que tenham ampla auctorisação para dispor de alguns meios concedida por seus paes ou tutores a respeito não de jogos permittidos, mas de azar, quando demandam um exercicio proprio ao desenvolvimento das faculdades physicas.

Os jogos *sedentarios* são proprios da idade madura e da velhice, assim como inadequados aos menores de que se trata; por isso que a inacção que os acompanha lhes esgota as forças e paralysa o melhor desenvolvimento d'aquellas faculdades: mas os jogos de exercicio não estão no mesmo caso, são convenientes, e entram mesmo nas regras de uma boa educação, carecendo muitos dos attractivos do lucro como incentivo da applicação.

Podem portanto os encarregados d'essa educação permitir aos seus curatelados jogos de similhante natureza ou mesmo os que a lei não prohibe, e então não vemos razão alguma, nem de justiça nem de conveniencia, para que em taes casos e sem distincção alguma proceda a determinação do art., nos termos indistinctos e geraes com que se acha formulada.

Um dos defeitos que apontámos, quanto á restricção aos jogos de fortuna ou de azar, se achava acautelado no Ens. do Cod. Cr. de Mello Freire, tit. 26.º § 6.º, fallando em geral de toda e qualquer especie de jogo:

«Os que jogarem com menores ou filhos-familias terão as «mesmas penas em dobro.»

Não se tomava assim como elemento da prohibição a qualidade do jogo, mas o da menoridade, como exprimindo a nulidade da convenção por falta de consentimento valido. Ora,

¹ Os menores que tiverem completado vinte annos sendo varões, e dezoito sendo fêmeas, podem ser emancipados com auctoridade de seus paes ou de seus tutores com o conselho de familia; e depois da emancipação só não podem dispor por deliberação da sua vontade dos bens de raiz ou arrenda-los por mais de tres annos: art. 454.º e 458.º da Ref. Jud.

Da mesma forma a menoridade sómente é uma circumstancia attenuante contra os menores até aos vinte annos, nos termos do art. 20.º n.º 1.º, e por isso por uma razão contraria, quem contra elles pratica um facto illicito não devia ter como circumstancia aggravante a menoridade superior aos vinte annos, embora inferior aos vinte e um.

desde que esse consentimento existe no menor, competentemente auctorisado, fica igualado ao maior, e cessa portanto o fundamento da aggravação da pena.

O mais que o legislador deveria exigir seria da parte do delinquente a prova de que se certificou previamente da auctorisação, e de que não excedeu na qualidade e quantidade do jogo os limites ou condições da mesma auctorisação.

O § un. do presente art. contém tres disposições distinctas, mas assimiladas para effeitos penaes:

1.^a Quanto á excitação ao jogo feita ao menor ou filho-familias.

2.^a Quanto á excitação a habitos viciosos.

3.^a Quanto á excitação para a violação da obediencia devida a paes, tutores ou curadores.

Quanto á primeira temos por justa a assimilhação, se o jogo se seguiu e o conselho foi causa determinante d'elle, por tal forma que sem a excitação não teria logar. Injusta porém: 1.^o, se o conselho ou provocação ou está ligado com alguma das excepções apontadas ao art. ou não foi causa determinante exclusiva, caso em que a pena não deve ser a mesma, segundo os principios estabelecidos nos art. 25.^o e 26.^o; 2.^o, se o menor se achasse competentemente auctorisado nos termos que ficam indicados.

Quanto á segunda e terceira, ainda que da sua justiça não duvidemos, não respeitando especialmente o objecto de que unicamente se prometteu tratar n'esta secção=*jogos*=, mas em geral a factos offensivos da moral e bons costumes, é materia inteiramente deslocada que não devia ter cabimento n'este §.

Tambem podem parecer dignas de emenda as palavras finais do §=*se estes accusarem*=.

O legislador quiz talvez evitar que pela publicidade de um processo em juizo contra a vontade dos paes ou tutores se assoalhasse o descredito de seus filhos ou tutelados, quando seguida a excitação de alguns actos de corrupção relativos ás tres hypotheses previstas. Mas esta rasão de interesse particular não pôde prevalecer contra as rasões de interesse social, impulsivas da acção do ministerio publico logo que tem conhecimento de factos que segundo a lei deve reprimir.

ARTIGO 267.^o

Aquelles que em qualquer logar derem tabolagem de jogo de fortuna ou de azar, e os que forem encarregados da direcção do jogo, postoque o não exerçam habitualmente; e bem assim qualquer administrador, preposto ou agente, serão punidos com prisão de dois mezes a um anno e multa correspondente.

§ unico. O dinheiro e effeitos destinados ao jogo, os moveis da habitação, os instrumentos, objectos e utensilios destinados ao serviço do jogo serão apprehendidos e perdidos, metade a favor do Estado e metade a favor dos apprehensores.

ARTIGO 268.^o

Aquelle que usar de violencias ou de ameaças para constranger outrem a jogar, ou para lhe manter o jogo, será punido com prisão de dois mezes a um anno, e multa correspondente, sem prejuizo de pena mais grave, se houver logar.

Art. 38.^o, 41.^o e ref.; 64.^o, 87.^o; C. Const., art. 145.^o §.

O Cod. do Brazil, art. 281.^o, diz:

« Ter casa publica de tabolagem para jogos que forem prohibidos pelas posturas das camaras municipaes. Penas— de prisão por 15 a 60 dias, e de multa correspondente á metade do tempo.

E portanto permittido por este Cod.: 1.^o, dar cada um

em sua casa toda a sorte de tabolagem. A Constituição do Imperio, art. 179.º § 7.º, fonte proxima do art. 143.º § 6.º da nossa Cart. Const., consagra o principio da inviolabilidade da casa do cidadão. O Cod. Pen. respeitou este principio.

Este nosso art. prohibiu a tabolagem *em qualquer lugar*, assim tanto *em lugar publico como particular*, comprehendendo a *casa do cidadão*. Nos termos do art. 130.º n.º 3.º um cidadão portuguez por nascimento e christão pelo baptismo e educação pôde particularmente em sua casa celebrar actos do culto da religião protestante ou de Mafoma, mas não pôde por este nosso art. n'esse mesmo lugar ter tabolagem de jogo de *fortuna ou de azar*!

2.º O Cod. do Brazil não prohibiu a casa de tabolagem, *mesmo publica*, determinadamente quanto aos jogos de fortuna ou de azar, como se fez n'este nosso art. De semelhantes jogos pôde-se ter casa publica de tabolagem, se não forem prohibidos pelas posturas das camaras municipaes.

3.º A pena é, no Cod. do Brazil, de prisão de quinze a sessenta dias e multa *de metade*; n'este nosso art. é de dois mezes a um anno e multa *correspondente*. De sorte que a nossa penalidade no seu minimo ainda é maior que a do Cod. do Brazil imposta no seu maximo.

O Cod. Fr., art. 410.º, restabelecido em seu vigor pela Lei de 14 de Julho de 1836, tambem pune as casas de jogo de azar, mas é preciso que o *publico* ali seja admittido ou *livremente* ou pela apresentação dos interessados ou filiados. A pena é de prisão de *dois a seis mezes*, e multa de 100 a 6:000 francos.

Não é portanto applicavel ás casas particulares em que se reuam alguns amigos; são dois elementos ou circumstancias essenciaes, *azar no jogo*, e *publicidade no jogo*. A mesma conclusão se não pôde tirar do nosso art., vista a generalidade dos seus termos = *em qualquer lugar* =.

O mesmo Cod., no art. 475.º n.º 5.º, distinguio os jogos de azar praticados nos logares *publicos*, e pune então o auctor da tabolagem sómente com a multa de 6 a 10 francos. A publicidade torna difficil a contravenção, porque taes logares estão patentes á vigilancia da policia. O nosso art. não fez si-

milhante distincção! Seja academia de jogo, seja casa de habitação particular, seja qualquer *lugar publico* ou clandestino, a penalidade é sempre a mesma.

O Cod. das Duas Sicilias, art. 318.º, adoptou a doutrina do art. 410.º do Cod. Fr.

Concordam porém com o nosso art., não na generalidade dos termos = *em qualquer lugar* =, mas em não exigir a *publicidade no jogo*, o Cod. Hesp., art. 260.º, e o Cod. da Austria, art. 266.º par. 2.º

O Cod. da Sardenha, nos art. 509.º e 512.º, tambem é restricto a *casas de jogos*, mas é concebido de maneira que não possam comprehender-se as casas *particulares* em que se não admittem senão pessoas da amisade do dono d'ellas.

Resulta d'esta confrontação que o nosso art. só pôde comparar-se na sua severidade a respeito de jogos de azar com o Cod. da Sardenha. É tão ampla a sua determinação que se alguém permittir, que em sua casa ou em qualquer *outro lugar* entre amigos se jogue por esse modo, para determinar o preço de um jantar ou de um banquete, em que depois todos têm de tomar parte, não pôde esta circumstancia servir de escusa, nem para a pena aqui estabelecida, nem para a marcada nos art. 265.º e 266.º.

