

THEORIA

DO

DIREITO PENAL

THEORIA DO DIREITO PENAL

APPLICADA

AO

CODIGO PENAL PORTUGUEZ

COMPARADO

COM O

CODIGO DO BRAZIL, LEIS PATRIAS, CODIGOS 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 DE ESTADO HONORARIO,
CONSELHEIRO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

VOLUME II.



LISBOA

TYPOGRAPHIA UNIVERSAL,
Rua dos Calafates n.º 115.

1856.

CODIGO PENAL.

LIVRO PRIMEIRO.

DISPOSIÇÕES GERAES.

TITULO II.

DAS PENAS, E DE SEUS EFFEITOS.

CAPITULO I.

DAS PENAS.

ARTIGO 28.º

As penas decretadas por este Codigo são as que se declaram nos artigos seguintes :

« Dans une société où regnent la
« justice et la modération, le lé-
« gislateur et le gouvernement se
« proposent surtout de prévenir le
« mal, afin d'épargner au pays des
« inquiétudes, et à la humanité la
« douleur de dresser des écha-
« fauds. » *Vivien. Etud. Admin.*

Antes de tudo é digno de se notar, que inscrevendo-se o Cap. 1.º do Tit. 1.º — *dos crimes* — e começando o Art. 1.º do mesmo Cap. por nos dar a definição de *crime*; inscrevendo-se o Cap. 1.º deste tit. 2.º — *das penas* — não começasse o Art. 1.º deste Cap. por nos dar a definição de *pena*.

A definição revelaria, qual o espirito dominante do Cod., qual o seu systema, quaes os fins, que o legislador se havia proposto na escolha das suas penalidades.

Mas esta omissão era, todavia, necessaria, sendo *viciosas todas as penalidades adoptadas*,¹ e inexacta a applicação da palavra a soffrimentos, que não tem os verdadeiros caracteres penaes; assim como tendo-se deixado de applicar a privações, soffrimentos, e restricções, que, affectando, physica e moralmente, o homem, no uso das suas faculdades, na sua honra, ou na sua propriedade, foram indevidamente excluidas do catalogo e denominação de penas. Excluzio mais *nominal*, que *real*, por que não é dado á omnipotencia legislativa o destruir, nem alterar, a essencia, nem a natureza, das coisas.

No systema, ou inconstancia de systemas, seguidos pelo Cod., era impossivel uma definição legal de pena, dada tanto objectiva como subjectivamente; não era, mesmo, conveniente; porque só serviria de estabelecer antinomias continuadas entre ella e o seu definido.

Além disso, ella é *inutil*, porque basta conhecer e sentir, moral e physicamente, o que as penas são. Basta *descrevel-as*, para que tenha logar a sua applicação. O legislador corta por todas as difficuldades, exigindo a obediencia da parte dos executores da lei.

Todavia, o nosso Cod. de 1837, Art. 6.º, ensaiava dar a definição:

«As penas são *aquelles males, que a lei fulmina contra o malficitor, que a transgrediu, para obstar a novas transgressões, e para que os outros cidadãos, tocados do espectaculo do seu soffrimento, detestem os malficidios.*»

O mesmo havia praticado Mello Freire, no seu Cod. Cr. Tit. 4.º pr. — dizendo, que pena é — «O castigo necessario que a lei faz soffrer ao criminoso» e, accrescentando «tem por fim, não só a reparação do damno, mas obstar e impedir que elle continue a fazer mal, e que os outros o façam com o exemplo da sua impunidade.»

¹ O systema de penalidade é *vicioso*; a analyse, detalhada de cada um dos elementos adoptados servirá a demonstral-o.

Por occasião da lei de 28 de Abril de 1832, dizia em França, como Relator da Commissão, *M. Dumon*:

«Qu'importe que le législateur refuse, avec plus ou moins d'art, le système entier de l'incrimination, quand la pénalité, dont il dispose, est victorieuse et appelle des changements prochains?»

E foi precisamente essa penalidade, reconhecida como viciosa nesse par. que o Cod. conservou; penalidade, que essa mesma lei provisoriamente entregou ao Jury, para a modificar, pelo immenso arbitrio concedido a pretexto de circunstancias attenuantes, penalidade que a Lei, que substituiu os trabalhos publicos pelo degraço, alterou depois essencialmente!

Quasi todos os Cod. se abstiveram de dar a definição de pena em abstracto.¹

O mesmo Cod. da Bav., estabelecendo no Art. 1.º, «*Quiconque se rendra coupable d'une action ou omission illicite, contra laquelle la loi prononce la menace d'un certain mal, sera soumis à ce mal, comme à sa peine*» fugiu de a definir, contentando-se em consignar o *preceito da obediencia*.

Não me importa demonstrar, disse assim o legislador, que a minha pena é fundada em verdade moral, que ella é necessaria, que ella é util, nem quaes os fins, que me propouho; tenho-a como boa, como adequada, o que me importa exigir é a *sujeição* — *sera soumis comme à sa peine*.

O projecto deste Cod. accrescentava: — *pour l'intimidation du transgresseur de la loi* — o que foi supprimido, declara o Comm. Official do mesmo Cod., para abstrahir o preceito legislativo de toda e qualquer theoria particular, e deixar o campo aberto á discussão entre os diversos systemas dos criminalistas, sem a menor pèa aos progressos da sciencia.

Nós, porém, pensámos, que a definição de pena pode ser dada, com precisão, e com verdade, hoje na presença desses progressos, que deixam antever no futuro, e futuro proximo, um orisonte mais claro, e menos carregado de nuvens, do que até aqui se tem visto, e, desgraçadamente, sentido.

Para darmos uma definição, tão exacta, quanto o exige a natureza e importancia do objecto, cumpre fazel-a preceeder de algumas observações tendentes a demonstral-a, assim

¹ Varias tem sido as definições dadas pelos juriconsultos. «Pena est malum, quod propter crimina commissum delinquenti vi legis infligitur (Fred Meisteri Princ. Jur. Cr. Germ.)»

«Poenae est malum passivum, quod infligitur ob malum actionis.» (Grotius de Jure bell. ac pac. Lib. 2.º C. 23.º §. 1.º) *Mello Freire* ensua, que a esta definição se deve accrescentar — *á superiore* — para que a pena se distinga da *vindicta privada*. (Instut. Jur. Cr. T. 1.º §. 12.º.) e se reprova assim a *vindicta privada, sancionata a publica*.

Concorda Wolff, dizendo:

«Poenae est malum physicum ob malum morale, immissum ab eo, qui obligandi jus habet.» (Quest. jur. Nat. et Gent. P. 1.ª Cap. 3.º)

«Malum, quod cum actione injusta tanquam motivo ab illa abstinendi copulatur, poena dicitur.» (Gmeiner § 24.)

«A pena e a expiação do crime, determinada por legitimo superior para a reparação do damno feito ao interesse geral ou dos particulaes res.» (Per. e Sous. Class. dos Cr. § 18) definição imperfeita, respirando *ringanca*, como todas, mas que contem uma excellente idea, consagrando, como fim essencial da pualidade, a *reparação do damno*.

como sobre a origem e fundamento do direito de punir, de que se deriva a conveniencia e legitimidade de uma pena—idade qualquer.

A sociedade tem essencialmente, por leis immutaveis do mundo e da natureza, o direito, ou, antes, o poder, absoluto e supremo, de existir, para a sua felicidade, para bem da humanidade, para bem de todos e de cada um dos seus membros.

Deste direito, ou poder, nasce o dever de se conservar, e aperfeiçoar de modo, que a harmonia, a ordem, social, se não perturbe por algum facto individual, que offenda, mais ou menos, os direitos de todos e cada um dos outros individuos.

Deste dever, puramente moral, mas tão absoluto como a sua origem, de se conservar, e aperfeiçoar, nasce para a sociedade o direito, ou o poder correlativo, de empregar todos os meios, que forem necessarios, para o inteiro complemento do mesmo dever, restabelecendo a ordem social, e reparando o mal causado, tanto quanto é possível, e sempre prevenindo, para que outros factos turbativos, semelhantes, ou mais graves, se não repitam, se não imitem, ou se não reproduzam.

Eis, pois, segundo entendemos, a que se reduz, e em que consiste, o direito de punir. A sua origem, o seu fundamento, o seu objecto, e até os seus limites.

O direito de punir se exerce e manifesta na sociedade por dois modos, um dogmatico ou legislativo, e outro de Administração ou executivo. Um é theoretico, outro é pratico.

Pelo primeiro, exerce a sociedade o indispensavel direito de declarar, quaes os factos ou omissões, que considera

A pena, diz Morin Repert. de Dr. Cr., considerada nos Dicionarios sob o ponto de vista repressivo, se define, punição de um crime, ou castigo, que se faz supportar ao author de um crime. — *Castigatio, punitio* — mas que, empregada para exprimir particularmente a acção, ou constrangimento, a que hade ficar sujeito um condemnado, significa « *soffrimento ou constrangimento legalmente imposto pelos juizes.* »

« *Peine c'est la punition d'un crime (d'un delit ou d'une contravention)* » (Merlin Repert. de Jur.)

Equivalia a dizer pena é a pena. E' o *idem per idem*, que nada oscillarece, nem adianta. — ou, antes, é a troca de uma por outra palavra, *vingança*.

Foi neste sentido, que Racine disse :

« *Nos pères ont péché, non pères ne sont plus,*

« *Et nous péchons la peine de leur péchés.* »

Todas estas definições se resentem da origem grega da palavra, como significando a tingança ou punição do crime, troca de um mal por outro mal, donde vem a tão apregoada justiça da pena de talão.

turbativos da harmonia, ou da ordem social, e quaes os meios repressivos, de que hade lançar mão contra aquelles, que, em contravenção dos preceitos legislados, praticarem esses factos ou omissões.

É uma instrucção a todos, para que o remedio social não seja arbitrario, e os mesmos cidadãos vivam tranquilos, uns na consideração da lei, que os protege, outros da lei, que os hade submitter a uma repressão, mais ou menos incommoda, ou dolorosa, physica ou moralmente, se delinquirem.

Pelo segundo, exerce a sociedade o direito consequente de applicar a comminação e preceitos da lei aos infractores, em que se comprehende tudo quanto respeita a processo, julgamento, e execução, das penas. É tanto na theoria legislada, como na sua applicação, que se pratica a justiça social, menos ampla, que a justiça moral, mas sem a contrariar.

O legislador não corresponderá ao dever de conservar a sociedade, se nos meios, que empregar, para satisfazer a esse dever, offender as leis moraes, porque estas são necessarias, são absolutas, são immutaveis; são a base de todo o Direito de todo o dever; vem do Eterno, nenhum legislador pôde revoga-las, sem dar elle mesmo o exemplo da perpetração do crime, quando, e pelos mesmos actos com que, o pretende reprimir; sem promover, em fim, a ruina, a destruição, da mesma sociedade.

Por isso, Scipião Bexon, que é citado, como espelho dos criminalistas, por Chauveau e Hélie, ascreveu no Art. 1.^o das — *Disposições Geraes* — do seu Proj. de Cod. de *Sécurité Publique*.

« *La première règle des actions publiques et privées des hommes, c'est la moral; leur obligation principale est de respecter le droit des gens, ou primitif de toute société.* »

O legislador offende as leis moraes: 1.^o quando prohibir, ou restringir, sem, ou alem da, necessidade social, factos, que são moralmente licitos, ou prescriptos: 2.^o quando deixar de prohibir, ou de restringir, efficazmente, factos, a respeito dos quaes sendo já crimes moraes, o escandal-o, ou a opinião publica, não tolerem o silencio da lei: 3.^o, quando nos meios, materiaes ou moraes, que adoptar, para que se cumpram os seus preceitos, offender, ou ferir, sem, ou alem da, necessidade, os direitos naturaes e individuaes do homem e do cidadão.

O legislador, quanto aos *factos*, offende assim, *directamente*, as *leis moraes*, se faz *crime social* do que é uma *virtude moral*; ou se *prohibe absolutamente factos moralmente licitos*. Offende *indirectamente* as *leis moraes*, se omitta, se tolera, *sem repressão sufficiente*, *factos*, que, *sendo crimes moraes*, tambem sejam reprovados pela *moral publica*.

Quanto aos *meios*, offende *directamente* as *leis moraes*, se, na repressão *se appropriar absolutamente da pessoa, da liberdade, ou da propriedade do cidadão*.

Offende *indirectamente*, e mais, ou menos, segundo o excesso, as *leis moraes*, quando na repressão sobre a *pessoa*, sobre a *liberdade*, ou sobre a *propriedade* do cidadão, ultrapassar os *limites das necessidades sociaes*.

Se, pois, o legislador não conciliar as *necessidades publicas com as leis da moral*, seja no *preceito*, seja na *sanção*, da *lei penal*, commette um *abuso de poder*; concorre para a ruina social, pelo quebrantamento dos direitos individuaes, que a sociedade tem por fim manter e desenvolver em boa ordem e segurança.

A lei penal, necessaria, *como meio de protecção*, e de conservação, dos direitos individuaes, se converteria em *meio de oppressão e destruição* desses mesmos direitos: e ao *mal causado pelos delictos* acrescentaria o *mal causado pela penalidade*.

É, pois, com gravissimo erro, que os criminalistas tem chamado á pena *um mal*, quando sómente a deveriam qualificar *um bem* relativo, um *remedio*, que, para o ser, é essencial, que o seja, *tanto para a sociedade, como para o delinquente, como*, em tanto quanto seja possível, para o *offendido pelo crime*, se a *offensa é directamente individual*.

Scipião Bexon, no cit. Cod. de Sur. Publique, L. 2.^o Art. 136.^o, havia escripto:

« *L'établissement des peines est l'exercice légitime du « droit, que la société a d'employer tous les moyens nécessaires pour sa conservation, pour prévenir et réprimer toute « violation à la sureté, et réparer, autant qu'il est possible, « le mal qui pourrait en resulter. »*

Eis aqui, pois, o que é o *delicto*; eis aqui, pois, o que é *pena*. O mal social está *no delicto*, o *remedio* contra o *delicto* está *na pena*. Por tanto, a *pena* é *um bem*, porque todo o *remedio*, que é salutar, é um *beneficio*.

É uma abstracção falsa aquella, que separa o delinquente

da sociedade. O legislador deve partir da sociedade para o individuo, e não do individuo para a sociedade.

Os delictos são *symptomas*, que revelam uma *enfermidade moral e social*, em um, poucos, ou muitos, dos membros, que compoem a sociedade, que della fazem parte, e com ella constituem um todo indivisivel; e isto a par do *damno*, que taes factos manifestam, causado, *directa* ou *indirectamente*, contra a mesma sociedade.

A sociedade, com a sollicitude e sciencia, propria do habil facultativo enfermo, que se cura a si mesmo, applica a seus proprios membros affectados da *doença moral* produtora dos delictos, ou ao mal por elles manifestado, os *remedios strictamente* necessarios e convenientes, para reparar ou attenuar esse mal, e impedir, que progrida, ou se communique a outros membros. ¹

É certo, que o facultativo muitas vezes se vê na dura necessidade de cortar o membro pôdre, ou gangrenado, ou ferido pelo animal venenoso, para salvar, para preservar, o resto do corpo.

Mas o facultativo lança mão desse remedio extremo: 1.^o quando os limitados conhecimentos da sciencia lhe não ensinam os meios de curar, ou de conservar, sem amputar: ¹

2.^o quando é *inevitavel* a morte do doente, não se fazendo a operação, dando-se unicamente a *possibilidade*, *nunca certeza*, de escapar depois della.

Para taes expedientes, o sentido figurado seria ineptamente applicado á sociedade; pois que, nem é admissivel, hoje no estado da sciencia do Direito penal, a *ignorancia do legislador*; nem é possível, que a morte, ou destruição, da sociedade se siga da conservação de um individuo, com quanto muito perverso. Os individuos perversos, ou não perversos,

¹ O criminoso ainda é cidadão, e deve ser tractado *como um doente*, ou *ignorante*, que é necessario curar, instruir, e cauterisar, segundo a enfermidade, no que não sómente interessa elle, mas a mesma sociedade. » F. Fr. de Mello, Disc. sobre Del e Pen., Intr. « O conhecimento da enfermidade é o primeiro passo para a saúde... As leis criminaes... foram feitas... n'um tempo... em que por falta de educação publica, e falta de costumes, sem as quaes as leis nada podem. « mais se procurava cortar e queimar, do que curar. » Id. cit. Disc. §. 1.^o publ. em Londres, 1816.

« Le crime, n'est ce pas une maladie contagieuse de l'ame? La peine, n'en est elle pas le remède? La prison, n'est ce pas l'hôpital où la guérison doit être opérée? » Bonnevillle, L. 3.^o T. 2.^o, Cap. 1.^o pag. 251.

vivem, ou morrem; mas a sociedade permanece, a sociedade fica.

Postos estes principios, que temos por certos e incontestaveis, se nos torna facil estabelecer uma definição de — pena —, tanto para ser inserta em um Cod. pen., como para exprimir toda a idéa de um systema penal, segundo os dictames da sciencia.

Para a — sciencia — pena é o remedio, reparador e coercitivo, que a sociedade estabelece e applica em consequencia do maleficio.

Para o — Cod. pen. — pena é toda a obrigação, soffrimento, privação ou restricção, prescripta ou authorisada pela lei, contra o cidadão, que a violou. ¹

Adoptámos, por tanto, para o — Cod. pen. — palavras equivalentes ás de que serviu Rossi, trat. de Dr. Pén. L. 3.º Cap. 1.º, dizendo, que a pena é:

¹ Ou antes pena.

É toda a providencia reparadora, repressiva, e preventiva, estabelecida, ou authorisada, pela lei, contra o mal social, resultante da infracção da mesma lei.

Dizemos, ou authorisada, para bem fazer sentir desde já, que na reforma do nosso regimen penitenciario, se devem authorisar condemnações indefinidas na sentença, ou quanto á duração dellas, ou quanto á sua intensidade.

Os juizes não podem à priori, nem caracterisar, por um modo firme e seguro, e, por tanto, como requerem, tanto a justiça, como as conveniencias sociaes, precisamente o gráo de perversidade do criminoso, nem, por consequencia, precisamente fixar a dose do remedio penal, e o tempo do curativo necessario.

Eles não podem fazer mais, que caracterisar, por uma formula geral, a culpabilidade dos malfitores, a qualidade da enfermidade, e do tratamento, que, segundo a lei, deve ser applicado. A execução do julgado, ou estudo especial sobre a pessoa do condemnado, cumpre desenvolver proporcionalmente o curativo prescripto.

Assim, em rigor, sob este ponto de vista, são tão injustas, quanto á duração, fixada pelo legislador, ou pelo juiz, as condemnações a penas perpetuas, como ás temporarias: porque estas podem peccar, ou por dimiuições, ou por excessivas; e aquellas, porque, por sua natureza exterminadora, não curam, nem podem curar, e, por tanto, não tem, em regra a qualidade de remedio penal, se não forem sempre acompanhadas da esperanca, proxima ou remota, de uma reabilitação. Serão repressivas, mas não reparadoras, na ampla significação dessa palavra.

Quanto ás temporarias, se é útil, para se evitar o arbitrio, que o legislador prescreva um maximo e minimo, ou determine elle mesmo o tempo, cumpre, que a lei supra, ou a deficiencia, ou o excesso do julgado, ou legislado, para que, ou se não prolongue um tratamento inutil, ou prejudicial, além da extinção da molestia, ou se preserve, por medida excepcional, a sociedade dos males, que podem provir da mesma causa moral subsistente.

« Souffrance, que le pouvoir social inflige á l'auteur d'un « délit legal. »

Mas fugimos, por todos os modos, do mesmo criminalista, quando ahi mesmo diz, que — « a pena, em si, é um « mal, que recae sobre o author de um delicto, e em rasão « do delicto. »

Evitámos assim confundir a pena com a vingança, disfarçada com os nomes de punição, expiação, castigo, justiça social, vindicta publica. ¹

A vingança tem dictado, quasi exclusivamente, todos os Cod. criminaes do Universo, como bem diz Isaac L. 1.º §. 1.º

Infelizmente o espirito de vingança, assim como a essencia da vindicta privada, sobrevive ainda hoje em tantos Cod. modernos, e transluz em muitos logares deste nosso Cod., como predominante, e até quasi que authorisada, algumas vezes, como notaremos em seus competentes logares.

Por este modo, nos termos da nossa definição, as penas devem ser reparadoras.

Para o serem é preciso 1.º: que os legisladores contemplem o mal do crime nos seus effeitos, donde resulta, que a reparação, forçada, do damno causado, imposta ao delinquente, ou substituida, pela commuidade, é o primeiro objecto da penalidade.

A sociedade garante, tem o dever de garantir, a todos, essa reparação, ou pelos meios disponiveis do criminoso, ou da bolsa commum, na carencia dellas, em tanto, quanto, a mesma reparação seja possivel em si mesma, ou antes nos seus resultados.

Prometteu a todos segurança e protecção; se os seus

¹ « Poena est noxiæ vindicta » L. 131. D. de verb. signif.

« Poena est delictorum satisfactio. » Azo, in summa de poenis, e, com tudo, na Lei 2.ª D. de poen. se dizia. « Poena constituitur in emendatione hominum » donde se deveria ter concluido, que a vindicta, ultrapassava os justos limites, se a pena não conciliasse a expiação com a emenda dos culpados, ou se a expiação fosse tal, que destruindo-os, sequestrando-os, ou banindo-os, tornasse impossivel essa emenda. Era a conciliação destas duas idéas antinomicas, a que dominava nas leis dos Wisigodos, em Hespanha, na Lei 3.ª e 9.ª do L. 3.º Tit. 4.º; na Lei 16 e 18, do L. 6.º tit. 5.º, e Lei 3.ª do L. 7.º tit. 3.º, mandando-se entregar os homicidas aos parentes do morto, para delles tomarem vingança, com tanto que os não matassem. E foi, diz Mello Freire, sobre este edificio gothico, que se fundou a nossa legislação criminal. Elle, com tudo, como vimos, marca, como fim principal, e essencial, da pena, a reparação.

meios preventivos e policiaes não impediram o mal, responde subsidiariamente, exentando os bens e faculdades do author do mesmo mal, para que este o repare como sua causa directa, ou indemnisce o que foi solvido pela fiança social.

As penalidades, por tanto, que abstrahem, que se esquecem, da reparação devida ás victimas do crime, são soberanamente injustas, por que offendem o direito mais sagrado. Devem ser qualificadas do mesmo modo aquellas, que, por sua natureza, impedem, inhabilitam, os criminosos de reparar o mal, que causaram.

Se a sociedade, no interesse de todos, carece de sacrificar á punição, prompta e immediata, a possibilidade de ser satisfeita pelo condemnado a reparação do mal, que causou, o exercicio do seu direito de punir, não podendo ter lugar sem a expropriação de um direito individual, é forçoso, que tenha logar a indemnisação previa.

É preciso : 2.º, que contemplem, depois do mal do crime nos seus effeitos, o mal do crime na sua causa, ou na pessoa do delinqüente, para obstar, a que elle ou outros, a seu exemplo, commettam outros crimes, da mesma, ou de diversa natureza.

Antes de tudo, tem já correlação intima com a penitencia, o exemplo, preventivo do que foi dado pelo crime, na reparação do damno, que é uma verdadeira expiação, muitas e muitas vezes mais efficaz, que todo e qualquer castigo: — depois, na segurança de todos, e, para bem do proprio criminoso, é preciso preserval-o de fazer mal, tirando-lhe os meios physicos e moraes, pelo sequestro ou interdicção pessoal, quanto aos primeiros, e pela correccão, instrucção, e disciplina, penitenciarias, quanto aos segundos, não se largando sem alguma, pelo menos, probabilidade de que se acha cortado o mal moral pela sua raiz.

Em summa, tudo se deve reduzir ás bellas palavras de Seneca :

« In vindicandis injuriis hæc tria lex secuta est... aut ut » eum quem punit emendet; aut ut poena ejus cæteros red- » dat meliores, aut ut, sublatis malis, securiores cæteri vi- » vant. »

Emendadas as disjunctivas destes tres requisitos, que apresentam tres systemas diversos, e que se devem consolidar em um só, ecletico, ou mixto, e acrescentada, com preponderancia e indispensabilidade, a reparação do damno, nada nos

fica o desejar, para exprimir todo o nosso pensamento, todo o nosso systema penal.

Nós o considerámos possível, e em gráo transcendente, por que é o unico, que em si reúne todas as condições, de justiça, de moralidade, e de conveniencia publica.

As penas exclusivas, ou que proponderam, ora para a intimidacão, ora para a vingança, ora para a destruição dos criminosos, são erros deploraveis, que, um dia, nós estamos convencidos, hão-de desaparecer completamente da terra, e, antes disso, ficar eliminadas de todos os Cod. penaes do mundo civilizado.

Cumpre, todavia, advertir, que tudo, quanto temos ponderado a este Art., tem por objecto as penas, tomadas em sentido penitenciario, com relação a uma causa moral, voluntaria, directa ou indirecta, e não a penas, em sentido amplissimo, com relação a maleficios, puramente involuntarios, sobre que não possa haver imputação, e a que a sociedade carece, com tudo, de applicar os remedios ou providencias adequadas, como ponderámos em outro logar.

ARTIGO 29.º

As penas maiores são :

O Cod., tendo adoptado a palavra *crime* ou *delicto*, para indifferentemente significar as infracções puniveis, foi forçado, como foi, pela mesma razão, o Cod. Hesp., a não denominar *criminaes* as penas de primeira classe, ou mais graves; com a differença, que rejeitou a expressão — *afflictivas*, de que se serviu o Cod. Hesp., substituindo-a pela de — *maiores*, — conservando, porém, como fizera o mesmo Cod., a denominação — *correcçionaes* — para as penas, que excluiu da primeira classe.

A divisão, constituida pelo Cod. Hesp., pondo de parte a palavra *afflictivas*, que todas as penas o são mais ou menos, physica ou moralmente, parece-nos menos defeituosa; porque admitta: 1.º, além das penas da segunda classe, uma terceira, que qualifica — *leves*: — 2.º porque menciona uma quarta, a que chama — *communis* — ás tres antecedentes, quaes as *multas pecuniarias*; e nós deveríamos acrescentar todas as — *accessorias* — quaes a perda ou suspensão dos direitos politicos; inhabilidade de officio ou profissão; o isolamento na prisão; o trabalho forçado na prisão correcçional; a prisão no degredo: a privação dos direitos civis, ou de familia; de testar, ou de administrar: que, em lugar de effeitos, são verdadeiros *accessorios* em determinadas penalidades, que as tornam *compostas*.¹

Admittida, como propomos e sustentamos, a divisão tripe dos factos puniveis, em *crimes*, *delictos*, e *infracções*, seguindo as melhores doutrinas e exemplos, ficaria sendo harmonica, e de grande simplicidade e utilidade pratica, como iremos indicando em diversos logares deste livro do Cod., a correspondente divisão das penas em *criminaes*, *correcçionaes*, e *policiaes*.

¹ V. comm. ao Art. 1.º

correcção, ficando sómente afflictivas, de segurança, ou de exterminio, como a de morte.

Outro conceito mereceram no Cod. a todos os respeitos, e tanto para a *rehabilitação*, como para a *prescripção*, as penas *maiores* temporarias: e, consequentemente, deviam ser excluidas da primeira classe, para ficar incluidas na segunda, como servindo de intermedio entre as que denomina *maiores* e *correcçionaes*, como o mesmo Cod. as classificava na segunda parte do Art. 47.º

Mas, por esta fórma, ainda era preciso conciliar as disposições do Art. 2.º, e outros, que tomam por base a distincção feita no presente Art. e seguinte: distincção, que ainda labora em outro defeito, qual é o de misturar e confundir com as penas *correcçionaes*, as que o Cod. penal chama *leves* ou *policiaes*, quando no Art. 3.º, 4.º, 85.º §. 2.º, e 124.º, §. 1.º, assim como nos Art. 487.º, 488.º e 489.º, distinguio as *contravenções*, dos *crimes* ou *delictos*, fixando, em these geral, como penas policiaes, a de prisão até um mez e a de multa até 20\$000 rs. ¹

Esta serie de inconsequencias, e de contradicções, não se reforma, nem se evita, sem que a *primeira pedra*, lançada no edificio do Cod., se não tire, para se substituir pela essencial divisão de *crimes*, *delictos*, e *infracções*. Assim o praticaram os ditos Cod. Fr., dos Paiz. Baix., da Sard., da Bav., do Oldemb., da Prus., — assim como o noeso Cod. approvado por Decr. (não publicado) de 4 de Janeiro de 1837, Art. 1.º e 2.º; e os projectos belgas, tanto de 1834, como de M. Haus.

Se, como praticou Mello Freire, no seu Ensaio de Cod. Cr., os legisladores dos mod. Cod. d'Allem. (exceptuando os da Bav., Oldemb., e Prus.), do Braz., e Livingston no seu Cod. para a Louisiana, se julgou preferivel a não distincção de factos puniveis, segundo a natureza e qualidade da pena, além de se não fazer distincção das contravenções, devia, por coherencia e clareza de methodo e de doutrina nos preceitos do legislador, seguir estes exemplos, não se dividindo as penas em classes distinctas, que necessaria-

¹ E note-se, que se omitta aqui o considerar a *reprehensão*, como pena de *policia*, quando o Cod. Hesp. a havia, como realmente e, contemplado tal, entre as que denominou — *leves*. —

reccionaes, pois que, nos termos do Art. 129.^o, póde ter lugar a *rehabilitação*, e, mesmo, o são as *maiores* perpetuas, nos casos de degredo, em que, sem sahir delle, se póde, segundo o Art. 53.^o § 2.^o, pelo Governo conceder ao condemnado o gosar, ou não gosar, mais ou menos, os seus bens ou rendimentos: e bem assim, quanto á perda dos direitos políticos, imposta como pena principal, por ser tambem susceptivel de *rehabilitação*, conforme ao disposto no §. 3.^o do dito Art. 129.^o.

Mesmo, sem contrariar as disposições do Cod., antes, nos termos do que dispõem o Art. 121.^o, e C. Const. Art. 74.^o, todas as penas perpetuas, á excepção da de morte, são susceptiveis de *rehabilitação* extraordinaria, por meio de graça ou perdão do Principe, que nunca se presume conceder-se, senão em presença da *correção*, sufficientemente consummada.

Mas, em termos ordinarios, o Cod., procedendo nesta classificação, com abstracção completa dos factos puniveis, iria de accordo com a distincção, que admittiu no Art. 129.^o, para os effeitos da *rehabilitação*, dividindo as penas em *capitales*, e *correccionaes*.

A primeira divisão teria o merito de ser perfectamente juridica, segundo o Direito Romano, L. 3.^a §. ult. D. de cap. minut.; L. 2.^a D. de publ. jud. As penas *capitales*, conforme a este Direito, ou eram — *capitis naturalis* — ou — *capitis civilis*. — Entra na primeira especie, qualquer pena de morte natural — *gladio, securi, lapidatione, aqua, suspendio, confractio, vel igni* —: entram na segunda, todas as mais penas perpetuas, que, conforme ao mesmo Direito, salva a vida do condemnado, importavam a perda da liberdade, dos direitos civis, e da familia.

Esta divisão ¹ não só ficaria assim concorde com o disposto no cit. Art. 129.^o, em que são excluidas da *rehabilitação* as penas perpetuas, mas ainda com o Art. 124.^o, em que são excluidas de toda e qualquer prescripção. O Cod. considera assim, como regra geral, incorrigiveis, ou insusceptiveis de emenda, os criminosos, que mereçam a imposição de taes penas, ás quaes virtualmente nega a efficacia de

correção, ficando sómente afflictivas, de segurança, ou de extermínio, como a de morte.

Outro conceito mereceram no Cod. a todos os respeitois, e tanto para a *rehabilitação*, como para a *prescripção*, as penas *maiores* temporarias; e, consequentemente, deviam ser excluidas da primeira classe, para ficar incluídas na segunda, como servindo de intermedio entre as que denomina *maiores* e *correccionaes*, como o mesmo Cod. as classifica na segunda parte do Art. 47.^o

Mas, por esta fôrma, ainda era preciso conciliar as disposições do Art. 2.^o, e outros, que tomam por base a distincção feita no presente Art. e seguinte: distincção, que ainda labora em outro defeito, qual é o de misturar e confundir com as penas *correccionaes*, as que o Cod. penal chama *leves* ou *policiaes*, quando no Art. 3.^o, 4.^o, 85.^o §. 2.^o, e 124.^o, §. 1.^o, assim como nos Art. 487.^o, 488.^o e 489.^o, distinguu as *contravenções*, dos *crimes* ou *delictos*, fixando, em these geral, como penas *policiaes*, a de prisão até um mez e a de multa até 20\$000 rs. ¹

Esta serie de inconsequencias, e de contradicções, não se reforma, nem se evita, sem que a *primeira pedra*, lançada no edificio do Cod., se não tire, para se substituir pela essencial divisão de *crimes, delictos, e infracções*. Assim o praticaram os ditos Cod. Fr., dos Paiz. Baix., da Sard., da Bav., do Oldemb., da Prus., — assim como o noeso Cod. approvado por Deer. (não publicado) de 4 de Janeiro de 1837, Art. 1.^o e 2.^o; e os projectos belgas, tanto de 1834, como de M. Haus.

Se, como praticou Mello Freire, no seu Ensaio de Cod. Cr., os legisladores dos mod. Cod. d'Allem. (exceptuando os da Bav., Oldemb., e Prus.), do Braz., e Livingston no seu Cod. para a Louisiana, se julgou preferivel a não distincção de factos puniveis, segundo a natureza e qualidade da pena, além de se não fazer distincção das *contravenções*, devia, por coherencia e clareza de methodo e de doutrina nos preceitos do legislador, seguir estes exemplos, não se dividindo as penas em classes distinctas, que necessaria-

¹ E note-se, que se omitta aqui o considerar a *reprehensão*, como pena de *pobico*, quando o Cod. Hesp. a havia, como realmente e, contemplado tal, entre as que denominou — *leves*. —

¹ Adoptada no Cod. da Russ., como adverte o Sr. Levi, dito Com.

mente conduzem á classificação dos mesmos factos, na respectiva classe das penas, como o mesmo Cod. se vê forçado a reconhecer e a sancionar nos logares cit.

Em conclusão, pois, além do que já ponderámos ao Art. 1.º, o Cod. carece a semelhantes respeitos de uma radical reforma e emenda. Não é, como temos demonstrado, uma simples questão de methodo a de que se tracta; é tambem de doutrina, que prende com transcendentales considerações de uma evidente utilidade pratica, assim para a sciencia do nosso Dir. Pen., como para o exercicio do direito de punir.

1.ª A pena de morte; Art. 32.º; 52.º; 71.º; 78.º §. 1.º; 86.º; 91.º; 92.º; 93.º; 125.º.

« Lors qu'on réfléchit sur le terrible droit, « que les hommes se sont donné, d'ôter la « vie à un être, qui la tient de Dieu même, « on est profondément convaincu que la peine capitale ne peut être prononcée que dans « les circonstances où la société est véritablement en péril. » Taillandier, Réflex. sur les Lois Pen. de Fr. et d'Angl., Cap. 7.º.

À morte do cidadão não deveria ser admittida, como elemento de penalidade, em Cod. algum criminal de paiz livre e civilisado.

Esta é a nossa firme opinião, estes os nossos votos. Confiámos, que tanto a philosophia, como os bem entendidos interesses da sociedade, hão de proscrever, para sempre, um dia, o assassinato legal.

Para a admissão da morte, como pena, a primeira questão, que se appresenta, quando se tracta de fixar um systema penal, é :

« Pode a sociedade legitimamente impôr, como pena, a « morte do cidadão ? »

Um homem pode, *materialmente*, matar outro homem, por *necessidade*, por *conveniencia propria*, por interesse ou vingança, ou desejos daquelle mesmo, que é morto, mas nem todos estes motivos são *legitimos*, ou *possiveis*, *moralmente*.

E, contudo, em relação á sociedade, a todos, e a cada um destes motivos, tem recorrido os philosophos e criminalistas, que tem sido defensores do chamado direito de punir de morte!....

Não nos demoraremos em refutar aquelles, que funda-

mentam a pena de morte no *consentimento* do criminoso. O immortal Beccaria lançou por terra essa argumentação.

Se o *suicidio* não pôde justificar-se, o homem não pôde ceder á sociedade o direito, que não tem. É neste principio de moral, que assenta, *essencialmente*, a disposição do nosso Cod., Art. 13.^o, assim como a do Art. 354.^o

O consentimento, ou approvação, do offendido por um facto, não é causa justificativa, quando esse facto é intrinsecamente illicito.

Tambem não nos demoraremos em combater a argumentação daquelles, que admittem o *direito de vingança*; e de transmissão, por fallecimento, a parentes e amigos; e de que, por tanto, no estado social, fica herdeira a mesma sociedade.

Nenhum homem tem o direito de vingança, mas sómente; 1.^o o de se defender; 2.^o o de exigir a reparação do damno, em tanto, quanto seja *material e moralmente possível*. Nenhum homem tem, mesmo, o direito de punir, porque este só pôde ser exercido pelo superior contra o inferior.

Esse direito é incompativel no estado da natureza, em que todos os homens são iguaes entre si.

A sociedade mesma não tem o direito de vingança. A sociedade *pune* não se *vinga*. As palavras *vindicta publica*, em contraposição ás de *vindicta privada*, e que suppõem a legitimidade desta, são banidas hoje da sciencia do Direito penal. Por isso o *perdão* da parte offendida, somente por excepção, e em certos casos, em que assim é util, sob o ponto de vista social, impede a acção da Justiça. ¹

O mesmo dizemos da argumentação fundada no *pacto social*.

O homem não consente nas leis de sangue; acha-se na

¹ O direito de punir assentava antigamente no direito de vingança individual. Para reprimir este direito absurdo, a civilização deu um passo, não combatendo esse direito em si mesmo, mas o seu exercicio. Encarregou-se a mesma sociedade de o exercer em nome de todos e de cada um dos socios, directa ou indirectamente, offendidos pelo crime, donde vinha qualificar-se a punição dos crimes, como — *vindicta publica*.

A impunidade violava então a obrigação contrahida para com os offendidos, que virtualmente delegavam na sociedade o castigo dos offenders. Era preciso vingal-os, para que a sociedade nao commettesse um acto de infidelidade, e não provocasse os individuos a tomar vingança por suas proprias mãos.

Por isso a vingança não era vingança, se não fosse *satisfactoria*,

sociedade, por factos independentes da sua vontade; e, chegando á idade da razão, submete-se ás leis, boas ou más, porque não tem outro remedio.

Se este argumento tivesse a menor força, assim como legitimaria a pena de morte, justificaria, as torturas, os supplicios crueis, o despotismo, a escravidão.

Legitimaria, não só as leis da pena de morte *simples*, *gladii aut suspendii*, mas tambem as da pena de morte *qualificada* — *suffocatio in aqua, rota, ignis, sectio in quatuor partes*, *et*.

Resta-nos, por tanto, combater o principal argumento — a *necessidade* — tanto absoluta, como relativa, ou a *conveniencia*, da pena de morte.

Quanto á necessidade, não ha duvida, que a sociedade, assim como os individuos, pôde assegurar o *dever* da propria conservação pela morte de quem a põe em perigo.

Cada um pôde matar legitimamente aquelle, que ataca a sua vida. A sociedade *pode*, em satisfação daquelle *dever*, fazer perecer, *em caso de guerra*, o *inimigo externo*, que vem agredil-a.

A força publica pôde, *em casos de sedição*, empregar a violencia das armas contra os inimigos internos, que se revoltam, e perturbam o repouso do Estado. A sociedade tem o *direito* de existir, e, por tanto, o *dever* de empregar meios tendentes a esse fim.

Mas, se não se admite, como causa justificativa, entre os individuos, da morte de um homem, o *direito de defesa*, senão quando se der o caso da *necessidade actual*, e se mandam punir os *excessos* da legitima defesa, tambem cessa o

isto é, media-se pela paixão presumida do resentimento individual, ou social, e não pelo gráo de perversidade manifestado pelo crime. Dahi vinham as penas de sangue, as penas crueis, e a remissão dellas pelas composições pecuniarias, pelas cartas de perdão entre familias e até entre concêlhos, ou povoações.

São bem conhecidas entre nós as antigas leis das *revindictas* e *encoutos*, que se encontram na Ord. Alf. liv. 5.^o tit. 53.^o

Era um direito, fundado no uso e costume da nação, praticado em toda a Europa, e especialmente entre os povos do norte. Tão arreigado, como se achava, tractaram os nossos monarchas de o combater, como foi El-Rei D. Afonso IV em 17 de Março de 1364, e 11 de Abril de 1385.

Hoje felizmente, quasi por toda a parte, se não triumpham, preponderam, principios diversos. O direito de punir tem outros fundamentos. A sociedade, adoptando a palavra, sem accetar a sua significação ety-

poder da sociedade, como causa justificativa da morte do cidadão, quando fôr praticada *fora do conflicto*, nos casos de guerra ou de sedição, ou quando se demonstrar, que se podia oppôr ao crime outro meio de repressão, de segurança social, de expiação e de exemplo, mais effieaz, ou sufficiente, sem perigo da existencia da sociedade.

Assim como ninguem seria capaz de demonstrar hoje o *jus vite et necis* sobre o *prisioneiro vencido*; tambem não será facil provar hoje, que a sociedade, *depois de consummado* um crime, e de subjugado e preso o malleitor, corra perigo, se lhe conservar a vida.