No Cod. Pen. da China, secç. 378.^a, se acha este caso attendido e prevenido. A pena de oitenta bastonadas e confisco de dinheiro, moveis e casa, não é então applicada¹.

Quanto á pena tambem sómente se encontra o typo no Cod. da Sardenha, sendo immensa a distancia que n'este ponto

¹ Nos termos em que se acha redigido este nosso art. as academias ou casas de jogo que se estabelecerem permanente ou temporariamente sem especulação do proprietario ou banqueiros, mas com um fim de beneficencia, como em proveito dos pobres e de orphãos, ou em occasião da peste, de fome ou de outra calamidade publica, são comprehendidas na prohibição e na penalidade. Não se pôde sem forçar a letra da lei entender de outro modo, como julgou o trib. de cass. de Paris: Ar. de 26 de Março de 1813.

Mas a incriminação com esta comprehensão leva a uma conclusão tão injusta e absurda, que os juizes poderão concluir com mais acerto a absolvição dos accusados.

O elemento moral e material do facto desaparece em relação aos productos do jogo se elles revertent em proveito da beneficencia. As loterias estão no mesmo caso que os jogos de azar, e portanto, pelo menos o que no art. 272.º se dispoz com relação a ellas, tinha aqui toda a applicação.

separa o nosso art. com especialidade dos Cod. do Brazil, da Hespanha e das Duas Sicílias.

Tanto pois a incriminação como a penalidade do presente art. carece de emenda.

O mesmo dizemos quanto ao § gn.

Não bastava o requinte de severidade na accumulção de duas penas, era ainda mister que fosse adoptada a pena accessoria do confisco em tudo quanto se encontrasse na casa de jogo sem exceptuar os moveis de habitação!

Só faltou confiscar também a casa ou edificio, se pertencente ao delinquente, como estava na lei romana, 3.º Cod. de Aleat., em uma Ordenança franceza de Janeiro de 1629, art. 137.º, e no Cod. Pen. da China, cit. secc. 378.ª:

« La maison disposée pour qu'on y joue, soit que celui à qui elle appartient y loge habituellement, soit qu'il en ait acheté une dans cette vue illégale, sera confisquée au profit du gouvernement. »

O Cod. do Brazil, respeitador como é da Constituição do Estado, abstrahiu de similhante penalidade accessoria. Tanto esta, como o art. e § correspondente da nossa C. Const., declarou que não haveria mais confisco = em caso algum =. O Cod. da Austria também fugiu do confisco.

O § tem o seu modelo no Cod. Fr., art. 410.º, e no Hesp., art. 260.º aonde se empregam as palavras = los muebles de la habitación =.

Mas o Cod. Fr. restringia este confisco de moveis da casa de jogo: 1.º, aos destinados e empregados no serviço do jogo; 2.º, aos que guarnecessem ou decorassem os logares do mesmo jogo.

Os Cod. da Sardenha, art. 515.º, e das Duas Sicílias, art. 512.º, adoptando, mas restringindo a mesma idéa, comminaram o confisco dos moveis sómente quando fossem empregados ou destinados ao serviço do jogo.

O defeito pois do Cod. Hesp. passou n'esta parte para este §. *Habitar* uma casa ou um quarto importa o mesmo que *morar* n'ella, para todos os effeitos necessarios á vida, como de *alimento* e *repouso*. Portanto nos moveis de habitação comprehendem-se os que servem á comida como ao repouso, taes

são as louças, camas, etc. Sómente podem ser exceptuadas as roupas ou moveis não de habitação, mas de *pessoa*.

Todavia, e até á revisão e emenda do Cod. Pen., os juizes, considerando que o confisco se acha abolido, em termos absolutos, pela Carta; que este § se deve conciliar com a mesma Carta, assim como se deve concordar com o art. 102.º do mesmo Cod., estabelecendo que as penas não passarão *em caso algum* da pessoa do delinquente; e que os moveis que, por um principio de utilidade ou de moralidade publica, são, pela Ref. Jud., art. 590.º, exceptuados da penhora, mesmo em execução de sentença e a favor do fisco, não podem por maioria de razão ser comprehendidos no confisco de que se trata, devem attenuar o rigor da expressão d'este §, tendo por legitima e justificada a opposição que possa ser feita a toda ou parte da apprehensão dos moveis, pelos terceiros interessados, pelo proprio delinquente e pelas pessoas da sua familia:

Por ultimo notaremos quanto á applicação dos objectos d'este confisco, que em uma lei de Luiz XIII, com data de 30 de Maio de 1611, se declarava que os objectos seriam ap-

¹ A commissão do corpo legislativo havia proposto no Cod. Fr. a supressão do confisco na dita segunda hypothese, quando os delinquentes não fossem os proprietarios. Mas o conselho d'estado não adoptou esta emenda, pelo fundamento de que os moveis assim como os utensilios do jogo se deviam considerar como *instrumentos de contravenção*; e que os terceiros prejudicados deviam imputar a si mesmos a imprudencia da sua confiança e usar do seu direito contra o abuso d'ella.

Os Cod. da Sardenha e das Duas Sicílias contemplaram esta questão do mesmo modo que a dita commissão (Chauveau e Helie, cap. 64.º, tom. 5.º, pag. 411).

A razão dada pelo conselho d'estado não nos convence. Os instrumentos do crime devem ser tirados, não confiscados do poder do delinquente, ou porque têm de ser objecto de exame e de prova do delicto, ou também porque como perigosos devem ser quebrados, queimados ou inutilizados, como são cunhos falsos, generos deteriorados, etc. Mas em tudo o mais que não tiver esta intima e necessaria relação com o delicto, senão porque de taes objectos se fez *abuso*, o confisco é um erro, como offensa aos principios tanto constitucionaes, como da theoria do direito penal.

O confisco é uma aggravação da pena que é desigual na sua applicação e inutil. Desigual porque umas casas de jogo e de habitação podem estar modestamente mobiladas, em quanto outras podem estar guarnecidas com luxo e profusão. Inutil porque na accumulção das duas penas, prisão e multa, está de mais para a repressão do abuso ou deve estar tanto quanto seja bastante.

prehendidos pelos competentes funcionarios ou agentes de policia *para serem confiscados em beneficio dos pobres*. Se é cousa odiosa considerar a perpetração dos crimes ou contra-venções como fonte de receita para o Estado, mais odioso é ainda estabelecer premios que sirvam de incentivo para que os officiaes de policia devassem e invadam a casa do cidadão, sem perigo real nem imminente para a segurança publica.

Quanto ao art. 268.º, tem concordancia na nossa Ord. do liv. 5.º tit. 82.º § 7.º, nas palavras = e porque acontece algumas vezes que os jogadores *obrigam a outros a jogar* forçosamente, ou depois que jogam a lhes manterem o jogo quando perdem, a fim de se desquitarem, mandâmos que o *que tal força fizer* seja degradado *quatro annos para o Brazil* =.

A pena é n'este art. a mesma que a estabelecida na hypothese do art. antecedente. Se o proprio banqueiro for o auctor da violencia, não a soffre maior, excepto se considerada a violencia em si mesma lhe corresponder outra pena mais grave.

É ainda a mesma, ou a violencia tenha por fim forçar ao jogo licito ou ao jogo illicito. Ora que a violencia seja elemento sufficiente de criminalidade para que o facto em que ella se dá seja assimilado na gravidade ao que foi contemplado no art. antecedente facilmente se concebe; mas quando se dá accumulação de circumstancias aggravantes, a pena ou deve augmentar ou deve reduzir-se á da hypothese menos grave, para que em todas e cada uma se guarde uma justa proporção.

Isto confirma a demonstração que fizemos da excessiva severidade da pena no art. antecedente, e portanto a necessidade de se reduzir a justa proporção, pelo menos, com relação ás hypotheses que abrange o presente art.

Mello Freire tambem fez d'este facto uma incriminação especial como se vê do Ensaio do Cod. Cr., cap. 26.º § 8.º, impondo a pena de desterro por quatro annos para fóra de villa e termo. Concordam as leis romanas, como da l. 1.ª § ult., e l. 2.ª de aleatoribus.

ARTIGO 269.º

Serão impostas as penas do furto aos que empregarem meios fraudulentos para assegurar a sorte.

Art. 421.º §§ e ref.

Concordam os Cod. Hesp., art. 261.º, da Austria, part. 1.ª art. 180.º, da Baviera, art. 265.º n.º 3.º

A nossa Ord. do liv. 5.º tit. 82.º no § 3.º tambem punia severamente não só os que jogassem com dados ou cartas falsas, mas os que fabricassem estas ou aquelles. Os acontes, o degredo por dez annos, além da multa do *anoveado*¹, em esmo o degredo perpetuo, eram as penalidades que estabelecia, segundo a qualidade das pessoas e quantidade do ganho illicito.