Os factos quotidianos desmentiriam a demonstração. Em quasi toda a parte do mundo civilisado, em que ainda se conserva a pena de morte, é consideravel o numero dos condemnados, a quem o Poder Real commuta essa pena, e, com tudo, se as sociedades tem corrido algum risco da commutação, é porque, longe de se verificarem outras penas, que tornem inoffensivos os criminosos, os habilitam á perpetração de novos crimes. ¹

Entre nós, são tão poucos os casos de execução á pena ultima, que quasi se pôde dizer abolida de facto, e com tudo sabem todos, que não é d'ahi, que vem as desgraças da nossa situação, quanto á segurança dos cidadãos.

Pois uma nação de milhões de homens, armada de todo o seu poder, com o seu exercito, com a sua policia preventiva, com os seus tribunaes, com as suas prisões, pode tremer, não ter socego, nem segurança, em quanto não inuolar um homem semi-morto?

O argumento, pois, tirado da necessidade, fóra dos casos de *conflicto*, não merece hoje uma refutação séria, na presença, da rasão e dos factos.

mologica, pune, mas não vinga, nem se vinga. O tempo não dista, pensamos nós, em que será extincto, até aos derradeiros vestigios, o chamado direito de vindicta, assim privada, como publica.

A sociedade, quando pune, cura uma enfermidade, que a prejudica. O mal está no crime, o remedio, e não o castigo, está na pena. Em lugar de se dizer, como os Romanos, na Lei 131, «*Pœna est noxi vindicta*» se dirá, com o Papa Leão, C. Jur. Can. D. 2. p. C. 32.º qu. 3.ª C. 11.º «*Nemo enim desperandus est, dum in hoc corpore constituitur.*»

¹ Desde 1826 a 1830 sobre 4,563 condemnados, em França, á pena de morte foram executados 999, e não executados 564. Mas deve-se ter em conta que o poder da graça ou de indulgencia, era nessa época exercido de facto, principalmente pelo Jury, removendo por *terdictis negatis* as circumstan-

E, em verdade, se o poder Moderador pôde, se de facto tem podido, exercer, em tão larga escala, as suas attribuições na commutação da pena de morte, é muito evidente, que essa chamada pena não é necessaria.

O que é de *necessidade* não se dispensa, não pôde ser dispensado; quando ella bate á porta, foge a virtude pela janella; ou, antes, á necessidade social, quando é real, converte-se em virtude: e, se a pena de morte não era *necessaria* em todos os casos, attendidos pelo Rei, a lei, e os tribunaes, teriam concorrido para um assassinato juridico, se a execução da Justiça não ficasse frustrada pela clemencia do Rei.

Ou o exercicio actual do Poder Real é um abuso, ou a pena, que não é *legitima*, se não em tanto, quanto é *necessaria*, é *injusta*. A primeira parte do dilemma é inadmissivel, resta, pois, a segunda.

Apesar de destruido este argumento, continuam os defensores da pena de morte a dizer, que a *necessidade* tambem resulta das *difficultades* sociaes, para *assegurar a pessoa* do criminoso, e para *impedir de continuar* na carreira do crime; e que a morte do criminoso tem por fim *prevenir pelo terror* do exemplo a perpetração dos grandes crimes, fazendo supportar aos culpados a pena, que a *consciencia publica* reclama sobre suas cabeças. ¹

Mas o sophisma, que envolvem estas considerações, trazidas para fundamentar o argumento da necessidade, é palpitante.

É o principio *utilitario*, mas *relativo*, e não *absoluto*, procurado para authorisar a morte juridica.

Que diriamos do medico, que cortasse o braço ao doente, não porque fosse *necessaria* a amputação para o salvar, mas porque a cura lhe fosse mais *difficil*, mais *moroza*?

Que diriamos ainda da sociedade, se abreviasse os dias de um louco ou de um furioso, que commetteu um assassinato, para que não continue a commetter outros?

cias aggravantes, ainda as mais bem estabelecidas, além das absolvições plenas. Depois sob a influencia da Lei de 23 de Abril de 1832, por *verdictos positivos* sobre circumstancias attenuantes, exerce o Jury o mesmo poder, o que força os juizes a commutar a pena de morte independentemente de recurso ao Soberano.

¹ Elud. de Leg. comp., comm. ao Cod. Fr., pag 50: Todos concordam neste principio, que é preciso, que a pena de morte seja *necessaria*, para ser *legitima*.

« Tem por fim *prevenir pelo terror do exemplo* a perpetração de grandes crimes? »

É ainda o principio *utilitario* ou de *conveniencia*, com abstracção da *justiça* e do *direito* confundido com a *necessidade*.

O criminoso é uma victima immolada ao *exemplo*! — É preciso o *exemplo*, exclamam os defensores da pena de morte, e com essas palavras julgam ter feito socegar um pouco os remorsos da consciencia do legislador!

É preciso, dizem, abstrahir do criminoso, e não ver na pena de morte, se não o *exemplo*. É preciso destruir, extinguir, da superficie da terra, homens, para os quaes o ultimo supplicio é a morte natural e nada mais!

Mas, como se estas considerações não bastassem, para fazer calar os gritos da razão, accrescentam « é *necessaria* a pena, para que se faça supportar aos culpados o castigo, « que a *consciencia publica reclama sobre suas cabeças*! »

É o argumento de Pilatos, mandando crucificar a Christo, cedendo ás instancias dos phariseos!

« Em todo o caso, accrescentam, não é chegado o momento de abolir a pena de morte, porque a *consciencia publica*, a *força da opinião*, os *prejuizos*, a reclamam para « certa ordem de crimes. »

Falhos de razões solidas, recorrem tambem aos argumentos da *authoridade*!

« A historia ensina, diz Rossi, que o uso da pena de morte tem sido universal. »

« Encontra-se em todos os povos, e em todas as épocas. « A opinião, que a combate, é contradita no facto pelo accordo *quasi unanime* dos legisladores e dos povos. »

« Se a pena de morte, fosse um *assassinato juridico*, « esse attentado teria commovido a *consciencia humana* e pro- « vocado os remorsos. »

Mas, felizmente, para a causa da humanidade, este mesmo argumento da *força irresistivel*, que vem do *prejuizo*, não é *unanime*.

Esta palavra é modificada pelo adverbio — *quasi* — que

Mas Girod de l'Ain disse na Tribuna Franceza, que 25 annos de magistratura o tinham familiarizado com todas as consequencias, uteis ou funestas, da pena de morte, e que a sua convicção, pela sua experiencia, era negativa, e sem restricção alguma.

mui cautelosamente Rossi, empregou, e logo veremos, que a historia, se prova o *abuso*, tambem demonstra, por muitos exemplos, que esse *abuso* não foi, e, por tanto, não é, inventivel.

E que seria da civilisação e da reforma do Direito penal, se houvessemos de invocar a *historia*, para nos servir de guia na adopção de um systema penitenciario, conforme ás luzes do seculo, e ás verdadeiras necessidades sociaes?

O confisco, os açoutes, a mutilação, a marca de ferro quente, e outras penas crueis, estariam hoje abolidas pela Carta, se a historia houvesse sido a norma do legislador?

Abri o Diccion. da Penalidade, por *Saint-Edme*, e depressa o febareis, tremendo de horror, em vista dos variados supplicios, e generos de morte, praticados em toda a parte do antigo e moderno mundo.

A *historia*! Em que fragil baixel se mettem os defensores da pena de morte!

Tambem a *historia*, por muitos milhares de annos, respeitou, e consagrou, o *direito de asylo* para os malfiteiros, e esse *direito* cahiu a pedaços, para dar logar a um *direito contrario*, o da *extradição*; e este mesmo recebe hoje, geralmente, a excepção dos crimes *politicos*. Do *antigo direito de asylo* quasi que só nos resta a *historia*. Oxalá que tambem a pena de morte não venha a ter guarida senão na *historia*!

Derrotados nestes reductos os defensores da pena de morte, convolam para outro principio, e dizem, é *necessaria*, por que na sociedade a administração da justiça social, e as *penas* são um *meio*, de que essa justiça precisa lançar mão. A vida é um *bem*, logo a morte é um *mal*, e a privação da vida uma *pena*.

Crimes ha, em que a pena de morte é a unica *efficaz* e *justa*, logo, nesses crimes, a imposição dessa pena é um *direito* da Sociedade.

Os vicios desta argumentação estão: 1.º em se considerar a *justiça social* com abstracção do *fim social*.

Os crimes, *moralmente considerados*, tem *penas moraes*, neste e no outro mundo.

Essas penas, ou se conhecem, pela philosophia, ou são os arcanos do Eterno, os mysterios da Religião. As sociedades humanas só punem, para se conservar, e para se manter nellas a *ordem publica*.

Tudo o que não for strictamente indispensavel, para se conseguir este fim, excede os limites da jurisdicção temporal, pertence a outro legislador, a outro juiz.

Todos os Cod. do mundo reconheceram, *de facto*, este principio. Este mesmo nosso Cod. nos subministra o exemplo. Ha nelle não incriminados crimes moraes, ha nelle incriminadas acções moralmente licitas, assim como ha nelle factos illicitos, que deixa impunidos, se não ha queixa de parte.

Logo, a existencia da *justiça social*, nada prova a favor da legitimidade da *pena* de morte, desde que se não possa demonstrar, que essa pena é necessaria em relação ao fim social.

O 2.º vicio da argumentação está em se dar, como provado, *quod erat demonstrandum* — que a privação da vida é um mal — e em se dar, como certo, que ha crimes, que só com a morte devem, e podem, ser punidos. ¹

A vida é um bem?! ... A vida do homem é o espaço, que decorre desde o seu nascimento até á sua morte, a qual não é mais que o termo da vida. A carreira da vida é, em geral, semeada de muitos espinhos e de poucas flores.

Os trabalhos *perpetuos*, a que o homem é condemnado, regando a terra com o suor de seu rosto, ou consumindo as suas faculdades em fadigas litterarias; as dores e enfermidades, resultantes da fraqueza da sua constituição, da sua particular organização, da acção da atmospherá, da desigualdade e variação das estações, da diversidade dos climas, e de tantas outras causas, lhe fazem, muitas vezes, se não desejar a morte, eucará-la sem horror, e com resignação, como termo a seus soffrimentos.

O *despreso* da morte é uma idéa moral; sem ella, muitas virtudes se não praticariam. A morte é um tributo, que o homem deve necessariamente pagar á natureza, como primeira condição da sua existencia.

É esta uma consideração moral, social, e religiosa, que as instituições sociaes devem manter e fortificar.

¹ Isto concedendo-se, que á *pena*, para ser legitima, basta que seja um mal. Se o mal está no crime, e não na *pena*, como estabelecemos ao Art. 28.º, é uma *pena* falsa, por isso mesmo que não cura, mata. Não passa de um expediente de *sangue*, como os de *dinheiro*, de que os governos se servem, em quanto não sabem, ou não podem, montar sobre melhores bases todos os ramos de Administração publica. Mas todos os *expedientes* improductivos, são ruinosos, As suas deploraveis consequências difficuliam depois a reforma.

É, pois, inconcebivel o erro, com que os legisladores tem erigido a morte, como pena, e supposto assim o terror da morte, quando deviam cimentar, pela instrucção, o seu despreso.

Escutae o venerando ecclesiastico, que, no oratorio, ou nas escadas do patibulo, exhorta o condemnado a bem morrer, e ouvireis, que o principal cuidado, que tem o ministro do Altar, é persuadir a resignação, inspirando o despreso da morte, para que o despego da vida liberte o espirito do desgraçado, e dê lugar a que, na tranquillidade do seu coração, supplique a misericordia do Eterno.

E concorreis vós mesmos, para subministrar ao condemnado todos os socorros da Religião, para que assim se lhe inspire o despreso da morte, e ficais persuadidos de que exerceis um acto de vingança nisso mesmo, que o condemnado vai considerar, e que vós piamente acreditaes, elle considera, como um beneficio da Providencia, no momento do supplicio? ¹

De duas uma; ou vós, legisladores, acreditaes na efficacia dos socorros da Religião, ou não.

No primeiro caso, em relação ao condemnado, a morte é um bem, em lugar de ser um mal, e, por tanto, não é uma pena, já que lhe chamais um mal, ou não acreditaes, por que julgaes o condemnado incorrigivel, e então a prematura morte, o assassinato juridico, é uma impiedade religiosa, por que assim destruis toda a esperança de arrependimento, e a chamada pena de morte será tambem a *morte eterna* do criminoso. ²

Conduzisz os effeitos da vossa pena até á eternidade, ou fazeis violencia a Deus, para que seja clemente, e n'um e n'outro caso, commetteis, ainda que sem má intenção, um grande crime, de irreparaveis consequências.

¹ E' a imagem de Christo crucificado, que se apresenta ao criminoso? A palma do martirio, que se lhe offerece em troca da sua resignação? Insinna-se-lhe, por esta fórma, que, condemnado pela justiça social, e pelo Poder Moderador da terra, appêta, para a Justiça celeste, ou para a origem de todo o Poder, ao Supremo Poder da Graça? Mas de que servirão as vossas exhortações a semelhante respeito, se condemnaes á morte precisamente por isso mesmo, que affirmas a impossibilidade de correção, e de arrependimento? Notavel contradicção!

² Em quanto se vive, o arrependimento é uma esperança, que póde converter-se em realidade; depois da morte o arrependimento meritório para Deus, é tão impossivel no homem, como a sua resurreição. Logo a vida é uma condição essencial da penalidade.

Sem duvida, que a morte, em geral, é um objecto de terror, porque todos os seres repugnam á sua destruição; mas para os seres intelligentes, esse temor é neutralizado pela idéa da certeza da morte, e é por isso, que vemos desaparecer em torno de nós, muitas, e muitas vezes, com uma indifferença, quasi absoluta, os nossos concidadãos, mesmo parentes e amigos. ¹

O que antigamente inspirava maior terror, não era o supplicio da pena ultima, eram as formas novas e terríveis, de que esse supplicio estava acompanhado. As torturas, as mutilações, o fogo lento, e tantas outras barbaridades, ora abolidas.

Então, hoje, a chamada pena de morte, despida desses horrores, reduzida á *simple privação da vida*, não sendo mais que a *apoplexia*, ou *asphyxia* artificial, é preferivel á morte ordinaria, sobre um leito de dores, entre os prolongados martirios da enfermidade, e dos mesmos remedios empregados, para prolongar os dias do enfermo agonisante.

Conta-se que, ao cair em uma das ruas da capital um galego, de apoplexia fulminante, exclamára um dos circumstantes. — *Que morte tão mal empregada em um galego!*

¹ Um distincto criminalista, Bentham, reconhece, que o soffrimento da pena de morte não é, senão uma *apparencia*, uma *aprehensão*, para os homens, que nella não contemplam, se não uma fatalidade, que os priva de seus gosos, de suas esperanças, honras, ou consideração, na sociedade; e que *longe de ser, em si mesma, um mal, é um bem relativo ao mal que provem das outras penas afflictivas*, por que, além da aggravação resultante da maior intensidade da sua duração, produzem quasi sempre, uma alteração na constituição do condemnado, que affecta o resto da sua existencia de uma infinidade de enfermidades. A *morte penal*, é mais doce, que a *morte natural*, o terror, por tanto, que ella inspira, e sómente para alguns homens, não é mais que um *prejuizo*. Mas esta consideração não justifica a pena de morte, quanto á sua efficaçia: 1.º porque somente a tem, como meio de intimidação contra alguns criminosos: 2.º porque, para esses mesmos, será irrisoria, logo que, a par das vantagens do crime, contemplem o que val aquillo, a que os grandes famerosos chamam — *leur mauvais quart d'heure*.

Quanto a estes ultimos, o mesmo criminalista a tolera, contemplando-os, como seres despresiveis e inuteis, além de perigosos, que é preciso extinguir. — « Elle ne fait que donner une prompte issue à une existence inquiète, malleureuse, déshonorée, dénuée de toute réputation et de toute valeur. » — O homem, por tanto, de reconhecida propensão malefica, desgraçado, desacreditado, sem officio nem beneficio e sem prestimo social, não tem valor algum, deve morrer, quanto antes. Deos não o tira d'entre os vivos, aos homens resta o direito de suprir a omissão da Divindade, ou o direito de se erigir em delegados seus! Que horrivel theoria! Não tractaremos de a refutar ella ahí fica em toda a sua nudez e simplicidade.

Esse homem exclamará, com mais rasão, ao presenciar a execução de um condemnado:

Que morte tão mal empregada em um criminoso!

É certo, que o temor da morte ordinaria é muito menor, que o de uma morte gloriosa, e que não pode esta comparar-se com a da infamia da forca. Mas, em primeiro logar, reservada a pena de morte, em geral, para os crimes, que demonstram uma ausencia de sentimentos de honra, e uma grande perversão de alma e coração, o temor da *infamia* não é circumstancia repressiva, e para aquelles criminosos, que ainda não tem perdido todo o sentimento da vergonha, a *infamia*, não que lhes sobrevive, mas que os acompanha em vida, é mais cruel e mais efficaç, que a *infamia*, que com elles morre. Esses criminosos de bom grado dariam a vida para evitar a infamia. Não é, pois, então da *morte*, mas da *infamia*, que vem a repressão; o que assim prova a favor de uma pena afflictiva o *infamante*, mas não a favor da *pena de morte*.

Além disso, ao arrojado do criminoso acontece o mesmo, que á coragem do soldado, affrontando o perigo da morte. O perigo não lhe exclue a esperanza de escapar. ¹

Em 1.º logar pensa, que hade subtrahir-se, á acção da Justiça, pondo em cautella a sua pessoa, e as provas do seu crime; em 2.º logar, se é um menor, mas com discernimento, pensa hoje *na certeza*, que tem, de que viverá, e que, depois, poderá evadir-se da prisão, se tiver a desgraça de ser condemnado; em 3.º logar, *póde lembrar-se* de que sempre terá em seu favor uma outra qualquer circumstancia affluente, que lhe possa valer, para a substituição da pena; em 4.º logar, *póde contar* com as proteções de familia, com os seus meios pecuniarios, com o terror, que elle e seus cúmplices inspiram no logar do delicto, e assim tornar inoffensivas as testemunhas, juizes, e jurados; em 5.º logar, contará com a repugnancia, que juizes e jurados tem, para dar por provados crimes, que tragam a necessidade da pena ultima, de que lhe resultará a impiedade do delicto; em 6.º logar, contará com a clemencia do Rei, com a commutação

¹ O mesmo acontece aos que, como profissão ou meio de transporte, se entregam, em fraco baxel, ás ondas do Oceano. Por uma não ir ao fundo deixa de se lançar outra ao mar? Assim discorrem os criminosos. — assim respondia o ratoneiro áquelle, que o sarprehendia no furto de um relógio, no momento em que ambos concorriam e assistiam a um exemplo de sangue em um condemnado por crime de roubo.

da pena, pelo uso das faculdades, que a Carta concede ao Poder Moderador; — finalmente, não lhe hade escapar o tomar em conta, o serem rarissimos os exemplos de execução á pena ultima, e que, por tanto, uma maior, ou menor, somma de probabilidades favoraveis está sempre do seu lado.

Eis aqui, pois, o que val a pena, para o exemplo?

Depois, aquelles criminosos, chamados incorrigiveis, que tem abafados em seu coração todos os bons sentimentos, verão com sombria indifferença o apparato dos supplicios.

O mesmo acontecerá com aquelles, que não tem conhecido da vida senão os trabalhos, as privações, as amarguras.

O mesmo se verificará com os philosophos, ¹ e com os melancolicos, que, mesmo no seio da abundancia e dos prazeres, supportam a vida como um fardo pesado.

A morte, por tanto, sómente pôde ser uma pena, não como remedio, mas como vingança, para o condemnado, que, durante a vida, e até ás escadas do cadafalso, conservar apego e amor á existencia.

Mas então a pena de morte é inadequada, ou uma barbaridade.

É inadequada, se o amor da existencia provem dos gozos e commodidades, que disfructava o condemnado; por que será punição mais severa fazer-lhe supportar privações correspondentes, e com especialidade para aquelles, a quem a affronta do supplicio é peor que a morte, e que buscam no suicidio, o meio de a evitar.

É uma barbaridade, se o amor da existencia produz uma desesperação pronunciada; a exaltação, que provem do vigor dos annos; ou da organização particular do condemnado.

O enternecimento, as lagrimas, os gemidos, a indignação, a maldição dos circumstantes, contra a lei, e contra os tribunaes, são todo o resultado, que se tira de semelhante espectaculo!

É então a consciencia publica protestando contra a *injustiça* do supplicio. Nesse estado, as faculdades moraes do condemnado, acham-se subjugadas por um sentimento irre-

¹ «Atodos é commum esta partida,

«Quem morre, não morreu, partiu primeiro.

«É o que ha depois da morte, é vida eterna.

Cam. Eleg. 8.^a

Se, por tanto, a vida é um bem, a morte é o seu fructo, se a vida é um mal, a morte é o seu termo. Para o philosopho é o fructo, para o desgraçado é o termo.

sistivel, invencivel. O extremo da desesperação produz a perda da razão. A victima é um demente. A punição é uma vingança, somente vingança.

Mas a desgraçada amante, que n'um arrebatamento de ciume tinha embebido o punhal no seio de seu amante, e que depois clamava aos seus juizes — la mort, messieurs, la mort, je vous en prie.

O homicida, que, sendo condemnado á morte, manifestou á maior alegria e recusou recorrer em cassação — « par ce qu'il en serait plutót quite. »

O condemnado a trabalhos forçados perpetuos, que dizia — « qu'il espérait bientót commettre un nouveau crime, « pour reparaitre en justice, et se faire trancher la tête. »

Estes e outros condemnados, de que nos apontam tantos exemplos os annaes judicarios, teriam horror á pena de morte?

A Gazeta dos Paizes Baixos, de 27 de Outubro de 1827, refere que o desgraçado *Hincos* dizia preferir a morte aos ferros, que imprimiriam ignomina nelle e na sua familia.

Em 1789, o rei de Inglaterra, tendo concedido ás mulheres, condemnadas ao ultimo supplicio, que se achavam nas prisões de Newgate, a graça de ser deportadas para a nova Galles do Sul, seis dentre ellas se obstinaram a preferir uma morte actual e inevitavel.

Mas o exemplo, diz-se, se não subsiste para esses condemnados, desmoralizados, ou insensiveis ao temor da morte, com tudo não é perdido; por isso que é certo, que a morte será sempre, na opinião commum dos homens, a maior das desgraças. ¹

¹ Segue-se desta argumentação, que, para os maiores perversos, a pena de morte é inefficaz, e que só o pôde ser para conter os menos perversos.

Assim cabe por terra a justiça do expediente, porque, para os primeiros é inadequada; e para os segundos, o menor grão de perversidade não levava a sociedade ao estado desesperado de os immolar.

De mais, deve advertir-se, que os vicios da pena de morte, com relação á Theoria, ainda se aggravam e exageram, com relação á sua applicação, conforme ao nosso, e diversos Cod.

Ha criminosos, que reflectidamente pensaram no crime, comparando-o com as probabilidades, mesmo com a certeza, de serem punidos, com a pena de morte.

Entre o crime e a pena, escolheram o crime, e com elle a servidão da pena. Ora, para taes homens, seria mais efficaç um outro genero de morte, e de sofrimentos, que a lei poderia comminar, cobrindo com um prudente mysterio, toda a extensão e dureza, de que é susceptivel.

Assim, esta argumentação, destruída com vezes, repórta-se debaixo de mil formas

Santo Deus! O exemplo! Pois quaes são, em geral, as pessoas que assistem ás execuções de sangue?

O homem humano, sensível, e esclarecido se envergonharia de ahí ser encontrado.

Somente o vulgo, completamente desmoralisado, pelos vícios da sua organização e educação, é que ahí corre com avidoz. ¹

E, para esse vulgo, o triste espectáculo serve, as mais das vezes, de o habituar com a vista do sangue, de o familiarisar com as idéas da morte violenta, ensinando-lhe a desprezar a vida dos seus semelhantes; e o legislador lhe inspira assim precisamente os sentimentos deshumanos, que queria corrigir, ou comprimir, pela intimidacão da pena de morte!

Otras vezes, a vista do supplicio, em logar de excitar o temór da pena, o horror ao crime, excita uma pronunciada piedade para com o padecente, como nos casos a que já alludimos.

Não é raro diz M. Dupeitiaux, ver-se na Inglaterra um dos circumstantes levado da compaixão, suspender-se ás pernas do padecente, para abreviar o estrangulamento.

Assim, diz A. B. Gerac, a compaixão chega a ponto de transformar, algumas vezes, os homens em carrascos, e todavia insiste-se em acreditar, que uma execução de sangue é um exemplo salutar, dado ao povo, no interesse da moral!

¹ Em 2 de Janeiro de 1855, teve logar em Bruxellas a execução desta pena em um chamado Jansens, por tentativa de assassinato em sua irmã.

Marchon elle impavido ao supplicio, e na proximidade do logar fatal, voltando-se para os espectadores, lhes disse, com voz firme e bem accentuada: — « Je vais mourir mes amis, priez pour moi. »

Considerava, pois, os espectadores, como seus amigos — ha nos seus semblantes, e nos seus corações, e por isso se animara a pedir-lhes, que orassem a Deus por sua alma.

Qué quer isto dizer? De que serve um espectáculo, que converte os homens em amigos do criminoso? Que, em logar de os tornar cúmplices da vingança publica, os torna compassivos a favor da victima?

O Jornal, L'Indep. Belg. de 3 de Janeiro, acrescenta aos detalhes desta execução.

« Contrairement à ce qu'on lui d'ordinaire dans les récits d'exécutions capitales, nous sommes heureux d'avoir à constater, que les femmes n'assistent à celle-ci qu'en minorité et formant tout au plus la cinquième ou sixième partie du nombre des spectateurs. »

Que significa ainda este enuncioado? Pois é uma fortuna é um progresso, que o espectáculo da pena ultima não seja presenciado pelas mulheres? Imporia esta ausencia das mulheres um sentimento de horror contra

Se apresentámos ao espirito do cidadão a morte, como uma pena, se queremos, que elle disso se persuada, como conseguiremos formar soldados, que saibam affrontar a em defesa da Patria? Como poderemos desenvolver no coração dos cidadãos as virtudes varonis, que asseguram a força dos Estados? Offerecemos a um, diz Dupont, a morte, como dever, que o associa a uma gloria immortal, a outro, como supplicio ignominioso. Que horrivel, que desgraçado contrasenso!

Em ultima analyse, a morte sobre o campo de batalha, ou sobre o cadafalso, é sempre a morte. Que importa a gloria ao camponez, que arrancaram á charrua, para o conduzir aos combates? Nem a sabe apreciar; nem é sua parilha; e morre ignorado. E que importa a ignominia a esse malfeitor, que dizeis incorrigivel e sem vergonha, que não tem conservado de homem, senão as formas materiaes?

A morte, pois, não é realmente uma pena: é a sorte commum de todos os homens, uma das leis inmutaveis da humanidade; e a condemnação, não faz mais, que appressar o momento de um acontecimento certo, e determinar uma época no acaso dos derradeiros momentos da vida.

A opinião geral, a opinião illustrada, a opinião do senado, ou isso a que chamam — consciencia publica — em logar de applaudir, reprova, amaldiçoa, estremece, os momentos da execução dos ultimos supplicios, quasi unanime.

Em todos os tempos, a adopção da pena de morte, não impedin, que por factos de povos e individuos, se não protestasse contra a violação dos direitos da humanidade.

a tyrania e contra a cegueira dos homens? O certo é que o jornalista se considera feliz em poder annunciar este facto, que muito honra as mulheres da capital da Belgica — nous sommes heurenx

De facto, o exemplo, ou espectáculo do ultimo supplicio e, mais proprio a perverter do que a moralisar o povo. No homem dá-se um phenomene, que a physiológia poderá, sem duvida, explicar, mas que confunde a philosophia. O homem e sujeito a uma especie de contagio moral, como animal imitador.

As considerações tiradas do exemplo acham-se refutadas hoje por um dos melhores Codigos do Mundo, o da Prussia. A execução é authentica, mas secreta. Sabe-se que existe a pena de morte, porque os caracteres da letra do Cod. assim o denunciam, e porque as badaladas de um sino denunciam, algumas vezes, a sua execução.

O publico não tem direito a presenciar a!... A Baviera vai proteccando o mesmo. Em Dezembro de 1854 tambem os mestres de todas as escholas publicas de Bruxellas prohibiram a seus discipulos de assistir a uma execução de pena ultima, e exigiram, que durante ella todos estivessem presentes nos respectivos estabelecimentos escholares, sob pena de serem delles riscados. Independ. Belg., n.º 361. Voltaremos a este assumpto com applicação ao Art. 91.º

Roma livre prohibiu, que podesse um cidadão romano ser condemnado á morte, e a falta dessa pena não impediu que Roma desse estrondosos exemplos de virtudes patrioticas. Só os escravos podiam ser conduzidos ao ultimo supplicio.

A pena de morte tem, pois, a sua origem historica na prepotencia, na escravidão: e um povo livre não hade riscal-a de seu codigo?

Quando os romanos foram escravos, e o sangue de todos correu a jorros, o proprio Nero, durante muitos annos, exclamava, que bem desejava não saber escrever, sempre que tinha de firmar 'um decreto' de morte. — « vellem nescire litteras. »

Tito, tambem, como os nossos legisladores de hoje, não teve a coragem de abolir a pena de morte, na presença da chamada *consciencia publica*, mas lavrou um solemnisimo protesto contra a legitimidade do patibulo, trocando a corôa pelo teara do soberano pontificado, só para não ser author, nem complice da morte de um cidadão — « ut puras servaret manus; nec autor post hoc cuiusdam necis, nec conscius. »

Nas antigas republicas da Grecia, em que a pena de morte era, ou desconhecida absolutamente, ou infinitamente rara, nem os crimes eram mais frequentes, nem as virtudes menos praticadas, que nos paizes regidos por leis de sangue.

Na Russia já esteve por duas vezes abolida, por Izabel e Chatherina. Na Allemanha, pelo Imperador José.

A China existiu, por muitos seculos, sem a pena de morte. Estatutos, publicados em 1679, a estabeleceram, como o fundamento de que os attentados contra a vida dos homens se haviam tornado frequentes. Todavia, sem certeza, nem da conveniencia, nem da efficacia, do remedio, como tudo consta de um Edicto, daquelle anno, do imperador Kaung-Hée.

Na Toscana por Leopoldo, durante vinte annos. Os Juris-consultos, que depois a restabeleceram no Cod. para o reino da Italia em 1806, cederam, nesse ponto, á vontade expressa de Napoleão.

O Gião Duque da Toscana havia ensaiado a abolição definitiva por uma abolição provisoria, da qual refere no relatório, que precedia o seu Cod., haver tirado os mais felizes resultados.¹

¹ « Nous avons reconnu, à la plus grande satisfaction de notre coeur paternel, que l'adoucissement des peines, jointe à la plus exacte vigilance

Na França, havia sido combatida pelos oradores mais distinctos da Assembléa Nacional. Depois dessa discussão, e na presença dos apupos, e signaes de reprovação das galerias, que interrompiam esses oradores, foi a abolição regeitada por quasi unanimidade. E, com tudo, a decisão, que devia ser estrondosamente acolhida, o foi com bastante frieza. « Quelques applaudissements partent des tribunes » referiu o *Monitor*.

Poucos annos depois, em 1803, a proposta da abolição era renovada na *Convenção Nacional*, e approvada a contar da paz geral.

« A dater du jour de la publication de la paix générale, la « peine de mort sera abolie en toute la république française. » Esta resolução foi acolhida no meio dos vivos applausos da assembléa e das tribunas.

Era ainda a *consciencia publica* de então!

Que val, pois, que significação tem, este argumento da *consciencia publica*, para se contrapôr aos dictames da razão e da justiça?

Sómente hoje existe conservada a pena de morte, despidida de torturas, em casos muito raros. O poder Moderador, ou de agradecer, os jurados, o systema das circumstancias attenuantes na França, o do privilegio clerical em Inglaterra, demonstram uma *consciencia publica quasi unanime*, em logar de favoravel, contraria, á pena de morte.

Entre nós, e desde o restabelecimento da Carta Constitucional, quasi que nos esquecemos, de que existe essa penalidade nas leis criminaes.

O Supremo Tribunal de Justiça, por accordo *unanime* dos seus membros, não julga em revista feito algum crime, em que se encontre a condemnação a pena ultima, sem nomear, e ter presente, um defensor ao réo, com quanto nesse gráo de recurso a lei não obrigue a essa solemnnidade.

Um escrupuloso exame, sobre as nullidades e irregularidades de processo, ahi é instaurado pelos Conselheiros, para

« à prévenir les actions criminelles, la prompte expédition des procès, la « célérité et l'exactitude à punir les véritables criminels, au lieu d'augmen- « ter le nombre des délits, ont considérablement diminué celui des plus or- « dinaires, et qu'à peine entend on parler de crimes atroces. — En consé- « quence nous avons pris la résolution de ne plus différer la reforme de la « législation criminelle, et nous posons pour maxime constante, que la peine « de mort, comme tout-à-fait inutile au but que la société se propose dans « la punition des coupables, demeurera absolument abolie, Cod. da Tos- « cana. »

que não fiquem autores, nem cumplices, da morte jurídica. Parece terem presente nesses momentos solennies a rasão de *Tito* — « ut puras servaret manus; nec auctor post hoc cu-
« jusdam necis, nec conscius. »

Assim se tem visto annullar processos de pena ultima, por faltas, que se fôra menor a pena, talvez fossem qualificadas como simples, e supríveis, irregularidades.

Este escrúpulo é um protesto permanente do primeiro Tribunal do Paiz contra a pena de morte. E é assim mesmo, que o Cod. Pen. d'Austr. Parte 1.^a Art. 430.^o, positivamente ordena se conduzam os tribunaes daquelle paiz.

Se resta algum escrúpulo sobre a prova, ou sobre as formalidades, ainda que por esses defeitos se não possa annullar o processo, quer esse Cod., que nunca se pronuncie a pena de morte, mas só a de prisão, que não exceda a vinte annos.

Todos os legisladores, que em seus Cod. mantem a pena de morte, é quasi sempre fazendo antever o projecto, e os mais ardentes desejos, da sua abolição.

O author do Cod., approvado por Decr. de 4 de Janeiro de 1837, dizia em seu relatório :

« Bem contra os meus desejos e os da illustre commis-
« são, foi introduzida a pena de morte na escala peniten-
« ciaria, posto que fosse economizada e circumscripta a mi-
« poucas e transcendentales especies; mas nem todas as theo-
« rias do gabinete, por mais incontestaveis que sejam seus
« fundamentos, prestam para governar os povos, se não fo-
« rem modificadas pela veneranda mão da experiencia, que
« nos descobre os effeitos do bem, escondendo-nos a causa
« d'elle. Permitta o Céu, que a moral publica um dia cobre a
« sua pureza, a fim de que possa desaparecer dos nossos
« tribunaes uma pena, contra a qual se ergue a voz da phi-
« losophia. »

A commissão de revisão do mesmo Cod. exprime-se ao mesmo respeito, empregando palavras equivalentes.

Em França, a Lei de 8 de nov. anno X, restabelecendo a pena de morte, abolida pelo Cod. 3 brum. anno IV, Art. 612.^o, e Decr. 14 brum. anno IV, declarou :

« La peine de mort continuera d'être appliquée dans les
« cas déterminés par les lois, jusqu'à ce qu'il en ait été au-
« trement ordonné. »

Na discussão do Cod. de 1810, Target se limitou a dizer :

« La peine de mort est elle légitime? est elle nécessaire? Ces deux questions ne font qu'une. Sans nécessité, « cette peine ne serait pas légitime; et si elle est nécessaire, « sa légitimité est incontestable. La peine de mort, en at-
« tendant des temps plus heureux, est encore nécessaire; et si
« elle l'est, loin de blesser l'humanité, elle la sert, en com-
« servant la vie à tous ceux que le scelerat auraît immoles
« encore, à plusieurs de ceux qui seraient tombés victimes
« de forfaits semblables. »

São preciosas estas palavras de Target; porque na argumentação, que ellas envolvem, se reconhece: 1.^o que a pena de morte não pôde sustentar-se como *legittima*, sempre que se chegue a demonstrar, que não é *necessaria*: 2.^o que esta *necessidade* se fundamenta, não na punição do crime, mas na prevenção de outros crimes semelhantes; não com relação directa á pessoa do criminoso, mas a outros individuos; não na realidade do crime commetido, e do mal por elle causado, mas na possibilidade das reincidencias, ou de fazer outras victimas. Temos, pois, a accumulção de crimes possiveis, para justificar a realidade da imposição de *maximo* gráo da penalidade!

O absurdo é palpitante! A verdade é, que, em substancia, estas palavras do Target, significam o mesmo, que dizer-se: não temos prisões seguras, em que possámos guardar os criminosos; em que possámos impedil-os de continuar na carreira do crime. Em taes circumstancias, cortar o mal pela raiz, segundo o systema *draconico*, matando todos os criminosos, seria o mais seguro e menos dispendioso; mas isso não é possível, moral nem politico, e então cumpre libertar-nos, pelo menos, dos maiores malfeteiros, pela applicação da pena de morte.

Mas esta logica feroz de Target é refutada, de uma maneira fulminante, e em poucas palavras, pelo mesmo criminalista Rossi :

« Certes la peine de mort est rassurante au dernier de-
« gré, en tant que suppressive du pouvoir de nuire. Mais on
« ne doit pas insister sur cet avantage, sur tout, dans le but
« de maintenir la peine capitale, indéfiniment. Une société
« civilisée peut se garantir par d'autres moyens, contre les
« récidives. La peine de mort ne doit pas servir de correctif
« à la négligence ou à l'avarice des gouvernements. »

Outro caminho seguiu em França o legislador de 1832.

O ministro, apresentando ás camaras legislativas o projecto de revisão do Cod., reconheceu a legitimidade dos desejos, manifestados pela opinião, a favor da abolição da pena de morte; e as camaras, identificando-se em sentimentos com o ministro, sómente julgaram *perigoso, por intempestivo*, decretar essa abolição, e, por isso, se limitaram á suppressão directa em onze casos do Cod., e á suppressão indirecta, entregando-a á omnipotencia do jury, por meio de uma declaração de circumstancias attenuantes.

O referido ministro, no seu relatório, havia dito:

« *Conservée pour des cas, qui demeureront tres rares, « maintenue dans la législation comme un épouvantail pour « le crime, la peine de mort pourra disparaitre plus tard, « lorsque la suppression sera devenue en harmonie avec les « moeurs publiques.* »

Para tranquilisar a consciencia dos legisladores, que certamente representavam a *consciencia publica*, proclamou-se, que a pena era um *espantallo*, sómente *ad terrorem*, e os criminosos de França não tomariam em conta essas palavras, para deixarem de se *intimidar*?!

Apesar dos reveses, que nesta lucta de principios tem soffrido a causa da humanidade e da justiça, a philosophia e a razão não abandonaram o combate, encetado pelo immortál *Beccaria*.¹

¹ Na sessão de 6 de Dezembro de 1854, a Dieta de Gotha adoptou uma proposta tendente a convidar o governo a submeter á assembléa uma lei que restabelecesse a pena de morte.

Mas as tendencias retrogradas da mesma assembléa, e o espirito, de que se achava dominada, se manifestou logo na mesma sessão, pronuncando-se em favor do restabelecimento das penas corporaes, como penalidade de policia.

É uma approximação das penalidades adoptadas, quasi exclusivamente, na legislação criminal da China! — *Desgraçadamente* na Alemanha, nessa Alemanha, tão civilizada a muitos respeito, se conserva uma tendencia á conservação de semelhantes penalidaes.

Nas côrtes hespanholas, tratando-se, em Maio de 1855, da abolição da pena de morte, para os crimes politicos, houve um deputado, *Figueroa* que propoz como emenda, que essa abolição fosse amplhada aos crimes communs.

Aguirre, ministro da justiça, e outro deputado, *Martin de los Herros*, combateram a emenda, não pelo ponto de vista dos principios, mas pelo da *oportunidade* da reforma.

As vivas instancias, com que estes oradores conjuraram a assembléa para não tomar *uma resolução precipitada*, produziu a rejeição da emenda por uma grande maioria.

É pois sempre a impressão do terror, e não o socego e tranquillidade do legislador, o medo e não a razão, que faz conservar a pena de morte!

Em 1848 novos debates se elevaram sobre a abolição absoluta da pena de morte, já repellida nos crimes politicos depois da revolução, pela declaração de 25 de Fevereiro desse anno. A pena de morte foi então sustentada, por 489 votos contra 216.

Em 1849, nova proposição teve logar, para o mesmo fim: mas foi ainda rejeitada por 400 votos contra 183.

Disse-se então, que ainda existiam homens, que não recuam na carreira do crime senão aterrados com a idéa do ultimo supplicio, e que, demais, a abolição exigiria uma revisão immediata, e quasi total, dos Cod. criminaes. E foram estas as fundamentaes considerações, que prevaleceram a favor da continuação da pena de morte!

« Que reclamámos nós? (exclama M. Livingston, na sua « introdução ao Cod. Pen. da Louisiana). Que abandoneis « uma experiencia imperturbavelmente seguida ha cinco ou « seis mil annos, modificada de quantas maneiras e formas « tem podido inventar o genio da crueldade em todas as idades, e que sempre se tem mostrado inefficaz.

« Tendes feito o vosso ensaio; tem elle sido acompanhada « do de uma devastação incalculavel da especie humana, de « uma degradação afflictiva do entendimento humano; tem o

Para que uma reforma seja duradoura, é preciso, costuma dizer-se geralmente, que ella se introduza *progressivamente*. É preciso, que ella seja vivamente desejada pela opinião publica, e que todos os espiritos estejam de accordo sobre a sua necessidade.