Em outros muitos Codigos e Leis de povos antigos e modernos não se acha incriminada particularmente a fraude commettida ao jogo; mas os elementos constitutivos do facto criminoso encontram-se por toda a parte e quasi em todos os tempos, já como furto, já especialmente como fraude em damno alheio. Assim está nas leis inglezas (*Cheating*).

Assim o entendeu o legislador n'este art., e por isso não incriminou especialmente a fraude, declarando sómente que lhe são applicaveis as penas do furto.

Todavia a pericia e habito de commetter fraudes ao jogo não só podia, mas devia merecer uma contemplação especial no Cod. Pen. O cit. Cod. Hesp. de 1822, art. 768.º, e o da Baviera, art. 265.º n.º 3.º, assim o praticaram.

Por uma parte a avidez do ganho, e por outra o receio da perda, sentimentos que dominam o individuo que não joga por se entreter ou divertir, raras vezes impedem que a tentação de empregar alguma subtiliza o não venha accommetter, e bem

¹ Conservada esta especie de multa no art. 214.º do nosso Cod. Vide esse art.

difficil é não ceder a essa tentação, quando ou se quer atenuar ou reparar uma perda, ou se carece de assegurar um ganho, e a sorte por meios regulares e honestos é caprichosa em ser contraria.

Supposta a paixão e a profissão do jogo a correr á redea solta, acreditar que o jogador pôde sempre ser senhor da sua probidade, para conter as suas acções dentro de justos limites, é illudir-se grosseiramente.

O jogo, quando especulação interesseira e habitual, é d'entre todos o commercio que offerece maiores perigos á observancia das regras do justo. A avariza pôde contentar-se da sua perseverança, da sua actividade, das suas privações, das suas economias, da sua dureza e inflexibilidade, para juntar thesouros sem usar da fraude em caso algum. O negociante, que se não compromette em especulações de risco, ou que as não empheende senão cautelosamente, tem todas as probabilidades de que no resultado geral da sua industria ha de encontrar um lucro certo, observando religiosamente as leis do negocio e do credito commercial, que assentam sempre na reciproca fidelidade.

Mas nos jogos mais communs, em que o azar decide soberanamente do successo, e mesmo nos mixtos e de pura destreza, nada é seguro. Se o resultado fosse infallivel deixaria de ser jogo. A fraude pois é o unico poder moderador de que o jogador de profissão, mas infeliz, tem a lançar mão para assegurar a victoria.

Alem d'isso, as fraudes commettidas ao jogo escapam pela maior parte á repressão e á vigilancia. Difficilmente se pôde dar attenção ao proprio jogo e espreitar e descobrir nos movimentos do seu contrario as intenções de fraude para as prevenir. O jogador fraudulento não tem mesmo as mais das vezes premeditação, senão vaga, indeterminada. Attento em aproveitar todas as distracções, todos os descuidos, a concepção e a execução é obra de um só momento.

O jogador que nota os golpes para elle insensíveis que attribue á sorte, desespera, exalta-se, clama contra o duro fado que o persegue, e ainda fica penhorado de gratidão, quando o seu contrario o lamenta, e lhe diz: *em verdade está infel-*

lize, e lhe roga que suspenda o jogo para não fazer maiores perdas, protestando sempre que não se recusa a prestar-lhe a desforra, que estimaria mesmo que estivesse em seu poder dar-lhe. Que generosidade!

A aleivosia, a hypocrisia são pois ainda circumstancias aggravantes, que entram essencialmente na fraude commettida pelo jogador de profissão, que só se regula por calculo, que consiste em demorar o desengano do jogador ainda novico ou de boa fé que lhe offerece permanencia de recursos e de residencia, e em não poupar o adventicio ou cuja fortuna pôde ser absorvida em poucas sessões.

Terminada a sessão, uma, outra é outra, o jogador defraudado começa a reflectir, a desconfiar; recorda-se de taes ou taes circumstancias, e as suspeitas começam a estabelecer-se. Volta ao combate, firmemente resolvido a buscar a desforra, e a verificar as suas presumpções e induções; até que enfim a fraude se lhe torna evidente.

Depois reverte á lica, resolvido a vingar-se pelo emprego das mesmas armas, simulando por enquanto a mesma simplicidade, deixando-se mesmo enganar para surprehender e descobrir os meios que emprega o seu inimigo; e desde logo o commercio do jogo se torna o de defraudação reciproca. Então se verifica que quem quer enganar os outros achá-se muitas vezes enganado.

On commence par être duppe,

On finit par être fripon.

Eis outra circumstancia aggravante que resulta da fraude commettida pelo jogador de profissão. A força do seu exemplo é infallivel. Reprodúz o crime e multiplica os criminosos. É uma escola de immoralidade a que sustentam, e em que os discipulos, scandalizados e feridos pelos passados reveses, procuram compensar-se, rivalisando com seus mestres, e mesmo excedendo-os.

Mas se ha fraude contra fraude os resultados se neutralizam, os esforços são estereis; é preciso a final fazer alliança com o mestre, e explorar outras victimas, ainda bisonhas e ardentes;

e eis outra circumstancia aggravante, que acompanha os jogadores de profissão que os torna uma associação criminosa.

Não está aqui tudo. Não se pôde acreditar que homens, que não fazem escrupulo algum de fraudar ao jogo, se conduzam com boa fé nos negocios e trato da vida commum. É preciso que vivam, e o azar é tantas vezes superior á fraude, que algumas ella mesma se converte em damno de seus proprios auctores. Os successivos prejuizos ou ruina dos jogadores de boa fé, produzindo o seu desengano ou resolução de abandono, estancam para os jogadores de profissão a fonte sobre que exerciam a sua industria.

A civilisação, as affecções de familia, novas obrigações, novos habitos, afastando os concorrentes de similhante commercio, em alguns mezes ou parte do anno, força os jogadores de profissão, raras vezes, a procurar em negocio lícito e que demande trabalho e applicação, um supprimento de meios indispensaveis á sua subsistencia.

Em tal situação, se podem, os jogadores de profissão se arremessarão á carreira do crime contra as pessoas e propriedade, ou individualmente ou com os seus cumplices ou com quaesquer outros criminosos.

Portanto é manifesta a sabedoria do moderno Cod. da Baviera, emquanto deixando no silencio o jogo e os mesmos jogadores de profissão, foi comtudo explicito a respeito d'estes mesmos jogadores e seus cumplices, quando fraudulentos. O mesmo vemos praticado no moderno Cod. de Darmstadt.

Em conclusão pois considerámos que a hypothese de que se trata apresenta mais gravidade que as do furto, a que este nosso art. é remissivo e cuja materia é mais digna de uma contemplação especial, que todas as que foram attendidas nos art. 264.º, 265.º, 266.º e 267.º d'esta secção, que deviam ou podiam sem inconveniente ser omittidas.

SECÇÃO 2.ª

LOTÉRIAS.

ARTIGO 270.º

É prohibida toda a loteria que não for auctorizada por lei, salvo o disposto no art. 272.º

§ 1.º É considerada loteria e prohibida como tal toda a operação offerecida ao publico para fazer nascer a esperanza de um ganho que haja de obter-se por meio de sorte.

§ 2.º Os auctores, os emprezarios e os agentes de qualquer loteria nacional ou estrangeira, ou de qualquer operação considerada loteria, serão punidos com a multa, conforme a sua renda, de um a seis mezes.

§ 3.º Os objectos postos em loteria serão apprehendidos e perdidos a favor do Estado.

§ 4.º Sendo a loteria de alguma propriedade immovel, a perda a favor do Estado do objecto da loteria será substituida por uma multa imposta ao proprietario, que, segundo as circumstancias, poderá ser elevada até o valor da mesma propriedade, accumulando-se a que fica determinada no § 2.º

Art. 41.º e ref.; art. 64.º; C. Const., art. 145.º §.

Antes de entrarmos na apreciação das disposições contidas nos art. da presente secção convem fixar idéas acerca da moralidade e perigos resultantes dos factos incriminados nos mesmos art.

Analogas disposições se encontram desde muito n'este reino antes do Cod. Pen., e com particularidade no Decr. de 3 de Junho de 1841, e no de 5 de Novembro de 1851.

A excepção feita em favor da causa publica ou dos esta-

helecimentos de beneficência, tem dado occasião a pungentes declamações pela imprensa. Tem-se dito que o governo pune por esta fórma nos particulares os seus proprios actos; que o publico não pôde ver moralidade na lei penal quando acompanhada de semelhante excepção; que é o maior dos absurdos suppor-se que uma misericórdia pôde licitamente praticar aquillo mesmo que a lei *prohibe* aos cidadãos; que uma semelhante legislação importa o *privilegio* ou o *monopolio* das loterias a favor dos estabelecimentos pios.

Mas os argumentos que estas declamações envolvem são especiosos, e fácil é demonstrar a sua improcedencia.

Em primeiro logar a loteria é um jogo, e como tal não tem em si mesma cousa alguma que a torne illicita.