Se o legislador vai *adiante da opinião*, se elle *faz violencia*, se a constrange a acatlar, sem que a opinião esteja preparada, expdem-se a retrogradar.

A primeira commoção, ou mudança politica, o seu edificio se desmora, restabelece-se o antigo, e recua-se um seculo.

Existem *numerossos prejuizos*: o *alarme social*, resultante da abolição da pena de morte: e, então, não é possível, essa reforma, sem que gravemente se comprometta a segurança publica.

Banalidades, que não colhem, para se manter qualquer instituição viciosa, porque ella, sendo, em si mesma, um exemplo do quebrantamento dos principios da moral, não pôde concorrer para a civilização dos costumes: e o primeiro dever do legislador é esclarecer os homens, pelo exemplo, e pelos exemplos, e nunca manter abusos, que a razão reprova.

Esta consideração só concluiria a favor da subsistencia da pena de morte com relação a *certa cathegoria de criminosos*, e não em relação a *certa cathegoria de crimes* a menos, que se não restabelecesse a distincção entre *nobres e plebeus*, ou outra semelhante, que mantivesse a mesma pena sómente para os susceptiveis de ser por ella intimidados, ou cohibidos em seus maleficios. Para os philosophos, melancolicos, endurecidos no crime, etc. deveria ella ser substituída, assim como para os *infelizes*, para quem a vida é um peso constante.

« *vossa* ensaio sido muitas vezes fatal á innocencia, frequen-
« *temente* favoravel aos criminosos, sempre impotente para
« *reprimir* o crime.

« Tendes muito desassombadamente, e sem obstaculo,
« proseguido essa obra de destruição, sempre testemunhas da
« progressão dos crimes, e sempre suppondo, que uma pro-
« gressão de severidade era o unico meio de os reprimir! Mas
« porque fatalidade acontece, que não notando vós, apesar de
« tudo, enfraquecimento alguma na repetição ou perpetração
« dos crimes, não vos veio uma unica vez ao pensamento, que
« a doçura poderia triumphar talvez, onde mesmo haviam sido
« baklados os esforços da severidade? »

Chauveau e Helie não acha termos, com que possa respon-
ponder a estas palavras eloquentes de Levingston, senão, pon-
do em duvida, que, a progressão dos crimes se deva attribuir
exclusivamente á pena de morte, o que, todavia, também
Levingston não affirmou. Chauveau e Helie acrescenta, que não
sabe, se a abolição da pena de morte multiplicaria e torna-
ria os crimes mais terríveis. †

Os illustres authores originarios do nosso Cod. também
nos deixam antever em seu relatório a esperança da elimi-
nação da pena de morte, nas palavras:

« A Commissão pensa não ser chegado ainda o tempo,
« em que a pena de morte possa ser de todo eliminada de
« nossas Leis penaes; entretanto sómente a admite nos mui-
« to raras casos, em que a sua justiça, e indispensavel ne-
« cessidade; não póde ser razoavelmente contestada.

Infelizmente, em tão acanhadas expressões sobre objecto
de tamanha importancia, não podemos descobrir quaes os fun-
damentos ou fundamentos, com que a illustre Commissão con-
siderou *justa* a pena de morte em certos casos, assim como
os fundamentos, ou fundamento, com que a julgou indispen-
savelmente necessaria nesses mesmos casos.

Destas poucas palavras parece inferir-se que, para a pena
de morte ser legitimamente applicavel em algum caso, é pre-
cisq: 1.º que seja *justa* em relação ao direito e á moral;

† O Cod. de Levingston não chegou a ser adoptado; mas em alguns
dos Estados-Unidos existe de direito abolida a pena de morte; e em ou-
tros quasi de Direito, porque, de facto, se não executa condemnação al-
guma sem determinação positiva superior, que nunca, ou raras vezes,
se concede.

2.º que se dê no caso a necessidade em relação aos fins so-
ciaes; 3.º, que essa necessidade seja absoluta. e não relativa.

Tomámos em lembrança esta declaração, para compararmos
com ella o Cod. nos casos, em que foi adoptada a pena de
morte.

Por em quanto, temos a continuar este Art., que já vai
longo, mas não tanto, quanto demandava a importancia de seu
objecto, dizendo, que reputamos a pena de morte um elemen-
to immoral, injusto, e impolitico, e, por tanto, vicioso, de pe-
nalidade, que não devia, por isso, entrar no Cod. Pen., que a
Carta, no Art. 145.º §. 17.º, havia promettido, que seria fun-
dado nas solidas bases da justiça e da equidade.

A privação da vida não é *uma pena*. É uma lei da na-
tureza, é o *termo* da existencia.

Faltam-lhe, além disso, os caracteres essenciaes da pena-
lidade; porque:

1.º Não é *divisivel*. É um maximum, como diz Ros-
si, que se applica aos grandes crimes, de que resulta, que
nesses crimes, diversos em natureza, gravidade, e circumstân-
cias, não póde ser graduada, de que resulta a sua *injustiça*
relativa.

2.º Não é *exemplar*, por tantas razões, quantas acabá-
mos de ponderar; faltando-lhe, sobre tudo, para esse fim, o
ser duradoura.

3.º Não é *moralisadora*, nem *instructiva*, porque ex-
cita sentimentos, já de *piedade*, a favor do criminoso, já de
ferocidade, nas testemunhas presencias, ambos oppostos ao
fim das leis penaes.

4.º Não é *reparavel*, nem *remissivel*. Defeito capital,
reconhece Rossi. É a esta pena, que quadrará as palavras da
antiga Lei hespanhola. Partidas, lrv. 7.º tit. 31, p. 7.ª « La
« pena, despues, que es dada en el cuerpo del hombre non
« se puede toller ni enmendar, maguer entienda el juez, que
« erró en ello. »

Um homem, que tiver sido condemnado pelo crime de
moeda falsa, por effeito de um erro, poderá voltar á sociedade,
pela revisão do seu processo, em quanto que o accusa-
do de assassinato será provisoriamente executado á pena ul-
tima, sem que mesmo possa ter logar a reabilitação da sua
memoria, se não houver quem por elle se interesse.

Os jurados não são infalliveis, os indicios podem engã-
nar, ou illudir; as testemunhas podem, na apreciação e qua-

lificação dos factos, que pensaram ver, ouvir, ou presenciar, explicar-se mal, ou ser mal comprehendidas; prejurar, pela occultação da verdade, ou affirmativa da mentira; e por fim de tudo, o innocente será confundido com o culpado; e que só foi cumplice, com o author do delicto! A pena de morte será imposta e executada; e depois, se novas provas, ou indícios apparecem? Se o assassinado ressuscita, que fazer? O delinquente morreu, já é tarde!...

Os annaes judicarios estão cheios de exemplos!...¹

5.º Não é reformadora. — « Celui qui tue ne reforme pas la victime, » diz tambem Rossi. « Arracher ce n'est pas guerir, » dizia tambem, contra os charlatães centistas, um cirurgião de profissão.

6.º Finalmente, é anti-religiosa, porque, tanto maior é o criminoso, tanto mais precisa elle de tempo para a penitencia.

Para que se evite a condemnação eterna do condemnado, provocamos que se apresse, que se antecipe a misericordia Divina, os auxilios da Graça, que sirvam de correctivo á severidade das nossas leis penaes!

« Mas não encontramos na Sagrada Biblia o uso da pena de morte! » Interrompia um ecclesiastico a Dupont na assembléa nacional de França.

« E não sabeis, que na Biblia Deus disse — que Caím não fosse morto, — mas conservasse sobre sua frente, aos olhos dos homens, um signal de reprobção, » replicava promptamente o orador, que a assembléa cobria de applausos.

Resta-nos agora entrar em outro campo, não menos vasto, não menos importante para a questão, e é o de examinar, se existe algum outro meio de repressão, legitimo, que preencha os fins do legislador, que substitua completamente a pena de morte, em relação ao fim social. Uma pena, que tenha todos os caracteres essenciaes, que a sciencia requer em toda e qualquer penalidade.

Já dissemos neste Art., que negavamos o direito de punir de morte, sempre que se demonstrasse a possibilidade de

¹ O condemnado pode estar dominado de um profundo desgosto da vida: propenso ao suicidio, confessar mesmo o crime, que não commetteu, executado elle, o mal, causado pelo erro judicial, não póde reparar-se. Vejam-se os exemplos apontados por Per. e Souza Proc. Cr. not. 326.

um outro meio de repressão, de expiação, e de exemplo, mais efficaz, e sufficiente.

Mas a quem pertence demonstrar a impossibilidade desse outro meio? Aos legisladores, que publicam, que promulgam leis de morte. A lei penal carece então de toda a força moral, e, para a ter, cumpre que os povos se convençam da extrema necessidade de immolar cidadãos em nome, e por virtude, da lei.

Esta demonstração não tem sido feita, não se fez em reatorio algum, que precedesse a qualquer Cod., mas existe, felizmente, feita, por mui distinctos criminalistas, a demonstração contraria, apontando meios adequados para substituir a pena de morte. E é a seguinte:

Se a morte não é um mal em si; se a vida não é um bem absoluto, não é menos certo que a liberdade é o melhor de todos os beneficios da Providencia; e que a vida sem a liberdade é preferivel a morte. « La liberté, c'est la vie; « la servitude, c'est la mort. »

Unida a vida á liberdade, o homem tem a faculdade necessaria, para escolher entre o bem e o mal, e gosar de todas as vantagens, de todas as commodidades, que lhe offerece o exercicio dessa potencia em relação: com o mundo physico e moral; com outros individuos a quem deu o ser, ou a que se acha ligado pelos laços do amor, ou da amizade; com a sociedade, em geral ou politicamente considerada; com o producto do seu trabalho, com os rendimentos da sua propriedade.

Pear os vãos dessa potencia; tolher-lhe o exercicio; tirar-lhe os meios, os instrumentos, a occasião, o contacto, ou a oportunidade da acção; contrariar, por esta fórma, os desejos, a vontade do homem: é causar-lhe torturas physicas e moraes de uma natureza e gravidade tal, que serão pouco inferiores á morte, iguaes á morte, peores, mil vezes peores, que as da morte.

O sequestro material do homem, em certo e determinado local, donde não possa sahir, e onde não possa ter administração de seus bens ou rendimentos, é pois o primeiro mal physico, acompanhado de todas as consequencias de mal moral resultantes desse facto.

A presença do Céu e da luz são um dos prazeres mais doces do homem: pois então esse Céu, que o criminoso insultou com o seu crime, ser-lhe-ha escondido; a luz, de que

se tornou indigno, por que abusou d'ella, não esclarecerá os objectos, que o cercam; terá olhos e não verá; será cego sem perder a vista; o sequestro da sua pessoa se verificará em um quarto, ou eella *obscura*.

Lembra-nos o horror, que nos inspirou a presença dos quartos obscuros dos carcerees da extincta inquisição de Coimbra, que visitámos, logo depois do decreto das cortes constituintes, que mandou quebrar os ferros dessas prisões.

Em um desses quartos lemos escriptos com carvão em uma das paredes os seguintes versos de Virgilio.

« Dic quibus in terris (et eris mihi

« magnus Appolo)

« Tres pateat coeli spatium, non

« amplius ultra? »

E logo por baixo se liam as seguintes palavras

« Respondo. É aqui porque não diviso mais que tres varas do Céu. »

Era o pequeno espaço, que ao desgraçado recluso se affigurava ver por uma estreita fresta obliqua, que no seu aposento introduzia uma luz escaça!

Mas o sequestro pessoal, a privação da luz, pôde ser suavizada, suportada, pelas visitas e conversações de um parente, de um amigo, de uma esposa que idolatrámos, de nossos filhos que amámos, de outros desgraçados como nós mesmos. Pois bem; que toda a especie de sociedade e commercio com os seus semelhantes, criminosos ou não criminosos, seja ao condemnado interdita.

O *isolamento*, a *solidão*, será um dos caracteres, essenciaes, desta penalidade.

Mas a fértil imaginação do homem faz-lhe muitas vezes suportar o estado mais cruel, a situação a mais penosa. A imaginação empresta á mentira as côres da realidade. Faz-lhe percorrer o mundo, na mais estreita prisão; ver a luz, aonde só existem as trevas; a esposa, os filhos, os amigos, os socios do crime, os companheiros do infortunio, os homens, a sociedade, e até ouvir as conversações, aonde tudo é deserto, tudo é silencio.

Pois bem; que os incommodos do seu corpo e membros o despertem das illusões do seu espirito, pelo peso e ruído dos ferros; e que, além disso, tenha por alimento pão e agoa; e por cama alguma pouca palha, ou taboa dura.

Assim a imaginação será constantemente distrahida, e se

ella vier em seu soccorro algumas vezes, o triste desenganho, resultado das continuadas privações, converterão essa mesma imaginação no péor dos tormentos, apresentando-lhe o quadro dos bens, que perdeu, que desprezou, e que não soube avaliar antes da perpetração do crime.

No meio, porém, dos maiores desgostos e afflicções da vida, a occupação, o trabalho, é um verdadeiro alivio, um conforto, uma consolação.

« Por elle o êsto das paixões se aplaca, se adoçam ma-
« goas, se combate o vício. Recreese o goso, nutro-se a vir-
« tude. »¹

Pois bem, que o trabalho, aliás incompativel com a escuridão do lugubre aposento, fique vedado ao desgraçado recluso.

Temos feito uma horrivel descripção desta penalidade, mas infinitamente inferior á gravidade, á intensidade, do seu objecto. Uma penna mais habil, côres mais vivas, ainda não puderiam compenetrar os animos do valor, que ella tem.

Os factos o teem assim feito sentir. Não é só uma theoria demonstrada *a priori*. São tambem as lições de experiencia.

O *systema penitenciario da Phyladelphia*, no seu rigor primitivo, e o puritanismo severo da *Pensylvania*, embrutecia, enlouquecia, matava.

Aqui, na impressão do vosso espanto, ou da vossa surpresa, estamos nós já ouvindo a vossa objecção:

Pois condemnais, direis vós, a pena de morte, e lhe substituis outra, que começa por embruteceer o homem, enlouquecel-o, e que acaba infallivelmente pelo assassinato! É morte, mas morte cruel, lenta, tormentosa.

É precisamente a este ponto, que queriamos trazer-vos. Reconheceis, por tanto, que a nessa pena capital é, moral e materialmente, superior á vossa; que pelo lado da *intimidação* deve ser mais efficaz; que pelo lado da *vingança*, deve ser mais feróz; finalmente, que a vossa pena de morte na fôrça, ou pelo cutello, como duração de um só momento, é mais humana!

Mas desde já vos respondemos, que a nossa pena capital nos dispensará a existencia de uma praça publica, aduquada a uma execução de sangue; a criação de um pati-

¹ Sr. Seabra — A propriedade, pag. 72.

bullo ; o degradante, e aviltante mester de um algôz, de um carrasco ; esses espectaculos, tremendos, mas *inuteis*, senão presencoados, ou vistos só com indiferença ; *prejudiciaes*, se contemplados com ferocidade, ou com piedade ; escola de novos crimes, ou motivo de desprezo e publica indignação ; um vivo, mas eloquente, protesto, contra a lei, e os legisladores.

Mas Santo Deus ! Approveita-se contra a nossa pena capital, e a favor da pena de morte, o mesmo argumento, que nos é recusado, e que destroe completamente semelhante objecção !

Não é logico, diz Rossi, allegar a indignação e horror, que podem ter excitado os *abusos da pena de morte*.

Não é logico, diremos nós tambem, allegar contra a nossa pena capital as imperfeições, os inconvenientes, hoje reprovados, resultantes do abuso do systema penitenciario. Nós não queremos, não desejamos, o rigor primitivo da *Phyladelphina*, nem o puritismo da *Pensylvania*.

A nossa pena capital, apossando-se da liberdade do homem, é divisivel, reparavel, remissivel ; em quanto que a pena de morte na forca é sempre morte.

As aggravações da nossa pena capital soffrem todas as variações e modificações, que as circumstancias do crime, o endurecimento do criminoso, o seu estado de instrucção, de sensibilidade, de irritabilidade, ou de conformidade, tornarem necessarias, mas a morte violenta, é peremptoria, é sempre morte.

Nós podemos mitigar o horror da pena por algumas concessões administradas por um director, por um confessor, por um medico ; por algum dia ou dias, de trabalho na semana ; ¹ por alguma concessão no melhor alimento ; pela maior ou menor elasticidade da luz : por alguma rara, vigiada, e curta visita ; algum raro, vigiado, e, mais ou menos, curto passeio. Mas a morte no patibulo arrebatada de um só jacto, com a liberdade, o mundo, a terra, e talvez, com a desesperação, quem sabe, se o arrependimento, que abra ao condemnado as portas do Céu !

¹ O trabalho é, mesmo abstrahindo dos ganhos ou lucros delle, em favor, uma modificação da pena de prisão. No systema *cellular*, ou de prisão individual, o preso supportará com menos resignação, a falta de occupação, do que a reclusão. Por isso já nos regulamentos de algumas pri-

A nossa pena capital pôde, sem inconveniente, deixar de ser perpetua.

Ella deve naturalmente ser dividida em tres épocas. De *expição* ; de *experencia* ; e de *vigilancia*. Só na terceira época o conselho de Estado, poderá, sem perigo, aconsellar ao Poder Moderador, o perdão ou a commutação.

Mas a pena de morte, ou é incompativel com as attribuições do Poder Moderador, ou expõem a sociedade a graves inconvenientes, a incalculaveis desgraças, pela evasão dos criminosos, em caso de commutação ou de perdão. Os exemplos são de todos conhecidos, e o *alarma*, o terror, que elles inspiram, todos o estão sentindo.

Temos, por tanto, segundo as idéas dos melhoes criminalistas, destruido, nos seus derradeiros entrincheiramentos, os defensores da penalidade da privação da vida.

Existe uma penalidade, para substituir a pena de morte, que, para a não exceder em gravidade, precisa ser modificada.

Logo, a pena de morte é injusta, é illegitima, por que não é necessaria.

Mas os deffensores da legitimidade da pena de morte recorrem á conservação *provisoria* da mesma pena, dizendo, que, para se mudar de systema, se precisa de edificios apropriados, que não temos ; que o estado do nosso thesouro não permite construir tão cedo ; que ainda ha criminosos, que a pena só é capaz de conter ; que a intimidção da nova pena capital é inefficaz por não estar ainda nos nossos costumes, nem ser devidamente apreciada ; e, por ultimo, que a necessidade da vingança, com quanto seja um prejuizo, é facto existente, e que a Lei, para evitar o mal maior das vinganças particulares, deve authorisar a vindicta publica.

Pois bem, enforque-se *provisoriamente*, em quanto não são construidos os edificios convenientes, e essa construcção fique reservada para as chalandas gregas, visto que o estado das finanças do paiz a não comporta.

A penalidade, de que a França dispoem, é *viciosa*, e re-

sões, entre as disposições disciplinares, é classificada, como a principal —, a *privação do trabalho*.

Vid. Morau-Christophe, Rapp. sur les prisons, De Toqueville, Des prisons d'Amerique.

clama urgentes reformas; assim o disse *Dumon* na câmara dos Deputados, por occasião de relatar o parecer da commissão sobre a revisão *incompleta* da Lei de 1832.

A nossa penalidade tambem é viciosa nesta parte, porque é a mesma.

Incompleta é, pois, tambem a revisão, que o nosso Cod. fez da Legislação criminal; antes em vigor. Mas, ao menos, em França procura-se activamente reformar o systema penitenciario das prisões.

Trata-se de prevenir, de morigerar o povo; de construir em todos os departamentos casas de correccão. Sabem-se ali as vantagens do systema da *Phyladelphia* combinadas com as do *d'Auburn*; os inconvenientes de um e de outro; propende-se para o systema mixto ou *eclectico*, e não só isso, introduzem-se-lhe melhoramentos, que o aperfeiçoem, tomando então o nome de *systema francez*.

Em particular, corta-se a raiz do mal, obstrue-se a carreira do crime, as reincidencias, a respeito de criminosos, de menor idade, que já hoje voltam para a sociedade mais morigerados, que antes do crime, abençoando o governo o ter-lhes assim restituído a honestidade e a virtude.

A Lei de 5 de Agosto de 1850; as *colonias correccionaes* de Argel, assim como as *colonias penitenciarías* no continente de França, attestam a sollicitude do Governó. A colonia penitenciaría de *Metray*, e tantas outras do mesmo genero, são um verdadeiro, triumpho para a moral, e para a humanidade. As vozes da razão, e da philosophia não são perdidas. Cedo, ou tarde, ellas destroem preconceitos, vencem resistencias, e se traduzem em factos.

Veja-se o bello artigo, que vem no *Jornal* dos Economistas do mez de Outubro de 1853, por *Jacques Vals*, e abençoaremos os esforços, coroados esforços, dos amigos do genero humano, e da ordem publica.

Entre nós que se faz? Que se tem feito n'este sentido? Que providencias, que principios estão consignados no nosso Cod. em relação á reforma, indispensavel reforma, do nosso systema penitenciario, segundo os dictames da sciência e da experiencia?

Allega-se o máo estado de finanças? Esta consideração é a mesma que tem produzido em muitos paizes os emprestimos ruinosos, a violação dos contractos, as espoliações, a banca-rotá, a offensa da moralidade e da justiça.

Esta consideração, pois, é a mesma que deve produzir a manutenção *provisoria* da pena de morte!

Tudo são *expedientes*, que prendem na mesma causa. Em lugar de reforma, de organisação, continuam-se velhos abusos, e por elles, e com elles, se vive dia por dia.

Ora, pois, o estado das nossas finanças, bom ou máo, não se mantem, por este e outros expedientes, peóra, n'uma progressão constante.

A maneira de suspender essa progressão, será, não só a economiá nas despezas estereis, mas tambem, pelo contrario, o emprego das productivas, e, entre estas, como tambem uma das melhores economias, será a da nossa reforma penitenciaría.

Calculem-se as vantagens dessa reforma, pela diminuição das despesas na administração da justiça e da detenção preventiva; pela diminuição dos crimes e das reincidencias; pela diminuição dos gastos de policia e vigilancia; pelo augmento do producto do trabalho etc., etc.: e facilmente se conhecerá, que, em poucos annos, tudo quanto se despendesse em tão necessario, como salutar, objecto, ficaria completamente indemnizado, sem que dahi viesse maior encargo ao orçamento. †

Sobre a questão financeira muito mais poderíamos expender: mas isto é bastante....

Mas ainda ha criminosos que só a pena de morte é capaz de conter.

Concedámos. Mas esta asserção sómente poderia coexistir a pena de morte contra esses criminosos, mas de modo algum em these penal, que abstrae de pessoas, e menos e, contra aquelles que ou despresam, ou mesmo desejam, a morte; ou contra aquelles que mais sentem o opprobrio que a pena; a deshonra que a morte; que de bom grado se suicidariam, para evitar a infamia; ou contra aquelles, que, pre-

* Assim se explica Moreau-Christophe nov. Dicc. de econ. pol. à pal. — *Systèmes Pénitentiaires* —, e não podemos resistir ao desejo de transcrever textualmente o seguinte ultimo periodo do seu excellente artigo:

« Un système, qui est assez riche en abus de toutes sortes pour que le « seul argent que ces abus nous coûteât suffise, et ait delà, pour en occuper la réforme, renferme en soi la meilleure solution economique que le « problème pénitentiaire puisse offrir. En dehors de cette solution, tout « l'argent qu'on dépensera, sera, comme celui qu'on a déjà dépense, en pure perte. Commençons donc tout de suite par où necessairement nous

ferindo a morte á perda da liberdade, soffreriam maior pena, maior mal physico e moral, pelas modificações e restricções no exercicio da liberdade.

« La Liberté, c'est la vie ; la servitude, c'est la mort. »

É preciso distinguir uns de outros criminosos. Aliás a pena capital seria applicada sem a igualdade, que a justiça pede, que a carta recommenda.

A *igualdade* na applicação da Lei penal, deve entender-se, dada uma igualdade de circumstancias, ou em rasão da pessoa, ou em rasão do facto.

Por isso, o menor de vinte annos escapa sempre á imposição da pena de morte.

Se aquelle fundamento justifica a pena, como *unica temível*, para certos homens, a pena não é necessaria, por consequencia, *legitima*, em relação aos outros homens.

De mais, e será grande o numero de homens de má indole ou de má character na sociedade, para conter os quaes a pena de morte seja a *unica temível*?

Entre os perversos, capazes de commetter um certo crime, uns vivem no fausto, na grandeza, e na abundancia ; outros, vegetam no estado mediocre, mas sem instrucção, ou educação bastante, para avaliar a sua situação, e nunca perder a esperanza, que, em regra, é o ultimo sentimento, que morre no coração humano ; outros acham-se votados a horribes privações, a enfermidades incuraveis, á debilidade de forças physicas, á perpetua ignorancia e rusticidade, a peníveis trabalhos, á miseria, á fome, á nudez, á desgraça.

Para os primeiros e os segundos, a pena de morte, é, sem duvida, uma intimidação. Mas esses, se sentem grande

« *serons forcés de finir. Ce sera épargner à la France plus que des millions de francs : ce sera lui épargner plusieurs millions de crimes. Cette double économie mérite qu'on y pense.* »

As despesas de construcção, assim como as d'organisação agricola, e de transporlação dos criminosos, impoem ao estado sacrificios consideraveis ; mas são indispensaveis ao bem estar da sociedade, á repressão do crime, á efficacia da penalidade ; e progressivamente se pôde ir ensaiando um novo systema, ate que o tempo permita applical-o em maior escala, logo que existam os precisos meios materiaes de execução.

Nem a França, nem a Inglaterra, tem montado os seus systemas penitenciarios, de um só jacto, e em um só dia.

resistencia em perder a vida, é por que, sem ella, não pôdem, ou continuar a gosar a sua fortuna, ou porque a morte lhes destroe uma situação soportavel, com a perspectiva de melhor futuro ; e, então, maior martirio, que a morte, é tirar-lhes tudo isso, qua desejam gosar, fazer-lhes murchar o prazer e a esperanza, e deixar-lhes, ao mesmo tempo, a existencia, acompanhada das privações, que resultam da perda da liberdade.

Para os terceiros, que são, d'entre os perversos, o maior numero, a morte na força, ou pelo suicidio, é sempre a morte, como termo dos males inherentes á sua esteril, perigosa, e precaria situação. E eis porque, de ordinario, esses perversos, quando criminosos, affrontam as leis pnaes, com quanto comminatorias da pena de morte, e sobem as escadas da força armados da coragem, que costuma dar-se no martyrio, na dedicacção ou no heroismo.

Por tanto os perversos, que unicamente se podem aterrar com a comminação da pena de morte, só existem — como *excepção* — entre os da sua tempera.

Aquelles, para quem essa comminação, ou não é a *mais effizaz*, ou é *ineffizaz absolutamente*, estarão para estes na rasão de 90 para 10, ou ainda mais. Os meios preventivos de civilisação e deinstrucção hão-de fazer crescer, de dia para dia, aquelle numero.

Temos, pois, que a lei penal, que commina a morte dos criminosos, *em geral*, em certos e determinados crimes, é *viciosa*, porque toma para fundamentar a *regra*, o que poderia servir de fundamento para uma providencia *excepcional*, ferido assim o principio — « *Jura constituti oportet in his quæ plurimum accidunt* » L. 3.ª D. de Leg.

Tambem o não ser devidamente apreciada a pena capital, sobre a liberdade, nos termos, que propoem a philosophia do Direito Criminal, nem achar-se introduzida semelhante penalidade em nossos costumes, é uma consideração indigna da sciencia e solicitude do legislador, que mal merece uma refutação.

O dever dos governos é moralisar o povo, instruil-o ; é fazer-lhe *conhecer à priori*, quanto é preciosa a liberdade ; e quanto são terribes, na rasão inversa, *as privações pnaes* sobre a liberdade, assim como é fazer-lhe *sentir à posteriori*, pela pratica, pelo *exemplo*, a *realidade*, da comminação.

Se o não ser conhecido um melhoramento penal, que

a philosophia aconselha e demonstra, devesse ser uma rasão, que obstasse, ou fizesse addiar a adopção desse melhoramento, ficaria pela mesma rasão interdicta a admissão de todos e quaesquer outros melhoramentos, moraes, administrativos, ou industriaes.

O governo portuguez não deveria desvelar-se, tão acaloradamente, pela construcção de caminhos de ferro, nem a lei authorisar, e menos premear, a introdução dos novos inventos.

A última consideração sobre a necessidade de prevenir as vinganças particulares pela vingança publica em virtude da lei, é argumento digno do seculo 12. — Suppoem nos individuos um direito, que elles não tem, e que não podiam transmittir á sociedade, e a respeito do qual a sociedade os não representa, nem é sua mandatária.

A sociedade, como já dissemos, pune mas não se vingá, clamam hoje por mais de cem trombetas os criminalistas e philosophos modernos de maior renome. Além de *immoral*, é *contrapudcente*, pertender-se prevenir a vingança particular pela vingança publica, porque a *lei penal*, authorisando a vingança com o exemplo, reconhece um *direito individual*, que os individuos, por tanto, podem praticar, sempre, que considerem a lei, os tribunaes, as provas, inefficazes ou insufficientes.

O mesmo criminoso, receando a *vingança privada*, para a *prevenir*, poderá talvez julgar-se com direito, a praticar novos crimes, que della o ponham a cuberto! Eis as pessimas consequencias de um falso principio, que antes continha combater, que apregoar.

A vingança, que um cidadão toma por suas proprias mãos, não é um acto illicito sómente, por ser uma usurpação monstruosa das attribuições do legislador do juiz e do carrasco, em causa propria, mas tambem, porque, se o dever de existir concede a todo o homem o direito, ou antes dever, de defesa, fóra desse caso, a moral e a religião, condemnna a vingança, ou como imprudencia e loucura, ou como baixaza e crueldade, e para a sociedade, desde que o criminoso se acha manietado ou arrependido, só resta o castigo e a prevenção, como garantia, que se outorga á innocencia, e reparação, que se concede á virtude.

Certamente se achava dominado por estas idéas *Bexon*, no seu fertilissimo projecto de Cod., impresso, com authorisação do Rei de Baviera, em 1807.

Ahi, Parte 1.^a, Artigo 185.^o e 186.^o, admittindo a pena de morte e somente nos casos de necessidade absoluta, a restringiu effectivamente aos crimes mais graves.

Mas logo, nas attribuições do legislador propoz a disposição do Art. 187.^o, para annullar as dos Artigos antecedentes, assim concebida :

« Notre intention est également que, *même dans ces cas*, « la peine de mort ne soit infligée qu'autant, que les coupables de ces crimes, *ne pourront être gardés dans les maisons de correction*, de manière à oter toute inquiétude du « *danger prochain*, ou lors qu'il y aura à craindre, qu'ils « aient des moyens de s'en échapper et de commettre encore d'autres crimes. »

Tudo o que vós expendeis é verdade, nos dirá ainda alguem, mas sempre é certo, que nós não temos *actualmente* edificios adequados para encerrar os criminosos, mercedores da pena capital; que a construcção desses edificios, demanda oportunidade, meios, e tempo; e que, por outro lado, ha criminosos incorrigiveis, que se devem aniquilar pela mesma rasão, que se corta o membro contaminado, a fim de salvar-se o resto do corpo.

A isto accrescentará ainda algum outro, que taes criminosos se collocam por sua provada, ou inveterada, provocação *immoral*, em estado de guerra *permanente* com a sociedade, e que a sua morte é a de um *inimigo* da sociedade.

Assim, os argumentos a favor da pena de morte, são como a hydra de cem cabeças; reproduzem-se, ainda que cortados sejam.

Os edificios devem construir-se *quanto antes*, como a mais urgente, a mais necessaria, a mais moral, das despesas publicas.

São maiores os inconvenientes, que resultam da abolição *immediata* da pena de morte, que os provenientes da guarda dos condemnados a pena capital em logar seguro, mas provisoriamente, até á construcção de um edificio adequado, para onde sigam o seu destino de effectiva expiação.

Esses inconvenientes existem de facto, mesmo na presença das leis comminatorias da pena de morte, porque os condemnados ahi estão guardados, como é possível, sem que as execuções tenham logar. ¹ A sociedade póde tremer,

¹ A toda a penalidade deve presidir um pensamento philosophico, a *dí-cersidade*.

mas não perece. Por tanto a analogia de argumentação, tirada do corte do membro podre para salvar o corpo social, é improcedente, e inepta.

Ainda o é mais a que é fundada no direito de guerra, contra o inimigo, que se colloca em permanente e irreconciliavel hostilidade contra a sociedade.

O direito de guerra faz prisioneiros, impossibilita-os de hostilisar o paiz, mas não mata os vencidos.

Os homens não podem ser conservados em estado de saude moral, tornar-se inoffensivos, ou ser reprimidos, e emendados, pelo emprego dos mesmos meios.

Um systema de *categorias* é indispensavel á boa distribuição da justiça social, á efficacia da disciplina, e á esperança da *emenda*. O systema penitenciario tem suas gradações. Os chamados *incorregiveis*, devem ter o seu *curativo especial*, que, sendo *expiatorio* e *exemplar*, seja ao mesmo tempo um *preservativo social*. É certo que não basta uma verdade abstracta, e ter rasão philosophicamente.

Toda a *theoria* deve ter em conta os meios de execução, condições sociais, e possibilidades administrativas.

Seria mais que bastante uma prisão, que tivesse as condições necessarias para substituir a pena de morte; que fosse revestida de taes requisitos, que a tornassem peor que a morte. Prisão indeterminada, e que fizesse experimentar ao condemnado tantas privações, quantas o seu estado physico ou moral pudesse e devesse comportar.

A pena de morte sempre foi illudida, na sua maxima parte entre nós. Nas Ord. do Reino se encontrava a cada passo — *morra por ello* — mas da comminação á realidade ia sempre uma distancia infinita. — « *Em Portugal* (diz F. Fr. de Mello, discurso de del. e pen. §. 8.º, publicado « em 1816) *passa-se anno e meio sem se executar.* »
« Todos hoje são de opinião (diz elle no §. 1.º) *de que estas leis foram feitas mais para ameaçar do que ferir.* »

Effectivamente na Carta Regia, dirigida, por mandado d'el-Rei D. João V, ao Des.º J. da C. Quintella, em 20 de Janeiro de 1745, se adverte — « que as leis costumam ser feitas com muito vagar, e nunca devem ser executadas com accleração, e que, nos *cusos crimes*, sempre *ameaçam mais do que na realidade mandam*, devendo os executores dellas modificá-las « em tudo o que lhes fór possível, *principalmente com os réos, que não têm verem parte.* »

Assim ficava a pena de morte reduzida, pela sua inexecução, a mui curtas dimensões: principalmente quando não fosse uma necessidade politica, para satisfazer, e subrogar, o direito da vindicta privada. O elemento moral do crime, não entrava nos calculos do legislador, mas somente o elemento material, para tornar, ou não, effectiva a execução de semelhantes penalidades.

O arbitrio dos juizes contra as leis pnaes, foi erigido em preceito, e essas leis pnaes, ficaram letra morta, por que lei, sem garantia e certeza da sua execução, é um ser inanimado, um corpo sem vida. Erro deploravel, que modificando o rigor das leis pnaes, ou accusava permanentemente esse rigor, ou servia de incentivo contrario á repressão do crime. Se a pena de morte era dispensavel, e de facto se dispensava, a sua necessidade é uma quimera; a lei que a decretava era injusta. Se em dentre muitos era sacrificado, não acontecia assim em satisfação do crime commettido, mas, para exemplo, ou em prevenção dos que se poderiam commetter.

Se a magnanimidade pôde inspirar o sacrificio dos desejos de vingança ao homem generoso, que é directamente offendido pelo crime, impondo-lhe o dever de dominar a sua justa indignação; com quanta maior força da rasão se torna esse dever imperioso para com a sociedade, quando não é o proprio offendido, affectado pelo seu resentimento, mas a sociedade tranquilla e sem paixão, que empunha as armas da vingança?

Todavia, tomámos nota desta ultima idéa, assim como já tomámos das palavras empregadas, no relatorio, que precede o Cod. Pen. para examinarmos, nos competentes logares do L. segundo do Cod. Pen., se a qualificação de inimigo permanente da Sociedade quadra aos criminosos, a quem o mesmo Cod. comminou essa pena, a fim de que, ao menos, tendo nós combatido o que reputámos *erro e vicio*, em *these*, impugnemos esse *mesmo erro e vicio*, em cada uma das hypotheses, feridas com a pena de morte. ¹

¹ Pôde sobre esta questão consultar-se Beccaria, Mably, Filangieri, Rossi, Charles Lucas, Dupetiaux, Chauveau e Helie, Locré, Morin, etc. etc.

ARTIGO 29.º

2.ª A de trabalhos publicos; Art. 23.º: 48.º; 53.º; 54.º; 72.º; 78.º §. 2.º; 79.º; 81.º, §. 1.º; 82.º; 86.º; 95.º; 96.º; 124.º; 129.º §. 2.º.

Esta penalidade, como se ahea definida e descripta no Art. 34.º é *viciosa*, a muitos respeito. Nós a condemnámos apoiados na nossa razão, e na authoridade de *Benjamin Constant*, refutando no Cap. 12.º do seu Commentario sobre *Filangieri*, a opinião deste Jurisconsulto.

*Rossi*¹ tractou de refutar a *Benjamin Constant*; principalmente: 1.º notando-lhe a incoherencia em condemnar os trabalhos, em quanto legitimava a pena de morte, e, nesta parte, nós nos conformámos com a opinião de *Rossi*.

2.º dizendo: que sem essa penalidade, não haveria pena immediata á pena de morte, e seria então preciso fazer exterminar, metade, ou dous terços, dos criminosos; e nesta parte não nos conformámos com a opinião de *Rossi*; porque além do sequestro, mais ou menos composto, penalidade, que estabelecemos, e descrevemos no n.º antecedente, temos o degredo que é divisivel, por tal forma, que, pôde ser graduado, tanto para substituir a pena de morte, como a immediata de trabalhos publicos:

3.º dizendo: « Un *travail régulier* peut contribuer à « effacer peu à peu les mauvaises habitudes; il donne à l'exis- « tence un but immediat, aussi utile que moral; il tend à « réveiller des idées d'ordre et de régularité, à ramener la « pensée de ses funestes égaremens, à relever à ses propres « yeux l'homme déchu, et avili par le crime. »

Mas, não foi desse trabalho regular, moralizador, que *Benjamin Constant* tractou, mas sim do trabalho, *escravidão da pena*, e o aviltante delle, tanto pela sua publicidade, co-

1 No seu Tr. de Dr. Pen. Liv. 3.º Cap. 8.º

mo pela sua extrema *dureza e crueldade*. As razões pois de *Benjamin Constant* ficaram intactas.

*Taillandier*¹ ensaiou duvidar da doutrina de *Benjamin Constant*, a quem communicou as suas observações; mas *Benj. Const.* ratificou as suas idéas nas seguintes palavras da Carta, que dirigiu ao mesmo *Taillandier*, e que este publicou.

« Vos observations sur mon *commentaire de Filangieri*: « contiennent des choses très judicieuses. Je persiste cepen- « dant dans mes observations contre les travaux forcés, moins « à cause de la question métaphysique du droit, que la so- « cieté a ou n'a pas, que parce que le *travail qui est le* « *lot commun de la majorité de l'espèce humaine, ne me paraît* « *pas devoir être imposé comme une peine.* S'il n'excede pas « les forces du condamné et est accompagné de rigueurs ar- « bitraires, il place le coupable sur la même ligne que tou- « te la classe laborieuse, innocente de tout crime. S'il exce- « de les forces du condamné, et qu'il soit accompagné de « rigueurs arbitraires, c'est une morte plus lente est plus dou- « loureuse, et c'est pour une autre classe d'hommes un ap- « prentissage de tyrannie. »

Nós esposámos completamente as idéas de *Benj. Const.* quanto a excluir dos elementos da penalidade o *trabalho, cruel, oppressivo*.

« O *trabalho* reveste a nossos olhos um caracter santo « e divino, se o nosso espirito tem a ventura de convencer- « se de que a natureza é a manifestação da Divindade, e de « que as obras do homem, são, nas suas maravilhas, uma no- « va revelação. »

« Por elle o ésto das paixões se aplaca,
« Se adoçam mágoas, se combate o vicio.
« Recresce o goso, nutre-se a virtude. »²

Mas, para o trabalho ser o que é, carece de ser moralisador, e não imposto com dureza. A força, a violencia, gera o odio, não pôde inspirar o amor do trabalho. E, com tudo, sem o amor do trabalho, não pôde haver prosperida-

¹ Na sua Intr. ao relatório de *Livingston* sobre o Proj. do Col. Pen. de *Louisiana*.

² *Scabia* Tr. sobre a Propr. pag. 72.

de, riqueza, nem moralidade publica. O trabalho é a principal origem de todo o bem moral e social; como é, pois, compatível com os mais vitaes interesses da Sociedade, que assim se avilte o trabalho pela conversão em uma penalidade, como se fôra distincto da prisão?

O trabalho, em regra geral, deve ser offerecido, permitindo, ao condemnado, como lenitivo a seu soffrimento, como consolação, ou em premio do seu comportamento. O trabalho é um elemento penitenciario, mas, para o ser, é preciso, que se retire, se conceda, ou se substitua, conforme as necessidades relativas ao estado moral, ou enfermidade dos criminosos.

Nem o legislador, nem os juizes, o podem, com acerto, impôr *à priori*, como pena, nem como aggravação de pena. É um elemento *penitenciario*, mas cuja applicação, pôde ser *negativa*, ou *positiva*.

Que effeito moralizador pôde produzir o *trabalho duro* ao criminoso, que sempre se entregou aos mais pesados e laboriosos da vida?

Contrariar-o em seus habitos lhe hade produzir maior impressão: o isolamento, e uma regrada ociosidade será mais conveniente; e, quando se lhe conceda, deve ser de diversa especie e qualidade.

E se fôr um homem de letras, habituado a trabalhos intellectuaes, pôde haver aggravação mais horrivel, que a de um exercicio puramente mechanico e penivel?

Poucas horas desse trabalho, mesmo com suavidade, e mais, ainda que tudo, uma interdicção absoluta de ler ou de escrever, ou mesmo limitada e escaça, será para elle o maior dos martyrios, assim como será o maior dos lenitivos e premio da sua conducta e resignação, a gradual relaxação na mesma interdicção.

E se fôr um vadio, um ocioso? O habito negativo, que nelle impera, como uma segunda natureza, não pôde ser contrariado *ex-abrupto*, sem uma predisposição gradual, e salutar, até se lhe fazer contrahir um habito contrario.

Em regra, se a natureza e grão de enfermidade do criminoso não torna indispensavel, que a interdicção das suas faculdades moraes e materiaes se extenda ao seu trabalho, para se lhe impôr, negar, reduzir, ou substituir, é imprudente qualquer restricção *positiva*, *negativa*, ou *reguladora*, sobre o trabalho habitual e ordinario, se é compatível com a pri-

são, ou com o *degredo*. A continuação desse trabalho, se não destrua a *causa* do crime, por ser diversa; tem, pelo menos a virtude, de a tornar menos productiva do mal maleficio.

O trabalho deverá ser então da escolha do condemnado, se possui algum talento ou industria; e, na falta de aptidão particular, deve ser-lhe subministrado algum, que seja analogo á sua situação e ás suas forças.

Como tortura, o trabalho avilta, em logar de morigerar o condemnado. O exercicio dessa pena em *publico*, agrava a posição desse infeliz, morto para a honra e para a Sociedade. A *publicidade* exclue toda a sorte de escolha voluntaria, e torna o castigo barbaro, e peor que o da machina de moinho, inventada pelos inglezes (*tread miller*).

Se o condemnado voltar para a Sociedade, porque seja findo o tempo da pena, ou porque algum resto della lhe seja perdoado pelo Poder Moderador, será mais embruteado, que antes do crime; não havendo aprendido mister algum, que lhe seja util, e, havendo mesmo perdido o habito da sua profissão, se alguma tinha.

Além disso, indevidamente fô aqui qualificada, como pena o que não é mais, que uma aggravação de outra penalidade. A pena principal, que é a prisão agrava-se nos *trabalhos publicos*; 1.º pelo *constrangimento* ao trabalho; 2.º pela *publicidade*, com que se exerce a violencia. ¹

Adiante faremos algumas observações mais, para demonstrar, que esta penalidade, tal como se descreve no Cod., é injusta, cruel, desnecessaria, e prejudicial.

Por agora só notaremos neste logar, que o nosso mestre Mello Freire, no seu Ensaio de Cod. Cr. tit. 4.º §. 6.º, admittiu o constrangimento no trabalho, como aggravação da pena de prisão, mas omittiu fallar dos *trabalhos publicos*, como pena principal, immediata á pena de morte.

O Cod. de 1837, tit. 2.º Art. 8.º usou da mesma expressão — *trabalhos publicos* — no que parece haver sido imitado agora.

Silvestre Pinheiro, no seu Proj. de Lei org. e reg. da Adm. de Just. tit. 4.º, Cap. 4.º Art. 122.º, só admittiu, co-

¹ Assim são com toda a rasão considerados no Cod. Pen. d'Aust. Art. 17.º P. 1.ª «La peine de la prison pent encore être aggravée 1.º par le travail public.»

mo o *maximo* das penalidades, o degredo com trabalho forçado, ou *presidio penal* nas provincias da Europa e illhas adjacentes ou no Ultramar.

Mas esse constrangimento ao trabalho, nos presidios penaes, é descripto por esse nosso insigne publicista, nos Art. 130.º, 131.º, e 132.º, do mesmo Projecto, por fórma tal, que o trabalho se torna moralizador, e se despe de toda a censura de crueldade, ou de tyrannia, sem perder a sua natureza de expiação.

No Dir. Pen. Fr. faz-se differença entre os *trabalhos forçados*, e os *trabalhos publicos*. Ambas as penalidades são afflictivas, mas só a primeira é infamante. A segunda é pronunciada pela lei militar contra certos delictos, como são a venda de objectos militares e a deserção dentro do paiz. O nosso Cod. chamou — *trabalhos publicos* — aos que por aquelle Direito são denominados — *trabalhos forçados*.

O Cod. do Braz. denomina a mesma penalidade — *pena de galés* — O Cod. Hesp. — *cadena* — da corrente de ferro, presa ao pé do condemnado, á cintura, ou que o liga a outro companheiro. O Cod. da Sard. usa da expressão — *trabalhos forçados* — como o Cod. Fr.

No Cod. das Duas Sic., toma o nome de — *pena de ferros* — e é de duas especies em *galés*, ou em *presidios*.

No novo Cod. dos Paiz. Baix., foi desconhecida a pena dos *trabalhos publicos*, admitindo só os forçados, como inhereentes á *reclusão* em prisões, que, por isso, tomaram o nome de *casas de força*.

Em todos os modernos Cod. d'Allem foi seguido o mesmo systema, com excepção do Cod. do Hanov., admitindo-os ambos.

O mod. Cod. Pen. da Prussia, admite a pena de *trabalhos forçados*, assim perpetuos, como temporarios, mas *n'um estabelecimento penal destinado para esse effeito*. Mas a lei franceza, ¹ que é posterior, importa uma condemnação desta penalidade. O Cod. da Bav. tremeu desta penalidade, e por

¹ Lei de 3 de Maio de 1854. A pena de trabalhos publicos se são perpetuos, perde o caracter de remedio penal, por assumir a natureza de coacção á escravidão legal, a mais infamante; e por que a sociedade não tem direito a apoderar-se da liberdade do homem, mas sómente a corrigil-o, e a requestral-o, para bem da mesma sociedade e d'elle mesmo. O condemnado, quebrando os ferros, que o algemam, se póde, não commette crime, moralmente fallando. E, se os quebra, é para se tornar ini-

isso não quiz mais na Sociedade o homem, que a ella fosse condemnado. A pena de ferros é *sempre perpetua*, nunca *temporaria* !....

Art. 8.º « La peine des fers ne pourra jamais être prononcée qu'a vie. »

É, pois, a morte do condemnado, tem os mesmos effeitos, e os mesmos motivos. Não se tracta de *curar*, mas de *cortar e queimar*. O legislador sómente se poupa ao derramamento de sangue! — mas elle conhece o maior perigo social, que da pena resulta, se é temporaria. Não é, pois, uma pena, e, para o não ser, bastava-lhe não poder ser *divisivel*.

Toda a pena deve ser para a sociedade um remedio, um bem. A dos trabalhos publicos, ou forçados é um mal, peor que o do crime, é um *flagello*. A nova lei franceza de 5 de Maio de 1854, quiz: 1.º remover da França essa calamidade, desterrando-a para as colonias: 2.º combatel-a ahi mesmo, como peste social.

O presidente do corpo legislativo, referindo-se á mesma lei, no relatorio dos trabalhos da sessão, dirige ao Imperador as seguintes palavras:

« Le projet sur l'exécution de la peine des travaux forcés consacre l'heureuse initiative prise par V. M. pour délivrer la mère-patrie du fléau des bagnes, et prépare au condamné, dans nos colonies pénitentiaires, un vie de travail utile et des conditions meilleures de moralisation. »

Em vista de semelhante authority, como fica exaltada a opinião de Benjamin Constant, e deprimida a doutrina do nosso Cod.?!

Alem disso, cumpre notar, que os trabalhos publicos ferrem os criminosos, que são, de ordinario, os *menos depravados*, e que seriam os presos mais doces, e mais susceptiveis de emenda e correção.

O homicidio por viangaça, por ciúme, por irritação; o crime de moeda falsa; o de falsidade em escriptura pu-

migo do genero humano, por quem se vê injustamente repellido. Se os trabalhos são temporarios, ainda é maior o perigo social, por que sendo, em regra geral, uma pena, que não corrige, antes agrava, a perversidade do delinquent, é preciso contar já com esse resultado, logo que o forçado recupear, pelo cumprimento da pena, a sua liberdade. Toda a *vigilancia especial da policia* não é bastante. Assim o reconheceu o Imperador Napoleão II, e o corpo legislativo de França, em 1854, nas providencias adoptadas na dita lei. Adiante tractaremos mais largamente destas providencias.

blica: são punidos, não tanto em razão do mal moral, como da maior importancia do mal social, com penas as mais graves, e principalmente com esta, dos trabalhos publicos.

Mas não é menos evidente que os culpados podem ter sido arrastados pelo favôr: pela cubiça; por cruéis tribulações de seus negocios; sem apresentar germes, nem de *corrupção instinctiva*, nem de *perversidade reflectida*, as unicas, que constituem os grandes *criminosos*, ou perversos denominados *incorrigiveis*.

Esses desgraçados, uma vez condemnados, conformam-se, sem resistencia, á disciplina, e ao cumprimento dos deveres, que lhes são impostos, se são moderados; desespéram, embrutecem-se, endoudecem, ou morrem, se não são tratados convenientemente, como requer o seu estado de enfermidade. A pena não é então *remedio*, é *veneno*: a sua applicação uma *tyrania*, que a Sociedade volta contra si mesma, cuidando ferir sómente o criminoso. Erro deploravel!

ARTIGO 29.º

3.ª A de prisão maior com trabalho, ou simples; — Art. 34.º; 49.º; 53.º; 54.º; 71.º; 72.º; §. un. 73.º; 78.º §. 3.º; 79.º 81.º; §. 1.º; 2.º; 3.º; 82.º; 86.º; 95.º; 96.º; 97.º; 98.º; 99.º; 124.º; 129.º; §. 2.º.

Temos, antes de tudo, a dizer, a respeito da redacção deste n.º, comparado com o n.º 1.º do Art. seguinte, que teria sido mais conforme ao systema seguido no Cod., quanto á divisão de penas — *maiores* — e — *correcionaes* — usar-se aqui da palavra — *reclusão* —, para comprehender a *prisão maior*, supprimindo-se assim a palavra — *correcional* — em o dito n.º 1.º

A palavra — *reclusão* — é technica, e empregada em muitos Cod., assim como é a de *prisão* nelles reservada, para significar a penalidade das infracções de segunda ordem.

Assim se evitaria a redundancia das palavras — *maiores* e *correcionaes* — que depois tem de se repetir, e se repetem, centenas de vezes, por todo o contexto do Cod.

Em segundo lugar, o *trabalho forçado*, dentro de uma prisão, é qualificado aqui, como *aggravação* da pena de prisão, em quanto que o *trabalho forçado*, mas *fóra da prisão*, é considerado em o n.º antecedente, como pena principal.

O *trabalho forçado*, ou seja dentro ou fóra da prisão, é sempre uma *aggravação* da pena do *sequestro da pessoa do condemnado*. A prisão existe sempre, como base da penalidade.

Mas, além do sequestro da pessoa do condemnado, a privação de alguma commodidade ou gozo, ou constrangimento a algum incommodo, não é mais que augmento de restricções á sua liberdade.

Aqui exactamente se considera a prisão, como penalidade principal, e o *trabalho forçado*, como aggravação; mas fica este n.º ainda imperfeito e deficiente, em relação a outros Art.ºs do Cod. por isso que, na conformidade desses Art.ºs

a prisão *simples* devia ser tomada em contraposição a prisão *aggravada*, para assim comprehender todas as especies de *aggravação*, reconhecidas no mesmo Cod.

Do que se declara no Art. 34.^o, se conhece, que um dos principaes caracteres da prisão, quando *simples*, é não privar o condemnado de communicar com algumas pessoas, *salvo quando fór com isolamento*.

Logo, o *isolamento* é uma *aggravação* da pena, e consequentemente a prisão *simples*, como pena maior, tanto devia ser tomada em contraposição a prisão *com trabalho*, como a prisão *com isolamento*; que é especialmente fulminado, para aggravar a pena de prisão, nos casos de tentativa de parricidio premeditado, §. 2.^o, do Art. 355.^o; e, em geral, permitido, como alternativa de *aggravação*, no §. 3.^o do Art. 78.

Tambem se *aggrava a pena de prisão*, quando o Cod., determinadamente, ou a sentença, em consequencia de circumstancias *aggravantes*, a declarar que seja no *ultramar*; como é expresso no mesmo Art. 78.^o §. 3.^o e 79.^o §. 1.^o e 2.^o

Deveria, por tanto, usar-se da expressão, mais generica — *aggravada* — ou — *composta*, para comprehender todas as especies de *aggravação*.

Quanto a esta penalidade, em geral, é reconhecida em todos os Cod., a sua necessidade, e, contra este elemento penal, em si mesmo, nada se pôde dizer, que refute a sua legitimidade.

É a pena, por excellencia, nas sociedades civilizadas, como diz Rossi, e, com tudo, é violentissima, intrinsicamente, por se apossar da liberdade do cidadão; a liberdade, sem a qual a vida é a morte. Delevissima pôde aggravar-se até se tornar atrocissima, peor, e mais abominavel, que a morte, por ser então morte lenta e cruel. Mas então não teremos o *uso* da pena, mas o seu *abuso*, que todos os criminalistas condemnam.

A prisão pôde ser em cadeia de mera detenção, correccional, penitenciaria, em presidio, ou colonia penal; com ou sem obrigação, *directa*, ou *indirecta*, do trabalho; com trabalho imposto, ou á escolha do condemnado; fóra da prisão durante o dia, ou dentro della; com isolamento, e este absoluto, ou limitado, permanente ou temporario, interpolado ou continuo, por dias, mezes, annos, ou perpetuo; no continente, ou no ultramar, na Asia, ou na Africa, oriental ou occidental.

É, pois, uma penalidade fecunda, extremamente *divisivel*, que pôde, e deve ser, o elemento principal, e unico, de toda a penalidade; que é a base de todas as que são corporaes; e que pôde servir, por um reflectido e acertado emprego, e mais pratico, do que theorico, para substituir, com justiça, e vantagem, todas as mais penas, quaesquer que ellas sejam.

Nenhum Cod. a tem dispensado, ¹ a pôde dispensar; mas por ella pôdem todas ser dispensadas.

Tem todos os caracteres a desejar em qualquer penalidade: infinitamente *divisivel*, *appreciavel*; susceptivel de todas as *aggravações*; *instructiva*; *exemplar*; *tranquilisadora* para a sociedade; *moralisadora*; *preventiva*; *reparavel*; *remissivel*; *universal*; *productiva*; e, ao mesmo tempo, só é cruel, pelo abuso, em que degeneram, ou em que se convertem, todas as coisas humanas, por mais sanctas e justas, que sejam.

Acontecida a perpetração de um crime, que é um *mal*, a prisão, longe de ser um *mal*, é um bem, como *remedio*, para a sociedade ameaçada de contaggio, ou ferida e offendida; e tambem o é para o criminoso, como membro moralmente enfermo. O especifico é sempre salutar, para este, e para aquella; toda a questão se reduz á conveniente, boa ou adequada applicação. ²

Com justa razão por isso no Cod. pen. d'Austr., P. 1.^a e seguinte, se fez da prisão a base principal de toda a penalidade. O mesmo se praticou no Cod. dos Paizes-Baixos, Art. 1.^o e seguintes; assim tambem no Cod. Hesp., do Braz., e em todos os modernos Cod. da Allem.

É não só isto, admittida a pena de degredo, a de presi-

¹ Os chins, com tudo, tem admittido a *prisão*, só como *provisoria*, durante o processo, para a *segurança*, da pessoa, e da execução das penas corporaes.

Os *açoutes* (coups de bambou) divisiveis de 10 em 10 até ao maximo de 100: seguidos de baimento, perpetuo, ou temporario: a maior ou menor distancia deste, com ou sem multa; e a morte por *strangulação*, ou *degolação*; formam um systema barbaro sim, mas completo e divisivel, de penalidade. A commutação dos *açoutes* por uma somma de dinheiro proporcional ao numero delles, imposto na sentença, modifica a penalidade, e a converte em pecuniaria. O resgate, para os reos p a pobreza absoluta, ou a avareza, lha faz soportar. — Cod Pen. Chin Prelimn. tom. 1.^o p. 12 e seg.

² « Le crime n'est ce pas une maladie de l'ame? La peine, n'en est elle pas le remède? La prison, n'est ce pas l'hôpital, ou la guérison droit être opérée? Bonneville.

dio, ou de prisão maior, é a prisão correccional, *penitencia-ria*, uma pena indispensavel, como *preparatoria*. É esta uma idéa sublime escripta pelo nosso publicista, Silvestre Pinheiro, e admittida hoje no systema penitenciario da Inglaterra, como adiante notaremos.

Pinheiro, assim o propoz effectivamente no seu projecto de lei Org. e Regul. da Admin. da Just., Art. 127.^o, que aqui estampámos, e propômos, como digno de ser adoptado.

Art. 127.^o

« Sempre que os juizes houverem declarado algum réo « incurso em delicto ou crime, ordenarão, que antes de ser « levado a cumprir a pena, em que tiver sido condemnado, « *seja recluso em uma casa de correção* »

Depois no Art. 129.^o, propoem, que o condemnado não passe da casa de correção, ou penitenciaria, para o degredo, em caso de reclusão, ou presidio penal, *em quanto for de re-crear que elle volte aos antigos habitos de depravação*, verificado esse facto pelo methodo das *visitas e correção judi-ciaes*, em épocas determinadas, como tambem propoem no Art. 128.^o, e 25.^o, e seguintes, do mesmo projecto.

Na Inglaterra, por um Acto de Agosto de 1853, se estabeceu uma excellente penalidade, em combinação com todas estas idéas, que já tem produzido, e deve continuar a produzir, os melhores resultados.

Tem o nome de *servidão penal*: passa por tres fazes:

1.^a a de prisão com *isolamento*, que não pôde exceder a 9 mezes: 2.^a a de prisão com *trabalho em associação*; 3.^a a da *liberdade provisoria* em degredo.

Diz-se *provisoria*, porque depende do comportamento do condemnado.

M. Béranger, membro da Academia das Sciencias Moraes e Politicas de Paris, tendo sido encarregado por ella de examinar, se este systema de repressão penal, comparado com o francez era ou não preferivel, pronunciou-se completamente em favor do systema inglez.¹

Esta theoria tambem demonstra o abuso da prisão maior, quando admittida sem trabalho. A prisão maior sem trabalho não pôde conceber-se hoje, sem um requinte de barbarida-

¹ Illustr. Fr. Suppl. ao n.º 274. p. 50. — anno de 1855. —

de, e sem prejudicar os mais vitaes interesses do homem e da sociedade.

Sem trabalho, quer dizer, sem constrangimento ao trabalho; mas essa liberdade é sómente, quanto á escolha, tempo, e duração, do trabalho. A prisão será um mal social e individual, em lugar de remedio penal, se ella authorisar a ociosidade. É preciso nunca perder de vista, que toda a pena deve ser uma correção.¹

« Poena constituitur in emendationem hominum. » L. 2. D. de poenis.

¹ Vid. Comm. ao Art. 34.

ARTIGO 29.º

4.ª A de degredo; Art. 35.º, 50.º, §. 1.º, e 2.º; 53.º, §. 1.º, e 2.º; 54.º; 78.º §. 4.º, e 5.º; 79.º; 81.º, §. 1.º, 2.º, 3.º; 82.º; 86.º; 99.º; 121.º; 129.º

O degredo não é outra cousa, *essencialmente*, mais que a *prisão* modificada. Que o homem fique preso, dentro dos muros de uma cella, de um edificio, de uma fortaleza, ou dentro dos limites de uma provincia, de uma ilha, de uma comarca, de uma cidade, ou de uma aldeia, ou por correntes de ferro, com guardas á vista, ou mesmo debaixo de palavra de honra, é sempre a *prisão*, em sentido amplo.

Tudo são modificações da mesma penalidade, que restringem, mais ou menos, a acção do homem; que poem limites á sua vontade, aos seus desejos: limites, que elle não pôde ultrapassar, sem perder pela infracção uma quantidade maior no exercicio da sua liberdade.

Por falta de colonias penaes ou de ilhas, nem todos os Cod. criminaes da Europa conhecem a penalidade do degredo, tal como o descreve o Art. 35.º do nosso Cod. Por este motivo foi ella omitida no projecto do novo Cod. Belga por Mr. Haus. Tambem se não encontra no novo Cod. dos Paizes Baixos, nem no da Sardenha, nem nos Cod. da Allemanha.¹

¹ Á falta de colonias, ou lugares adequados para o degredo, a Prussia celebrou, em 1798, um tractado com a Russia, para que lhe fosse permitido mandar para a Siberia alguns seus criminosos prussianos, condemnados perpetuamente.

Assim se idealizou; mas não sendo bem positivas, para a Prussia, as vantagens resultantes desta disposição, cessou de se utilizar de semelhante convenção, esperando achar na *prisão* dentro do paiz, todos os grãos de penalidade indispensaveis, que correspondessem, por suas modificações, ou aggravações, a toda a sorte de crimes; por isso o novo Cod. desconhece inteiramente o degredo.

Mas a Russia, assim como a Inglaterra, tem perseverado constantemente em semelhante systema, com a differença, que a Inglaterra, tem

O degredo, contudo, entre nós, é uma pena, não só possível, mas utilissima, como *moralisadora*, para muitos e muitos delinquentes.

Em geral, é certo que, em logar remoto, distante do que foi o theatro do crime, pôde o condemnado conceber e alimentar a esperanza de uma nova opinião; pois que, nem se peja com a presença dos homens, que aterrou, que escandalizou com a perpetração do delicto, nem é excitado por sentimentos de vingança, com a presença de seus inimigos, das testemunhas, que deposeram no seu processo, ou dos jurados e juizes, que o sentenciaram.

É pois o degredo, *quando simples*, uma pena adequada aos homens, que se não suppoem inteiramente desmoralisados, ou endurecidos na carreira do crime.

Felizmente, nós temos vastas possessões tanto na India, como na Africa, de que nos podemos aproveitar, em utilidade de nossas colonias, do continente do reino, e dos proprios delinquentes.

Não dizemos outro tanto do degredo, quando aggravado com prisão, com, ou sem, trabalho.

A causa principal da maior desmoralisação dos criminosos, e da progressão dos crimes, está, como hoje se acha demonstrado á evidencia, depois da falta de instrucção moral e religiosa, no commettimento de uma primeira falta, de um primeiro crime, que habilita o condemnado, quando a

ultimamente considerado o degredo como elemento e complemento de uma penalidade *composta*, como adiante notaremos.

Estes grandes exemplos acabam de ser seguidos e legislados pela Franca. Todos os Estados da Allemanha continuam, como a Russia, a explorar a prisão, ou reclusão, como base essencial da sua penalidade.

A Austria, apesar do silencio do seu Cod. a respeito desta penalidade, tambem agglomerava muitos dos seus condemnados a cumprir a sua pena na *Transylvania*, o que era uma especie de *degredo*. O degredo foi alli, mais de Direito consuetudinário, que systema legal e regular.

Mas na Russia, desde a sua admissão para a Siberia, tem esta penalidade sido applicada, sem interrupção, com regularidade, e em larga escala.

Teve tambem, como na Inglaterra, e entre nós, a sua época de abuso e de irregularidade, mas esse estado cessou desde 1822, promulgando-se a respectiva lei regulamentar sob a administração do conde *Speranski*.

Ao degredo precede uma penosa viagem em Jeva, muitos e muitos centenares de legoas. Chegados ao logar do degredo, Siberia occidental, são distribuidos em 5 classes: 1.ª a dos trabalhos publicos, que nunca podem exceder a 20 annos; 2.ª a dos *artistas*; 3.ª a dos *domesticos*; 4.ª a dos *colonos*, 5.ª a dos *incapazes*. Todos são tratados com humanidade,

prisão é com trabalho, em commum, mas sem isolamento durante a noite, e silencio durante o dia, ou quando simples, mas não individual, a ficar em contacto com outros criminosos, que reciprocamente se esclarecem na pericia malefica, e se constituem em associação, para a perpetração de novos malefícios.

Mas, neste caso, o defeito, os inconvenientes, não vem da pena, mas da sua aggravação, do abuso, que se faz do systema penitenciario.

A aggravação das penas accessorias neutralisa, e nullifica então, os effeitos da pena principal.

O opprobrio segue o preso, mesmo nas longinquas regiões do seu degredo; a esperança de uma nova opinião se desvanece, e a communicação, quasi exclusiva, com outros criminosos, não lhe deixa logar senão a pensar, e a concertar com elles, nos meios da evasão da associação.

Escreptores tem havido, que muito tem encarecido a utilidade, que a Inglaterra, reportou da sua *colonia penal*, *Botany Bay*. Dizem, que a principal vantagem tem consistido em expurgar da metropole os grandes criminosos, que entulhariam as cadeias, e facilmente reincidiriam depois da sua soltura. É, como elegantemente se exprime Dumont, uma especie de *amortisação do crime*, em proveito da Grã-Bretanha.

e sob um regimen rigoroso, se é preciso, mas suave, que lhes adoça a expatriação, sem nunca lhes fazer perder a *esperança* de serem ahi membros uteis á sociedade.

Só no longo transporte por terra se dá uma expiação *preparatoria* de uma immensa vantagem penitenciaria. Levas, com separação de sexos; casas de albergaria construidas em determinadas distancias, para o repouso dos condemnados; recolhimento ao hospital mais proximo, e até á convalescença, dos que adoecem no trajecto; nada tem esquecido á previdencia do legislador.

As mulheres livres tem a faculdade de acompanhar seus maridos, e alli são vistas frequentemente, seguidas de seus filhos, segul-os, e cumprir assim com coragem esse magnifico e piedoso dever.

Este acto de dedicação e de fidelidade conjugal, é tanto mais sublime e tocante, que na Rússia o degredo desliga as mulheres do seu matrimonio, podendo legalmente contrahir segundo. faculdade, porem, de que ellas, em geral, se não utilisam.

O governo, longe de contrariar este rasgo de moralidade, protege-o indirectamente, sustentando a mulher e filhos durante a viagem.

É difficil determinar de um modo exacto qual é a cifra da população degradada na Sibéria, por isso que, terminado o tempo penitenciario, em nada se distinguem do resto dos colonos da corôa, mas calcula-se em 15:000 a 20.000 o numero, approximadamente, em cada anno, nessa situação.

Assim é, e tinha sido, em relação á metrópole, assim pôde ser. mesmo em relação aos logares da exportação, ao desenvolvimento da sua agricultura; mas, diremos, tambem, com *Moreau Christophe* — « *ce qui fertilise la terre sous ce « rapport, stérilise et tue les âmes.* »¹

A Inglaterra, que, depois da emancipação dos Estados-Unidos, escolheu a *Nova Galles do Sul*, para ahi importar os seus degradados, os mandava tambem para as terras de *Van-Diemen* e para as de algumas ilhas do Norte e Sul da *Australia*.²

As informações, que haviam em 1832 e 1835, sobre o estado moral da colonia da *Nova Galles do Sul*, não lhe eram muito favoraveis. As que, porém, hoje existem são muito diversas. *Sydney* é hoje uma nova Londres, e um estrangei-

¹ Nov. Dicc. d'Économ. Pol. á pal. system. pénit.

² Antes desta emancipação foi horrivel, e imprevidentissimo, o abuso que na Inglaterra se fez da applicação do degredo.

Era no seculo XVIII, quando se apregoava como abolida a *escravidão*, tempo de civilização e de luzes, época a mais brilhante do reinado de Luiz XIV, que a Inglaterra mandava, uma grande parte dos seus condemnados, á America; para ahi os submeter a uma escravidão, que por ser temporaria, não ficava sendo menos barbara e cruel.

D'ahi vinha o *desprezo*, ou *desdem*, da Inglaterra sobre os habitantes do novo mundo, e as injurias que os Ingleses dirigiam contra elles durante a sua *revolução*, como a povo de *malfetores convencidos* (*convicts*).

(1) abuso chegou a ponto de não ser sómente o crime a causa desses degredos; as mesmas guerras civis para ahi deram fortes contingentes.

Uma das ultimas expedições deste genero, e a mais tristemente notavel, foi a que teve logar em 1685, depois da derrota do duque de *Montmouth*, que foi povoado de escravos a *Jamaica*.

Mais de mil prisioneiros foram assim condemnados á *transportação*, e, o que é mais abominavel que a pena, distribuidos, como despojos da guerra, entre os fidalgos e fidalgas da *côrte*, que vendiam esses desgraçados a contractadores de carne humana.

Era o trafico dos brancos com toda a deshumanidade do trafico dos negros: era a *escravidão*, em logar do *systema penitenciario*, que hoje, ainda que só *nominalmente*, se caracteriza na Inglaterra, *servidão penal*. Este abuso se verificou com especialidade tambem, quanto á colonia de *Maryland*. Estes *bandidos*, ou *convictos* eram uma mercadoria, que os cortezãos, se disputavam, e ambicionavam, como entre nós acontecia a respeito dos direitos senhoresaes e bens da corôa.

O mesmo soberano os considerava como moeda adequada a remunerar serviços. *Ieffries* admoestava Jacques II pela sua nimia liberalidade neste genero, em prol de pessoas sem taes serviços, quando cada um desses desgraçados valia dez e até quinze libras. Em Bristol os mesmos magistrados ameaçando com a fôrca os vadios e ociosos, que prendiam, lhes faziam aceitar, como unico meio de salvação, a exportação, para depois repartir o preço, como emolumentos do seu cargo. *Ieffries* chegou a

ro, dizem, corre alli menos risco de ser enganado do que na capital da Grã-Bretanha. ¹

A ser assim, nenhuma objecção se póde levantar contra este elemento de penalidade, nem contra as vantagens moraes e politicas, que a Inglaterra colhe desta *amortisação do crime*, que, longe de multiplicar, e de mais perverter, os criminosos, os converte em instrumentos uteis de prosperidade em outras regiões.

Estes resultados justificam a perseverança, com que o governo inglez tem empregado esta penalidade, mandando todos os annos, para as suas colonias penaes, 3,000 a 4,000 criminosos.

Nós, porém, com quanto seja frequentissimo o uso das condemnações a degredo, vemos, que os condemnados não partem, senão rarissimas vezes, em pequeno numero, e sempre tarde, para os seus destinos.

Os condemnados ahí definham, embrutecem, e se demoralisam, nas casas de mera detenção, em contacto com outros criminosos de fóra e dentro dellas, e hoje, por virtude do Art. 95.º do Cod., ahí vão commutando o degredo no tempo da demora, á espera de perdão sobre perdão, que os restitua á liberdade, cem vezes, em regra, mais perversos, que antes do crime!

Nas ilhas de S. Thomé e Príncipe tem-se notado uma diminuição progressiva. não só da população branca, mas parda, principalmente por terem faltado desde o seculo XVIII as grandes remessas de degradados, que antes para alli providentemente se mandavam.

Nos sete annos completos, que decorreram desde 1836 a 1844, sómente para alli foram mandados 35 condemnados, entre estes uma mulher; ² maior foi o numero dos conduzidos, á Provincia de Cabo Verde e Costa de Guiné, mas não excedeu a 336, comprehendidas quatro mulheres, e sendo apenas quatro degradados para a Costa de Guiné. ³ Se, pois, a pe-

chamar ao seu tribunal o *Maire* de Bristol, mas bastou a revolução de 1688, para annistiar tão infame crime.

¹ Vid. Ed. Gaboulaye, Hist. Pol. de Etats-Unis, tom. 1.º Lec. 5.ª e 12.ª

² Mori Report de Droit. Cf verb *Deportation: Ferrus, de l'exportat. pénit.*

³ L. Luna, Ens. sobre a *Siat das Poss. Port. L. 2.º P. 1.ª* pag 100.

⁴ Ibid. L. 1.º P. 1.ª pag 126.

nalidade não é viciosa em si, o está sendo entre nós pelos erros, pelos descuidos, pela incuria, talvez mesmo, pelo abandono das nossas colonias, da nossa marinha, etc.

Oxalá, que o governo, que as camaras legislativas, possam attender a tão importante objecto, como radical e essencialmente merece por tantas considerações moraes e politicas, que são palpaveis, que não carecem de demonstração!

Entre nós, rasões especiaes recommendam a pena de degredo, embora immediato, e, com quanto seria mais perfeita, se lhe precedesse uma analoga expiação ou correccção, como já havia proposto o nosso insigne publicista, nos cit. Art. 127.º, 128.º, e 129.º do seu projecto.

Assim poderia tornar-se completamente moralisadora esta pena; collocar-se o condemnado no logar do seu destino, com a presumpção de uma quasi innocencia, e abster-se a sociedade de o seguir depois com a sua vigilancia de policia, que o avilta, e obsta á sua emenda.

« Moins ces précautions seront véxatoires, plus l'amélioration sera facile et rapide. La première condition, pour que l'homme se relève d'une dégradation qui ne servirait qu'à le corrompre de plus en plus, c'est qu'il reaprenne à s'estimer. ¹

A mudança do clima, com relação ás nossas possessões da Africa apresenta uma circumstancia particular, e vem a

¹ Os estabelecimentos da *Australia* eram antigamente as unicas colonias penaes da Inglaterra; mas em consequencia de reclamações dos colonos livres, o governo cessou de mandar deportados aos estabelecimentos orientaes. *Van-Diemen's Land*, a *Australia* do Sul e a ilha *Norfolk*, são hoje as unicas, que recebem degradados.

A execução desta penalidade era ao principio, e até 1842, tão viciosa, ou ainda mais, que entre nós. Entregues os condemnados, como escravos, á exploração e serviço dos particulares, os effeitos da pena não podiam ser moralisadores. Ou encontravã um bom patrão, que lhes tornava o degredo suave e ameno, ou um senhor avarento e brutal, que o convertia na mais barbara das penalidades.

Foi *Lord Stanley*, quem em 1842, o começou a transformar em penalidade proveitosa, fazendo-o preceder de experiencias expiatorias graduas, até á collocação dos condemnados em estado de degredo, empregados ahí em trabalhos do Estado. A expiação tinha logar, para os degradados perpetuamente ou por mais de 15 annos, na dita ilha de *Norfolk*, situada ao Noroeste da *Nova-Zelandia*, ao mesmo tempo que *Botany-Bay*, era destinado á residencia dos degradados.

Este systema, porém, foi modificado em 1847, entendendo-se, que, em regra, as experiencias de expiação probatoria — *probation system* — deviam preceder a *esportação*.

ser, que antes, sendo bastante mortíferas, mais ou menos essas regiões, em consequencia das febres, denominadas — *carneiradas* — hoje facilmente se curam pela applicação do *Quinino*, e outros medicamentos proprios a atalhar semelhantes doenças.

A administração pôde, além disso, prevenir, em grande parte, as causas do mal, pelas providencias sanitarias sobre pantanos, limpeza, etc. ¹ *Calcutá e Benguella*, ² tambem eram insalubres, e hoje colhem o fructo das medidas preventivas, que alli tem sido postas em pratica.

Mas esse mesmo incommodo passageiro, e que o tempo e bom governo pôde destruir, quasi inteiramente, produz uma revolução physica na pessoa do condemnado, que muito influe na sua parte moral.

A experiencia o tem mostrado. Muitos degradados, depois da doença, ficam tranquillos, resignados, com applicação ao trabalho, á industria, ao commercio, fíeis em suas transacções, economicos, gosando da estíma publica, por uma serie não interrompida de actos de boa fé, e de probidade, e juntando ou fazendo uma fortuna, que ou os ligam por um modo indissolúvel ao paiz, ou fazem reverter com seus capitais ao reino, completamente rehabilitados, legal e moralmente.

O mesmo Rossi, que impugna esta penalidade, reconhece, que é adequada a certos delictos :

¹ Benjamin Const. Comment. sobre Filangieri, Cap. XIII.

² «Existiam em toda a circumferencia e centro da cidade, pantanos e aguas represas, que com o calor do sol proprio deste clima, se tornavam momentaneamente em estado de putrefacção, e esta era, sem duvida, a maior causa das febres, que, sem excepção de pessoa, se soffriam durante todo o anno.... Entendi que sem perda de tempo me devia occupar com preferencia deste objecto.... Julguei tambem muito conveniente fazer uma plantação de arvores nas ruas e largos da cidade.... Mem. Just. do ex-governador de Benguella, F. T. d'Almeida, «impr. em 1852, pag. 17.^a»

«Os estabelecimentos portuguezes de *Senegambia* formam um governo sujeito ao das ilhas de Cabo-Verde, e organizado em dois conceellos.... O seu clima é muito doentio, e mesmo *mortífero* no inverno, que começa em Junho, e acaba em Outubro. por causa da estagnação do arroz, que os gentios (e os habitantes em alguns presidios) fazem a 20 passos de distancia. Concorrem ainda para este mal a falta de limpeza nas ruas.... Apesar de ser reconhecida, e exagerada, a insalubridade do clima, o governo não manda para cá nem cirurgião, nem botica.... Mem. sobr. o est. act. da *Senegambia*, por H. Per. Barreto, «governador da mesma, impr. em 1843, P. 1.^a pag. 3.^a»

« Elle est analogue à certains délits, à ceux en particulier, qui ont pour cause *l'ambition politique*, un desir de « fréné de primer sur le théâtre du monde. »

Assim foi ella considerada em França, como indispensavel, para commutar, ou substituir, a pena de morte nos crimes politicos. Pela mesma rasão pôde ella ser empregada entre nós, desde que, pelo acto adicional á Carta, foi abolida a pena de morte em taes crimes.

Deve-se distinguir a *deportação arbitraria*, ou mesmo a imposta por sentença, como *meio politico*, da *deportação considerada, como elemento de penalidade*. Na Russia se tem feito uso deste meio, tanto como expediente politico, como meio de *punição*. A *Siberia*, erigida em colonia penal, desde o seculo XVIII, para substituir, como castigo de intimidacção em gráo eminente, a pena de morte, abolida pela Czarina Izabel, tem sido aproveitada para recolher homens, que nenhum gráo de perversidade, mas aspirações patrioticas imprudentes, tornava dignos de repressão preventiva ou de exterminio indirecto.

Para estes homens o degredo simples, ou *composto* de prisão *simples, prévia* no reino, ou *simultanea* por tempo limitado, é um bom elemento de penalidade ; por que preserva a nação da influencia, que poderiam exercer, estando no reino, para agitar os animos, e excitar os partidos. Não é preciso, e, por tanto, seria injusto, acompanhar, ou fazer preceder então a pena, de privações e de soffrimentos, que, longe de acalmar um espirito exaltado pelo imperio de uma idéa, mais o fortificariam nella, sem o deshonrar, tornando-o antes um martyr, que um penitenciado, aos olhos de todos, e, com especialidade, aos dos seus correligionarios.

O estado de incommunicabilidade, e de uma especial vigilancia de policia, pôde acompanhar o degradado politico, como meio de prevençção, mas seria inefficaz, se se convertesse no *isolamento penitenciario*, além de prejudicialissimo á saude de taes homens, dotados, ordinariamente, de uma irritabilidade e sensibilidade especial.

A resignação viria para elles, não dos seus remorsos, mas da tranquillidade da sua consciencia, quando dotados de alguma firmeza de espirito, animados pela esperança, que nunca morre para os crentes politicos.

Temos numerosos exemplos nos presos e degradados politicos, durante a usurpação de D. Miguel. Uns succumbi-

ram ás miserias, ás privações e soffrimentos, nos callabouços os mais immundos e insalubres, ou nos logares de deportação ou de degredo: mas milhares dentre elles, convertendo todos os dias um nada em uma esperança, resistiram, para que, abertas as portas dos carceres, voltassem, ao gremio social, como voltaram, pugnando pelo triumpho dos mesmos principios, causa da sua perseguição, mais acrisolados, com quanto mais incorrigíveis na opinião dos seus verdugos.

Os criminosos políticos são doentes *sui generis*, que de-vem, como os *maniacos*, ser tratados por um modo especial. O *isolamento penitenciario*, sómente pôde preceder o degredo, ou a prisão, simples, ou ainda o desterro, quando a *causa* do crime, não seja só o predomínio de uma opinião ou de uma idéa, mas o da ambição, ou de factos accessorios, que demonstrem um certo gráo de perversidade ou de crueldade, que attenúe a contemplação favoravel do legislador.

Em regra geral, a penalidade tem então mais por fim segurar e tolher o criminoso, tirando-lhe os meios, ou a possibilidade, de commetter, ou de propagar, o crime, que o de lhe destruir a *causa* do mal, que, assentando na sua íntima convicção, nenhuma lei pôde aniquilar: e se essa convicção é um erro, só o tempo e a moderação da pena pôde dar lugar á verdade. O rigor e a crueldade só servem de o fortalecer.

Mas, considerado este elemento de penalidade com relação aos condemnados *perversos*, por maleficios não politicos, deve ser, ou *precedido* de outros, como *probatorios*, de *expição e experiencia*, ou deve ser por elles *acompanhado* por algum tempo, até ficar puro e simples, ficando o degradado em estado de *liberdade provisoria*, ou *definitiva*, nos logares de degredo.

Excitar os remorsos pela expiação, ou, pelo menos, a resignação pelo habito do trabalho, fazendo-se antever aos degradados a esperança de reabilitação e de cessação da pena, dependente da sua boa conducta e arrependimento, deve ser todo o fim desta penalidade, que imprudentemente applicada, como todas as mais, podem converter o remedio em veneno.