É não só isto; se na loteria todos os jogadores são iguaes, sem outra maior esperanza ou probabilidade de ganho que a que resulta do numero de bilhetes com que entram, se não ha fraude da parte do chefe ou senhor da loteria, a percentagem que elle deduz, ou da somma total ou de cada um dos premios, é-lhe abandonada ou consentida de commum consentimento de todos os jogadores, e se justifica mais, ou como commissão do trabalho e despezas respectivas aos annuncios, confecção de bilhetes, tiragem da roda ou da sorte e pagamento dos premios, ou como donativo e contribuição voluntaria, implicita ou explicita, principal ou secundaria, da parte dos mesmos jogadores, em beneficio da causa publica ou de emprego em objectos de caridade ou de protecção ás artes.

Qualquer que seja o objecto e fim da loteria ella se reduz a uma convenção de compra e venda. É uma cousa que um vende e que muitos comprem em commum, com a condição de se designar por meio da sorte aquelle que ha de ser senhor de toda ou parte da mesma cousa, quando repartida em mais de um premio.

Assim a referida percentagem importa o mesmo que a venda do objecto um pouco mais caro, que seria o preço corrente, se a compra fosse feita por um individuo e para elle sómente; e como todos os jogadores, no passo que esperam ganhar, contão perder tudo, segundo os resultados da sorte, nos casos de perda nenhum damno recebem com a deducção,

porque só recêe sobre os que ganham, e nos casos de ganho, é este sempre superior ao valor das entradas respectivas, quota ou quotas de *preço* a que tocou o premio.

Em toda esta operação ha sempre uma justa proporção, esperanza do ganho e o recêdo da perda; todos se resignam de antemão aos resultados da sorte, dá-se uma plena e inteira liberdade, uma fidelidade religiosa na observancia e execução das condições enunciadas e consentidas, enfim tudo quanto pôde tornar licitas as convenções humanas.

Posto isto é obvio que na lei que absolutamente prohibisse as loterias não haveria verdade moral, porque tornaria defeza uma convenção moralmente licita.

Mas as loterias têm seus perigos, têm seus abusos. Acautelá-los, preveni-los, attenuá-los é da competencia do legislador. Impor uma sanção penal aos contraventores dos seus preceitos é uma consequencia necessaria d'essa competencia.

É por que modo mais conveniente pôde o legislador, sem prohibir absolutamente, permittir as loterias? É este o problema que o Cod. resolveu nos art. d'esta secção. Logo veremos se acertou.

É certo que as loterias são, para certa classe de pessoas que n'ellas costuma entrar, uma decepção, apesar dos continuados desenganos, por ser necessariamente muito maior o numero de bilhetes em branco do que os que têm de sair premiados; que o povo miúdo corre ás casas de venda das chamadas cautelas ou fracções de bilhete aonde jogam as suas economias ou parte d'ellas; que a esperanza, mallograda uma e muitas vezes, não evita as novas tentativas, e muitos augmentam, se podem, e quanto podem as suas entradas, n'esta especie de jogo, chegando a ser uma paixão, uma necessidade a satisfazer; que, á falta de meios legitimamente adquiridos, procuram-se outros industriosos, rigorosos furtos; que nos outros jogos de azar pôde a lei prevenir o inconveniente, como se fez no art. 266.º, de se jogar com um menor de vinte e um annos, que não pôde prestar consentimento valido, o que não é possivel nas loterias em que os bilhetes se vendem a todos, sem distincção de condições, de sexos nem de idades, e se entregam os premios *ao portador*; que assim cessa nas loterias o

fundamento da convenção ou livre consentimento que se dá nos outros jogos e com que se justificam; que pelo lado politico, têm as loterias de odioso adormecer o povo nos braços do despotismo aggravando a sua miseria¹; e que enfim, considerada como contribuição, é de todas a mais immoral, por isso que na maior parte recae sobre a ignorancia e sobre a pobreza².

Acrescem os abusos, os escandalos, as fraudes, a que as loterias têm dado tantas vezes logar, como a historia de todos os tempos e de todas as nações tem demonstrado.

Mas todos estes inconvenientes, ou são uns remediados pelas providencias restrictivas da lei e regulamentos da policia, ou são outros contrabalançados pelas vantagens que resultam do fim e applicação do objecto da loteria.

Quanto á falta de consentimento valido que pôde dar-se e se dá a respeito de muitos jogadores, a lei ou o decreto do governo que auctorisa a loteria supprime esse consentimento; a auctorisação do governo previne os abusos, as fraudes, os escandalos, regula ou aceita em nome do publico as respectivas condições, modera a complicação de muitas loterias a um tempo, tornando mais rara a tentação do jogo; as vantagens da protecção ás artes, de meios á beneficencia publica, de applicação a fins de utilidade geral, anima o fabricante, sustenta o trabalho e o preço do seu salario, presta refugio á mendicidade, aos enfermos pobres, á infancia desvalida, soccorre os detidos nos carcereiros, allivia os contribuintes, repara as ruinas dos templos, levanta novas columnas e altares³.

¹ Em França, um decr. de 13 de Novembro de 1793 (25 brum. an. II) supprimiu as loterias « comme une invention du despotisme, destinée à faire taire le peuple sur sa misère en leurrant d'une espérance qui aggravait sa détresse. »

² J. B. Say diz: « Les législateurs qui sanctionnent un pareil impôt votent un certain nombre de vols et de suicides tous les ans. Il n'est aucun prétexte de dépense qui autorise la provocation au crime. »

³ Muitos monumentos religiosos de Paris devem a sua existencia ás loterias. As igrejas de S. Sulpicio, de S. Philippe de Roule e a de Sévres.

O pantheon, acabado mais tarde pelo governo, foi igualmente começado com o producto de uma loteria. Na Inglaterra, depois de longos debates, o parlamento auctorisou outra em 1694 de 1.200.000 libras st., que foi tomada em menos de sete mezes como subsidio da guerra de Guilherme III contra a França e Jacques d'Escocia.

Comtudo não dissimulámos que, comquanto as loterias em si mesmas não tenham cousa alguma que as condemne, como se não trata do exercicio de um direito indispensavel á vida civil, e seria melhor em taes casos a inteira prohibição que a tolerancia e as restricções, poderia concordar-se n'esta resolução, se a sociedade se achasse perfeitamente constituida, e se a abundancia ou a riqueza de meios e de trabalho fosse tal que as rendas do Estado podessem prover a todas as necessidades e prestar supprimentos a todos os estabelecimentos pios, creal-os e dota-los.

Ainda assim, e então mesmo, o legislador deveria prever sobre as medidas mais efficazes de reprimir as loterias clandestinas que são duplicadamente mais perigosas, porque nem o governo pôde fiscalisar a sua emissão, nem tornar effectivo o cumprimento das suas condições, que podem importar uma bulsa feita por um desconhecido ou um estrangeiro que não offereça garantia alguma nem aos jogadores nem á punição do crime. Se for, por exemplo, um francez, depois de ter passado toda ou a maior parte dos bilhetes e recebido a sua importancia, não tem mais que ausentar-se para o seu paiz, d'onde não ha meio algum de obter a sua extradicação, porque lhe resiste o novissimo tratado, tanto em rasão da pessoa, como, se fosse outro estrangeiro, em rasão da natureza do delicto.

Em presença do que parece-nos que, sendo as loterias moralmente licitas, mas grandes os abusos e inconvenientes que podem resultar tanto da sua inteira liberdade como da sua prohibição absoluta, é admissivel o meio termo admittido pelo Cod. Pen. n'esta secção, pelo Cod. Fr., art. 410.º, e Lei de 21 de Março de 1836, Hesp., art. 260.º, das Duas Sicilias, art. 318.º, que se reduzem a punir os auctores das loterias não auctorisadas. Concorda o mod. Cod. da Prussia, § 270.º

O presente art. é especialmente consignado para exprimir este pensamento que importa com a sua referencia ao art. 272.º o mesmo que dizer-se que, alem das loterias auctorisadas especialmente por lei, são permittidas as de moveis ou dinheiro, se forem exclusivamente destinadas a alguns actos de beneficencia ou á protecção ás artes.

Mas quaes são na actualidade as loterias permittidas por lei? Respondea em 1841 o Decr. de 3 de Junho do mesmo anno, no art. 2.º:

«Entre as loterias nacionaes permittidas por lei a unica que actualmente subsiste é a que se acha auctorisada pela «Port. de 27 de Maio de 1834 e Decr. de 5 de Outubro de «1838 no edificio da Santa Casa da Misericordia de Lisboa, «com applicação aos expostos da mesma Santa Casa, aos en- «fermos do hospital de S. José, aos alumnos da Casa Pia e «aos pobres invalidos do Asylo de Mendicidade.»

A prohibição absoluta do presente art. é logo modificada pela definição dada no § 1.º, da qual resulta que as loterias *particulares* não entram no numero das prohibidas.

Esta definição é tirada e traduzida *ipsis verbis* da cit. Lei franceza de 21 de Maio de 1836.