Assim amestrada pela experiencia o está praticando a Inglaterra. Sem reprovar este meio, tão efficaz, em si mesmo,

de prevenção e de repressão, em rasão dos vícios, abusos, e erros da sua execução, tem ensaiado diversas combinações tendentes a tornal-o aproveitavel, já sob as vistas da politica, já sob as de um esclarecido systema penitenciario.

O *degredo* simples ou é precedido de applicações penitenciarias nas prisões de *Pentonville*, de *Milbank*, dos *Pontoons*, e de *Portland*,⁴ ou acompanhado, temporariamente na ilha de *Norfolk*, quando se tracta de condemnados incorrigíveis, ou relapsos, a que se deve acrescentar a colonia agricola de *Parkust* no centro da ilha de *Wight*, junto de *New-Port*, para condemnados jovens.

Em vista do que temos ponderado, se manifesta, que este nosso elemento de penalidade, applicado de diversa maneira, na Inglaterra, na Russia, e hoje na França em substituição das *galés*, se acha como no estado da infancia entre nós, com todos os primitivos defeitos do degredo da Hollanda, da Hespanha, e da Inglaterra até 1842.

Dos esclarecimentos, que sollicitámos, e que vâmos transcrever, se vê que as vantagens, que nos resultam, e resultariam em maior escala, se a applicação e execução do degredo fosse mais constante e mais bem regulamentada, são destruidas pelas arbitrariedades e abusos, que sobre os degradados se commettem.

Estes esclarecimentos são de dois cavalheiros distinctos, por sua experiencia, e amor do bem publico, referindo-se um, ao degredo para a India, e outro, ao degredo para a Africa.

« Transportando-se da ilha da Madeira para Gôa o Ex.^{mo} D. Manoel de Portugal e Castro, ultimo vice-rei da India portugueza, e tendo embarcado com aquelle destino em 6 de Maio de 1827 na charrua Princeza Real, empregou a sua tão benefica, quanto superior intervenção, logo que chegou a bordo do dito navio, para que o commandante, que era o capitão tenente Manoel Antonio Barreiros, fizesse tratar, como a os ordinarios passageiros, a perto de trezentos degradados que transportava para diversas colonias, sendo a maior parte para o dito Estado da India.

O commandante Barreiros, respeitando, como devia, as

⁴ Neste momento deve achar-se construida nas Bermudas uma prisão semelhante á de *Portland*, aonde os condemnados terão a mesma possibilidade de *liberdade condicional*, de que gosam os deportados.

beneficentes idéas do dito ex.^{mo} vice-rei, se dirigiu aos degradados no momento, em que estes, depois de se lhes passar a ordinaria revista, deveriam descer ao porão, e ser alli encarcerados, e lhes disse: O sr. vice-rei quer, que sejaes dispensados de recolher á prisão, e que sejaes tratados como os passageiros voluntarios, e mais praças da guarnição. Assim se fará, mas torna-se indispensavel, que vos torneis dignos de um tão grande favor pela regularidade do vosso futuro procedimento.

Cinco mezes durou a viagem, terminando no porto de Gôa, em 6 de Outubro do mesmo anno, e, durante ella, nenhum dos ditos degradados deixou de comportar-se dignamente, nem de acudir com a melhor vontade a todo o serviço do navio; conservando-se em perfectissima harmonia com os passageiros voluntarios, e praças da tripulação.

Desembarcados em Gôa, os que para alli se destinavam, (duzentos proxivamente) determinou o Ex.^{mo} vice-rei, que o ajudante d'ordens de sua pessoa, author do presente apontamento, lhes louvasse em seu nome o bom comportamento, que haviam mantido durante a viagem, e lhes fizesse saber, que naquelle paiz, aonde seus antigos nãoerros eram conhecidos, continuariam a ser tratados, sem differença alguma dos soldados voluntarios, em quanto assim continuassem a merecel-o pelo seu bom estillo de proceder.

Ondeou mais, que nas listas dos mesmos degradados, remettidas aos corpos militares, em que fossem servir, se não mencionassem, como era pratica, os crimes pelos quaes se lhes impuzeram as penas do degredo, e que, em substituição se declarasse sómente o numero de annos, que cada um era obrigado a servir, como simples recrutado no reino, para o serviço da India; sendo-lhe lidas taes relações no acto dos assentamentos de praça, e juramentos de bandeira; ficando as fundamentaes listas ou alardos na casa da India, que sempre os acompanhavam, archivados em particular na secretaria do Estado, não se podendo extrahir copia alguma, sem preceeder despacho dos vice-reis ou governadores.

O mesmo continuou a praticar-se nos annos decorridos até 1835, em que terminou o providente governo daquelle tão illustre, como recommendavel vice-rei; e o mesmo (segundo consta) se pratica ainda, com reconhecida vantagem do publico serviço, e da publica moralidade.

A conducta dos degradados, dahi em diante, manifes-

tou consideravel melhoramento; e muitos se não estabelecido no paiz, aonde vivem com estimação, e deconcia. Alguns tendo-se aperfeiçoado na instrucção primaria, de que já levavam luzes, se matricularam na academia militar, estudando com aproveitamento. Estes, e outros procederam tão dignamente, que mereceram ser promovidos a officiaes de patente; e, para citar algum exemplo, apontarei o major Joaquim Vicente da Silva, ha pouco fallecido em commandante militar das ilhas de Sollor, — o Alferes Joaquim Garcia, que tambem ha pouco foi morto, combatendo gloriosamente contra piratas macassares —, o 2.º tenente de artilheria de Gôa, Theodoro Francisco Maciel, que, ha poucos annos, veio ao reino, e aqui serviu bem, já como official, regressando depois a Gôa aonde falleceu —, o alferes João de Carvalho, que ainda serve com distincção no 2.º batalhão de infantaria de Gôa —, e finalmente outro alferes de appellido, Dias, que, tendo concluido com distincção todos os estudos da Academia militar de Gôa, mereceu, por seus ditos estudos e conducta, ser extraordinariamente promovido ao dito posto, no qual falleceu em viagem do Reino, aonde ultimamente viera.

Taes foram os efeitos das beneficencias e judiciosas providencias empregadas por D. Manoel de Portugal e Castro, governador da India portugueza, aonde o seu nome será sempre ouvido com respeitosa saudade.

Lisboa 1 de Maio de 1854.

F. L. Cabreira.

Illm.º e Exm.º Sr. — Á pergunta, que V. Ex.^a teve a bondade de me fazer, ácerca do estabelecimento de uma casa penitenciaria nas nossas possessões na costa occidental d'Africa, tenho a honra de responder, que a cidade de S. Paulo de Loanda, é o ponto principal aonde, segundo meu entender, melhor se pôde estabelecer uma casa desta ordem, fundando-me, não só em ser a capital da provincia de Angola, séde de todas as authoridades superiores, e da relação novamente alli creada, mas, tambem, em haver alli todas as proporções para esse fim.

Á outra pergunta, se nos criminosos, que para alli vão degradados se observa mudança para melhor conducta, tenho tambem a honra de responder, que esta mudança é um facto tão reconhecido por todos, que conhecem bem o paiz, que ninguem o poderá contestar; e, se não pôde dar-se como

regra geral, é pela negligencia de não se ter formado uma estatistica circumstanciada a este respeito.

Todo o Europeo, que para alli vai, sofre as febres da aclimação, e estas febres continuam sempre, de tempos a tempos, a affectar o individuo, tornando-se de tal fórma um habito, que pouco caso depois se faz dellas. Estes sofrimentos, fazendo uma revolução completa na parte physica, chocam consideravelmente a parte moral, que cae naturalmente em habitamento, e tornam o homem diverso do que era antes. Não é a influencia do clima da Zona do Equador, que modifica as inclinações do homem, porque vemos o contrario no outro hemispherio; os criminosos continuam alli, pela maior parte, a commetter crimes, mas é indubitavel, que na Africa, aonde se sofrem as molestias endemicas, *fica sendo a excepção da regra.*

Podem-se citar muitos exemplos dos que, não só mudaram completamente de conducta, mas tambem se dedicaram ao commercio e industria, e fizeram fortuna, e alguns consideravel; destes indicarei alguns.

Um tal Barboza, que falleceu em Loanda em 1817, testou cinco milhões de crusados, e instituiu seu herdeiro El-Rei D. João VI, dizendo, que este monarcha, tendo-o mandado degradado para aquelle paiz, a elle devia a sua fortuna, por isso lha doava: foi a fragata Perola, e o brigue Príncipe-sinho, buscar a Loanda a herança, a que me refiro.

Um tal Asphão, salteador d'estradas, que se estabeleceu em Novo Redondo, e alli existia em 1822, fez consideravel fortuna: contava, a todos, seus assassinatos e roubos; mas perguntando-lhe eu uma vez, se elle voltasse a Portugal, continuaria no mesmo, respondeu-me, que isso era impossivel, porque se horroisava do que tinha feito; e, se o contava a todos, era para que não pensassem, que elle se queria apresentar como homem sem mancha!

Um napolitano, chamado Nicoláo Thebano, que foi, com outros da mesma nação, para alli degradado, no tempo do usurpador, a pedido do Rei de Napoles, fez, pelo commercio, uma fortuna milionaria.

Os outros napolitanos, que com elle foram, lá existem ainda alguns, exercendo seus officios de sapateiros, alfaiates, etc., e tem fortuna.

Em 1842 foram alguns degradados para a provincia de S. Thomé e Príncipe, a maior parte salteadores d'estradas; com-

portaram-se bem, á excepção de dois ou tres, que exerceram alli os seus costumes, roubando a prata das igrejas. Um daquelles fez fortuna pelo commercio, e, pela sua boa conducta, *mereceu occupar por vezes os cargos municipaes, para que foi eleito.*

Como disse, se se tivesse feito uma statistica sobre tão importante objecto, ver-se-hia, que, pela maior parte, os criminosos mudam para melhor conducta, sem outra causa, que não seja a que venho de indicar.

Quando alli chegam os degradados, assenta-se-lhes praça nos corpos de 1.ª linha, e ficam somente sujeitos á disciplina militar; mais rigorosa que no reino, porque as faltas ou delictos, que commettem são punidos com 500 a 3000 varadas! Outro destino aos criminosos, e outros meios de os corrigir, seriam, sem duvida, melhores do que tão tyrannicos castigos.

Temos visto na imprensa periodica desta capital advogar com afino a causa dos escravos, estigmatizando os castigos, que se lhes dão, que não chegam nunca, nem ao minimo dos que venho indicar; mas ainda ninguem advogou, da mesma forma, a causa dos infelizes degradados. ¹

Parece-me que eu tenho respondido a quanto a V. Ex.^a teve a bondade de perguntar-me; por isso concluo, pedindo a V. Ex.^a, que accredite que tenho a honra de ser — De V. Ex.^a — Am.^o e seu menor Cr. — Jacinto Pereira Carneiro.

Lisboa 9 de Janeiro de 1854.

Apesar, porém, de quanto fica deduzido, a favor deste elemento de penalidade, com especialidade, para as nossas

¹ Na conformidade da lei nov., sobre recrutamento, de 27 de Julho de 1855, não podem os degradados continuar a ser incorporados no Exercito do Ultramar, como tem estado em pratica, nem mesmo, quando elles assim o requeram, em quanto não forem rehabilitados, nos termos do Art 129.º do presente Cod. Excepcionam-se unicamente, no Art. 151.º, da mesma lei os condemnados por vadios, e esta excepção confirma plenamente a disposição em contrario.

Continuará, todavia, o mesmo systema? Continuará o mesmo abuso? Esperámos, que hade cessar, e que assim tiremos das nossas colonias penaes as vantagens especiaes, que ellas nos offerecem.

O abuso, a que o sr. Carneiro se refere, não podemos nós estigmatizar com expressões condignas. Lemitámo-nos, por isso, a dizer, que é uma vergonha nacional, que assim se tenha procedido, e que tamanhas atrocidades só se podem comparar aos da escravidao praticada sobre os degradados pelos colonos livres, quando barbaros e brutaes, na *Nova Galles*, e *Van-Diemen*, abolida na Inglaterra, por *Lord Stanley*, desde 1842, como já fica notado.

colonias do ultramar, não dissimularemos as objecções de algum peso, que costumam fazer-se.

1.^a Ou as colonias, diz-se, são já um paiz não deserto e mal habitado, e então a remessa de taes hospedes é um flagello, que lhes mandámos, pelas maiores difficuldades administrativas e policiaes, que demanda: pelo perigo a que ahi ficam expostos os cidadãos innocentes: pelo exemplo de corrupção de costumes, que homens pervertidos ahi darão; que, por isso, não podem nessas localidades ser bem recebidos.

Em confirmação disto se accrescenta, que, apesar das combinações e modificações, imaginadas na Inglaterra, desde 1847, e das garantias, que estas offerecem aos colonos livres, a instalação dos degradados tem suscitado uma viva resistencia da parte das autoridades do *Cabo da Boa Esperança* e de *Van-Diemen*.

Mas em 1.^o lugar, infelizmente, a povoação e cultura das nossas colonias, não se acha em estado tal de adiantamento, nem de progresso, que possa excitar, nem authorisar, semelhantes clamores ou reclamações: em 2.^o lugar, a evidencia dos factos prova entre nós, que taes apprehensões são absolutamente infundadas: em 3.^o lugar, na mesma Inglaterra, os resultados desmentem completamente a justiça de semelhantes queixas.

« Um grand fait est acquis; c'est que sons *la loi du ré-gime actual*, ¹ la conduite des convicts est, en général, satisfaisante, e que la déportation leur a profité sous le rapport de l'amendement moral, de la santé, et quant à l'utile emploi de leurs forces. »

¹ Duas condições são essenciaes, para que definitivamente possa ter lugar a transportação para o estabelecimento ou presidio: 1.^a de que ahi haja moralidade; 2.^a de que o criminoso, não seja de uma perversidade reconhecida, ou em rasão de natureza e quantidade de seus crimes, ou demora e contacto, que tenha tido com outros criminosos nas prisões de detenção.

Ambas estas condições faltavam a respeito dos degradados na *Senegambia* portugueza, em 1842, como se vê da Mem. do seu governador *H. Per. Barreto*; pag. 41 e 42.

« *A má qualidade de gente*, que da Europa vem para estas possessões, e uma das causas do atrazo da civilisação dellas. Degradados por crimes infames, e homens da mais baixa classe do povo, e que, apenas aqui chegam, passam a ser *notaveis*, e até *officiaes*, não podem introduzir bons costumes: antes, pelo contrario, adoptam os de cá, por que favorecem sua immoralidade »

« Já se tem visto degradados por toda a vida serem officiaes superiores, e ate commandantes dos presidios. »

Assim, porém, se converte em veneno, o que devia ser remedio penal.

De resto, não é essencial, nem seria prudente, que todas as nossas colonias fossem convertidas em estabelecimentos penitenciarios, devendo escolher-se as que, ou com maiores vantagens, ou menores inconvenientes, offereçam as necessarias condições, a exemplo da mesma Inglaterra, e ainda da França excluindo recentemente a colonia d'Argel. Nós tambem distinguimos a Africa da India, e o Cod. não admittit o degredo para a India, se não em casos especiaes, e esses muito raros.

2.^a Mas, continuam, se as colonias, em longinquas regiões, são em logares não civilisados, e incultos, ou mal povoados, os degradados são necessariamente ahi lançados ao abandono, entregues a si mesmos, e então, se escapam de ser victimas de populações selvagens e indigenas, não se livram de se identificar com ellas, talvez convertendo-se em feras ainda mais temiveis, por serem mais intelligentes: e, por tanto, a sociedade, degradando, faltará aos seus deveres de tutela e á lei suprema da solidariedade, que deve unir, não só os homens de uma mesma nação entre si, mas os de todas as nações com a humanidade. A atrocidade se agrava, se esse paiz, em rasão da ardençia de seu sol, insalubridade de seus pantanos, humidade do seu ar, ou povoação em animaes ferozes ou venenosos, não offerecer aos condemnados mais, que a morte quasi certa.

A esta objecção, que se figura, respondemos, que não podemos deixar de condemnar a immoralidade de semelhante procedimento. Os romanos, entregando no circo ás feras os seus condemnados, não eram mais deshumanos. A execução da pena de morte, nos termos ordinarios, é menos cruel. Os degedros especiaes para certos logares d'Africa oriental, donde não consta haver escapado um só degradado, serão um sofisma da pena de morte, que macularia o exercicio do Poder Moderador.

3.^a Se se trata de paizes remotos e desertos, e se quer preservar, tanto os condemnados, como a colonia, de toda a sorte de perigos e de inconvenientes, como exige, tanto a justiça, como os fins penitenciarios, é preciso, que taes estabelecimentos sejam montados, por forma, que os sacrificios materiaes, para dominar as difficuldades administrativas, se tornaram enormes.

A esta objecção respondemos, que não basta condemnar, por dispendioso ou difficil, um meio de administração, mas

1.º demonstrar, que esse meio, ou não é proveitoso intrinsecamente, ou que, sendo-o, pode ser substituído, sem maiores inconvenientes, por outro mais facil, menos complicado, ou mais economico : 2.º que a prisão, ou reclusão, dos condemnados, demandã sacrificios muito mais consideraveis, na construcção dos necessarios edificios, sua inspecção, administração, e regime, para conter um maior numero de presos ; 3.º que este systema, quando exclusivo, é, pela sua exageração, um objecto constante de alarma social, pelos perigos de insalubridade e de insegurança, que offerece no meio da sociedade ; 4.º, em fim, que todas as despesas, que o Estado fizer, na repressão e prevenção do crime, sem desprezar a mofalisação dos criminosos, não são improductivas, como já ponderámos, e que, por tanto, como justas e beneficas, devem ser feitas as necessarias.

Accresce : 1.º que taes argumentos provam de mais ; por que levam a condemnar todo o systema penitenciario, e a concluir, por tanto, a favor de uma penalidade, economica, rapida e de extermínio, como a de pena de morte : 2.º que a conservação de degredo para as nações, que, felizmente, possuem colonias, ou possessões, apropriadas, tira á penalidade o character de *uniformidade*, assim como favorece, não só a penalidade *composta*, mas a *gradual* e *complementar*, diminuindo, sem prejuizo de uma punição repressiva e preventiva, a necessidade do sequestro material das facultades do homem.

A estas considerações geraes ainda se juntam as especieas, que militam a favor das nossas colonias ; da sua influencia de aclimatação ; da necessidade da sua colonisação ; da carencia de estabelecimentos materiaes de segurança e de correção dentro do reino ; e da tendencia, que deve ter, e tem, e sempre havia tido, perante os nossos tribunaes, esta penalidade, para substituir as penas, de morte, ou de prisão perpetua.

ARTIGO 29.º

5.ª A de expulsão do reino ; Art. 36.º ; 47.º ; §. un. ; 55.º ; 76.º ; 78.º, §. 6.º ; 79.º, §. 3.º ; 81.º, §. 5.º ; 135.º, §. 1.º ; 236.º, §. 1.º ; 147.º ; 156.º, §. un. ; 196.º, §. 3.º

Esta pena é a de *bánimento*, segundo a expressão, empregada na Carta, Art. 8.º §. 3.º, que, por isso, o Cod. de véra conservar. Vem a sua etymologia da antiga palavra tudisca — *ban* — porque o banido era expulso ao som de trompa, para que a expulsão fosse notoria. ¹

A Carta, porém, não suppoz, como o Cod., que podia haver *bánimento temporario* ; por que, no logar citado, declarou, que por elle *se perdiam os direitos de cidadão*. Tomou a palavra na mesma significação, em que era tomada, nas Ordenações do reino, a palavra — *desnaturalisação*, — de que tambem se serviu Mello Freire, no seu Ensaio do Cod. Cr. tit. 4.º §. 6.º

Admittida pelo Cod. a administração desta pena em perpetua e temporaria, o effeito da — *desnaturalisação* — só pôde caber á primeira, pois que da segunda só resulta a *suspensão*, nos termos do §. 2.º do Art. 9.º da mesma Carta — *durante o cumprimento da pena*.

Dá-se analogia entre esta pena e a de degredo. A differença consiste em que ; no degredo, o condemnado é transportado para uma das nossas possessões ultramarinas ; e no banimento, é expulso de toda e qualquer parte do territorio portuguez.

¹ Não deve hoje confundir-se, nos termos, que refere o Cod., a *deportação* com o banimento perpetuo. A *deportação*, palavra de origem romana, tem hoje entre nós quasi a mesma forza, que a de — *degredo perpetua*. A simples expulsão do reino constitue o banimento sem designação do logar, em que o condemnado deva residir ; o que fica á sua escolha. A *deportação*, consiste na mesma expulsão, com designação de logar, e inhabitação de sahir delle. — Cod. Fr. de 1810, Art. 17.º

Os romanos, nos primeiros tempos da sua cidade, não podiam ser banidos; mas era-lhes interdito o uso da *agos e do fogo*, meio indirecto de chegar ao mesmo fim. Essa interdicção, porém, importava a *morte civil*, e assim o suppoz a Carta, no Art. 8.º, §. 3.º

Em Athenas era o *ostracismo*, que tinha um caracter, meramente politico. ¹

Alguns criminalistas distinctos tem pretendido, que é uma pena vantajosa e adequada a certos crimes politicos. ²

Ella, porém, tem sido combatida por outros. ³

Em França foi o banimento abolido pelo Cod. de 1791. O Cod de 1810 o restabeleceu, contudo, mas em materia politica, e, como excepção, em outros casos, taes como os dos Art. 156.º e 158.º

No projecto de revisão de 1832 foi elle supprimido, e fortemente estigmatizado pelo relator da commissão da camara dos deputados.

Adduziram-se, para o sustentar, razões futeis e pueris, que todavia prevaleceram. ⁴

São hoje, porém, considerados como irrespondiveis os fundamentos, que o reprovam.

É ridiculo decretar penas, cuja execução não depende do imperio, que as commina. As penas devem ser taes, que a sua effectiva applicação não fique sujeita a circumstancias, ou a vontades, estranhas ao Estado. O banimento tem-se tornado inexequivel com relação a muitos Estados, que se recusam a receber os condemnados, principalmente por crimes politicos.

Além disso, é sempre um acto de crueldade arremessar um cidadão, sobre uma terra estranha, e esse procedimento passa de cruel a ser atroz, se o banido é obrigado, por falta de recursos, a mendigar um bocado de pão. A necessidade pôde conduzi-lo á pratica de crimes, que nunca teria podido commetter, nem mesmo conceber, de outro modo.

É tambem um acto offensivo ás relações, de amizade ou de boa visinhança, á grande lei da solidariedade entre as na-

¹ Montesquieu *Esprit des lois*, Liv. 29.º Cap. 7.º

² Beccaria, *des délits et des peines*, Cap. 17.º, Rossi, *droit pén.*, Liv.

3.º Charles Lucas, *Syst pén* Liv. 3.º

³ Como além de Pastoret. e Lexingston, por Chauv. Hel, *Theor. du Cod. pén.* tom. I.º p. 159.

⁴ Morin, *Repert. de Jur. Cr.*

ções, que uma, á custa das outras, alije para ellas os proprios malféitores.

Embora se reserve para casos politicos, ou menos graves, é sempre mostrar pouca benevolencia para com as outras nações, mandar-lhes individuos, que entre nós, deram o exemplo de actos turbativos da ordem publica, quaesquer que sejam esses actos.

Nesses mesmos casos é uma penalidade perigosa. Dá ao condemnado muitas vezes occasião, para melhor conspirar contra o seu paiz; para buscar recursos e alliados; para se reunir a seus cumplices.

Com rasão, por isso, esta pena é desconhecida, e absolutamente, na legislação da Inglaterra.

No novo Projecto do Cod. Belga foi ella inteiramente eliminada.

Nos novos Cod. d'Allem. foi igualmente supprimida, e sómente em alguns reservada para os estrangeiros, ¹ o que não importa propriamente uma punição, mas o indulto da pena commum, despedindo os delinquentes do territorio, cujas leis não souberam respeitar como deviam. É um acto de dignidade, de generosidade, e de deferencia, para com as outras nações.

Os ditos Cod. imitaram nisso o Cod. Pen. d'Aust., P. 1.ª Art. 22.º, aonde é muito expresso, que o banimento sómente possa ter logar para com os delinquentes estrangeiros.

Com acerto, pois, dizia já a imperatriz da Russia em 1767, nas *instrucções* para o seu Cod., Art. 205.º, que é preciso ter motivos mais fortes para expulsar um cidadão, do que para expulsar um estrangeiro.

O cit. Cod. Pen. d'Aust., na P. 2.ª Art. 17.º, tornando a fallar da expulsão do reino com relação ás *graves infracções de policia*, repete que nunca possa ser pronunciada, senão contra os estrangeiros.

Lamentâmos, que taes rasões, e taes exemplos, não merecessem a devida consideração, para se rejeitar do nosso Cod. um elemento de penalidade tão vicioso.

Beccaria propoem, que esta pena, como impropriamente dita, se applique aos réos, que, accusados de um crime atroz, tem contra si vehementes suspeitas, mas não uma prova sufficiente para a condemnação.

¹ Chauveau, *Étud. de leg. cr. comp.*, pag. 80 e 81.

Propoem, que se formule a esse respeito o estatuto o mais preciso, e menos arbitrario possível, que condemne ao banimento o homem, que leva a sociedade á funesta alternativa, ou de o reccar, ou de o ferir.

Isto é inadmissivel, segundo os principios, os nossos costumes, e a decisão de factos por jurados. Para a condemnação é sempre necessaria uma convicção íntima, exclusiva de todo e qualquer meio termo.

Um accusado, ou é culpado, ou é innocente. Senão podemos convencer-o, a applicação de uma pena qualquer, seria um acto de hostilidade criminosa contra elle, e uma iniquidade, que deshonraria os tribunaes judicarios.

De mais, se o amor da Patria é um sentimento nobre, origem de tantas virtudes praticas: se é uma afeição natural, irresistivel, aquella, que nos prende ao solo natal: se é um mal affastar-nos de nossos amigos, de nossos parentes, de nossos habitos, das nossas relações; poderá sustentar-se que o banimento, quando imposto a nacionaes, não é uma das penas mais terriveis?....

A *nostalγια*, ou saudade da patria, conduz muitas vezes á sepultura.

O despotismo de Augusto tinha desterrado a liberdade romana, e, contudo, aquella saudade, mais que a eseravidão da patria, arrancou lagrimas a Ovidio, e lhe inspirou os versos dolorosos, que nos revelam as agonias, que precederam e causaram a sua prematura morte.

Com rasão, por tanto, em todos os Cod., que admittem esta pena, é ella considerada entre as maiores.

O nosso mestre Mello Freire, no seu Ensaio de Cod. Cr., já, a respeito desta penalidade, tinha lançado as suas vistas penetrantes.

No tit. 4.º §. 6.º disse elle:

« Sem especial ordem nossa ninguem poderá ser condemnado a sahir fóra de nossos reinos e dominios. »

Nas provas a este logar, justifica esta disposição, e nota, que em França se não mandavam sahir as mulheres para fóra do reino — *ne liberos pariant in aliena terra* — unica rasão, que então davam os juriconsultos.

No Cod., approvado em 1837, Art. 8.º e 31.º, é admittido o banimento, como uma das especies do *exilio*.

No Projecto já citado, de Silvestre Pinheiro, foi completamente eliminado, como se vê do Art. 122.º

Acha-se, contudo, ainda no Cod. do Braz. Art. 50.º; Hesp. Art. 103 — *extránamiento*¹; das Duas Sic., Art. 13.º — *exil du royaume*.

A nossa antiga legislação considerava banidos, os condemnados *ausentes*, e, quando á morte, permitia, que qualquer do povo os pudesse matar sem pena! Ord. Liv. 5.º tit. 126.º §. 7.º e 8.º

O mod. Cod. da Prussia tambem desconheceu, ou rejeitou, semelhante penalidade; assim como havia sido desconhecida e rejeitada pelo Cod. da Bav.

Alem das considerações, que temos adduzido contra a inserção do banimento, como elemento de penalidade, entre os adoptados no Cod., accresce, a inutilidade pratica, quasi completa, do mesmo elemento, segundo as disposições especiaes do mesmo Cod.

1.º por que sómente a commina *temporariamente contra os estrangeiros*, como *substituição preceptiva*, nos casos do Art. 130.º, §. 1.º, Art. 156.º §. un.; e *substituição facultativa* das penas *maiores temporarias*, segundo a regra estabelecida no Art. 76.º, e *preceptivamente*, para sempre, contra *subditos portuguezes*, se forem *clerigos de ordens sacras*, no caso especial do Art. 135.º §. 1.º;

2.º por que sómente se declara tambem *preceptiva e perpetua*, contra aquelle portuguez, que renunciou já aos fóros de cidadão portuguez por facto proprio, na hypothese do Art. 147.º, a respeito de quem sómente se póde executar a condemnação, nos termos descriptos no Art. 36.º, se voltar ao reino, donde não póde, sem esse novo facto, ser *obrigado a sahir*, por que já se acha fóra do reino.

E, ainda, neste ultimo caso, não havendo necessidade de expulsar do reino o portuguez, que já se expulsou a si mesmo, a volta ao reino lhe faz incurrer a pena de degredo para a India, nos termos do §. 3.º do Art. 196.º, o que torna a execução da pena um impossivel legal, ou irrisoria e inutil.

Assim a expulsão do reino com caracteres de applicação pelo mesmo Cod., tão excepçoes e definidos, quando

¹ O seu commentador, Pacheco, viu-se a braços com o exemplo dos Cod., que o regeitavam. Procurou rebater, concisamente, só alguma das razões da rejeição, de modo, que ellas ficaram intactas.

admittida, devia ser excluída do numero das penas legaes, como *regra geral*, e só mencionar-se, como *excepção*.

Resta-nos, ainda, fazer uma observação, derivada do fim e natureza das penas, segundo os principios, em que temos assentado, e dos deveres moraes e politicos, que prendem o legislador, não só no decretamento, mas na execução e applicação, das penas.

O banimento tem os mesmos vicios, que a pena de morte, e maiores, que os do degredo, quando perpetuo, *sans retur*, sem *esperança* de voltar ao reino.

É simplesmente um *remedio*, ou *expediente*, que abstrahê, que prescinde, do curativo e emenda do criminoso. Não combate o *mal* do crime sob o ponto de vista *moral*. Corta pelo condemnado, como cortaria por meio da chamada pena de morte.

Nos logares do degredo pôde o Governo seguir os passos do condemnado, graduar-lhe as restricções, até que o seu estado de moralisação permitta reduzir-lhe a pena, e conceder-lhe o exercicio da liberdade civil absoluta. Mas em paiz estrangeiro impomos essa responsabilidade a outros governos, que, uns após outros, podem não querer assumil-a, reduzindo-se, por tal forma, o banido ao estado de *interdicto da agoa e do fogo*, como entre os romanos.

Procedendo assim, faltámos ao cumprimento de um *dever social*; sacrificámos ao nosso idiotismo, ou impotencia penitenciaria, a protecção, que nos cumpre dar a todos os membros da sociedade; protecção, mais restricta e especial, que a ordinaria, por isso que se trata de um cidadão affectado de um certo gráo de *enfermidade moral*, que revela a condemnação dos nossos tribunaes.

Cahimos no absurdo de punir um crime *social* pela pratica de um crime não só *internacional*, mas *moral*. É a expiação e abandono de um doente, praticada por sua propria mão na praça publica, perante a humanidade, como de um infante, civilmente considerado, com todas as circunstancias e ainda mais aggravantes, que as incriminadas pelo Cod. no Art. 345.º

ARTIGO 29.º

6.ª A da perda dos direitos politicos. Carta Const. Art. 9.º; Cod. Art. 37.º; 40.º; 52.º; 53.º; 54.º; 55.º; 56.º; 57.º; 58.º; 67.º; 75.º; 78.º §. 6.º; 129.º §. 3.º.

Esta penalidade toma o nome de *degradação civil* no Cod. Civ. Fr. Art. 8.º n.º 2.º — Desconhecida no antigo Direito Fr., foi introduzida no Cod. de 1791. Os redactores do Cod. de 1810 a conservaram.

A lei de 28 de Abril de 1832 ainda a veio mais aggravar, accrescentando-lhe a prisão, sempre que ella fosse comminada, como pena principal. Tem sido altamente criticada, e, sobre tudo, em rasão da perpetuidade de seus effectos. Mas estes inconvenientes remedeiaram-se em parte pela reabilitação, que o nosso Cod. admite no Art. 129.º, a qual produz a restituição dos mesmos direitos, passados quinze annos.

No Cod. Hesp., Art. 24.º, toma o nome de *inhabilitação absoluta perpetua*, o que mal se acomoda com o Art. 23.º, declarando, que a lei não reconhece pena alguma infamante. A affronta, que resulta necessariamente da privação dos direitos politicos, ou civicos, segundo a expressão de outros Cod., não pôde deixar de produzir a infamia, tanto de facto, como de Direito; e com tudo é certo que, se toda a pena, para o ser, deve ter a natureza, não de mal, mas de remedio, a perda de direitos politicos, que faz sofrer ao condemnado um mal sem esperança, e um despreso continuado entre seus concidadãos, está longe de dever entrar no gremio das penas.

Costuma dizer-se, que o *que infama não é a pena, mas o crime*: mas, se da pena resultam effectos infamantes, a causa, que os produz, é infamante. É sempre a pena, tomada em abstracto, ou nos seus resultados praticos.

Tambem nos parece vicioso, e até inexequivel, este elemento de penalidade, e por muitas razões :

1.^a Porque se acha em diametral contradicção e repugnancia com o Art. 8.^o da Carta, que sómente considera a perda dos direitos de cidadão portuguez nos tres casos ahí mencionados, que, nos termos do Art. 144.^o da mesma Carta, não podiam ser ampliados por uma lei ordinaria, quaes são todas as que se contém no Cod. em relação a taes direitos.

2.^a Porque, nos termos, do Art. 9.^o da mesma Carta, sómente pôde ter logar a *suspensão* dos direitos politicos, não como *pena principal*, mas sómente como *efeito* de outras penas, ou de incapacidade physica ou moral.

3.^a Porque o Acto Adicional á mesma Carta confirmou textualmente estas disposições, com relação ao exercicio do direito eleitoral, activo e passivo.

4.^a Porque a lei permanente eleitoral, que é hoje o Decr. de 30 de Setembro de 1852, expressamente consignou as mesmas idéas, como se vê dos Art. 2.^o e 3.^o

5.^a Porque, coherentemente, na parte penal deste Decr. e que consta das disposições contidas no tit. 16.^o, Art. 119.^o e seguintes, não se fez uso deste elemento de penalidade.

6.^a Porque é, effectivamente, um contrasenso, conservar e não conservar a um homem a qualidade de cidadão portuguez : ficar sujeito a todas as obrigações resultantes da disposição das leis : e não ter a menor ingerencia na confecção dessas leis, ou na nomeação directa ou indirecta, daquelles, que as hão-de decretar.

7.^a Porque, por este modo, ficarão existindo *cidadãos livres*, e *cidadãos escravos*. Os romanos admittiam a distincção, mas não attribuiam ao escravo os direitos de cidadão.

8.^a Estas considerações se aggravam pelos fundamentos, que condemnam as penas *perpetuas*. Um paiz constitucional, e livre, deve repellir toda a sorte de servidão de pena, que ligue o homem por toda a vida.¹

9.^a A constituição do Imperio do Brazil, nos Art. 7.^o e 8.^o, fonte proxima da Carta Constitucional, Art. 8.^o e 9.^o, contém as mesmas disposições, e por isso o Cod. do mesmo Imperio, Art. 53.^o dispôz unicamente :

« Os condemnados a galés, a prisão com trabalho, a

« prisão simples, e a desterro, ficam privados *do exercicio* « dos direitos politicos de cidadão brasileiro, *em quanto durarem os efeitos da condemnação.* »

Na presença destas razões, ficam *sem* força alguma os argumentos de authoridade, que podem ser invocados, em vista dos Cod., Hesp., Fr., e outros. *Nos legem habemus.* A Carta, confirmada, como se acha por leis, coévas, na approvação pelo parlamento, com a do Cod. Pen., não devia ficar subjugada por este.

Maior authorityde resulta, por analogia de razões, do Cod. do Brazil. Todavia citaremos a authorityde do novo Cod. dos Paizes Baixos, que no Art. 1.^o excluiu do numero das penas criminaes a *perda* dos direitos politicos, e que no Art. 4.^o determinou :

« Aux peines désignées dans l'article précédent, peuvent « être ajoutées ; 1.^o la *suspension de l'exercice* des droits politiques ; 2.^o la *défense d'exercer*, pendant un certain temps « ou *pour toujours*, un profession, métier ou négoce *déterminé.* »

Effectivamente o Cod. da Prus. lhe chama *perda da honra civil*, e nunca como pena principal, mas sempre como efeito, proveniente da prisão com trabalhos forçados. A pena de morte não a produz necessariamente, excepto nos casos previstos especialmente, ou para aggravação da mesma pena, se o crime foi acompanhado de circumstancias aggravantissimas : §. 7.^o e 11.^o

Por este Cod., Art. 24.^o, sómente é pronunciada pelos tribunaes prussianos a perda ou suspensão do exercicio da honra civil, unica e isoladamente, quando um prussiano foi julgado e condemnado em paiz estrangeiro por crime, a que as leis prussianas impoem, a perda, ou a suspensão da honra civil como efeito de pena, ou como seu accessorio.

Por ultimo, resta-nos observar a visivel contradicção, em que se acha este n.^o com o Art. 75.^o, classificando entre as penas *maiores* a *perda dos direitos politicos*, quando nesse Art. se considera equivalente a prisão *correcional*, em todo o periodo da sua duração, a arbitrio do juiz : ao mesmo passo, que ahí se reconhece a incongruencia da pena, em quanto assim se providencia para aquelles réos, que não tenham, ou que não exerçam, direitos politicos.

Por este modo se demonstra tambem : 1.^o a *desigualdade* da pena, porque não pôde ser imposta, como principal,

¹ Vid. Pacheco comment. ao Cod. Art. 23.^o

senão a certos e determinados cidadãos. 2.º a sua *impossibilidade* pratica a respeito daquelles, que não tenham esses direitos, ou delles não gosem, ou *de facto* os desprezem, ou não exerçam.

Se o pensamento do Cod. foi buscar na substituição da *ultima* das penas maiores, como equivalente á primeira, na escala das correccionaes, cumpria que esta fosse tomada no seu extremo ponto de contacto, ou *maximo* de tres annos. Estes inconvenientes, e incoherencias, evitavam-se, não se admitindo, como pena principal, a que tem por objecto semelhante privação. ⁴

⁴ Vid. comm. ao Art. 75.º

ARTIGO 30.º

As penas correccionaes são : 1.ª A pena de prisão correccional ; Art. 38.º ; 56.º ; 60.º ; 73.º ; §. 1.º ; 2.º ; 74.º ; 81.º ; §. 3.º ; 5.º ; 82.º ; un. ; 83.º ; n.º 1.º, un. ; 97.

O que havia a dizer, contra a classificação destas penalidades em *correccionaes*, já fica dito ao Art. antecedente, assim como sobre a admissibilidade destes elementos de penalidade, ao n.º 3.º do mesmo Art.

Em summa, resulta da demonstração, que fizemos, que a denominação destas penalidades é viciosa : 1.º por ser contraria á theoria do Direito penal, em quanto proclama, que todas as penas sejam correccionaes ; 2.º por não se achar em harmonia com a confusão de *crimes e delictos*, praticada no Art. 1.º, e seguida, em geral, pelo Cod. ; 3.º por não comprehender as penas maiores, quando temporarias, pelos fundamentos, que adduzimos ; 3.º por comprehender penas respectivas ás *contravenções*, ou de policia, quando distinguu estas infracções em outros Art.ºs do Cod. ; 4.º por comprehender objecto, ou materia, para que é incompetente a legislação em vigor sobre processo e jurisdicção correccional.

Em particular, sobre a materia deste n.º 1.º, quanto ao emprego das palavras — *prisão correccional* — sóa mal dizer-se — *pena correccional a prisão correccional* — assim como não sóa bem dizer-se em o n.º 3.º do Art. antecedente — *pena maior é a prisão maior* — A palavra *prisão*, para designar o genero, poderia subdividir-se em *reclusão* e *deição* ; ou tomar-se a palavra, *prisão*, em logar da palavra, *deição*, reservando esta para a *prisão*, tanto preventiva como *policial* : assim como o Cod. distinguu o *roubo*, o *furto*, e a *subtração*, em casos de *subtração*, que todos entram na definição generica de furto, com abstracção dos seus elementos accessorios de aggravacção ou de attenuacção.

O Cod. Fr., Art. 7.^o, enumera, entre as penas *afflictivas*, a — *reclusão*, e entre as *correccionaes*, a — *prisão* — *l'emprisonnement*.

O antigo Direito francez não reconhecia, entre as penas legais, esta especie. Uma decisão do Parlamento de 20 de Julho de 1685 tinha até prohibido ao logar tenente criminal d'Amiens a sua applicação: mas a lei de 22 de Julho de 1791, tit. 2.^o, Art. 1.^o, a comprehendeu entre as correccionaes.

As leis, que depois se tem promulgado, lhe conservaram constantemente este caracter. Ella reúne effectivamente todas as vantagens, que, em geral, lhe notámos ao Art. antecedente, n.^o 3.^o

Póde ser modificada na sua applicação por infinitos modos, suspende o exercicio da faculdade malefica, e presta-se a ensaios de emenda moral.

Reduzida a um menor gráo de severidade, do que ella tem em si mesma, comparada com outras penas, é ampliavel a todas as infracções leves, que são necessariamente as mais frequentes, e que, sem ella e sem castigos corporaes, como segundo o Cod. da China, não poderiam ser punidas, excepto pelas multas, que ordinariamente, em taes casos, são mais fórma de admoestação, do que pena.

2.^a A de desterro; Art. 39.^o; 59.^o; n.^o 1.^o 79.^o; §. 5.^o; 83.^o; n.^o 3.^o; §. un.; e mais ref. ao Art. 39.^o;

No Cod. Hesp. é admittida esta penalidade, com o mesmo nome, Art. 24.^o e 109.^o, e se considera ahi a terceira na escala das *correccionaes*; e bem assim, no Cod. do Braz., Art. 52.^o; no d'Austr., P. 2.^a Art. 8.^o n.^o 6.^o e 7.^o; no das duas Sic., Art. 25.^o, e outros. É, porém, eliminada, tanto do novo Cod. dos Paizes Baixos, como de todos os mod. Cod. d'Allem., e, nomeadamente, do da Prus. O do Braz. sómente a admitte, Art. 36.^o, como medida de — *policia* — sem caracter penal.

O Cod. Hesp. admite uma outra penalidade do mesmo genero — *exilio local* — com o nome de *confinamento*, que divide em *maior* e *menor*. — Ambas estas especies de *confinamento* são classificadas entre as penas *afflictivas*, sendo a ultima destas o *confinamento menor*.

O Cod. das Duas Sic. admite tambem a pena de — *confinamento*, — mas só uma especie, e esta como pena *correcional*.

O *desterro*, ou *exilio local*, consiste na expulsão de uma certa e determinada cidade, villa, ou logar, com exclusão de certa área ou districto, ficando, porém, livre ao desterrado fixar-se em qualquer outro logar do territorio. O *confinamento*, consiste, não só na expulsão do condemnado de um logar, mas, determinadamente, para o outro logar, que lhe é precisamente assignado, que lhe é *confinado*, e donde, por tanto, lhe é vedado sahir.

O *desterro* é, certamente, por esta forma, uma pena menor, que o *confinamento*. Entre as *correccionaes*, o Cod. das Duas Sicilias considera este, como immediato á prisão, mas o Cod. Hesp. o considera, mesmo quando menor, a ultima entre as penas *afflictivas*.

« Si se priva al réo (diz o commentador Pacheco) de re-

« sidir en un punto y en el circulo de algunas leguas en derredor de él, déjasele toda la anchura de la monarquía, para que fije su domicilio donde más le convenga, y pueda atender mejor á sus intereses.

« De seguro es un mal el que se le causa, y por eso es por lo que se le impone; pero entre ese mal y el del *confinamiento* la distancia es *incomensurable*. »

« Para el confinado *no hay mas mundo que un pequeno distrito*: el desterrado *tiene todo el mundo abierto para si, menos el pequeno distrito que se le cierra*. »

Nós não admittimos, nem a doutrina dos Cod., que excluem ambas as penalidades, nem approvámos a dos Cod., que admittem o confinamento.

A pena do *desterro* pode ser util, e moralisadora, por que é realmente um *remedio* para corrigir certos crimes, certas propensões, mas, que tem causa, ou incentivo, ou influencias locais. Livre o delinquente do contacto com certos socios, provocadores, ou de más companhias, que o desvairam, que o corrompem ou incitam, vê-se obrigado a procurar pelo seu trabalho, ou pela sua industria, honestos meios de subsistencia, e, para esse fim, escolhe o logar, em que o exercicio da sua profissão lhe seja mais proficuo; ou livre, da presença dos seus inimigos, não tem occasião de se deixar arrebatado pelos sentimentos de vingança, e, com o tempo e a reflexão, vai esquecendo e abandonando qualquer máo proposito.

Mas o *confinamento* é uma pena afflictiva, como *prisão*, que é essencialmente, mais vasta sim que a de um edificio appropriado, mas que tem, em logar dos *muros delle*, os *confins*, as demarcações da localidade.

É ainda mais afflictiva que a *prisão*, todas as vezes, que nessa localidade tenha inimigos, não tenha amigos, nem parentes, nem consummadores aos productos do seu trabalho, ou da sua industria.

Que pode fazer, a prúl de sua subsistencia, o *confinado* em uma pequena villa ou aldeia, quando fór um advogado, um litterato, ou um relojoeiro, um ourives, um pintor, um musico, um typographo, e tantos outros cidadãos, que então viverão na maior indigencia? E que diremos, quando o logar, fór sesonatico, ou por outro modo e causa, insalubre?

Esta pena passará então de *afflictiva*, a ser *atroz*, a ser *cruel*.

Só pôde ser menor esta aggravação, quando recahir em pessoas abastadas. Mas então é só, como *medida extraordinaria*, e como *excepção*, que lhes pôde ser imposta. ¹

Pelo nosso Direito das Ordenações, a palavra — *degredo* — comprehendia o — *desterro*.

Havia *degredo* para a Africa, para a India, para o Brazil, para o Couto de Castro Marim, pera fora do Reino, da Corte, do Bispado, Cidade, villa, ou logar, e seus termos.

Degredo para Couto de Castro Marim, como que ligava a escala desta penalidade dentro e fóra do Reino, e assim se colhe da Ord., L. 5.º tit. 143 pr., e outros concordantes.

Quando era simplesmente *para fóra de certo logar*, ou no *desterro propriamente dito*, era livre aos exilados ir *servir seus degredos aonde quizessem*, e nem havia direito á exigir-lhes *certidão donde serviram*, como era expresso na dita Ord. tit. 141.

O *confinamento*, exceptuando o presidio penal de *degredo para Castro Marim*, era desconhecido pelas mesmas Ord. Aggravava-se o *desterro*, marcando-se em alguns poucos casos uma arca maior de exclusão, como a dez, e a cincoenta legoas, nunca restringindo-se a residencia a *certo e determinado* logar.

Essa novidade foi introduzida depois em casos de monopolio: 1.º indeterminadamente de quatro annos — *para as fronteiras* — e na travessia de pão; Alv. de 20 de Outubro de 1652: 2.º determinadamente de um anno; — *para a Cidade de Miranda* — na travessia de palhas e cevadas; Alv. de 1 de Julho de 1752.

Obsoletas e cadúcas estas incriminações pelos principios consignados nas leis novissimas, e depois da Carta, ficou sómente subsistindo a regra das Ord. do Reino sobre o *exilio local*, ou *degredo* para fora de certo logar e termo, reduzido á simples exclusão, e nunca ampliado á designação do logar certo.

* Assim foi praticado para com os liberaes *removidos* ou *deportados* em tempo do infante D. Miguel. Um irmão tivemos nos então deportado, para o logar do *Paraão*, no conselho de Lavos. Felizmente a profissão, caridade, e aptidão deste nosso parente, entre os povos desse conselho seus desafeitos em politica, lhe deu segurança e subsistencia. Mas que seria delle se não lhe houvesse aproveitado essa circumstancia?...

Assim o entendeu o Decr. de 12 de Dezembro de 1833, determinando no Art. 3.º, que, em quanto se não promulgasse um Cod. Pen., no qual se fizesse a divisão e classificação dos crimes, que devem comprehender-se na denominação de crimes de Policia Correccional, entre estes se contassem aquelles, a que correspondesse a pena de seis mezes de *desterro para fóra da comarca*. — E esta disposição passou para o Art. 1250 da nov. Ref. Jud.,

Era claro, maxime em vista da cit. Ord. do L. 5.º, tit. 141.º, que nem o dito Dec. de 12 de Dezembro, nem a Ref. Jud., authorisava os juizes de Policia Correccional a impôr o desterro, designando a Ilha do Corvo, com manifesto excesso de poder; o que deu causa a Portaria do Ministro da Justiça, de 10 de Janeiro de 1842, estigmatizando semelhante abuso, e ordenando ao Ministerio Publico interpozesse os recursos legais das sentenças, em que tal designação se fizesse. O abuso cessou, pois cabendo recurso directo para o Supremo Tribunal de Justiça, como de excesso de jurisdicção, nenhuns recursos, por tal fundamento, foram apresentados ante o mesmo Tribunal.

Era, pois, este o ultimo estado da nossa legislação sobre o objecto antes da promulgação do Cod. — Adiante veremos se o Cod. se conformou com ella, se a melhorou, ou se a peorou.

ARTIGO 30.º

3.ª A de suspensão temporaria dos direitos políticos; Art. 29.º n.º 5.º; 37.º; 40.º; 56.º; 58.º

Desde que, no Art. antecedente, se fallou da *perda* de direitos politicos, bastava n'este logar fallar-se de *suspensão* sem a qualificação — *temporaria*; principalmente em vista dos diversos Art. do Cod., em que constantemente se faz differença, entre *perda* e *suspensão*, sendo esta sempre por determinado tempo.

A legitimidade da suspensão do exercicio dos direitos politicos é expressamente reconhecida na Carta, Art. 9.º, mas sempre, como fica demonstrado, ou por *impedimento, physico ou moral*, ou como *effeito* das penas de *degrado*, ou de *prisão*, em quanto durarem os da sentença condemnatoria.

Podia, pois, ser, como foi, contada no seguinte capitulo entre *os effeitos das penas*, mas nunca neste capitulo *das penas*, por ser contra um preceito consignado na Carta.

Com a nossa disposição constitucional concordam, como fica dito, o Cod. do Braz., Art. 53.º, e o novo Cod. dos Paizes Baixos, Art. 51.º

A suspensão dos direitos politicos, toma o nome de *interdicção legal* no Cod. Fr., Art. 9.º; de *inhabilitação temporaria absoluta*, no Cod. Hesp., Art. 24.º; e de privação temporaria do exercicio dos direitos da honra civil, entre outros, no Cod. da Prus. §. 24.º

Nos termos do Cod. Fr., esta penalidade é *infamante*, quando perpetua, deixa de o ser, quando temporaria. Uma e outra especie é contada no Cod. Hesp., Art. 23.º, entre as penas *afflictivas*, e não *correccionaes*, como aqui se acha quando *temporaria*.

ARTIGO 30.^o

4.^a A de multa; Art. 41.^o; 78.^o §. 6.^o; 79.^o §. 3.^o; 83.^o n.^o 1.^o, §. un.; 101.^o e seus §§.

As multas, ou penas pecuniarias, não podiam, certamente, ser eliminadas absolutamente do systema penal, adoptado em qualquer Cod., apesar dos gravissimos defeitos, que se lhes notam, e que temos por incontestaveis.

São intoleraveis, repugnantes, inconstitucionaes, torpes mesmo, quando prodigalisadas, comminadas, ou applicadas, sem prudencia, sem justiça, e, a esmo, como pena universal, boa para todos os maleficios, grandes, ou pequenos, para todas as condições, para todas as fortunas, e como remissão, ou substituição de outras mais adequadas, que podessem servir de remedio contra o mal resultante das infracções da lei.

Ou os culpados podem, ou não podem, satisfazer-as. Se podem, o soffrimento moral é nullo, ou transitorio. Se não podem, revestem assim ellas a natureza de confisco, e passam mesmo a ser crueis, pela necessidade de ser substituidas pela prisão.

Assim appresentam as multas difficuldades taes na sua applicação, que tem feito sustentar a distinctos escriptores, que não deve semelhante elemento de penalidade entrar no plano de uma boa legislação criminal.¹

A sciencia tem, com tudo, demonstrado certas regras, que cumpre seguir, para que as penas pecuniarias possam ser legitimas e convenientes:

1.^a É preciso, *em todo caso*, que ellas não arrebatem toda, ou a maior parte, da fortuna do condemnado, para que não degenerem em *confisco*. Seria por um modo indirecto restabelecer essa pena, tão odiosa, como iniqua, hoje repel-

¹ Filangier de la science da legisl., Liv. 3.^o Cap. 8.^o

lida das Constituições do mundo civilizado, e, entre nós, pela Cart. Const. Art. 145.^o §. 19.^o « *não haverá em caso algum confiscação de bens.* »¹

2.^a É preciso, que se attenda sempre á condição e fortuna do delinquento, para que, na mesma hypothese, com offensa do mesmo Art. da Carta, §. 12.^o, se não dê vantagem ao rico sobre o pobre, nem com offensa do cit. §. 19.^o, se tirem meios de subsistencia a uma familia desgraçada, fazendo-se assim passar a punição além da pessoa do condemnado.

« Todos sabem, diz Sousa, a historia daquelle romano (Neracio), que passeava pelas ruas de Roma, acompanhado « de um escravo encarregado de pagar a leve somma taxa- « da pela lei, pelas bofetadas, que elle tomava o insolente « divertimento de dar nos que encontrava. »

Nós vimos no tempo da guerra peninsular um official do exercito inglez, que se divertiu, mais de uma vez, a penetrar a cavallo em uma feira da cidade de Coimbra, que tinha logar todas as terças feiras da semana, para ter o prazer de fazer quebrar com as patas do seu ginete muitas pannellas e alguidares de barro, expostos á venda, e de apaziguar depois os alaridos dos donos e donas da louça, pagando pontualmente a importancia do damno pelo preço, que lhe exigiam.

Lisboa tem conhecimento desse extravagante, que, por muito tempo, se comprazia em amortallar tabaco em papel de Notas do Banco de Lisboa, que depois fumava em cigarros.

De que valor, pois, devem ser as multas para os homens ricos, ou prodigos, que até este ponto desprezam o dinheiro? e por outro lado de que valor são as mesmas multas para o pobre jornalista, que vive, dia por dia, da importancia do seu salario, e que delle depende na manutenção de mulher e filhos?

Arrojar á miseria, não é arrojar ao crime?

Na Inglaterra, entregando-se a fixação da multa *aos jurados*, prescreveu-se-lhes, como regra geral, que elles a graduem segundo as faculdades e circumstancias do culpado; e

¹ Rossi Tract. de Dir. Pen. Liv. 3.^o Cap. 12.^o, Filangieri, no logar cit. Sous. Class. Crim. not. 39 e outros.

nunca fiquem tão fortes, que obriguem um rendeiro a abandonar o seu casal, um negociante a cessar o seu giro commercial, um lavrador a vender seus instrumentos de cultura.¹

3.^a É preciso, que o systema de applicação da penalidade não seja tal, que revele um espirito fiscal; um desejo de augmentar os recursos financeiros do Estado; outro interesse publico, que não seja o da correcção do culpado, e o exemplo.²

Aliás perdem toda a força moral. Desvirtuam-se... A pena não é então um *remedio* contra o mal do crime, é um *elixir* destinado a enriquecer o charlatão, que o apregôa.

4.^a É preciso, que as penas pecuniarias, mais graves se reservem contra os crimes, que nascem *directamente do vicio da avareza*; da sêde do ouro. Assim, são sómente adequadas nos crimes, que se commettem contra a propriedade dos cidadãos, nos peculatos, nas concussões, nos contrabandos, e descaminhos de direitos.³ Dizemos *directamente do vicio da avareza*, porque, se as necessidades do criminoso, ou o seu estado de pobreza, foram a causa, impulsiva do crime, então se tornam inefficazes, se o culpado não enriqueceu pelos factos, que commetteu; se aproveitou e consumiu o producto delles; se tem de restituir o que defraudou; ou se não chegou a consummar o crime.

5.^a É preciso, que as leves ou levissimas, se guardem para os crimes correccionaes de menor gravidade, e para as contravenções, tendo-se então em vista, que ellas não são uma pena, propriamente dita, mas uma advertencia, uma admoestação, que se faz aos condemnados, formulada por esse modo. « *La loi veut donner aux contrevenans un avertissement plus encore, que leur infliger une peine.* »⁴

¹ Rossi, no log. cit., estabelece duas regras, para a applicação das multas nestes casos, como devendo ser convertidas em lei:

1.^o De substituir uma pena afflictiva a uma pena pecuniaria, em todos os casos, em que os bens do culpado não chegaram a uma certa somma fixada pela lei.

2.^o Que em todos os casos, em que a prompta execução da pena pecuniaria produzisse a ruina total do culpado, os juizes lhe concedam um respiro, ou moratoria, segundo as circumstancias, em que elle se acha.

² Beccaria, des del. et des pen.

³ Rossi, e Sousa cit.

⁴ Rossi no log. cit.

É, em rigor, a pena de *reprehensão publica*, mas sem os vicios da que se adopta no Cod., pois que esta é escrita e fundamentada na sentença do juiz, cujos excessos podem então ser reformados ou reprimidos.

E guardaram-se estas regras no Cod. penal?

Desgraçadamente não se observaram, como notaremos nos competentes logares.

De resto, semelhante elemento de penalidade encontra-se na legislação criminal de todos os povos do mundo antigo e nos Cod. do mundo moderno. Encontra-se antigamente mesmo como pena principal, e até exclusiva de qualquer outra.

Acha-se adoptada nos Cod. Fr., do Braz., Hesp., dos Paizes Baixos, das Duas Sicilias, d'Aust., e de outros Estados da Allemanha, como no de Bav., Art. 33.^o e seguintes, e mod. da Pruss. §. 17.^o

A questão não é, porém, sobre a pena, em si, mas sobre os gravissimos inconvenientes que della resultam, as acres e justissimas increpações, que ella merece, quando mal distribuida.¹

Era um elemento especial e principal de penalidade, com meio até se avaliava toda a sorte de offensas, mesmo as corporaes, na antiga legislação dos foraes.

Passou para as ordenações e leis posteriores, em uma infinidade de casos.

Foi conservada no Ens. do Cod. Cr. de Mello Freire; no Cod. Pen. de 1837; e admittida na lei org. de Silvestre Pinheiro, Art. 122.^o §. 1.^o

Até o Cod. da China a conserva, mesmo para o effeito de com ella se remir a pena de açoutes e a de banimento, por meio de tabellas proporçionaes á quantidade do castigo.²

O contrario se acha expressamente determinado no Art. 34.^o do Cod. da Bav. estabelecendo, que a prisão é substituida: 1.^o a respeito de menores de 16 annos; 2.^o dos prodigos em curatella; 3.^o dos pobres, que a não poderem pagar, e pedirem a commutação.

Em vista destas ponderações, nós não podemos deixar de louvar e de admirar o acerto e profunda meditação, com

¹ Vid. Dic. de Penalidades, á pal. — *amende*.

² Cod. Pen. da China, tom 1.^o, Prel pag 15 e seguintes.

que, a este respeito, procederam os legisladores do novo Cod. da Prus.

Em primeiro logar, quanto á enfermidade moral, revelada pelo maleficio, quando é grave, buscaram o remedio na pena correspondente; confiaram nella, e repelliram, quasi absolutamente, as multas, como inuteis, inefficazes, ou incompativeis.

Assim não são mencionadas no Art. 1.^o, como applicaveis a factos, qualificados *crimes*, nem lhes são applicadas, como se vê de todo o contexto do Cod., á excepção do §. 244.^o, 250.^o, 251.^o, 252.^o, pela manifesta analogia com a natureza e qualidade do crime.

Em segundo logar, restringiram infinitamente a sua applicação nos factos qualificados *delictos*. Apenas se contam 34 casos, em que ella se commina.

Em terceiro logar ainda a restringiram mais, nesses mesmos casos, tornando-a, ou *facultativa*, e para *substituição* da *prisão simples* a prudente arbitrio dos juizes; ou para em regra geral, punir *delictos*, que são menos graves, ou em si mesmos, ou que se tornavam taes, em consequencia de *circumstancias attenuantes*.

Em quarto logar, naquelles 34 casos contam-se 18, em que evidentemente se conhece, que foram impostas, em attenção ao vicio da avareza, ou como repressão correccional ou preventiva, que os factos exigem. Nestes 18 casos, como pena *determinada* preceptivamente ficam 9, dos quaes 4, como pena não *accessoria* mas *accumulada*, e sómente 5, como pena *principal unica*.

Em quinto logar, observa-se de todo o Liv. 3.^o, que reserva ás *infracções*, que, reservadas principalmente ás multas para a punição, ainda assim leves, como são fixadas, *nunca se accumulam*, nem se estabelecem preceptivamente, ficando aos juizes a escolha entre ellas, e a prisão simples, de um dia, minimo, a seis semanas, maximo.

Em sexto logar, e é digno tambem de notar-se, que sempre que o Cod. applica para o fisco o producto illicito do crime, ou o seu equivalente, não multa. Evita assim o absurdo de multar duas vezes.

O nosso Cod. seguiu uma vereda inteiramente diversa. As multas são prodigalisadas, como contrapeso indispensavel, constituindo *preceptivamente*, uma *penalidade composta* para todos os crimes, sem attenção a sua natureza ou gravidade,

como iremos notando nos seus respectivos logares. É este um vicio radical, só em si sufficiente para condemnar o systema do Cod., e provocar a sua prompta emenda e reforma. O Cod. do Brazil labora no mesmo defeito. Outros Cod., são a este respeito concordes com o Cod. do Braz.; mas nenhum, em tão grande excesso, como o nosso. Os Cod. da Baviera, d'Oldemburg, e outros d'Allemanha, procederam com a mesma sabedoria, que o da Prussia.

O nosso Cod. de 1837, levava o erro e o abuso ao ponto de mencionar no Art. 10.^o as multas entre as penas *communis*, e de fixar no Art. 46.^o o maximo e minimo dellas uas contravenções, nos delictos, e nos crimes. É o amalgame das penas moralisadoras com as fiscaes dos seculos mais remotos e barbaros da antiguidade, ou com as que na China resgatam as corporaes dos açoutes.

Esta observação nos leva a concluir, que mal e individualmente as multas são mencionadas no presente Art. como *correccionaes*, quando deviam entrar na classe das *communis*, pois que são elemento da *penalidade composta* em penas *maiores*. Assim, com rasão, e coherencia de systema, o praticou o dito Cod. de 1837, e se vê praticado no Cod. Hesp. Art. 24.^o, com quanto não admittisse distincção entre crimes e delictos. Bastava-lhe para tanto admittir a distincção entre penas afflictivas, correccionaes, e leves, para não poder incluir exclusivamente em nenhuma dessas classes as multas, que ficavam *communis* a todas.

El-Rei D. Afonso III, que foi o primeiro a fazer leis geraes em materia criminal, adoptou esta penalidade, não só porque era a mais commum e ordinaria nesses tempos, mas porque o thesouro real carecia então das multas, como fonte de receita publica. O augmento das rendas publicas dependia assim da frequencia e multiplicidade dos crimes, o que tambem sustentava a necessidade do confisco, total ou parcial.

Este erro não era exclusivamente nosso; por toda a parte do antigo mundo os principes se enriqueciam á custa dos criminosos, e, por consequencia, das lagrimas e da miseria de suas familias.

Mas ao erro accresciam os vicios intrinsecos da penalidade: 1.^o da *sua desigualdade*; porque, sendo diverso o estado de fortuna ou de meios pecuniarios, entre os homens, alguns centos de maravedis podiam ser a ruina de um pobre, e uma irrisão para um rico: 2.^o da *impossibilidade* da

sua applicação, comparativamente com os factos puniveis, nas prescripções permanentes do legislador, attenta a variação, a que está sujeito o valor da moeda.

Em tempo d'El-Rei D. Manoel comprava-se um alqueire de trigo por quatro réis, como se vê da Ord. Man. Liv. 1.^o tit. 15.^o §. 6.^o; ao tempo em que se promulgou a Filip., como se vê do Liv. 1.^o tit. 18.^o §. 19.^o e 20.^o, comprava-se esse mesmo alqueire de trigo por 40 rs.; o maximo de preço conhecido, eram 130 rs.

« Se um avarento, ha tresentos annos, estivesse dormindo do sobre o seu thesouro de 80\$000 rs., e acordasse hoje, « diria — *sou rico* — e depois ao fazer das contas acharia « que este dinheiro não estaria na rasão de 4\$000 rs. »¹

Bem se presenturam no nosso Cod. estes defeitos intrinsicos da penalidade; porque se crearam, para a sua applicação, não menos de dois arbitrios: 1.^o mandando-se calcular as multas por dias de rendimento, calculado de 100 rs. a 2\$000 rs. cada dia, 2.^o deixando para se proporcionar a pena, o espaço de dias, que decorre, de 3 dias a 3 annos.

Mas nem o rendimento, proveniente de salario ou de outra fonte, pôde calcular-se com abstracção da variação do valor do diuheiro, nem o maximo, quer do valor do rendimento diario, quer do numero de dias, pôde tirar á penalidade o vicio intrinsicco, que a affecta, com relação á variação das fortunas e dos tempos: ao mesmo passo, que o Cod. impõe, em diversos logares, multas em quantia determinada, que importam, ou podem importar, um rigoroso confisco, total ou parcial, assim como podem ser suportaveis ou irrisorias, para os ricos.

5.^a A reprehensão. Art. 42.^o; 130 §. 2.^o; 168.^o; — 430.^o; §. 2.^o —

Não encontramos esta penalidade, nos Cod. Fr., d'Aust. P. Baix., D. Sic., Bav., nem da Prus. Mas acha-se admittida em alguns d'Allem, no Hesp., e da Sard., donde parece ter passado a idéa para o nosso Cod.

Não concordámos, porém, na conveniencia, necessidade, ou justiça da mesma penalidade, com quanto, Pacheco, no seu Comm. a defenda, e de facto tenha, tão acreditados exemplos praticos, om que se funde.

Nos delictos, ou contravenções, a que pôde ser applicada, tem ella de ser dirigida contra individuos, quasi sempre sem pondonor, para quem de nada servirá: ao mesmo passo, que, se fôr dirigida contra pessoas bem educadas, se torna violentissima, e muito mais, se o juiz se exceder, não fôr moderado em suas expressões, converter a reprehensão em insultos, ou usar de expressões baixas e injuriosas.

Para os primeiros, é nullo; para os segundos, arbitraria, como é, se torna tyranica e insuportavel.

Não ha nesta penalidade minimo. nem maximo; não é mesmo possivel havel-o; tudo se confia á discricao do juiz, e nenhum recurso restará a quem fôr menoscabado, injuriado, por excesso, ou abuso, de authoridade.

E tanto mais, que no Cod. se fez applicação de tal pena sómente em trez casos, que são os do Art. 130.^o §. 2.^o, Art. 168.^o §. un., e Art. 430.^o §. 2.^o, podendo accumular-se *á de prisão*, nos casos dos dois primeiros Art., e ficando solitaria, no caso do terceiro.

Por tanto, podia bem ser dispensada e substituida pelos dias de prisão, que se julga admissivel nos ditos dois primeiros Art., e regeitar completamente na hypothese do ultimo Art., por inepta, e inadequada, como ahi demonstraremos.

¹ Fr. Fr. de Mello, Disc. sobre del. e pen. §. 4.^o

Comparando este Art. com o Cod. Hesp., devemos notar, que este admittiu uma terceira classe de penas, a que depois do Decr. de Ref. de 7 de Junho de 1850, Art. 9.^o, chamou — *leves* —, e que, para esta classe, passou a ultima das penas — *correccionaes* — o *arresto menor* (1 a 15 dias de prisão); e a *reprehensão privada*, introduzida por virtude do mesmo Decr. O nosso Cod. desconhece esta especie de reprehensão, como se vê do Art. 42.^o

Esta reforma mais prevenida, que a do nosso Cod., e do que havia sido, a semelhante respeito, de principio, a do Cod. Hesp., admittiu a *reprehensão sem publicidade*.

No Evangelho de S. Matheus lemos:

« Non est voluntas ante patrem vestrum qui in caelis est, « ut pereat unus de pusillis istis. »

« Si autem peccaverit in te frater tuus, vade et corri- « pe eum inter te et ipsum solum; si te audierit lucratus « eris fratrem tuum. »

« Si autem te non audierit, adhibe tecum adhuc unum « vel duos, ut in ore duorum vel trium testium stet omne ver- « bum. »

« Quod si non audierit eos, dic Ecclesiae. »⁴

Se o que é assim reprehendido em particular, o é por falta ou erro, que não commetteu, não deve affligir-se mais do que se affligiria, se, sabendo que estava são, se dissesse, que está doente. Se tem pondonor, defende-se e releva a injustiça.

Se, porém, é culpado aceita a correção, e agradece o modo della.

A lição, e gratidão, são incentivos para a emenda — *Lucratus eris fratrem tuum.* »

Mas, se a reprehensão é *publica*, equivale á exposição no pelourinho. Justa, ou injusta, revolta sempre pelo modo da execução. A exorbitancia produz o despreso.

⁴ S. Math. Cap. 18.^o, v. 14.^o, 15.^o, e 17.^o

ARTIGO 31.^o

As penas especiaes para os empregados publicos são :

1.^a A pena de demissão ; Art. 43.^o ; 62.^o ; C. Const. Art. 75.^o, §. 2.^o, 3.^o, 4.^o, 5.^o 6.^o ; 107.^o ; 122.^o

Nós temos, pela legislação em vigor, funcionarios inamovíveis, amovíveis, e de pura comissão, ou, strictamente, delegados, ou *agentes do governo*.

Ou são investidos pela immediata disposição da lei; ou são nomeados pelo Rei; ou por authority competente; ou por eleição popular.

Se se tracta de empregados inamovíveis, perpetuamente, ou durante o tempo legal do seu exercicio, como a favor delles milita, como excepção, não podem perder os seus logares sem sentença, pôde o *perdimento* dos empregos ser comminado no Cod., como pena adequada a certos delictos, ou como *effeito* de outras penas.

Assim os Pares do Reino, quer os nomeados pelo Rei, quer os hereditarios; os conselheiros d'Estado; os Deputados, durante o tempo da legislatura; os conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça; os Juizes de Direito, ordinarios, ou substitutos por virtude da lei; os membros do tribunal de contas; os officiaes militares com patente; os lentes da universidade, de academias, e mais professores Regios; os vogaes da Junta do Credito Publico, em quanto não são substituidos collectivamente; e outros não podem incorrer no perdimento dos seus logares, ou como pena de crime ou delicto, ou em consequencia de pena, senão por virtude de sentença do Poder Judiciario, guardadas as formalidades e competencias especiaes, estabelecidas e garantidas nas leis respectivas.

Mas, se se tracta de outros funcionarios *amovíveis*, isto é, que tem sim um Diploma Regio de Mercê vitalicia, ou no meação de alguma authority superior, mas revogavel; ou de algum delegado do governo; ou dos que são considerados,

de pura comissão, como os governadores civis, administradores dos concelhos, agentes do Ministerio Publico, Governadores Militares, commandantes de Diversos Corpos, etc. : não podem, nem devem, perder os seus logares, se não por demissão de quem os pôde despedir do serviço, que é quem os *pôde nomear*.

Para estes funcionarios o titulo de nomeação, emanando da authority competente, é o unico, que legitima o exercicio das funcções publicas. Só um titulo de igual natureza o pôde revogar.

As leis regulamentares de cada repartição, ou quaesquer outras, podem comminar a demissão destes funcionarios em certos casos, ou dadas certas circumstancias.

São uteis essas disposições, tanto para que os empregados sejam admoestados, como para se preserverem regras, que excluam, quanto seja moralmente possivel, o arbitrio do governo, ou das authorities superiores.

Mas essas disposições são meramente disciplinares, não podem ter cabimento em um Cod. Pen.

As diversas obrigações, que podem ser consideradas, a respeito de um empregado publico, tem por unica sanção, na ordem moral, o sentimento do dever, e na ordem disciplinar, as penas administrativas.

Se as faltas são complexas, se importam um acto moralmente illicito, um delicto commum, ou se o crime é committido fóra do exercicio das funcções publicas, o perdimento do emprego, pôde ser declarado no Cod., não *como pena especial, não como pena principal*, mas como *effeito*, como *consequencia*, da *penalidade*, imposta ao delicto.

Nem as faltas, não complexas, que exclusivamente respeitam ás funcções de um emprego, deveriam ser consideradas, nem qualificadas, em um Cod. Pen. Essas faltas podem ser diversamente apreciadas, segundo a sua gravidade relativa. As correções disciplinares variam, nas diversas repartições do Estado. Umás são puramente moraes, e se reduzem a méras admoestações, censuras, ou reprehensões. Outras affectam a situação dos empregados, nos seus vencimentos, ou ordenados, emolumentos, ou gratificações, ou na preterição em accessos, ou na collocação em gráo ou serviço, de escala inferior, com, ou sem, perda ou suspensão, de uma parte daquelles vencimentos, ou na demissão emfim.

Mas neste maximo de procedimento, salvas as excepções

leaes, todos os empregados publicos amoviveis são sujeitos á demissão, sem outra protecção mais, que a justiça do ministro ou authority superior, de que dependem.

Em alguns Estados d'Allemanha se acha estabelecido, que nenhum funcionario publico possa perder o seu emprego sem uma sentença do Poder Judiciario.

E por isso nos novos Cod. Pen. de Allem., com excepção dos do reino de Saxe e Ducados de Saxe-Weimar, Altenbourg, e Meinungen, se acha comprehendida, como penalidade principal, a demissão do emprego, já simples, já acompanhada de effeitos corporaes. ¹

Mas essa jurisprudencia não existe entre nós.

A Carta, quando, no Art. 122.º, declarou, que só por sentença poderiam os juizes perder o logar, confirmou a regra geral em contrario, que só por excepção podia ser vulnerada.

A mesma Carta declara, que o Rei exerce pelos seus ministros o poder executivo, e que estes são responsaveis; ora esta responsabilidade não pôde, com justiça, tornar-se effectiva, sem que o governo tenha uma authority amplissima sobre todos os funcionarios, que o secundam, que lhe servem de instrumento.

O governo, pela nomeação e conservação de um empregado, contrahe para com a Nação uma solidariedade, pelo menos moral. Estipula, e garante ao mesmo tempo, o cumprimento das respectivas obrigações; consequentemente não lhe pôde ser negado o direito de defesa contra um seu agente, que o compromette, que abusa da confiança, que nelle foi depositada, ou que a experiencia mostra não ter a capacidade, que se lhe suppunha.

A demissão desse empregado não é mais do que a emenda do erro da sua nomeação, ou a revogação da delegação, pelo máo uso, que della se fez.

Se a falta importa crime, previsto no Cod., a que corresponde alguma pena maior ou correccional, o funcionario, depois de demittido pelo ministro, que é juiz supremo do caso, para os effeitos da demissão, recommenda-o ao ministerio publico, para que cumpra o seu dever.

Se o ministro, quer proceder com circumspecção por julgar, que o funcionario poderá justificar-se ante o Poder

¹ Chauveau e Hel. Etud. de Leg. Comp. pag. 78 e 79.

Judiciario, abstem-se de o demittir até sentença condemnatoria, que faça transitio em julgado.

Então é indispensavel, que o ministro suspenda o funcionario : 1.º porque seria offensivo da respectiva Repartição, e mesmo perigoso, o consentir-se em exercicio de funcções publicas um empregado mandado metter em processo, como suspeito de um delicto : 2.º, por que é incompativel com o serviço publico a obrigação de estar elle em juizo sempre que seja necessario, ainda que o caso não obrigue a prisão, e possa ter logar o livramento com fiança.

Ainda assim, então mesmo, o ministro deve demittir o empregado, sempre que, por falta de pessoa edonea, que o substitua, o serviço publico possa sofrer ; ou, fique em seu logar, pessoa, que o não possa substituir, accumulando, ou abandonando, outras funcções, outros deveres.

Todo o emprego suppoem a necessidade do preenchimento de um dever. Não pôde presumir-se, que a lei admitta hoje mais funcções parasitas, que outróra serviam. como bem diz *Vivien*, a simular o patronato com a capa do serviço publico. As sinecuras são incompativeis com um regimen politico, que não conta no orçamento da despesa do Estado, senão os serviços prestados, e nenhuma outra despesa, que não seja em proveito do Estado. Este pensamento é expressamente consignado em nossas leis fiscaes, e com especialidade no Decr. de 16 de Maio de 1832.

Mandado, pois, metter em processo o empregado publico, pôde e deve, em regra geral, o ministro substituir ainda o logar, por nova nomeação, permanente ou temporaria, salva a reintegração ou restituição, em caso de justificação, e de absolvição, que destrua completamente a culpabilidade do funcionario demittido, que pôde ficar quite das penas do Cod., por falta de prova, ou por indulgencia dos tribunaes, ou do Jury. sem que por isso consiga reconquistar a confiança e opinião perdidas.

Se o crime, porém, commettido pelo funcionario publico, não tem relação, com as funcções do seu cargo, ou emprego, o ministro ou authoridade competente, não pôde deixar de o suspender, ou demittir, e authorisar o processo, por isso que não deve impedir a acção da Justiça, nem permittir a impunidade.

Tanto nos crimes complexos, como nos crimes puramente communs, dos funcionarios publicos, não pôde, o governo,

nem legal, nem moralmente, conservar os indigitados, ou pronunciados, no exercicio do emprego durante um processo crime judiciario.

Em todo o caso, quanto aos méros agentes do governo, ou empregados de pura commissão, a prompta exoneração, é sempre um rigoroso dever da parte da Administração, qual-quer que seja o exito final do processo instaurado. O contrario seria desconsiderar os actos dos seus delegados, desconsiderar-se a si mesma.

Esta é a legislação do paiz ; são, a nosso vêr, os verdadeiros principios governamentaes, com os quaes se torna incompativel a generalidade, em que o Cod. aqui contemprou, como da alçada do Direito Penal, a demissão dos funcionarios publicos, confundidos todos, quer amoviveis, quer inamoviveis, maxime em vista do Art. 327.º, nos termos amplissimos, em que é concebido.

Esses termos comprehendem os proprios ministros de Estado, por que elles o são por nomeação do Rei ; por que entram na regra geral dos que exercem funcções publicas ; são considerados no Cod. como taes ; e no proprio indice das materias d'elle, edição official, vem elles incluídos.

Mas a demissão, por virtude de Cod., é incompativel e absurda, como *pena principal*, na presença do Art. 74.º §. 5.º, attribuindo ao Poder Moderador, a facultade de — *nomear e demittir livremente os ministros de Estado*.

Essa incompatibilidade e absurdo tambem se dá na mesma demissão, como *pena principal*, a respeito dos empregados *amoviveis*, isto é, que nem carecem de sentença para perder os seus logares, nem podem cessar o exercicio de suas funcções, se não por um titulo emanado da mesma authoridade, que revogue o titulo, que authorisa o mesmo exercicio.

Demais : se, na conformidade do Art. 37.º, a perda dos direitos politicos consiste na incapacidade de tomar parte, *por qualquer maneira, no exercicio*, ou no estabelecimento do poder publico, *ou funcções publicas* ; e esta incapacidade podia ser fulminada no artigo 40.º, é uma coisa redundante tratar-se separadamente de *penas especiaes* para empregados publicos, cujo exercicio, por isso que é *funcção publica*, se acha incluída nos *direitos politicos*, segundo a definição dada.

O Codigo imitou na adopção deste elemento de penalidade a doutrina do Cod. Hesp. que, no Art. 24.º, admittiu no numero das penas afflictivas : 1.º a incapacidade absoluta per-

petua; 2.º a incapacidade especial perpetua para algum cargo publico, direito politico, profissão ou officio; 3.º incapacidade temporaria absoluta para cargos publicos e direitos politicos; 4.º incapacidade especial temporaria para cargo, direito, profissão ou officio.

Concorda mais o Cod. do Braz., que, nos Art. 58.º e 59.º, comprehende as penas da demissão. e suspensão dos empregados. Concordam pela consideração da inamovibilidade legal alguns Cod. de Allem., mas discordam outros, em que vigora diversa legislação.

O Cod. da Bav., Art. 22.º e seguintes, tambem admittiu, como o nosso Cod., as penas *especieaes*, de que trata este Art., mas não como *especieaes* dos empregados publicos. São *especieaes*, como *privativas de honra civil*, ou como *humiliantes*.

Nas primeiras, comprehende-se: a *inhabilitação* de exercer funcções honorificas ou encargos publicos; a *demissão*, ou perda de certo e determinado emprego.

Nas segundas, comprehende-se: a *degradação*, que faz baixar um gráo na jerarchia ou classe do emprego publico; a *retractação*; — *amende honorable* —; e a *reprehensão judicaria*.

O novo Cod. dos Paizes-Baixos, tit. 2.º, das *penas*, contem as seguintes disposições:

« Art. 1.º Les peines *criminelles* sont: 1.º la mort; 2.º la « reclusion a perpétuité; 3.º la reclusion a long terme; 4.º « la reclusion extraordinaire; « 4.º la reclusion ordinaire; 6.º « le bannissement.

Art. 2.º « Aux quatre dernières peines designées dans « l'Art. précéd. peuvent être ajoutées: 1.º l'amende; 2.º la « défense d'exercer, pendant un certain temps ou pour tout- « jours, une profession, métier ou négoce déterminés. »

Analoga disposição se encontra no Art. 4.º, com relação ao Art. 3.º, que trata das penas *correctionnaes*. Este mesmo systema se vê seguido praticamente nas disposições penaes, em especial, do novo Cod. da Prussia.

Assim 1.º se mostra desconhecido, ou regeitado, pôr estes dois Cod., o considerar-se, como elemento de penalidade *principal*, a demissão, degradação, ou suspensão de empregos: 2.º que estas penalidades sómente se consideram como *accessorias* ou como effeitos legais, de outras penas criminaes ou *correctionnaes*: 3.º que não só não são impostas, nem adoptadas, como pena principal, mas até que são incompativeis

com as penas *policiaes*. Esta doutrina parece-nos razoavel, porque não repugna ás ponderações, que temos produzido.

Accresce, que, contendo o Cod. diversas disposições e preceitos, fundados na divisão de penas *maiores* e *correctionnaes*, não declara a qual das classes pertence a demissão, ou a suspensão do emprego; ficando por esta forma em duvida, qual o direito regulador em materia de tentativa, e outras. O Cod. Hesp., ao menos, não offerencia semelhante inconveniente, por isso, que contemplou, e com justa razão, entre as penas *afflictivas*, tanto a demissão, como a suspensão do emprego.