O presente Cod., distinguindo os jogos de azar em *taboagem* das loterias, e não querendo n'este § que se entenda por loteria, para os effeitos penaes, senão aquella em que se der a *publicidade da offerta*, abre a porta a illudir-se por mil modos a prohibição da lei.

Nada obsta que por occasião de um chá, de um jantar, de uma festa, de um baile ou reunião de amigos, se proponha e realise uma loteria. Todavia d'estas loterias ou rifas não podem resultar os mesmos inconvenientes que costumam verificar-se nas offerecidas indeterminadamente ao publico, e talvez por isso o legislador as não reprovou.

A penalidade reduzida a multa até seis mezes, que se estabelece no § 3.º, é adequada como de contravenção á lei, pela falta da auctorisação; não temos comtudo por admissivel o seu complemento do *confisco* dos objectos postos em loteria, assim como não temos por sufficiente a comminação exclusiva da multa.

A penalidade deve ser moderada, como cumpre a respeito de todas as acções licitas em si mesmas, que sómente são punidas pela contravenção.

Então a pena deve ser policial ou simples, ou composta de prisão e multa leve, ou de escolha entre uma e outra, segundo as circumstancias do contraventor e a importancia do caso.

O Cod. da Sardenha, no art. 509.º, presta-se melhor a esta

appreciação de circumstancias, porque, impondo a prisão e multa, permite a applicação simultanea ou a escolha de uma das penas, e portanto a exclusão da multa, ou a sua modificação em certas circumstancias:

«...on pourra prononcer séparément l'une ou l'autre de «ces peines.»

Mas a adopção da multa sem prisão em caso algum, aggravada com o confisco, o que importa a accumulção constante de duas penas pecuniarias, não nos parece que possa justificar-se.

Concordam n'isto o Cod. Fr., art. 410.º, e Lei de 21 de Maio de 1836, o Cod. Hesp., art. 260.º, o das Duas Sicilias, art. 318.º, e o mesmo Cod. da Sardenha, art. 515.º, não já porém assim o mod. Cod. da Prussia.

Não tem fundamento justo, porque os objectos não são dos prohibidos que devam ser inutilisados, quebrados ou queimados; é desigual, porque esses objectos podem ser de pequeno ou de grande valor.

Apprehensão e perda a favor do Estado é a rigorosa definição do *confisco*. A Carta não eliminou esta palavra do dictionario juridico, mas a sua significação de execução penal.

O confisco é aqui absurdo, porque, se a loteria for de dinheiro, só pôde ter lugar sobre os bilhetes expostos á venda para serem queimados ou inutilisados. Para que podesse ter lugar *em favor do Estado* seria preciso que a loteria depois corresse *por conta* do Estado; mas esta idéa excluiria o *confisco* do objecto representado por esses mesmos bilhetes.

O Estado, tirando o *premio* áquelle a quem tocasse pela sorte, o confisco recairia não sobre os auctores ou emprezarios da loteria, mas sobre o portador do bilhete premiado, que a lei não declarou punivel.

Este confisco mesmo não é possivel com relação ás loterias *estrangeiras*. Essas loterias correm independentemente da acção das nossas leis e da nossa policia.

O mais que se pôde fazer é apprehender os bilhetes; e porque seria uma loucura inutilisar então os bilhetes apprehendidos, com mais razão determinou o Decr. com força de Lei de 5 de Novembro de 1851, no art. 49.º, que elles fiquem

em deposito no Governo Civil, a fim de que, no caso de saírem premiados, metade d'esse premio fosse dado ao apprehensor, e a outra metade distribuída pelos estabelecimentos pios mais necessitados.

A disposição do § 4.º, art. 270.º, sempre que o objecto da loteria for uma propriedade immovel, como uma quinta, um palacio, umas casas, um predio, uma embarcação, parece tendente a evitar a idéa do *confisco*, conservando todavia a sua essencia, porque o substitue por uma multa imposta ao *proprietario*, que segundo as circumstancias possa ser elevada até ao valor da propriedade.

Mas esta substituição é um puro sophisma. É um *idem per idem*. A Carta dispõe em termos absolutos, não distingue especie alguma de bens. Dinheiro, moveis ou immoveis, a respeito de todos prohibe o *confisco* em *caso algum*.

Nos termos do art. 102.º § 3.º, a hypotheca legal affecta o immovel para o pagamento da multa; e então de duas uma: ou a hypotheca é excutida para pagamento da multa, ou o proprietario pagando a multa liberta o predio do *confisco*. No primeiro caso a multa produz um rigoroso *confisco* do predio hypothecado; no segundo caso o pagamento importa a remissão ou compra do mesmo predio ao Estado. Assim por qualquer modo que se considere a pena é sempre o *confisco*, e nem se confunde com a multa imposta ao delicto. O mesmo § assim o reconhece, emquanto na sua parte final ordêna que a multa relativa ao predio se accumule á que se acha prescripta no § 2.º

E se esse objecto immovel for a unica ou a principal parte da fortuna do delinquente, se para remir vexames de seus credores, prover a urgentes precisões de sua familia, remediar a falta de concorrentes, evitar a depreciação de valores na actualidade, lançar mão da loteria ou rifa, ha de soffrer prisão e multa, e, alem d'esta, outra que importa a perda de toda ou parte do seu predio em prejuizo d'essa mesma familia e credores?

Alem da violação da Carta, seria esta segunda multa repugnante ao art. 102.º, declarando inexequível em casa algum a pena que passe da pessoa do delinquente.

Para modificar o rigor mal reflectido d'este § os juizes devem suppor que sendo-lhes defezo em regra, segundo o art. 69.º, substituir umas por outras penas, aqui, por excepção, segundo as circumstancias, sem lhes declarar quaes, lhes conceden o immenso arbitrio da substituição *sem minimo de quantia*, que nos termos do art. 83.º podem reduzir a pouco mais de zero.

Por ultimo convem notar que a fonte proxima d'este § é tambem a já citada Lei franceza de 21 de Maio de 1836, art. 3.º, d'onde quasi litteralmente foi vertido, evitando-se porém o emprego da palavra *confisco*:

«S'il s'agit de loteries d'immeubles, la confiscation prononcée par le dit article sera remplacée, à l'égard du propriétaire de l'immeuble mis en loterie, par une amende qui pourra s'élever jusqu'à la valeur estimative de cet immeuble.»

Mas a legislação franceza distingue o *confisco geral* e o *confisco especial*. O Cod. de 1810 os admittiu ambos; hoje permite-se sómente o segundo.

Tem-se justificado este *confisco especial* com dizer-se que a lei fundamental prescrevendo o *confisco geral* não teve a intenção de prescrever o *confisco* de objectos particulares, que são *instrumentos ou productos de um facto criminoso*.

O immovel todavia, no caso de que se trata, nem é *producto da loteria*, nem é *instrumento* d'ella. *Instrumentos* sómente são os bilhetes, a urna e as *sortes*; *productos* sómente é o *interesse* resultante ao proprietario alem do valor corrente ou *estimativo* do predio; e a nossa lei fundamental é mais explicita em formular a abolição do *confisco*.

A Carta estabelece tambem o principio de que a pena não ha de passar da pessoa do delinquente, e é d'este principio que o legislador tira por conclusão que não haverá confiscação de bens em *caso algum*.

O legislador foi justo, foi logico. O corollario não podia ser menos amplo que o theorema que estabeleceu. Que importa que o *confisco* seja de todos ou de parte-dos bens do condemnado? Que importa que se verifique sobre um determinado predio, e não sobre uma universalidade como herança de homem vivo em favor do Estado?

Mas, diz-se, a *confiscação especial* é de facto uma *condenação pecuniaria*, tem os mesmos caracteres; e se a reprovaes, como admittis as multas?

Respondemos que não admittimos as multas sempre que possam ferir o principio estabelecido na Carta. As multas devem ser impostas de modo que nunca degenerem em confisco. O dinheiro é uma propriedade como outra qualquer. A confiscação especial ou a incorporação de uma coisa qualquer em favor do fisco nunca deve ter logar. Apprehende-se tudo o que foi instrumento do crime, ou porque são objectos defezos e devem ser inutilizados, ou porque têm de servir como elementos demonstrativos da prova do crime. Se são *productos* do crime, não ha confiscação, ha uma *restituição* do que se adquiriu illicitamente ou em favor do Estado ou em prejuizo de terceiros; no primeiro caso o Estado não confisca, recupera o que se lhe tirou; no segundo a restituição deve ser feita aos prejudicados.

Se estas são pessoas indeterminadas, se não é possível por isso fazer-se-lhes a restituição individualmente, póde-se applicar ao Estado, mas é muito diverso o principio de que o Estado succede em todos os bens vagos a que não é encontrado senhor certo.

Mas ainda n'este caso o legislador deve descer dos apices do rigor de seu direito, determinando que a restituição se dê por feita em beneficio dos pobres e desvalidos, como são os asylos de beneficencia e estabelecimentos pios. O legislador dá assim em nome do Estado, não só um exemplo de moralidade e de desinteresse, o que é já em si de grande alcance politico, mas ainda de respeito á lei fundamental, evitando até as apparencias da sua violação.