O Decr. de 10 de dezembro de 1852, prehencia *virtual* e indirectamente esta lacuna, em quanto, com relação á competencia, vinha a considerar a demissão, entre as penas maiores; e a suspensão indeterminada, ou por mais de dois annos, entre as *correctionnaes*. Mas este Decreto, ainda que revogado depois não fosse, em parte de suas disposições, pela lei de 18 de Agosto de 1853, não podia prestar argumento positivo, para se remover a duvida, que subsistia sempre com relação a pontos, aliás importantes, mas estranhos á questão da competencia.

De resto, pondo de parte os inconvenientes que resultam, de se formar no Cod. uma 3.ª classe distincta — de penas *especieaes*, não em razão da natureza particular dellas, mas da posição pessoal dos criminosos ou delinquentes, pela mesma razão, com que, em vista do Art. 72.º, se poderia considerar especial a pena dos trabalhos publicos para os homens não enfermos, que a possam soportar, desde que tenham de idade 17 annos, e não tendo completado 60, ficando assim excluidas todas as mulheres, e todos os mais homens, a mesma denominação é viciosa, quanto á *demissão* e *suspensão do emprego*, por isso que, no uso legal destas palavras, se confunde a *causa* com o *effeito* penal.

O Poder Judicial não *demitte*, nem *suspende*, os empregados, *inhabilita-os* de servir os seus empregos, perpetua ou temporariamente, absoluta ou determinadamente, assim como a qualquer cidadão o exercicio de seu officio ou profissão. É a doutrina do Cod. Hesp., do Cod. da Prus., e outros.

Por isso, este ultimo Cod., ordenando no §. 299, que ás penas de prisão, comminadas nos §§. 294 a 298, pelos delictos ali previstos, se acrescentasse na mesma sentença, contra os empregados dos caminhos de ferro e dos telegra-

phos, a incapacidade de mais ser empregados nesses ramos de serviço, determinou, no §. 300, para tornar effectiva a condemnacão, que os administradores desses estabelecimentos impetrassem a demissão, e que ninguem mais, instruido da mesma incapacidade, empregasse os condemnados, erigindo as contravenções a estes preceitos secundarios em novos factos puniveis.

Por ultimo, cumpre-nos advertir a falta de concordancia de redacção deste n.º 1.º, com a do n.º 3.º do Art. 29.º, apesar da deficiencia e imperfeição, que lhe notámos. Assim como ali se declarou, que a *prisão* maior era com trabalho, ou simples, tambem aqui se devia declarar, que a *demissão* era com inhabilitação absoluta, ou sem ella, o que dispensaria fazer-se assim no Art. 43.º, bastando a determinação do Art. 62.º, e seu §. un.

ARTIGO 31.º

2.ª A de suspensão; Art. 44.º; 63.º, 83.º §. 2.º; 157.º; 286.º; Cart. Const. Art. 75.º §. 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º; 107.º; 124.º

Já ao n.º antecedente abrangemos muito do que poderíamos dizer sobre o objecto especial desta penalidade, que, com mais forte rasão, aqui procede.

A suspensão do empregado nunca deve, nem pode, adequadamente ser empregada, como pena da competencia de um Cod. Pen.

Se a infracção é tal, que não torna o funcionario indigno de continuar a exercer o seu emprego, a pena deve reduzir-se á multa, e basta a punição moral, que lhe resulta de uma sentença condemnatoria; se o crime, porém, é tal, que o impede de continuar por algum tempo a exercer as funcções do seu logar, deve, ou, pelo menos, pôde, logo mesmo ser demittido pelo ministro ou superior legitimo; por que, nesse mesmo logar, não pôde ter mais a força moral, de que todos os funcionarios tanto precisam.

A suspensão só pôde ter logar, como medida provisoria, durante um processo, ou como disciplinar, e na Ref. Jud. se acha empregada contra certos funcionarios judiciaes, imposta pelos juizes, mas verbal e summariamente, sem o apparato de um processo, nem de uma sentença condemnatoria, e só como puramente disciplinar, que não deshonor, nem infame, esses funcionarios.

Quanto aos juizes, e mais empregados inamoviveis, entendemos, que não é admissivel um meio termo. Sómente por sentença podem perder o logar, diz a Carta no Art. 122.º, e a sua suspensão só pôde ser decretada pelo Poder Moderador, nos termos, para o fim, e com as formalidades, prescriptas, nos Art. 74.º §. 6.º e 121.º da mesma Carta.

Se os juizes não perdem o logar pela sentença, não podem, ou não devem, como membros de um poder politico,

deixar de entrar immediatamente no exercicio da sua jurisdicção; e as rasões, que os podem tornar menos puros, ou menos aptos para os impedir por alguns mezes, até tres annos, não pôdem deixar de concluir para a sua completa eliminação dos quadros da Magistratura.

Quanto aos empregados amoviveis, a pena de suspensão priva o poder executivo da faculdade, que a Carta lhe attribue no Art. 75.º §. 4.º, de prover todos os empregos civis e politicos.

O Governo, ou hade respeitar a decisão do Juizo, conservando o logar, sem provimento, á espera do lapso de tempo da condemnação; ou hade acudir ás necessidades do serviço, provendo o mesmo logar, com menoscabo indirecto e forçado, da mesma sentença; ou ainda levantar a suspensão, restituindo o condemnado, antes do cumprimento da pena.

Quanto aos empregados de *pura commissão*, se o Governo podia, sem a menor questão, demittil-os, antes de sentença, não podia ser prejudicado nesse direito, depois da sentença. A conservação desses empregados assenta exclusivamente na confiança do respectivo ministro, segundo as exigencias do bem do Estado, como é expresso no Art. 75.º §. 5.º da mesma Carta.

3.ª A de censura. Art. 45.º; 291.º, §. 2.º.

Tambem não podemos approvar a inserção deste elemento de penalidade no Cod. Pen.

O dever e o direito de censurar os subalternos sempre foi exercido, e não pôde deixar de o ser, ou pelo governo, ou pelos chefes das respectivas repartições.

São correções moraes, meramente disciplinares, de que toda a administração carece para se proteger a si mesma, como a magistratura judicial, como todos os corpos politicos, como todos os poderes constitucionaes.

O poder judiciario tem essas correções na sua lei, de 10 de Abril de 1849, nos seus conselhos disciplinares, e nas attribuições dos presidentes dos seus tribunaes; o poder executivo as tem nos regulamentos das diversas repartições, nas obrigações impostas aos chefes, de admoestar, e de censurar, os desvios, ou faltas de zelo, de seus subordinados.

Sobre todos existe sempre a authoridade suprema do respectivo ministro de Estado, para superiormente estranhar ou censurar todos e quaesquer funcionarios, e com especialidade os seus agentes immediatos.

Os meios, ou *correções disciplinares*, ou *de censura*, nunca pôdem recahir, senão sobre aquella qualidade de *faltas*, que nem entram na ordem de crimes, nem mesmo na de simples erros de officio, como é expresso no Art. 1.º da Cit. lei.

Esses meios seriam diminutos, se se tractasse de uns ou de outros.

Mas o Cod. Pen., não trata, nem deve tratar, senão de crimes, como se vê da epigraphe do tit. e Cap. 1.º, comprehendendo nesta denominação — *as contravenções*. — Consequentemente só pôde abranger as penalidades correspondentes, que são da competencia do Poder Judiciario, para as applicar, e do ministerio publico, para promover o respecti-

vo processo; como havia sido declarado no Art. 1.º do Dec. de 10 de Dezembro de 1852.

Como é possível, pois, que, fóra da esphera do seu corpo moral, e das attribuições de julgar sobre a applicação da lei a factos criminosos, os magistrados sejam chamados a *qualificar faltas* de agentes de outro poder, e irrogar-lhes *censura*?

Como é possível, que um ministro de Estado, que um chefe de repartição, consinta, que um de seus subordinados compareça em juizo de policia correccional, para que, nos termos do Art. 1251.º e 1252.º da Ref. Jud., ahi sofra a imposição de uma *censura*, sempre *severa*, sempre aggravada pela publicidade da sentença, como queria o Art. 5.º n.º 7.º do cit. Dec. de 10 de Dezembro de 1852?

Que habitações, que competencia, podem ter os juizes de policia correccional para assim apreciarem e qualificarem o menos bom serviço nas repartições do Estado; as faltas do zelo em desempenho dos deveres; sem conhecer as especialidades, o mechanismo, costumes, pratica, respectivas a cada um desses serviços!

E, sem este conhecimento, como pôdem esses juizes censurar, ou não censurar com acerto; ou censurar com mais, ou menos, acrimonia: para graduar a correção, segundo as faltas?

Isto é impraticavel; é de impossivel execução, moralmente fallando, além de ser uma invasão, uma espoliação, commettidas pela jurisdicção penal na jurisdicção disciplinar.

Como, porem, *tres pessoas são por direito necessarias em qualquer juizo, juiz que julgue, author que demande. e réo que se defenda*, como bem diz o Ord. do Reino, Liv. 3.º tit. 20.º pr., estâmos quasi certos de que nunea se dará o caso de se constituir um tribunal de policia correccional, para conhecer de faltas de funcionarios publicos, e de lhes graduar e irrogar uma condigna *censura*.

Isto só é possível, quando, sem necessidade de novo processo, os juizes tiverem de *censurar* os actos dos seus subordinados, ou de outros juizes inferiores, como nos casos previstos no Art. 291.º n.º 5.º e §. 2.º em que o juiz instructor de um processo, deixa, por *negligencia*, de dar conhecimento ao réo preso á sua ordem, dos motivos da prisão, do accusador, e das testemunhas.

Mas este mesmo exemplo, unico, que se encontra em todo o Cod., com relação á applicação da *censura*, prova, 1.º que esta pena não é, como se diz no Cod., uma das por elle adoptadas, como *especies para empregados publicos* em geral, pois que sómente o foi no caso *especialissimo* e *para os juizes*; 2.º que não havia necessidade alguma de se inserir no Cod., como *disposição geral*, vista a esteril applicação, que della se fez unicamente no citado Art. 291.º

Concluiremos, notando 1.º que no Cod. se manifesta assim uma tendencia a invadir attribuições puramente disciplinares e administrativas, por um modo incompleto, confuso, e deslocado; o que melhor se demonstra do que se dispõem no Art. 324.º, 325.º, 326.º, e 327.º, que mesmo ahi se consideram e se qualificam — *disposições geraes* —, que tinham todo o cabimento, como taes, depois do presente Art. ou nos respectivos logares do presente livro.

Se é aqui o logar proprio, para se mencionarem, em classe distincta, as penas *especies para empregados publicos*, era aqui o logar competente para se declarar, quaes os individuos, que, para a imposição das mesmas penas, se devem considerar taes, segundo o preceito do Art. 327.º

A disposição do Art. 324.º devia encontrar-se depois do Art. 26.º, e com relação ao n.º 5.º, ou depois do Art. 81.º; e a do Art. 327.º, em seguida ao presente Art., e como complemento deste e dos dous antecedentes.

2.º que a — *censura* — se confunde, ou é, na essencia, o mesmo que — *reprehensão* — só com a differença do modo porque é executada, ¹ e, por consequencia, é applicavel á *censura*, em grande parte, o que dissemos ao n.º 5.º do Art. antecedente sobre a *reprehensão*.

Por tanto, com relação á — *censura* — e ás idéas, que ella exprime, todas *moraes*, deverá ser plenamente restituída á jurisdicção disciplinar a sua exclusiva posse e dominio, assim como é mantida á jurisdicção ecclesiastica a das penas espirituaes, conhecidas com a denominação, *censuras da Igreja*,

¹ A idéa é a mesma. A differença consiste em que a *reprehensão* obriga conforme ao Art. 42.º, a ouvir-a em *audiencia publica* do *juizo respectivo*, e a *censura*, conforme ao Art. 45.º, soffre-se com as *formalidades decretadas na respectiva lei disciplinar*. Se a repartição, a que pertencer o empregado publico, não tiver lei disciplinar, ou esta não tratar de *censura*, ou não decretar *formalidades*, fica a execução da pena completamente arbitraria. O Cod. não supre esta lacuna, que, aliás, tornou dependente da lei positiva, especial.

que dão todavia lugar a recursos á corôa, em casos de abuso — á jnrisdicção militar, nos crimes, ou delictos, puramente militares; etc.

É preciso que todos os poderes, e jurisdicções, reconhecidas no Estado, se concentrem no circulo da sua orbita, sem transcender os justos limites de cada um de seus raios, e que a legislação mantenha assim a harmonia e boa ordem social, sem o que não pôde conseguir-se o fim da sociedade, o bem da humanidade, a que especialmente visa um Cod. Pen.

ARTIGO 32.º

A pena de morte consiste na simples privação da vida. Art. 52.º; 78.º, §. un.; 91.º; 141.º; 143.º, §. un.; 162.º, §. un.; 163.º, §. 1.º; 166.º; 351.º; n.º 1.º, 2.º, 3.º, e 4.º; 353.º; 355.º; 387.º; §. 1.º, 2.º, 3.º; 469.º

Concorda com o Art. 71.º, determinando, que esta pena não pôde aggravar-se em *caso algum*: e com o Art. 245.º da Carta, abolindo *todas as penas cruéis*.

A pena de morte é tão revoltante, que, tendo-se erguido a voz da philosophia, e da sã politica, para a estigmatizar, não obstante os esforços de alguns criminalistas em a defender, pelo menos, tem-se conseguido; 1.º diminuir, algum tanto, a sua crueldade, fazendo desapparecer os accessorios atrozes e variados, de que era acompanhada; 2.º tornar-se mais rara a sua applicação.

Assim não se extirpou um mal, attenuou-se. Horrora, dissemos já, abrir algum dos volumes da obra de *Saint-Edme*, por nelles se verem estampadas as diversas formas de supplicios, inventados para se aggravar a pena de morte.

Ainda no Cod. Fr., de 1810, se vê, no caso do parricidio, a pena accessoria de previo cortamento de mão, que só desappareceu na reforma de 1832. Era um luxo de crueldade, resto da legislação criminal de outros seculos, contra o qual, desde muito, clamava a consciencia publica, e se debatia, quasi constante, o uso do Poder Moderador.

Todavia, já uma lei romana dizia; *ultimum supplicium esse mortem solam interpretamur*, e já no Cod. Fr. de 1791, part. 1.ª tit. 1.º Art. 2.º, se achava declarado — « *La peine de mort consistera dans la simple privation de la vie, sans qu'il puisse jamais être exercée aucune torture envers les condamnés.* »

No Cod. da Sard., que é de 1839, se encontra a mesma disposição. ¹ Com tudo cumpre notar, que o nov. Cod. dos Paiz. Baix. se absteve de fazer uma declaração, analoga á que se fez no Cod. Fr. de 1791. Contentou-se com descrever o modo de se dar a morte, e ficou ahí.

Com justa razão. A morte, na força ou pela decolção, é sempre a morte, acompanhada de tanta dor e tormento, quanto é necessario para se conseguir esse resultado.

A morte violenta póde ser, mais ou menos cruel, mas é sempre cruel, e sempre acompanhada de um sofrimento agudissimo, que subsiste ainda depois do supplicio, mesmo, segundo alguns doutores, medicos, quando com golpe seguro se separe a cabeça do corpo, pelo apparelho rapido da guilhotina. ²

Assim, as palavras — *simplex privação da vida* — exprimem um facto, que é impossivel, e significa sómente,

¹ Ao legislador do Cod. Fr. de 1810, pareceu que não era conhecido outro fim das penas mais que o da *intimidação*. Entendeu que fôr a imaginação, aterrar pela severidade, é bom meio para desviar do crime.

Debalde na discussão do Conselho de Estado clamava *Montaigne* « En la justice même tout ce qui est au de là de la mort me semble une cruauté. » *Tréillard* redarguindo, que era de alta conveniencia social, que o mais atroz dos crimes fosse punido com uma pena mais grave, que os outros, este argumento, observa *M. Haas* ao projecto do Cod. da Belg., tão concludente, como aquelles, com que esse orador tinha defendido a morte civil, a confiscação dos bens, a marca de ferro quente, e a assimilhação da tentativa ao crime consummado, prevaleceu, para que, por excepção, se adoptasse uma aggravação de sup. l. o, proscripta pela civilização do seculo 19.º; e a da do Cod. de . . .

A revisão de 1832, modificou, é verdade, esta pena quanto ao corte de mão, mas deixou todo o mais apparo, prescripto no Art. 13.º do Cod. de 1810, aggravando a pena capital pela condução do condemnado ao logar do supplicio, a pés descalços, em camisa, e coberto de um véo negro, e pela exposição sobre o cadafalso em quanto um pregoeiro faz a leitura da sentença.

O nosso Cod. adoptou, pois, neste Art. 32.º — *textualmente* —, a disposição do Cod. de 1791; mas na applicação correspondeu á promessa? O espirito de *Tréillard* não se revela triumphante em disposições repugnantes ao principio, que se estabeleceu? Pensámos que sim, o que demonstraremos nos seus competentes logares.

² *Capuron*, *Duvergie*, e outros auctores, que trataram da *Medicina legal*, demonstraram, que nos enforcados, quasi sempre, a vida organica se não extingue, se não mais ou menos tempo depois da estrangulação; e que a intenção philanthropica do dr. *Guillotín*, fazendo adoptar na Convenção Nacional um instrumento de supplicio menos cruel, que qualquer outro, foi illudida completamente, pois a dor subsiste algum tempo depois da decolção, e tanto na parte da cabeça, como na do tronco.

que a pena de morte será executada com a menor crueldade, que seja possivel, despida, das flagelações, das mutilações, e de todos os modos lentos de a produzir, proprios a prolongar o martyrio; e não só isso, despida de todos aquelles horrores, ou actos de vingança, ou de exemplo, praticado sobre o corpo do suppliciado, depois da morte, como eram o corte da cabeça para ser exposto em um póste no logar do delicto, e quaes os que a Relação de Lisboa mandou praticar, por accordão, de 20 de Setembro de 1761, contra o celebre *Malagrida*, relaxado pela Inquisição á Justiça secular.

« Vista a disposição de Direito, e Ordenação em tal caso, « o condemnam, a que, com barão e pregão, seja levado pelas ruas publicas desta cidade até á praça do Rocio, e que « nella morra morte natural de garrote; e que, *depos de morto, seja seu corpo queimado, e reduzido a pó e cinza*, para

E' bom ler-se, e dizer-se isto, para que a applicação da pena de morte possa inspirar a outros todo o horror, de que nós achámos possuidos.

Todavia, outros peritos, como *Cabanis*, sustentam, pelo contrario, que um guilhotinado não sofre, nem na cabeça, nem nos membros; e que a morte, dada por esse methodo é tão rapida, como o golpe, e que o terem-se notado na cabeça, nos braços, nas pernas, nas faces, etc., certos movimentos regulares, ou convulsivos, não prova, nem dor, nem sensibilidade; mas sómente um resto de facultades vitæ, que a morte não anniquila immediatamente nos musculos e nervos.

Esta opinião de *Cabanis*, foi depois confirmada por experiencias feitas por dous peritos, que tiveram a coragem, *por amor da sciencia*, de assistir, no mesmo instante da execução de dous arabes, em Argel, em 1844, cuja narração, um dos doutores communicou á Academia das Sciencias de Paris.

Mas, se assim é, estamos muito mal servidos com o methodo da força, e a conservar-se a pena de morte, seria necessario, que se adoptasse a *guilhotina franceza*, — como preferivel, — para que a declaração feita neste Art. se approximasse mais da verdade.

Mas *força*, ou *guilhotina*, é sempre morte *violenta*, e esta *violencia*, ou se considere no *agente*, ou no *paciente*, carece sempre da *crueldade social*, para que tenha logar.

Se pela *guilhotina*, ou pela *força*, se consegue a morte sem dor, que agonias, não pode causar a condemnação desde o momento da intimação da sentença, confirmada pelo Poder Moderador?

Se o condemnado se resigna, e caminha impavido ao supplicio, livre-se da agonia, ou dor precedente; e a admiração e compaixão, a favor do martyrio, nos consola do attentado social. Se, porém, elle succumbe ao terror, é um demente, ou enfermo, quasi um cadaver, no momento do supplicio, Peor ainda, se n'um estado febril, ou de delirio, luta com os executores da pena.

Ha pouco tempo aconteceu assim em França com um condemnado (*Teime*), cujos esforços supremos, sobre-humanos, deram muito que fa-

« que delle, e de sua sepultura não haja memoria algu-
« ma. »¹

A morte cruel, ou aggravada, era comminada pelas Or-
denações, no crime de lesa Magestade : Ord. Liv. 5.^o tit. 6.^o
§. 9.^o — *morra morte natural cruelmente* — no crime de
moeda falsa, tit. 12.^o pr. — *morra morte natural de fogo* —
nos crimes de sodomia e incesto : tit. 13.^o pr. 1.^o §. 2.^o e tit.
16.^o pr. — *seja queimado e feito por fogo em pó* — assassínio
por dinheiro : tit. 35.^o §. 3.^o — *ser-lhe-hão ambas as mãos
decepadas, e morra de morte natural* — assim como, pela
mesma forma, no parricidio ; tit. 41.^o pr.

Mas todos estes modos de aggravação se achavam obs-
letos, mesmo nestes casos, e já Mello Freire havia proposto
a sua abolição, no seu Ensaio de Cod. Cr. tit. 4.^o §. 1.^o 2.^o
e 3.^o 2.

Foi nisso imitado no Cod. Pen. de 1837, Art. 14.^o

« O condemnado á morte será executado... pelo modo
« mais rapido e menos doloroso que possível fór. »

O Cod. das D. Sic. rejeita a morte cruel, mas admite,

zer aos executores e seus dous ajudantes. Os altos gritos do guilhoti-
nando penetravam os corações dos assistentes : derrubou elle a escada,
todos quantos o approximavam, e produziu, tão horrivel e pungente es-
pectaculo o desmaio em dous soldados da escolta, e a morte repenti-
na de uma mulher assistente ! A sociedade, matando assim, um crimi-
noso, causou junto delle a morte de um innocente, e fez correr grave
perigo a outros !

Oh ! Estamos certos de que, se o Poder supremo do Estado ahi es-
tivesse presente, ordenaria a suspensão de semelhante execução, no pro-
prio interesse da moral, e da sociedade.

E ainda se poderá dizer, com exactidão, que a pena de morie con-
siste na simples privação da vida ? Destroi primeiro a intelligencia, e
a sensibilidade do homem, se desejaes, que assim aconteça !

Voltaremos ainda a este assumpto.

¹ No accordo dos inquisidores, que contem 87 capitulos, ou con-
siderandos se conclue :

« *Christi Jesu nomine invocata* : Declaram ao réo *** como hereje,
« e inventor de novos erros hereticos, couvicto, ficto, falso, confiteute,
« revogante, pertinaz, e profitente dos mesmos erros : Mandam que seja
« deposto, e actualmente degradado das suas ordens, segundo a dispo-
« sição, e forma dos C. ones, e relaxado, depois com mordaca e coro-
« ción, com rotulo de *Hereticus*, á justiça secular : *a quem pudem, com*
« *muito instancia, se haya com elle réo benigna, e piadosamente, e não*
« *proceda a pena de morte, nem a effusão do sangue.* »

² Em 4.^o Scipion Bezon, Cod. de Suret. Publ. Disposições ge-
raes, Art. 192., propunha :

« Dans les cas où il y aurait lieu à l'exécution de la peine de mort,
« le coupable aura la tête tranchée par le glaive, sans que cette peine
« puisse être aggravée par aucun supplice. »

Art. 6.^o, a morte atroz, em quatro grãos, a que chamou um
— *modo especial do exemplo publico.*

1.^o Execução do condemnado, no logar do delicto ou
proximo do delicto :

2.^o Transporte delle, a pés descalços, vestido de ama-
rello, com declaração do crime em letras grossas escriptas
sobre o peito.

3.^o Da mesma forma, mas vestido de preto, coberto o
rosto com vé da mesma côr.

4.^o Da mesma fórma, mas levado sobre uma prancha,
assente em pequenas rodas, tendo escripta e sobre o peito a
legenda — *homem impio.*

Assim se quiz graduar, tanto para a expiação, como para
o exemplo, uma pena indivisivel por sua natureza ; pensa-
mento, que presidiu ás disposições dos Cod., que a tem ad-
mitido — *cruel* — em alguns casos.

O Cod. do Braz. é a este respeito, e comparativamen-
te, digno de elogio, porque, no Art. 40.^o, determinou que
o condemnado fosse conduzido debaixo de prisão á forca, —
com o seu vestido ordinario.

O Cod. da Bav., Art. 6.^o, a permite *com aggravação*,
e ella é mesmo em si *aggravada*, pelas solemnidades affront-
tosas, com que é descripta, no Art. 5.^o, além da aggravação
de morte civil, consequencia da sentença, logo que transita
em julgado.

O mod. Cod. da Prus. poupou ao criminoso a affronta
do pelourinho, da publicidade Conforme ao §. 8.^o só pô-
de a execução ter logar dentro dos muros de uma prisão, ou
de outro logar tapado, como já notámos.

O nosso Cod. exige, no Art. 91.^o, que a pena se exe-
cute, não só com *publicidade*, mas com a *maior publicidade* ;
alem de outras aggravações, que resultam dos efeitos, que
lhe attribue no Art. 52.^o, como indicaremos ao mesmo Art. e
ao Art. 51.^o.

Conservada, porém, a pena de morte, (que é um ma-
ximo de pena) mesmo sem accessorio algum de aggravação,
que preceda, acompanhe, ou siga a execução, resulta con-
tra ella, além das razões, que ponderámos, de injustiça ab-
soluta, as da desigualdade, ou injustiça *relativa*. Sendo
diversos em gravidade os crimes, a que é applicada, torna-
se viciosa, ou por *excessiva* n'uns, ou por *diminuta* n'ou-
tros.

O cidadão condemnado á pena ultima é essencialmente tratado, não como animal moralmente enfermo, mas como animal hydrophobo, morto, preventivamente, sem attenção á qualidade, nem á quantidade, das suas mordeduras.

O condemnado na pena de trabalhos publicos será empregado nos trabalhos mais pesados com corrente de ferro no pé, ou com cadêa presa a outro companheiro, se a natureza do trabalho o permittir. Esta pena póde ser por toda a vida, com as restricções prescriptas na lei, ou temporaria, desde tres até quinze annos. Art. 29.º n.º 33.º; 46.º; 47.º; 48.º; 53.º; 54.º; 72.º; §. un.; 78.º §. 2.º; 79.º; §. 1.º, 2.º; 81.º §. 1.º; 82.º; 86.º; 89.º, §. un.; 96.º; 124.º; 129.º

É precisamente a disposição do Art. 15.º do Cod. Fr.; do Art. 96.º do Cod. Hesp.; do Art. 44.º do Cod. do Braz.; e do Art. 8.º do Cod. das Duas Sicilias.

A condemnação, pois, aos *trabalhos publicos* importa, não só a infamia da *publicidade*, resultante da natureza desses trabalhos, mas tambem o *confisco em beneficio do Estado*, do *salario* devido pela mais rigorosa justiça, a quem trabalha. — *Dignus est operarius mercede sua*; — disse o Salvador do mundo.

Se o *salario*, se o *producto do trabalho*, é uma *propriedade*, como outra qualquer, ou, se, côm mais exactidão, verdadeira propriedade é a que nasce do trabalho; este *confisco* se acha reprovado pelo Art. 145.º §. 19.º e 21.º da Constituição do Estado.

Este Art. não é bem explicito em declarar, que é exclusivamente em proveito do Estado, que devem reverter os trabalhos do condemnado; mas este pensamento é evidente:

1.º Da natureza da condemnação em *trabalhos publicos*, isto é, que são feitos de conta do Estado, ou que a administração publica dirige, e não uma empresa particular.

O nosso Cod. omitiu a disposição do Art. 97.º do Cod. Hesp., prohibindo, que estes condemnados sejam destinados a obras de particulares, nem mesmo ás *publicas*, que se executem por empresas ou contractos com o governo.

Assim ficam permittidos os escandalos e abusos, que esse Cod. quiz evitar! Assim ficou eliminada do nosso Cod. uma disposição, tão necessaria, e que tanto elogia o commentador hespanhol.

2.º Da combinação com alguns dos Cod. citados, que são expressos e claros — *trabalhos publicos da provincia*, — diz o Cod. do Braz; — *em beneficio del Estado*, — diz o Cod. Hesp.

3.º E ainda, para de todo serem tiradas quasquer duvidas, resulta assim da combinação deste Art. com o Art. 34.º, permittindo applicar *uma parte* do producto do trabalho, em beneficio do condemnado, quando o trabalho é *forçado*, mas sómente no interior de uma prisão.

Temos, pois, aqui não só uma *servidão de pena*, mas uma *rigorosa escravidão*.

Não só o *sequestro material da pessoa* do condemnado, mas o *confisco de todas as suas forças e faculdades*, de tudo quanto possa adquirir pelo seu trabalho.

Que o condemnado fosse obrigado a indemnizar o Estado, pelo *valor intrinseco*, ou de *estimação*, do seu salario, das despesas da nutrição e vestuario, seria justo. Mas que o Estado se aproprie de tudo, é uma rigorosa *confisco*, e mais que *confisco*; porque é permanente de *tracto successivo*, em quanto viver o condemnado, ou em quanto gemer em ferros. Não é *determinado* a certos bens *adquiridos*, mas a tudo quanto, pelo seu trabalho, possa adquirir.

Isto é mais barbaro, mais injusto, que a pena de morte. Assim Benjamin Const., sustentando a pena de morte, não pôde sustentar a legitimidade de semelhante confisco.

« Une maxime, diz elle, qui me semble incontestable, « et sans l'aquelle l'esclavage, aboli par la religion et le progrès seroit chaque jour à la veille de renaître, c'est que « l'homme ne peut aliéner sa personne et ses facultés, que « pour un temps limité, et par un acte de sa volonté. Si « l'usage qu'il en fait est nuisible, ôtez-lui en l'usage; si « le mal dont il est l'auteur est tel, que la sûreté publique « exige qu'il en soit privé pour jamais, condamnez-le à la « mort. Mais tourner ses facultés à votre profit, vous servir « de lui comme d'une bête de charge, c'est revenir aux

« époques les plus grossières, c'est consacrer la servitude, « c'est dégrader la condition humaine. »

Não basta, porém, o martirio physico e moral, resultante do sequestro do condemnado; o do constrangimento ao trabalho; o do opprobrio da publicidade; o do confisco pela apropriação do trabalho ao Estado; cumpre, além disso, nos termos do presente Art., como caracteristico, essencial desta penalidade, que os condemnados sejam empregados, não indistinctamente em quaesquer trabalhos publicos mesmo peniveis, mas nos que dentre esses *forem mais pesados*.

Tamanho excesso de severidade, no cumprimento desta penalidade, não exigia o nosso Cod. de 1837, pois que nelle se encontra o Art. 16.º assim concebido:

« Os condemnados a trabalhos publicos serão empregados em trabalhos mais, ou menos penosos, que a sentença « graduará. »

O Cod. das Duas Sicílias, Art. 8.º, determinou, que o trabalho fosse penivel, mas não requintou essa expressão, com o adverbio — *mais*.

O nosso Cod. tomou por unico modelo o Cod. Fr. no Art. 15.º — *travaux les plus pénibles*, — copiando-o ao pé da letra.

O mesmo Cod. Hesp. no Art. 96.º, que mais se aproxima do Cod. Fr., usou sómente das expressões — *trabajos duros y penosos*.

Não é, pois, este o trabalho *regular*, e moralizador, de que falla Rossi, para combater a Benj. Const. Aparece nelle um refinamento de dureza, ou de indignação e resentimento, que revela a paixão do legislador, o espirito da vingança social. Mas a sociedade não tem paixões; quando *pune*, nem *vinga*, nem se *vinga*.

Tem o *dever* de *corrigir* o culpado, e o *de lhe impedir* a perpetração de novos maleficios: mas não tem o *direito* de ser *cruel*, e, antes, a justiça, e a conveniencia, lhe dictam um dever contrario.

« C'est la mort plus lente et plus douloureuse... Certes, (diz o cit. Benj. Const.) le malheureux périsant sur « l'échafaud, subissoit des souffrances moins affreuses et « moins prolongées. »

Além disso, a Carta no §. 17.º do Art. 145.º, prometeu, que seria organizado um Cod. criminal, fundado nas solidas bases da *justiça e da equidade*, e os trabalhos pu-

blicos, assim descriptos, repugnam com os dictames da *justiça e da equidade*.

O mesmo Art., no §. 20.º, formalmente estabeleceu, que as cadeias seriam, não só *seguras*, mas limpas e bem arcajadas, havendo diversas casas *para separação dos réos conforme suas circumstancias e natureza de seus crimes*; e os *trabalhos publicos*, em commum, fóra das prisões, ou estabelecimentos penitenciarios, por criminosos de diversos grãos, e variados crimes, repugnam com os sentimentos de humanidade, e de alta política, que dictaram esta disposição da Carta.

Finalmente, a mesma Carta, no Art. 9.º, suppoz, que poderiam haver sentenças condemnatorias a prisão, e a de-gredo, para suspensão do exercio dos direitos politicos; mas nem uma palavra ahí se encontra, que diga respeito á condemnação a *galés*, ou á dos *trabalhos publicos*. Feliz omis-são, que não temos por involuntaria, mas exclusiva das pen-as, que não mencionou.

Semelhante *nodoa*, pois, não existe na Carta, não se en-contra em o novo Cod. dos Paizes Baixos, nem nos novos Cod. d'Allem., exceptuando o de Hanover. Lamentámos, pois, que o Cod. adoptasse penalidade tão viciosa, tão injusta, e, ainda, tão inconstitucional, como esta! Que a este respeito tenhamos de ser os ultimos na estrada do progresso e da ci-vilisação, quando a lettra e o espirito da lei fundamental do Estado, estava indicando, desde a sua outorga, qual o cam-inho, que convinha trilhar.

O Art. continúa a descrever esta penalidade com a exi-gencia de que os condemnados tragam corrente de ferro no pé, ou cadeia presa a outro companheiro. Esta aggravação é admittida em diversos Cod., mesmo nos dos Ducados de Hesse e de Bade, mas em muitos delles se desconhece a *publicidade*; porque esses *trabalhos*, e penas *accessorias*, se tem de cumprir em edificios de reclusão, denominados *ca-sa de força*, mui distinctos dos de reclusão, denominados, *casas de trabalho*. O mod. Cod. da Pruss., §. 11.º, é muito expresso em declarar, que os *trabalhos forçados* sejam pra-ticados em prisão, e estabelecimento apropriado.

As *galés* são nelle desconhecidas inteiramente.

O Cod. Pen. d'Aust., tão humano a outros respeitois, contem uma disposição analoga ao do nosso Art. 33.º, co-mo se vê da 1.ª Part., Art. 18.º:

« *Les hommes, seuls peuvent être condamnés au tra-
«vail public, et comme ils ne peuvent y vaquer qu'enchai-
«nés. ils n'y sont soumis qu'autant qu'ils subissent la pri-
«son dure ou très dure. Les coupables dont la durée de la
«peine est de plus de dix ans peuvent aussi être condam-
«nés aux galères.* »

Mas desta ultima disposição se conclúe, que não podem ir para *galés*, senão aquelles delinquentes, que forem con-demnados a prisão *dura*, e *muito dura*, por mais de *dez annos*; o que é já uma importante modificação á *publici-dade* dos *trabalhos forçados*.

Por um edito de Novembro de 1564 foi prohibido, que algum fosse condemnado pelos tribunaes em França, por menos tempo de galés, que dez annos, e este edito, que tem sido estigmatizado por alguns historiadores de direito crimi-nal, como digno do principe; que ordenou os massacres, ditos de *Saint-Bartholemy*, coincide no pensamento com o cit. Art. do Cod. Pen. d'Aust., em restringir a *publicidade*, dos *trabalhos forçados* aos grandes criminosos, que merecessem, pelo menos, uma tal duração de pena.

Hoje podem alli, assim como entre nós, os *trabalhos publicos* ter logar por menos tempo, que dez annos; de tres a quinze, ou por toda a vida, diz o nosso Art. — Assim se converterá este castigo em meio de perversidade, em escôla de to-dos os crimes. Fimda a duração da pena, reverterão os cri-minosos para a sociedade, monstros completos, incorregi-veis, terror da humanidade, e cedo voltarão a ser persegui-dos por novos crimes.

A infamia da *publicidade*, junta á instrucção, que re-sulta do ensino mutuo entre criminosos, tirando-lhes a es-perança de mais merecer a estima dos seus concidadãos, nem podendo saltar o muro de bronze, que entre elles e a so-ciedade levantou a condemnação, mesmo quando arrependi-dos, porque mais não poderiam destruir a desconfiança da maior depravação, adquirida por entre a escravidão da pena, só lhes deixará explorar a carreira do vicio; e de todas as más industrias, vingando-se da oppressão e da injustiça da lei, e tirando o melhor partido possivel das cousas e dos homens.

Estes inconvenientes se aggravam, considerando-se o embrutecimento, resultante de um trabalho mecanico, que durante o cumprimento da pena, converteu o homem em bes-

ta de carga; que lhe perverteu, e contrariou, o uso de suas faculdades intellectuaes; que, pela sua dureza, e tyrania do exemplo, nem lhe adouçou os costumes, nem lhe reformou os máos hábitos.

Accresce, que, mesmo quando a *publicidade* dos trabalhos não existe, nem odio, nem compaixão, em relação aos condemnados, sempre fica um vício *radical*, neste modo de os punir; porque os seus sofrimentos, são, quasi absolutamente, perdidos para o *exemplo*.

É n'um pequeno numero de cidades, ou de praças de guerra, que os condemnados são conservados, pois que exigem uma constante occupação na sua guarda, que só pôde realisar-se em certos e determinados logares, que offereçam uma segurança especial.

Os vigias, ou guardas, que os acompanham, ou hão-de ser humanos, e relaxar no cumprimento dos seus deveres, ou hão-de ser crueis, inexoraveis, como as palavras da lei penal.

No primeiro caso, teremos dois males, o da violação da lei, de uma parte, e da outra, a quasi ociosidade dos condemnados, que, em lugar de trabalhar, se entreterão em narrar as suas façanhas reciprocas, ou em concertar os meios de fuga; no segundo caso, teremos empregados, necessariamente, os meios disciplinares dos açoutes, das pranchadas, das varadas, dos ferros mais pesados, ou das privações de comida, de luz, e de communicação em duro carcere, como meios de coacção, ou constrangimento, ao trabalho.

Isto é, carecemos de achar, e educar executores, especiaes para esta penalidade, como delles carecemos para a execução da pena de morte.

A origem, a mais ordinaria, dos crimes, é a necessidade da filha da ociosidade.

O systema penitenciario deve assentar sobre a base do trabalho. Mas não se deve fazer do trabalho o *tormento* do condemnado: aliás só gera o odio contra o sofrimento. ¹

É preciso, pois, revesti-lo de formas consoladôras, a fim de inspirar o *habito* e o *amor*; e disfarçar, quanto seja possível, o constrangimento, e a violencia, que só produz o

despreso da vida, e a animadversão contra os oppressores, com quanto legaes, do condemnado.

Accrescentaremos, ainda, que esta penalidade tem o defeito de carecer de um correctivo, para segurança da sociedade.

A *marca de ferro quente*, abolida pelo Art. 145.º §. 18.º da Carta, era uma pena cruel, accessoria, mas tornava-se necessaria no systema das penas de trabalhos publicos, e perpetuas, adoptado no Cod. Todos sentem, todos conhecem, que os condemnados a taes penas, abysmados na mais profunda desesperação, se chegam a evadir-se, são feras, capazes de commetter toda a sorte de crimes.

Em guerra com os homens e com as leis, só respiram vingança, e são por isso o terror da sociedade. Para destruir o alarma, a inquietação publica, produzida pela existencia de taes condemnados, é preciso, na falta de boas prisões, ou mesmo, reconhecida a possibilidade de uma evasão, que sejam bem guardados, bem vigiados, e que facilmente possam ser descobertos por algum signal indelevel, que perpetue em toda a parte a qualidade de punição, em casos de fuga, sublevação, guerra civil, ou arrombamento de prisões.

Mas no systema das penas *temporarias, moderadas*, ou reductivas, pela melhor conducta, e arrependimento provado, por maior que seja a duração dellas, a marca de ferro quente, abstrahindo da sua crueldade, é incompativel. Foi por esta consideração, que, em nome das commissões de constituição e de legislação criminal, Mr. Lepelletier, propoz á Assembléa Nacional a abolição de semelhante providencia.

« Il nous a paru, qu'une empreinte corporelle, indé-
« lébile, était incompatible avec le système des peines tem-
« porelles, puis qu'elle perpétue, après l'époque fixée pour le
« terme de la punition, une flétrissure, que n'est pas une
« des circonstances les moins insupportables du châtimeut.

« Cette empreinte, quoique non apparente, peut si sou-
« vent et si facilement se trahir, qu'elle écartera presque
« toujours le malheureux, qui la porte, d'un état honnête,
« e dès lors des moyens légitimes de subsister.

« Demeurera-t-elle constamment invisible et inconnue?
« La conscience de son opprobre poursuivra partout le con-
« damné, dégradé et flétri à jamais dans son être physique,
« comment son âme pourra-t-elle soulever le poids de la

¹ V. Lepelletier rapport. sur le proj. du Cod. Pén.

« honte, et dans l'espoir de mériter l'estime des hommes, « contempler la récompense d'une conduite pure et sans reproche?... »¹

Nós, porém, temos de um lado a Carta, abolindo a marca de ferro quente, e do outro o Cod., admittindo os trabalhos publicos, e a prisão perpetua, desarmada assim a sociedade de uma cautela, preventiva para fugir, para se precaver, para se assenhorear, de taes criminosos.