Em conclusão: alem d'estes vicios da penalidade, a incriminação é confusa, insufficiente e perigosa; confusa, porque no art. parece conter uma prohibição absoluta sem distinguir as loterias publicas das particulares, quando no § 1.º a restringe ás publicas por virtude da definição; insufficiente e perigosa, porque não remove os inconvenientes das loterias clandestinas, e abre a porta á arbitrariedade sobre o elemento constitutivo da publicidade ou não publicidade e ao confisco di-

recto e indirecto de bens contra o preceito da lei fundamental do Estado.

Alem d'isso as *rifas* não se confundem na significação commum e ordinaria com as *loterias*, d'onde póde concluir-se, que ellas, comquanto comprehendidas na definição, se não forem *offerecidas ao publico* pelos empresarios, mas solicitadas pelos jogadores, embora sejam cem, mil ou dez mil, não são prohibidas.

Não temos então *offerta* e *aceitação*; temos *procura* e *aceitação*. O caso é diverso, e o art. 18.º veda toda a interpretação extensiva da lei penal. O mod. Cod. Pen. da Prussia no cit. § 268.º remove estes inconvenientes, reduzindo a sua ineriminação aos seguintes termos:

«Quem estabelecer qualquer *loteria publica sem licença da auctoridade competente* será multado até quinhentos escudos.

«Como loterias serão consideradas *todas as rifas estabelecidas publicamente* sobre objectos moveis e immoveis.»

ARTIGO 271.º

Aquelles que negociarem os bilhetes ou os distribuirem, ou que por qualquer meio de publicação tiverem feito conhecer a existencia da loteria ou facilitado a emissão ou distribuição dos bilhetes, serão punidos com a multa, conforme a sua renda, de quinze dias a tres mezes.

ARTIGO 272.º

Podem ser auctorisadas pelo governo as loterias de objectos moveis ou dinheiro destinados exclusivamente a actos de beneficencia ou á protecção das artes.

§ unico. O que violar os regulamentos feitos pelo governo para estas loterias auctorisadas será punido com as penas do artigo antecedente.

Art. 41.º e ref.

Concorda a cit. Lei franceza de 21 de Maio de 1836, art. 4.º, pelo qual foi modelado o presente art., menos quanto á penalidade que modificou, reduzindo-a a multa de quinze dias a tres mezes.

Assim foi tambem modificada a penalidade do Decr. de 5 de Novembro de 1851, § 18.º, em que se commina não só a multa de 3\$000 a 15\$000 réis, mas a prisão de tres a quinze dias.

Assim se desceu na penalidade, porque o facto não é em verdade mais que de cumplicidade em segundo grau, entrando nas regras prescriptas no art. 26.º

Esta participação fracciona-se entre tantos, que nenhum d'elles tomado individualmente se pôde considerar causa determinante da emissão.

Alem d'isso o legislador attendeu por certo: 1.º, á classe

de pessoas que de ordinario se empregam ou podem empregar-se em similhante exercicio; 2.º, á diminuta importancia do interesse illicito que cada um retira ou pôde retirar, comparado com aquelle que pretendem haver os empregarios; 3.º, a que se é duro punir os auctores principaes da infracção, em rasão de um facto licito em si mesmo, mais duro se tornava augmentar a relação dos co-réus.

Mas estas considerações levavam a uma conclusão mais benigna, qual a do silencio que se observa geralmente em diversos Cod. O exemplo da Lei franceza, comquanto modificada a sua penalidade, não era rasão bastante a determinar a imitação, principalmente quando a experiencia tem mostrado que é illusoria por muitos meios¹.

Pelo que respeita ao art. 272.º reportámo-nos ao que expozemos ao art. 270.º Concorda com a Lei franceza de 21 de Maio de 1836, art. 5.º: «Sont exceptées les loteries d'objectes mobiliers exclusivement destinées à des actes de bien-faisance ou à l'encouragement des arts, lorsqu'elles auront été autorisées dans les formes qui seront déterminées par des réglemens d'administration publique.»

Quanto ao facto da violação incriminada no § un. do art., na falta de regulamento para estas loterias se deve tomar como tal em cada caso especial as condições com que o governo as auctorisar como excepção; sendo ainda para se notar que similhante violação é facto de maior gravidade que o contemplado no art. antecedente, em rasão do abuso que faz da mesma auctorisação aquelle que a solicitou, e do dever especial que contrahi de se conformar a essas condições, faltando assim á sua promessa virtual. O mesmo dizemos quanto aos chefes, directores ou empregados dos estabelecimentos pios, se culpados de contravenção como funcionarios do Estado; poisque então a multa do art. antecedente não é uma penalidade adequada, mas ao governo cumpre remove-los ou demitti-los, por isso que não poderiam merecer mais a sua confiança.

¹ Como nos attesta e pondera Chauveau e Helie. n.º 3605.

SECÇÃO 3.ª

CONVENÇÕES ILÍCITAS SOBRE FUNDOS PÚBLICOS.

ARTIGO 273.º

Aquelle que convencionar a venda ou a entrega de fundos do governo ou de fundos estrangeiros ou dos estabelecimentos publicos ou de companhias anonymas, se não provar que ao tempo da convenção tinha esses fundos á sua disposição, ou que os devia ter ao tempo da entrega, será punido com prisão de quinze dias a seis mezes e multa correspondente.

§ unico. O comprador, se for sabedor das circumstancias declaradas n'este artigo, será punido com metade d'estas penas.

Art. 41.º e ref.

Este art. á primeira vista como está redigido parece comprehender todas as convenções de transmissão onerosa de fundos publicos, ditas=*a termo*=, e cujo preço equivalente se promette ou pagar na occasião da entrega d'ellas, ou se satisfaz logo ou em parte.

Mas n'este segundo caso dada a fallencia temos um rigoroso furto industrial, ou ao menos um facto bulroso, a que correspondem e deviam corresponder penas muito mais graves, nos termos do art. 450.º n.º 1.º, e art. 451.º n.º 3.º

«Pretendre à faux être le propriétaire d'une action, ou d'un droit à un fonds, à une annuité, ou à d'autres fonds «publicques transférables à la banque d'Angleterre, ou à la «*South sea house*, sont des crimes punissables de la déportation à vie, ou pour une moindre durée, ou de l'emprisonnement» diz sobre as leis inglezas Al. Laya, Cod. Pen., pag. 275.

Se estas negociações, comquanto ditas=*a termo*=, são puramente nominaes e ficticias, têm por objecto e fim figurar procura de fundos, ou a sua offerta, para depois se venderem ou comprarem na alta ou na baixa que o fingimento creou, são immoraes sem duvida alguma, porque a essas alterações ephemerass se seguem ou podem seguir-se as operações reaes, que repõem esses fundos no seu verdadeiro grau de credito ou de descredito, fazendo com que uns lucrem á custa dos outros, que perdem tanto ou ainda mais que o correspondente a esse lucro.

Mas restrictamente n'esta hypothese as convenções puramente nominaes podem considerar-se como actos preparatorios da fraude que se intenta ou se pôde commetter pelas convenções reaes; e então se a fraude se seguiu ou alguém se aproveitou dolosamente da occasião artificial para comprar ou vender, justo é que a lei puna o auctor principal do damno, pedindo a mesma justiça que, sendo pessoas diversas os auctores da simulação, das da operação verdadeira, sejam as primeiras consideradas como cúmplices das segundas; e se são os participantes exclusivamente, se lhes aggrave a pena em razão da premeditação.

É possível que ninguém caia no laço. Estas manobras de jogo sobre fundos publicos não são hoje um segredo tal que possa illudir com facilidade.

Joga-se e torna-se a jogar, e o preço dos fundos não se resente apesar das certidões dos corretores. Ninguém se decide facilmente a vender na alta ou a comprar na baixa, já porque os falsos contratantes não possuem fundos alguns, e então por parte d'estes as verdadeiras transacções se não realisam, já porque os verdadeiros possuidores na baixa não vendem e na alta não encontram quem compre.

Os grandes mercados de Londres, de Amsterdam e de Paris nos têm dado e estão dando o exemplo todos os dias. Dá-se o facto da alta ou da baixa? O commercio logo indica ou presume as causas e lhes dá o seu justo valor.

N'esta hypothese pois o jogo de fundos não passa de um acto preparatorio não seguido de effeito, e de que não resultou damno algum real. Incriminar esse acto só pela possibilidade

de affectar transacções posteriores parece-nos objecto de mui pouca importancia para o legislador. Pelo menos a prisão contra taes jogadores, quando de profissão, e cujo maximo fosse quinze dias, ou multa correspondente á escolha do juiz, seria mais que sufficiente imposta como contravenção dos regulamentos policiaes do commercio.

Ainda se póde imaginar a disposição do nosso art. applicavel a quem pratique o facto, não com o animo de jogar sobre a *alta* ou a *baixa* de fundos, mas na intenção de se fazer passar por um capitalista e ganhar credito, de que intente tirar partido em diversas transacções posteriores, licitas ou illicitas. Mas em quanto se não seguirem outros factos de fraude, a que correspondam penas segundo o Cod., e mais ainda quando o estratagemma aproveitou, mas sem prejuizo algum, publico nem particular, não vemos rasão sufficiente para que no Cod. Pen. se dê ao facto uma grande importancia.

Em todo o caso o art. ficou tão confusamente redigido, que difficilmente se póde fixar qual é o verdadeiro sentido e alcance da sua disposição.

E note-se que, segundo os termos do art., se o réu provar que ao tempo da convenção tinha á sua disposição os fundos, conquanto os não tenha ao tempo da entrega, fica desobrigado da pena imposta n'este art. Assim postoque faça a convenção da venda a um comprador, póde fazer segunda a outro a quem entregue os mesmos fundos. Não porém assim pela Ord. do liv. 4.º tit. 7.º, salvas as penas impostas aos *bulhões indicadores* pela mesma Ord. no liv. 5.º tit. 63.º

Cessa effectivamente então pelo Cod. Pen. a necessidade de punir o facto incriminado, poisque tambem ao segundo, como de *bultra*, conforme ao art. 450.º n.º 2.º, corresponde uma pena muito mais grave.

O Cod. Fr. subministrou sem duvida no art. 422.º a materia para a disposição d'este nosso art. Assim o parecem demonstrar as palavras:

«Sera réputée pari de ce genre toute convention de vendre
«ou de livrer des effets publics qui ne seront pas prouvés par le
«vendeur avoir existé à sa disposition au temps de la con-
«vention, ou avoir dû s'y trouver au temps de la livraison.»

Mas o nosso art. vertendo estas palavras variou a idéa do Cod. Fr. a que ellas estão intimamente ligadas. Esta idéa foi a de *prohibir em geral todo o jogo de parar ou apostas* feitas sobre a *baixa* ou sobre a *alta* de fundos publicos; como se vê do art. 421.º:

«Les paris qui auront été faits sur la hausse ou la baisse
«des effets publics seront punis.»

Comprehendeu portanto toda a sorte de manobras d'este genero; mas o mesmo Cod., no cit. art. 422.º, querendo explicar e restringir a intelligencia que poderia dar-se ao art. 421.º, o fez na fórma dita, mas sómente quanto ás vendas á *prime* ou do jogo a termo quando *ficticias*, ficando em tudo o mais subsistindo a regra prohibitiva do jogo sobre a *alta* ou sobre a *baixa* dos fundos=paris sur la hausse ou sur la baisse=. O lucro ou a perda entre os jogadores está na *differença* entre o preço corrente ao tempo da venda e o corrente ao termo da simulada entrega dos fundos, ou no fim de cada mez.

Seria muito abusar do art. 422.º, diz Rogron, o suppor que não ha jogo de fundos punivel, senão o que resulta da sua disposição: «car sans acheter, ni vendre une quantité dé-
«terminée d'effets, on aurait pu parier qu'ils hausseraient ou
«qu'ils baisseraient à telle ou à telle époque.»

Tem-se entendido por outros commentadores acreditados, que escreveram depois, que o art. 422.º restringiu a disposição do art. 421.º O nosso art. seguiu esta intelligencia.

Mas esta opinião é errada e repugnante. É errada, porque o art. 421.º é prohibitivo de todo o genero de *aposta* sobre a *alta* ou *baixa* de fundos publicos; e o art. 422.º tem por objecto especial declarar comprehendida n'essa prohibição as *apostas* simuladas ou disfarçadas em convenções de *compra e venda*. Não teve por fim directo, como elles dizem, punir a *insolvabilidade* do vendedor, mas prevenir esse modo mais frequente de *simulação*, contra a observancia do preceito geral.

Diz este art.: «Sera réputée pari de ce genre toute convention de vendre» etc.; é claro pois, que não tratou de definir o genero, mas de n'elle comprehender uma especie d'esse mesmo genero=de ce genre=de que havia tratado no art. antecedente.

Uma interpretação contraria ficaria repugnante, porque então resultaria a conclusão de que são lícitas todas as apostas sobre alta ou baixa de fundos que não forem simuladas como venda ou convenção de entrega dos mesmos fundos.

Um d'estes jogadores aposta, com relação a determinada quantia de fundos, que no fim do mez ou d'ahi a dois, a tres ou seis ou mais mezes os consolidados portuguezes convertidos hão de ter a cotação de 46 por cento, ou que hão de subir até esse ponto, e assim joga sobre a alta; o seu contrario sustenta ou que os fundos hão de ficar estacionarios, ou ainda mais, que hão de descer. Este joga sobre a baixa, aquelle sobre a alta.

É uma aposta franca, sem rodeios nem simulações de vendas ou entregas ficticias. Esta convenção será lícita, comquanto semelhantes manobras e o credito dos jogadores possa influir na baixa ou alta dos fundos. O mesmo acontecerá quando a base e a tendencia da aposta for sobre a baixa. Um dos jogadores afirma que os fundos hão de ficar estacionarios até tal ou tal epocha, ou que sómente poderão descer dois ou tres por cento; o seu contrario afirma, ou que hão de descer, ou que a descida ha de exceder o maximo da aposta.

Assim um facto *moralmente illicito*, praticado sem o menor reboço, é *legalmente licito*, emquanto que esse mesmo facto coberto com a fórma de uma convenção moralmente lícita, mas simulada, é declarado um delicto. Pune-se a simulação, mas não o acto que ella cobre.

O Cod. Fr. não quiz isto, porque no art. 221.º prohibiu em termos absolutos, *sem distincção de simulação, nem de não simulação*, toda a especie de semelhantes jogos — *les paris* —, e tambem o não deveria querer o nosso art., não só para não ficar em opposição com esta sua fonte proxima, mas tambem com o nosso art. 265.º que pune todo e qualquer individuo — *que seja achado jogando jogo de fortuna ou de azar* —.

O Cod. Civ. Fr. confirma o Cod. Pen., por isso que não só nega toda e qualquer acção a semelhantes convenções, art. 1:965.º, mas ainda dá aquelle que perde, art. 1:967.º, o direito a repetir quando houve uma intenção dolosa ou fraudu-

lenta. O tribunal de cassação, por Aresto de 25 de Janeiro de 1827, declarou que semelhantes acções não competiam quando se tratasse das apostas simuladas pelas vendas a termo, ou de quaesquer outras sobre a alta ou a baixa de fundos publicos — *jeux de bourse* ou de *marchés à terme* prohibés —.

Quanto ao § un. ainda nos parece mais digno de reparo quanto á pena. O comprador dos fundos é punido com metade das penas impostas ao vendedor se elle foi *sabedor das circumstancias declaradas no art.*, isto é, se este comprador sabia que aquelle não tinha os fundos á sua disposição ao tempo da convenção ou que os não devia ter ao tempo da entrega.

Ora se o comprador simula a compra, assim como o vendedor simula a venda, toma parte essencial n'esse jogo de fundos que existe pelo concurso de ambos, e então como co-auctor do delicto deve soffrer a mesma pena, e não metade, como determina o § 1.º

E se o comprador é um jogador de fundos, que ou affectando possuir avultados meios não só compra, mas convençiona comprar a torto e a direito na baixa, sem se importar com as circumstancias declaradas no art., mas unicamente no intuito de crear uma alta tambem ficticia ou artificial, para depois n'ella vender mais vantajosamente os fundos que possui ou revender os que comprou, que pena tem? Nenhuma.

Se o mesmo jogo de fundos da parte do comprador tem por fim exagerar momentaneamente os seus meios de fortuna para estabelecer um certo credito na praça, para d'essa reputação retirar uma vantagem lícita ou illicita, quando não tem connivencia, nem cumplicidade com o vendedor ou vendedores dos fundos, que pena tem? Nenhuma.

Se é feliz será tido e havido entre os negociantes como homem intelligente; se é infeliz passará a ser punido por ou-

Depois essa metade da pena não pôde verificar-se quanto ao tempo da prisão por ser de uma quantidade indivisivel. Qual será para effeitos penaes metade do numero quinze? Serão oito dias, serão sete? Se são oito, temos mais, se são sete, menos de metade. Para sair da difficuldade é preciso fraccionar o dia oito, no qual a contar de momento a momento, finde a detenção como de sete dias e meio, quando se tenha imposto o maximo da prisão; e comtudo o Cod. Penal não conhece prisão por horas, nem por fracções de dia.

tros factos, quaes os da quebra dolosa ou culposa, nos termos do art. 447.º, ou de burla, nos termos do art. 451.º n.º 3.º

Em conclusão, tanto o art., como o § carecem de emenda¹.

¹ O Cod. da Sardenha, que contém no art. 401.º uma incriminação análoga a uma das hypothèses figuradas comprehendida no art., se explica de um modo claro e preciso, nos termos seguintes:

«Tous ceux... qui par des voies ou moyens frauduleux quelconques auront opéré la hausse ou la baisse du prix... des papiers ou effets publics, au-dessus ou au-dessous des prix qu'auraient déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à un an, et d'une amende de cinq cent livres à cinq mille livres.»

Assim se acha também contemplado especialmente no art. 276.º, d'onde resulta que o nosso art. não tem applicação á mesma hypothese.

SECÇÃO 4.ª

ABUSOS EM CASAS DE EMPRESTIMOS SOBRE PENHORES.

ARTIGO 274.º

Aquelle que sem a competente auctorisação tiver estabelecimento em que habitualmente se façam empréstimos sobre penhores; e bem assim aquelle que no estabelecimento auctorisado não tiver livro devidamente escripturado em que se contenham seguidamente, e sem entrelinhas, as sommas ou objectos emprestados, os nomes, domicilio e profissão dos mutuatrios, a natureza, qualidade e valor dos objectos empenhados; será punido com a prisão de quinze dias a tres mezes, e multa de um mez.

Art. 38.º e ref.; 41.º e ref.

Este art. é importado litteralmente do Cod. Fr., art. 411.º, até quanto ás penas de quinze dias a seis mezes de prisão e multa.

O Cod. das Duas Sicílias, no art. 319.º, também imitou o Fr., e bem assim o da Sardenha, no art. 516.º; mas incriminaram o facto contemplando-o sómente pela falta de auctorisação.

O Cod. Hesp., art. 455.º, adoptou ambas as hypothèses: 1.ª, da falta de auctorisação; 2.ª, da falta da escripturação regular: mas corrigiu o Cod. Fr., distinguindo e punindo na primeira hypothese sómente com a multa de vinte a duzentos duros. Effectivamente a accumulção da pena de prisão só por este facto é mal cabida. O acto é moralmente licito, e portanto á contravenção só deve corresponder, e adequadamente, a multa que n'estes casos tem analogia com a infracção.

O Cod. da Sardenha faz emprego das duas penas, mas ao

menos deixa aos juizes, segundo as circumstancias, a faculdade de imporem só uma d'ellas, ou a de prisão ou a de multa¹.

O mesmo Cod. Hesp., quanto á segunda hypothese, estabeleceu no art. 454.º que a multa fosse a pena correspondente á falta dos livros, mas elevando-a de cem a mil duros, e não só isso, confiscando as quantias emprestadas: «*Las cantidades prestadas caerán en comiso.*»

Esta aggravação de pena é muito exagerada, e portanto inexequível, como nota o comm. Pacheco; mas é certo que se carece de alguma aggravação, porque, por falta de escripturação e de resalva ou cautela do penhor, assim como nos casos em que esta se perca, fica o depositario a coberto para poder sonegar valores ou substitui-los, e a lisura e boa fé são altamente offendidas, quando o objecto empenhado não é claramente designado, nem a quantidade da obrigação.

O mesmo Cod. Hesp. corrigiu o Cod. Fr., acrescentando aos dizeres do livro *=plusos ó intereses=*.

O nosso art. tendo presente o Cod. Hesp. desapprovou estas duas emendas confundindo para a pena uma e outra especie, omitindo as palavras *=prazos ou interesses=*.

Assim pela confusão ficam punidos com a mesma pena dois factos diversos em gravidade; e pela omissão ficam os estabelecimentos habilitados a distrahir os penhores na falta de cautela d'elles, antes de chegar o vencimento da obrigação, assim como para abusarem sem termo nem limite da penuria e afflicção dos mutuatrios, levando-lhes uma usura mordente².

O primeiro inconveniente é gravissimo, porque nullifica

¹ Este Cod., no art. 520.º, determina que a importancia d'estas multas seja applicada em proveito dos hospicios de caridade do lugar em que se commetteu o delicto, e na falta d'estes em proveito dos outros estabelecimentos similhantes do lugar mais vizinho.

² Com esta legislação especial para o commercio se acha hoje em contradicção a do direito civil commum, não reconhecendo a legitimidade de juros superiores a cinco por cento ao anno; com a do Cod. Pen. não incriminando o abuso do excesso, nem mesmo quando o mutuo tem a garantia de um penhor; nem com a pratica ostensiva dos mesmos actos do governo, estipulando juros de sete, de oito, nove, dez e até de doze por cento, como abertamente se permittiu na operação de que tratou o Decr. de 9 de Setembro de 1850,

nos casos de distracção do penhor todos os effeitos salutaes preventivos que podiam resultar de uma escripturação regular; o segundo inconveniente, comquanto seja conforme á intenção do legislador não se incriminar a usura, pôde comtudo habilitar o depositario a distrahir o mesmo penhor a pretexto de que os juros acrescidos o absorvem.

A declaração *explicita e escripta* para auctorisar em commercio juros convencionaes, maiores que os de seis por cento, é essencial nos termos do art. 280.º do Cod. Comm.; e ainda que nos termos do art. 231.º do mesmo Cod. a omissão fique remediada, presumindo-se a estipulação do juro de seis por cento como este, quando sobre penhores pôde ser superior ao justo preço do dinheiro, segundo as circumstancias da occasião e do lugar; como este juro pôde e costuma ser adiantadamente pago por desconto na quantia emprestada, o que importa um augmento do mesmo juro; e como emfim um juro de seis por cento ao anno por um praso determinado se pôde duplicar e triplicar pela distracção intempestiva do mesmo penhor; a segunda emenda do Cod. Hesp. parece-nos

D. do G. n.º 213, em que se reconhece que sem o restabelecimento do credito é impossivel a redução do juro.

Sem duvida que é tão absurdo taxar os juros do dinheiro, como taxar o preço dos fructos de uma quinta ou as rendas de um predio, e que portanto bem fez o legislador em se abster de incriminar a usura; mas todos os principios cêssam de ter applicação quando apparecem factos que por outros principios tornam os mesmos factos moralmente illicitos, e reclamam a protecção do legislador contra a fraude e abuso da situação alheia.

Quando o juro estipulado sobre penhor não estiver em proporção com os mais elevados que sobre similhante garantia ordinariamente se exigem na praça ou respectivo lugar, o facto da estipulação deve ser considerado como fraudulento abuso do capitalista, e como tal punido como de lesão enorme ou enormissima.

As necessidades do mutuario a par da cobicia e deshumanidade do mutuantе hão de concorrer para se defraudar a lei penal, como actualmte estão concorrendo para se illudir a determinação de direito civil; mas fica então sempre aberta a porta á arguição de simulação em prejuizo alheio, facto incriminado nos arts. 354.º e 355.º

É maior o damno social que resulta actualmte da prescripção do direito civil em rasão de simulações taes, tão constantes e diarias, porque endurecem e desmoralisam os cidadãos, grande passo para a perpetração de outros crimes, que tolheria uma disposição penal bem formulada punindo os excessos da usura, e declarando precisa e expressamente quando se devem considerar existentes.

judiciosa, porque tende a evitar a fraude não só do contrato, mas da lei penal.

Tudo tem os seus justos limites. Na China, segundo o Cod. Pen., secç. 149.^a, é licita a usura exorbitantissima de tres por cento ao mez, e comtudo aquelle que a excede é punido com o minimo de quarenta bastonadas que podem ir até cem, conforme a quantidade do excesso. Entre nós poderá impunemente um estabelecimento de empréstimos sobre penhores levar um juro superior a tres por cento ao mez, se da escripturação não constar o vencimento da obrigação, e se embolsar pela liquidação do penhor fóra do tempo verbalmente cõvencionado.

Um mutuuario, por ex., toma de empréstimo sobre penhor a quantia de 1:000\$000 réis, sem declaração de juro nem de praso. O costume ou a lei da casa faz presumir o praso de tres mezes, mas o mutuuario previne antecipadamente a necessidade das reformas e concorda com o mutuante que o maximo d'essas reformas não exceda a tres annos; e para segurar os juros, e salvo o encontro em caso de remissão mais cedo, recebe sómente 820\$000 réis. D'este particular accordo ou não ha clareza escripta ou se perdeu. O mutuante, aproveitando-se de qualquer d'estas circumstancias, passados os tres mezes exige o cumprimento da obrigação. Teremos assim um juro superior ao que é prescripto na China.

De que fica então servindo a escripturação regular, tal como a permite ou prescreve este nosso art.? Não podêmos portanto deixar de louvar a correcção feita pelo Cod. Hesp., e de lamentar que pelo contrario seguissemos o Cod. Fr.

Quanto ao valor dos moveis empenhados providenciou o Regulamento de 23 de Janeiro de 1854, mandando proceder ás competentes avaliações; mas conheceram-se os inconvenientes que resultavam da plena observancia do mesmo Regulamento, que por isso foi modificado pelo Decr. de 8 de Setembro do mesmo anno, dispensando similhantes avaliações nos objectos de diminuto valor, bastando em taes casos o accordo que houver entre o mutuuario e o mutuante.