Cautela tanto mais necessaria, em vista do Art. 124.º do Cod., determinando, que as penas perpetuas se não prescrevem *em tempo algum!*....

Mas a *marca de ferro quente* é uma *crueldade*, dizeis vós, e assim o diz a Carta. Mas vós admittis a pena de morte e os vossos trabalhos publicos, e fallais de humanidade? Será menos cruel tirar a vida ao criminoso, que salvar-lhe a vida, preservando a sociedade pela marca do ferro quente, conciliando os direitos desta com os da individualidade daquelle?

Estas considerações confirmam mais e mais, que tanto a pena de morte, como as mais penas perpetuas, e as dos trabalhos publicos, são incompatíveis com os principios de humanidade consignados na Carta.

As ponderações, deduzidas contra a legitimidade e inconvenienciã desta pena crescem de força, quando é perpetua.

Em França por uma deliberação, tomada em 13 de julho de 1831, deixa-se antever ao culpado a esperança de ver commutada a perpetuidade da pena, em outra temporaria, depois de sete annos de *boa conducta*.²

Era já uma boa idéa para destruir ou attenuar indirectamente a *perpetuidade* da pena. -- Matai o criminoso, não lhe mateis a *esperança!* Sêde religiosos, e lembrai-vos que a religião da cruz não desespera da emenda, ainda dos maiores criminosos; não os solteis, segurai-os, embora indetermindamente, em quanto não estiverdes bem certos, e bem instruidos, de que elles se acham emendados; mas, desde que adquirirdes essa convicção, vós não tendes mais

¹ Charles Lucas, recueil des débats, etc.

² Dez annos propõe Scip. Bezon no seu Proj. de Cod. de *Seureté publ.* Art. 687.º

direito a prolongar o martyrio; não vos resta mais, que a tyrania, e abuso da força!

Pelo contrario, é um grande pensamento de moralidade tornar decrescente com o tempo o rigor das penas, por forma tal, que a sua intensidade seja maior nos primeiros annos, um pouco adocçada no tempo medio, e que a ultima época termine pelo grão menos severo da existencia penal.

A primeira das consolações para o opprimido, é a *esperança*, que lhe deixa antever no futuro uma diminuição das restricções, que sofre.

Estas divisões de épocas, esta esperança, seriam inuteis, se o condemnado fosse sepultado, *para sempre*, em um abysmo insondavel de expiação.

As penas podem ser repressivas, sem deixar de ser *temporarias*. Tudo o que vota um culpado á *desesperação*, é o mais barbaro dos castigos, e liga esse homem, se pôde evadir-se, perpetuamente á cadeia do crime.

É preciso, que as nossas instituições, chamem ao coração do condemnado o *arrependimento*, para que assim se marche de accordo com os principios da moral religiosa.

Francamente o dizemos (escreveu Pacheco no seu commentario ao Cod. Pen. Hesp. tom. 1.º pag. 333 §. 5.º n.º 28.º) toda a pena *perpetua* tem para todos nós uma certa repugnancia, que difficilmente a perdoamos, quaesquer que sejam as considerações, que a possam apadrinhar. Esta crueza, esta inflexibilidade da lei, é contraria ás nossas idéas moraes sobre a expiação e sobre o merito do arrependimento.

Comtudo (acrescenta elle) *uma só cousa* absolve e justifica este genero de penalidade, e é o direito de indultar, que se concede, e que não pôde deixar de se conceder ao Soberano.

Desde que o perdão é possível, desde que se concebe a terminação do mal, quando a expiação esteja cumprida, cessa o horror, que inspira a perpetuidade, e o intendimento aceita esta palavra, que não extingue completamente toda a idéa de purgação, nem toda a eventualidade de reabilitação.

Para nós, porém, dominados do mesmo horror, que o commentador hespanhol, dizemos que não absolve, nem justifica a perpetuidade, *essa cousa unica*, a que elle unicamente se acolhe.

É *contraproducent*, porque se são quatro os principios,

sobre que repousa toda e qualquer penalidade; e se nestes se conta o principio *exemplar*, ou de *intimidação*; os criminosos, e não criminosos, pouco attendirão á *perpetuidade* da pena, sempre que se lembrarem, que entre as eventualidades, que lhe podem, mais tarde ou mais cedo, franquear as portas da prisão, ou facilitar a fuga, accrescem as resultantes da esperança do perdão, e esta será tanto maior; quanto mais extensa fôr a roda de parentes, amigos, e meios de fortuna, com que entendam poder contar no futuro,¹ e menor, se fôrem desvalidos, que não tenham quem delles se lembre.²

Chauveau e Helie, esforça-se, comtudo, por defender a perpetuidade nas penas.

Mas ás objecções, irrespondíveis e que deixa intactas, contra as penas perpetuas, oppõe varias considerações indirectas, servindo-se assim da argumentação de Menalcas no verso 106.^o da Ecloga 3.^a de Virgilio.

Diz, que existe uma irresistível tendencia a tornar rarissima a pena de morte, e que então, ou seja para a substituir, ou para sobre ella se poder exercer o poder de agradecer, é *indispensavel* uma pena perpetua, como a *unica*, de que pôde lançar-se mão.

Mas esta razão da *necessidade*, é tão falsa, como a razão da *necessidade* da pena de morte. Já o demonstrámos.

No systema penitenciario, como a sciencia, e a experiencia o comprovam, se dão todos os caracteres essenciaes de segurança, de expiação, de intimidação, e de exemplo,

¹ Uma prisão perpetua era comparada pelos antigos ao *ultimo supplicio*; Merlin á pal. *bannissement*, §. 1.^o; que diriam elles, pois, da prisão perpetua, aggravada com os trabalhos publicos, e outros inventos da moderna civilisação, em conformidade com o nosso Cod.?!
² As estatisticas de todos os paizes provam, que esta penalidade, além de injusta e de cruel, e perniciosissima para a segurança das nações em cujos Cod. é adoptada. Horrrosa lêr a este respeito o tratado especial, que escreveu e publicou A. E. *Cerfberr* em 1844, com o titulo: *des condamnés libérés*.

Os trabalhos publicos, se são *temporarios*, são a academia dos assassinos e dos ladrões, donde voltam os criminosos, com poucas excepções, doutores e professores consummados em todas as artes malficas, a fim de propagar, com a sua doutrina e com o seu exemplo, o quebrantamento da ordem social e moral em todo o sentido; se são perpetuos, tem o inconveniente de excitar a compaixão, e a indignação dos cidadãos, a favor dos maiores criminosos, que são assim tyránisados.

² Theor. do Cod. Pen. tom. 1.^o pag. 33.^a

para formar uma escala de penalidades, entre um maximo e minimo, para todos os crimes e delictos.

Chauveau e Helie invoca a authoridade de *Scipion Bexon*, Cod. de sureté publique; porque, na collisão de dois males inevitaveis, ou de se não oppôr ao crime um freio assás forte, ou de se exceder o crime na intensidade do castigo pela applicação criminosa e mais frequente da pena de morte, é preferivel a adopção das penas perpetuas.

Mas esse estado de collisão entre as duas penas não existe. Quando existira, a escolha é, para o condemnado, peor e mais cruel, que a morte. É a escravidão, da pena, que é a peor de todas as escravidões. Não é só uma desgraça, é tambem uma infamia. São as torturas do inferno em vida com todos os horrores da desesperação e da tyrania.

Scipion Bexon escreveu o seu Proj. de Cod. em 1807. Sem duvida que foi um criminalista profundo, que honra o seculo, em que vivemos. Mas no Art. 166.^o e 177.^o escreveu elle que as penas perpetuas levam comsigo a *morte civil*, a *perda dos bens*, da *faculdade* de testar, etc.

Isto basta, para caracterisar os vicios do seu systema penal. A sciencia, a humanidade, e a verdadeira politica tem depois caminhado a passo de gigante.

Sobre tudo, porém, compriria, que *Chauveau e Helie* considerassem o Cap. 12.^o do referido Cod. de *Scipion Bexon*, que se inscreve.

« De la diminution de la durée des peines, pendant leur « cour, ou de la rémission, que le coupable *peut obtenir*, « *par son travail* et son repentir. »

Trata-se esta materia, desde o Art. 630.^o até ao Art. 654.^o, e basta-nos transcrever dois destes Art., para fazer ver, como foram mal apreciadas as vistas profundas do illustre criminalista.

Art. 630.^o « Un des objets principaux de la loi péna- « le, étant de corriger les coupables, et la société ayant plus « d'intérêt a rendre un homme digne d'en faire partie, et de « lui être utile qu'à le punir sévèrement, *long-temps*, et *tou- « jours*; la loi a heureusement atteint son but, quand, par « son travail et sa bonne conduite, le coupable a prouvé son « repentir, et a fait cesser le danger de sa présence parmi ses « concitoyens. Il a expié son délit, ou son crime, bien plus « et plus tôt, que celui, qui est resté insensible au remords;

« alors la peine deviendrait vengeance, puis qu'elle n'aurait plus des motifs. »

Art. 632.º « Ainsi, en prononçant *des peines perpétuelles* les la loi place à côté, un *espoir*, sans lequel la *vic se rait pire que la mort*, et elle offre les moyens de diminuer la durée des peines temporaires ou *perpétuelles*, par le travail et le repentir, a fin d'en commander la volonté, par le motif le plus puissant, et sans lequel le condamné expie ordinairement sa peine sans se corriger, avec haine contre la loi, et en attendant, dans la méditation du crime, un terme que lui rendra les moyens d'offenser de nouveau la société ou qui finira *une vie qu'il traîne dans le désespoir*. »

Chauveau e Helie invoca tambem a authoridade de Dumon, que affirmou que a pena perpetua *ferre a imaginação*, mais que alguma outra; e que ha crimes taes, a que a *consciencia social*, só considera adequada uma pena *sem fim!* Chauveau e Helie reforça esta opinião, dizendo, que ha homens incorregiveis, para os quaes o *systema penitenciario* não é efficaz, e que a sociedade ficaria sem defesa, se taes homens um dia fossem postos em liberdade.

Santo Deus! De que serve o exemplo dos desgraçados, que são reclusos perpetuamente em uma prisão, ou mandados perpetuamente para um degredo? São como mortos, nem delles nos lembramos. E de que servem os trabalhos publicos perpetuos, em relação ao exemplo?

Restringidos a alguns presidios, ou a poucos logares, o commum da sociedade, ou não vê os condemnados, ou contempla com piedade esses homens, que a não agradecem, e que em seu coração detestam, como não podem deixar de detestar, os seus oppressores.

Mas a *consciencia social*? Palavras vazias de sentido, empregadas na falta de boas rasões. A consciencia social, que em Paris acolhia com estrondosos signaes de desapprovação a proposta da abolição da pena de morte, tres annos depois recebia com freneticos applausos a decisão da Convenção Nacional, que abolia a mesma pena!

Mas os incorregiveis? E é esta uma rasão admissivel, em um paiz catholico? Póde um christão duvidar, que não existe um homem, que seja incapaz de arrependimento? Duvidai, se assim o quereis ainda, da efficacia do *systema peni-*

tenciario, mas deixai crer os povos na virtude da Graça Divina.

Mas, concedámos, que ha, ou podem haver, homens incorregiveis. Então por causa de uns será justo opprimir os outros? Não admitis, ao menos, o correctivo da diminuição da pena, quando o arrependimento fór sincero, quando a correcção fór bem demonstrada? E sois vós mesmos, que matando-lhes a esperança, augmentaes o numero dos incorregiveis?

Rebatidos assim, os defensores da perpetuidade absoluta das penas, dizem-nos ainda, que o correctivo da diminuição pelo arrependimento torna hypocritas os oriminosos.

Pois por causa dos *hypocritas*, ou da possibilidade de os haver, deverão soffrer os sinceramente convertidos?

A prolongação da pena poderá assim com justiça passar da pessoa do delinquentes?

Demais, assim como a repetição de actos provenientes, de uma origem viciosa, serve como de outros quaesquer, a constituir o habito, que é uma segunda natureza; tambem do habito do amor do trabalho, da resignação e da paciencia, que é um grande passo para o melhoramento moral, nasce muitas vezes a virtude. A perpetuidade das penas exclue até a hypocrisia!

Mas a isto responde-se, como respondeu o commentador Pacheco, que sempre fica aos criminosos a esperança de obter a modificação da pena pelo Poder Moderador, ou graça do rei.

Fraco remedio contra a perpetuidade das penas! Precisa de protectores, e de procuradores na cõrte, ante o throno!... Obtem os condemnados, quando obtem, como graça, o que só lhes devia ser concedido, como acto de justiça.

E estragar a prerogativa real invocal-a para este fim. O seu objecto é mais sublime, é mui diverso...

Scipion Bexon, que Chauveau e Helie tanto exalta, propõe no cit. cap., que nas *penas perpetuas* só possa requerer-se a diminuição, depois de *dez annos* de cumprimento dellas, e que os tribunaes judicarios pronunciem sobre essa pertença, com pleno conhecimento de causa, e sobre a prova dos necessarios requisitos.

Por todas estas considerações, sem a menor hesitação,

concluimos, que a *necessidade* das penas *perpetuas*, por um modo *absoluto*, é insustentavel.

Por último, compraz-nos, porque somos portuguezes, citar Silvestre Pinheiro, no seu projecto, cap. 7.º, qualificando os presidios penaes, em tres classes, muito, mais, e menos, austeros, e fazendo passar os condemnados de uns para outros *ao cabo de alguns annos de exemplar conducta*, até alcançarem no ultimo a sua inteira liberdade. Do mesmo pensamento se achava dominado o illustre publicista, nos capitulos antecedentes, 5.º e 6.º, em relação aos condemnados nas *casas de correção*, e nas de *reclusão e trabalho*.

Finalmente, Chauveau e Helie termina, invocando, com especialidade, as authoridades dos Cod. d'Aust. e do Braz., e do §. 8.º do Art. 85.º do Cod. da Luisiana por *Levingston*. Mas de que servem os argumentos de autoridade, na presença dos argumentos da razão, da voz da philosophia, dos clamores da humanidade?

De resto, o Cod. d'Aust., com data de 1803, e posto em execução desde 1815, carece de ser reformado; não se acha em harmonia com a lei de processo criminal, publicado em 1815; já se acha modificado em muitas de suas disposições por duas ordenanças imperiaes de 17 de Janeiro de 1850; e uma commissão se occupa activamente da redacção definitiva de um novo Cod.

Quanto ao Cod. do Braz., com quanto seja innegavel, que honra o Imperio, pela doçura da sua penalidade, e disposições cheias de humanidade, comparativamente com outros Cod. da Europa, é hoje imperfeitissimo, e carece, por tanto, de reforma.

Quanto, em fim, ao Cod. da Luisiana, devemos não perder de vista, que o principal fim de *Levingston* foi obter a abolição da pena de morte, e para a substituir, não era ainda opportuno caminhar mais longe, abolindo-se a perpetuidade das penas. Foi o mesmo pensamento, que determinou, para o mesmo fim, o principe *Oscar* da Suecia, a conserval-a, no seu excellente tratado *des peines et des prisons*, traduzido por *Adrien Picot*, em 1842, pag. 42.º

E, pois, tempo de acreditar, nos principios, e de prestar homenagem aos dictames da philosophia, no mesmo interesse da sociedade e da humanidade.

O tempo da duração das penas pode ter um maximo de duração, e que se prolongue até á morte, se o condemna-

do fôr incorregivel, assim como se deve abreviar, se elle o merecer por seu comportamento.

A duração deverá comprehender tres épocas: de *expiação*, de *experiencia*, e de *vigilancia*, como já estabelecemos, e o condemnado não deve passar de umas para as outras sem provada demonstração de emenda.

Assim, intendemos, ficarão removidos todos os preconceitos.

Depois de tudo isto, o grande inconveniente das penas perpetuas é tornar impunes as reincidencias ou a perpetração de outros delictos. Um condemnado a trabalhos forçados por toda a vida, pôde ferir, pôde brigar com o companheiro, etc. e nenhuma outra pena se lhe pôde impôr, como se vê do que dispõe o Art. 86.º

Finalmente, a justiça divina não é implacavel, deixa a esperanza aos desgraçados.

Porque razão lha ha de roubar a justiça dos homens?

As penas perpetuas, pois, em these, devem ser banidas de toda a legislação criminal, fundada em justiça, em moral, e em equidade.

Por último, cumpre-nos notar, que as *restricções prescriptas na lei*, a que o Art. é remissivo, são as que vem no Art. 72.º do Cod., e estas ainda tornam mais odiosa a pena dos *trabalhos publicos*; por isso que, em rasão do sexo, da idade, ou de enfermidade comprovada, são exceptuadas: 1.º as mulheres, 2.º os menores de 17 annos, 3.º os maiores de 60 annos, 4.º os que estejam impossibilitados por molestia de servir em taes trabalhos, 5.º os que não tiverem forças bastantes para os soportar.

Não se acha assim ferida a igualdade da lei penal, quando ella o é em si mesma, com relação aos criminosos, a quem tem de ser applicada?

Mas de que serve tudo quanto havemos ponderado a este Art., para criticar semelhante elemento de penalidade, em presença do grande exemplo ultimamente dado pela França, de que demos conta ao Art. 29.º?

Tomemos lições da França, da Inglaterra, e da Russia, já que tão mal copeámos a cadúca, e hoje derogada, disposição do Cod. Fr.

ARTIGO 34.º

O condemnado á pena de prisão maior será recluso em fortaleza, ou cadeia, ou estabelecimento publico destinado para este fim. A prisão com trabalho obriga o condemnado a trabalhar dentro do estabelecimento conforme as suas circumstancias e aptidão, applicando-se em seu beneficio parte do producto, segundo os respectivos Regulamentos. A prisão simples não priva o condemnado de communicar com outras pessoas, segundo os Regulamentos do Governo, salvo quando fôr com isolamento. A prisão maior, ou com trabalho, ou simples, pôde ser por toda a vida, ou temporaria, que excedendo a tres annos não passe de quinze. Art. 29.º n.º 5.º; 47.º; 49.º; 53.º; 54.º; 71.º; 72.º; §. un.; 76.º; 78.º §. 3.º; 79.º; 81.º; §. 1.º; 2.º; 82.º; 86.º; 97.º; 98.º; 99.º 124.º; 129.

A leitura deste Art., e muito mais comparado com o Art. antecedente e o 99.º, demonstra desde logo a *impossibilidade da sua immediata execução*. Aonde temos, ou quão do teremos, nós os meios materiaes para o seu cumprimento ?

Carecemos de estabelecimentos proprios, a receber os condemnados a trabalhos forçados, ou publicos : e, com tudo é a maior das inconveniencias, politicas confundir estes com outros criminosos de inferior cathegoria na carreira e condemnação do crime.

Carecemos de estabelecimentos proprios a receber os condemnados a penas maiores de prisão, com *trabalho*, ou sem trabalho ; com isolamento, ou sem isolamento ; e, consequentemente, que tenham as officinas necessarias, com a separação de quartos, ou cellas, indispensaveis, para que a residencia e trabalho dos condemnados se verifique, em commum ou separadamente, segundo as circumstancias de cada um, as suas

sentenças, e os regulamentos policiaes, ou disciplinaes do governo : isto é carecemos de *penitenciarias*, em que se conciliassem todos os systemas de reforma de prisões, tornando-se, por tanto, um *systema mixto ou eclecticico*, participando assim do *systema denominado francez ou da prisão individual*.

Carecemos de estabelecimentos proprios, que tenham todos os requisitos referidos, mas especiaes para jovens, ou *condemnados de menor idade*, os quaes, tendo diante de si um futuro mais longo ; podendo ser desculpados, e corregidos ; e devendo um dia, com certeza ou quasi certeza, voltar ao gremio social ; não podem, sem a maior das imprudencias, sem expor a sociedade aos maiores perigos, e sem a mais revoltante das injustiças, ser confundidos com os criminosos de maior idade.

Carecemos de estabelecimentos proprios a receber os condemnados a *prisão correccional* ; e estes, em parte, com os mesmos requisitos, que os antecedentes, para que o trabalho, ou o isolamento, ainda que de menor duração, que nas penas maiores, possa ter logar, para punir os delictos de menor gravidade, e corregir as más inclinações, ou propensões, de taes delinquentes.

Carecemos, em fim, de casas de segurança, e de méra detenção, para que se não confundam os criminosos delinquentes com os que ainda não estão julgados, ou que apenas estão presos preventivamente ; com os que são recolhidos á cadeia, por não haverem comparecido a dar depoimento, a exercer o officio de jurado, e por outras faltas semelhantes, ou com os que são mettidos na cadeia, como meio de coacção até satisfazerem multas, custas, ou prestarem certo factio ; casas, que não constituem, prisão propriamente dita, as quaes não precisam, por tanto, de ter outros requisitos mais do que os da segurança e limpeza necessarias.

Mas, se nós não temos ainda estradas, e se é deficientissimo o nosso estado de finanças, quando havemos de ter as prisões penitenciaras, de correccão, de separação, de trabalho, de segurança, e de detenção, precisas para cumprimento das disposições deste Art. e dos mais deste Cap., relativas á prisão dos condemnados ?

Além disso, este Art., admitindo as idéas do *trabalho* e do *isolamento* nas prisões ; adoptando assim virtualmente o systema penitenciario ; ao mesmo passo que não despresou

a existencia e a utilidade das penas *moralisadoras*, contradiz-se com esse principio reparador, pela admissão da pena de morte em muitos e muitos casos; dos trabalhos publicos, nos termos do Art. antecedente; e da perpetuidade, tanto desta pena, como da de prisão. A natureza da pena, ou a sua duração, impede então a verificação do principio penitenciario ou do arrependimento e emenda. Com a privação da vida, da liberdade, ou da vergonha dos condemnados, morrem as esperanças da sociedade a respeito de todos os seus membros, que o Cod. Pen. sujeita a essa privação.

Accresce, que este Art. do Cod., admittindo a idéa do systema penitenciario, nenhuma nos deu ácerca da escolha, que fez entre os diversos systemas.

A solução da questão talvez pareceu difficil, e, para se evitar a difficuldade, se deixou esse gravissimo, e mais que essencial, ponto do Cod. Pen., no silencio, na obscuridade! Assim fazemos nós, quando não podemos, ou não sabemos, profundar as questões, ou quando se precisa muito trabalho, e é mister precipitar a nossa obra!

Em summa, cumpria que, ao menos, pelas regras, que o Cod. precrevesse, ácerca da reforma das cadeas, nos desse uma idéa do systema adoptado pelo Legislador, para que o podessemos louvar, combater, ou corregir, e para que o governo, seguindo bases definidas, coordenasse os regulamentos respectivos.

Foi o *systema d'Auburn*, que o Cod. approvou, quando empregou, sem a definir nem explicar, a palavra — *trabalho, isolamento?* — Foi o *systema da Philadelphia*, e este no seu rigor primitivo, ou reformado, segundo o modelo da penitenciaría de *Cherry-Hil?* — Foi o *systema eclectico* ou *mixto*, assim denominado por participar dos dois antecedentes? — Ou seria o *systema francez* ou da *prisão individual?*

O primeiro systema, que quasi convertia os presos em ajuntamentos de *surdos-mudos*, acha-se hoje, reprovado, e muito principalmente depois da decisão tomada, a este respeito, pelos publicistas e amigos da reforma penitenciaría, reunidos em congresso em Francfort e em Bruxellas, em 1846 e 1847, preferindo substancialmente o *systema Philadelpho*.

O segundo systema, com quanto não produza nenhum dos funestos resultados do *isolamento* puro, e seja, por isso, preferivel ao primeiro, é considerado ainda como imperfeito,

por não satisfazer a quanto é preciso, para que o *moral* e o *physico* do preso fiquem igualmente protegidos.

O terceiro systema, *mixto* dos dois antecedentes, introduzido nas *penitenciarias* inglezas e sussas, e depois em França nas *casas centraes*, por virtude de uma resolução ministerial, de 10 de Maio de 1839, não produziu os resultados, que se esperavam, o que deu nascimento a um outro, que removesse todos os inconvenientes, e este é aquelle, sobre que versou o projecto de lei, apresentado ás camaras francezas em 1844, que chegou a ser votado por uma dellas.

Este 4.º systema, denominado *francez*, ou da *prisão individual*, consiste em collocar os presos separadamente, em tantas cellas particulares, quantos são os individuos na mesma prisão, de tal maneira, que cada cella seja, para cada preso, uma prisão especial completa, e munida de tudo quanto é necessario, para que elle possa passar todo o tempo da sua detenção, sem communicação alguma com os mais presos, mas com a util distracção do trabalho, dos passeios individuaes, e do contacto diario com diversos empregados do estabelecimento e pessoas honestas de fóra, admittidas a visita.

Era, pois, de altissima importancia, que sobre estes diversos systemas, o Cod. aqui, ou em outro lugar, desse algumas regras fundamentaes, que servissem a fixar as vistas do governo, a respeito dos edificios adequados, que tem a construir, e dos convenientes regulamentos, que tem a coordenar, para a execução do *trabalho* e do *isolamento* dos condemnados.

Não tem este defeito o novo Cod. dos Paizes-Baixos, por que, não só, no Art. 13.º, prescreve o isolamento e trabalho em cellas particulares, durante os primeiros quinze annos de prisão, para os condemnados perpetuamente; obrigando a que no resto do tempo, trabalhem de dia com outros condemnados, não excedendo ao numero de dez; e no Art. 14.º prescreve o mesmo isolamento e trabalho em cellas particulares, noite e dia, para os condemnados a reclusão temporaria, inclusive a de quatro annos, durante a duração de toda a pena; mas tambem, nos Art. 26.º, 27.º, 28.º, 29.º, e 30.º, determina os requisitos, que devem ter as cellas, para que nem comprometam a saúde dos condemnados, nem deixem de ter a

1 Vid. nov. Dice. d'Econ. Pol. á pal.— *systemes pénitenciaires*; e pôde consultar-se tambem a bibliographia respectiva, que ali vem citada.

capacidade para o trabalho nellas, nem possam ser devassadas por outros presos; prescreve a visita das pessoas da administração, ao menos seis vezes por dia; admite mesmo a visita das pessoas externas, quando munidas de authorisação, e o preso consinta, não sendo a authorisação concedida por interesse publico; ordena positivamente a exposição do preso todos os dias ao ar livre, tanto quanto seja possível, em logares determinados, e fóra do contacto com os mais presos; permite ao condemnado, que possa preferir, durante o dia, ás sallas do trabalho, uma cella isolada; e, finalmente, fallando tambem dos regulamentos da administração, declara os pontos ou objectos, sobre que elles tem de recahir.

Assim é facil conhecer-se, que nos Paizes-Baixos se adoptou o systema *misto*, ou *eclectico*, mas expurgado dos seus inconvenientes, segundo o systema denominado *francez*, ou da *prisão individual*.

Havia sido proposta ali, aos Estados Geraes em 1839, a primeira parte do Cod. Pen. (*disposições geraes*), que consagra o *systema penitenciario d'Auburn* — *trabalho em commum durante o dia e isolamento durante a noite* — e esta proposta havia sido adoptada, convertida em lei e publicada em 10 de Junho de 1840; mas em 1843, por occasião da discussão da segunda parte do Cod. Pen., muitos membros dos mesmos Estados, mostrando a necessidade, que havia de reconsiderar essa lei, a respeito do systema penitenciario *d'Auburn*, e de lhe substituir o *regimen cellular completo*, fizeram com que o governo, partilhando este modo de ver, lhes submette-se um novo projecto, em virtude do qual foi definitivamente adoptado esse regimen, tal como se vê definido e descripto nos supracitados Art.

Em vista, por tanto, deste exemplo de 1840, e 1843 nos Paizes-Baixos, e do estigma lançado sobre o systema *d'Auburn*, pela grande maioria dos publicistas, e amigos da reforma penitenciaria, reunidos em Francfort e em Bruxellas, em 1846 e 1847, não pensámos que fosse objecto muito difficil, que neste Cod. se precisassem idéas, e estabelecessem regras sobre esta importante materia, sem grande perigo de errar.

De muito pezo devia ter sido tambem a universal approvação, com que antes haviam sido accollidos os dois projectos de lei, apresentados pelo governo francez, em 1840 e 1843, ás camaras, em vistas de realisar o unico systema penitenciario,

que formúla e concilia de uma maneira completa os quatro principios essenciaes da penalidade; o *satisfactorio* ou de *expiação*; o *preventivo*, ou *impeditivo*; o *exemplar* ou de *intimidação*; e o *penitenciario* ou de *arrependimento*.

Apesar de todos estes auxilios, e precedentes, muito pelo contrario só ficou no Cod. a este respeito essencialissimo, a maior obscuridade e omissão, coberta com a égide dos regulamentos do governo, como se algum governo fosse infalível, omniessente, e previdentissimo, para preencher lacunas desta ordem!!!

Na presença do que fica ponderado as palavras do Art., prisão *simples* com isolamento. são, ou inexactas, ou incompreensíveis; por que a *simplicidade* não se compadece com a *aggravação* do isolamento.

A prisão com *isolamento* não é *simples*, é *aggravada*, e tanto que mais propriamente o *isolamento*, por sua gravidade, podia bem tomar o logar de pena principal, e, por coherencia, figurar no numero das penas principaes, como figuram os *trabalhos publicos*, que essencialmente não são tambem outra coisa mais, que a aggravação da pena de prisão, como expressamente se acha considerada no Art. 17.º; do Cap. 2.º Part. 1.ª do Cod. Pen. d'Austr.

É verdade, que na terminologia do Cod., como se vê do Art. 29.º e de outros, a prisão diz-se *simples* por contraposição a prisão com *trabalho*.

Mas esta expressão não é exacta. A prisão deixa de ser *simples*, quando não é acompanhada de outra pena *accessoria*, que torne aquella *mais dura*.

Este é o sentido, em que a mesma expressão — *simples* — é empregada no citado Cod. d'Austr. Art. 12.º do dito Cap. 2.º, e tanto não tem correlação alguma com ella a não obrigação de trabalhar, que no Art. 16.º, em termos geraes se determina que essa obrigação é inseparavel da pena de prisão. — « *À la peine de la prison est toujours jointe l'obligation du travail.* »

É um erro na sciencia do Dir. Pen. o considerar o *trabalho*, quando não forçado, como pena, ou aggravação da pena.

O trabalho forçado com isolamento puro, o trabalho publico em presidio, nas galés, em colonia penal, ou em degredo, quer imposto inexactamente como pena principal, quer como *pena accessoria*, é, na realidade, sempre uma pena em

rasão da sua *violencia e excessos*; mas o trabalho, em si mesmo, é um dever a prescrever ao preso, para bem delle mesmo e da sociedade; delle, porque o distrahe, por que lhe sua-visa o sofrimento, porque serve, em fim, a corrigil-o; da sociedade, porque depois que, na maior parte, o alarma causado pelo crime se acha destruido, ou suspenso, pela prisão do eriminoso, resta moralisal-o, para que se previna a perpetração dos mesmos ou de novos crimes, não só pelo sequestro da sua pessoa e liberdade, mas tambem pela resignação a novos habitos, contrarios ao vicio, que faz nascer a continuada, e bem regulada, applicação ao trabalho.

Tambem é imperfeita, como vaga, a determinação deste Art. na parte, em que declara se applique em beneficio dos presos parte do producto do seu trabalho, segundo os respectivos regulamentos.

Não declara se este beneficio é para o preso, durante a prisão, se é para quando sair della.

Como no systema de penalidade, admittido no Cod., a prisão maior com trabalho pode ser *por toda vida*, ou temporaria, que exceda a tres annos; cumpria, que se declarasse, se este beneficio é para mitigar a situação do preso perpetuamente, se para fundo de reserva, no todo ou em parte, para quando voltar, se voltar, á sociedade.

É verdade, que este objecto ficou todo entregue pelo Cod. aos Regulamentos da Administração, mas, como se trata de estabelecer *direitos* a favor dos presos, cumpria, que esses *direitos* fossem melhor definidos, e se derivassem da immediata-disposição da lei,

Assim se praticou no novo Cod. dos Paizes-Baixos, aonde se lê o Art. 31.º, assim concebido.

« Uma parte do producto do trabalho do preso será applicada para nelle se reformar um *fundo de reserva*, que lhe será entregue no momento de sair da prisão, ou immediatamente, ou em épocas determinadas. Além disso, uma parte « desse fundo poderá servir a procurar alguns lenitivos á sorte « dos condemnados perpetuamente. Tudo conforme aos regulamentos, que serão decretados para este fim. O resto do producto do trabalho pertence ao Estado.

Quanto á incommunicabilidade dos presos, aqui enunciada, em termos vagos e absolutos, nos casos de *isolamento*, tambem nos parece inadmissivel, tomando o Art. ao pé da sua letra. Conforme a semelhante preceito, os regulamentos do go-

verno não podem permittir, que o condemnado a prisão *simples com isolamento* possa communicar com pessoa alguma.

Isto, *intendido restrictamente*, conduz aos maiores absurdos, importa o mais cruel dos supplicios. É a situação do preso mettido entre quatro paredes, recebendo o comer, o pão e agoa, em um cesto, descido por uma corda, lançado por mão invisivel.

E o *isolamento* dos carceres da extincta Inquisição, de ominosa memoria. É o — *solytary confinement* — *puro*, — que tem merecido as maldições da humanidade, que tem privado da vida, da saúde, e da razão, a tantos presos, victimas dessa punição, ou dessa malfadada experiencia.

Pois, nem os empregados da prisão, o confessor, o medico, as pessoas, de fora, honestas, completamente authorisadas, poderão communicar com o preso?

Temos, por tanto, aqui uma idéa, que é falsissima, a respeito da aggravação da pena de prisão, conhecida com o nome de *isolamento*.

O *isolamento* penitenciario não consiste hoje na absoluta e inteira separação dos outros homens, mas sim na inteira e absoluta separação dos outros presos, ou de pessoas de fóra, cujas visitas não sejam authorisadas, como está no Art. 27.º, que já citámos, de novo Cod. Pen. dos Paizes-Baixos, e prescripto no systema francez, ou da prisão individual.

Por tanto, parece-nos, que nestas poucas palavras, *salvo quando fór com isolamento*, se encerra, pelo menos, um grande equivoco, ou na *idéa*, ou na *lettra*, por se admittir o isolamento com effeitos contrarios aos principios da moralidade, da penalidade, e da justiça.

ARTIGO 35 °

O criminoso, que fôr condemnado em pena de degredo, será levado para uma das possessões ultramarinas, para ahi permanecer por toda a vida, se o degredo fôr perpetuo; ou pelo tempo declarado na sentença, se o degredo fôr temporario, o qual não poderá ser menor de tres annos, nem exceder a quinze annos. Art. 29.º, n.º 4.º; 47.º, §. un.; 49.º; 53.º, §.º 1.º, 2.º; 64.º; 78.º, §. 4.º 5.º; 79.º, §. 1.º, 5.º; 81.º, §. 1.º, 2.º, 3.º; 82.º; 86.º; 124.º; 129.º §. 1.º; 196.º §. 2.º

ARTIGO 36 °

Pela pena da expulsão do reino é o criminoso obrigado a sair do territorio portuguez, com inibição de nelle tornar a entrar. Esta pena pôde ser por toda a vida, ou temporaria, desde tres até quinze annos. Art. 29.º n.º 1.º; 47.º §. un.; 55.º; 76.º; 78.º §. 6.º; 79.º, §. 3.º; 81.º, §. 5.º; 136.º, §. 1.º; 136.º, §. 1.º; 147.º; 196.º §. 3.º

Os dois elementos de penalidade, de que tratam, ou que descrevem estes dois Art., tem analogia entre si, porque ambos se reduzem á exportação do continente do reino; ambos tem por fim extirpar, ou eliminar, do territorio continental, os criminosos, para tranquillisar o resto da sociedade; são um simples alvitre preventivo contra uma parte do mal do crime, mas não um remedio contra todo esse mal;

são o sacrificio do individuo á sociedade, mas não o seu curativo.

São, precisamente, a mudança d'ares, ou de clima, semelhante á que os medicos, prescrevem ou aconselham nas enfermidades, a que já não podem, ou não sabem, applicar um tratamento adequado, sem deslocar os doentes.

A sociedade, assim como o medico, não tem certeza, se não tem a convicção negativa, da efficacia do expediente: procura-se, ou evitar o contagio, ou declinar a responsabilidade directa e immediata ácerca da doença, mas não de a combater na sua *causa principal*, na sua *causa moral*.

Em especial, quanto ao degredo, tem o Art. 35.º, por objecto determinar: 1.º o modo, por que se hade executar a pena: 2.º a parte de territorio portuguez, em que essa execução pôde verificar-se: 3.º qual a duração legal, que pôde ter.

Quanto *ao modo*, consiste na *exportação forçada* do condemnado, e, portanto, importa o sequestro, ou *prisão previa*, e detenção provisoria, até ao momento do desembarque no logar do destino. O *territorio* designado é, sempre, o das possessões nltamarinas, que são todas as provincias fóra do continente, excluidas as adjacentes, da Madeira e Açores. Quanto *ao tempo* é seu caracteristico, segundo o Cod., não poder ser de menos de 3 annos, nem de mais de 15, quando temporario, podendo, todavia, ser perpetuo.

Nada ha que ponderar contra o primeiro e segundo ponto; porque um é essencial, como *meio* de execução; o outro é de conveniencia, tanto em si mesmo, como para distincção da pena de desterro, que consiste na exportação de um para outro logar, sem saída do continente do reino.

Comtudo, como vimos ao Art. 29.º, a precedencia da *detenção provisoria*, posterior-á condemnação, torna vicioso este elemento, aliás proveitoso em si; porque esse tempo é, não só em pura perda, para a duração da pena, e, por tanto, para o effeito, que della se pertende tirar, mas se pôde tornar contra-producente, por aggravar a enfermidade moral dos condemnados.

É em pura perda para a duração da pena, o que especialmente se verifica, quando temporaria, como reconhece o mesmo Cod. no Art. 95.º, por isso que, contando-se o tempo da detenção, como effectiva residencia no logar do degredo, pôde até acontecer, que toda, ou a maior parte, da pena,

se extinga, sem o condemnado *ser levado* para as possessões ultramarinas, ou por forma, que apenas lá chegue, possa immediatamente voltar ao reino, cem vezes, talvez, mais reverso, que antes do crime.

É, pois, duplicadamente vicioso, o *degreto*, entre nós ; 1.º porque lhe não precede, em lugar da *detenção provisoria*, a *correcção* ou *expição preparatoria* ; 2.º porque *essa detenção* annulla, ou prejudica, e extingue, a disposição da lei, integral ou parcialmente, quanto á duração e essencia da penalidade.

Quanto ao terceiro ponto, participa esta penalidade dos vicios, que acompanham todas as *penas perpetuas*, sempre que, ou imposto por toda a vida, ou no seu maximo, ou proximo do seu maximo, destrúa a *esperança* de uma reabilitação, attenta á idade do criminoso.

Em todo o caso, nós entendemos, que todos os degradados, apesar da perda ou interdição dos direitos politicos ou civis, podem implorar e impetrar a graça regia : quer o governo lhes tenha, quer não, concedido o exercicio dos direitos civis, no lugar do *degreto* ; porque os direitos do Poder Moderador, como absolutos, nos termos da Carta Const., não podem tornar-se illusorios, ou inefficazes, directa ou indirectamente, pelas disposições do Cod., nem se deve suppor, que tal fosse a intenção do legislador.

Mas, sem prejudicar esse Poder, nem o direito correlativo dos condemnados, seria justo premio concedido ao arrependimento, o de se consignar no Cod., em relação aos meios, que enumera, de extincção das penas, a obrigação de proporem as autoridades, *ex-officio*, todos os annos ao Rei, para remissão do resto, ou de parte, da pena, aquelles condemnados, que assim o merecessem por seu exemplar comportamento.

Dizemos *justo* premio ; 1.º porque a *justiça social*, com quanto diversa da *justiça moral*, não pode ficar em contradicção com esta, como ficaria, logo que o *elemento moral*, eausa do crime, se acha destruido pela sufficiente expiação e emenda, demonstradas *à posteriori* ; 2.º porque a *justiça social*, seria repugnante com o seu mesmo fundamento, unio, que legitima o *direito de punir*, o do *interesse* da sua existencia, se continuasse a restringir a liberdade de um cidadão, que é mais, ou, pelo menos, tanto digno de o ser, pela sincera emenda, como seria pela não interrompida innocencia.

É esta a justiça do Ente Supremo, que não póde deixar de ser, em taes casos, a dos homens.

Dado este passo pelas referidas authorities, e attendida a proposta pelo Rei, o degradado cessaria de o ser, para se conservar nos mesmos logares, ou se restituir aos em que nasceu, ou em que residiu, como melhor lhe conviesse ou aprouvesse. Temos, por tanto, a nosso vér, uma lacuna, que merece ser preenchida.

Quanto ao banimento, ou expulsão do reino, já esposamos sobre este elemento de penalidade as rasões, que temos, para o julgar vicioso. Note-se, porém, agora mais, que, sendo o condemnado obrigado, como se diz neste Art., a sair do *territorio portuguez com inhição de nelle tornar a entrar*, tem estes criminosos, nos termos do §. 3.º do Art. 196.º, ampla liberdade de voltar ao *territorio portuguez*, uma vez que se resignem a fixar a sua *residencia na India* ! Não dependem, para esse effeito, de graça do Poder Moderador, nem tem de fazer *opção*, ou de usar de um *direito*. O alvitre consiste em praticar mais um crime, que é o previsto no cit. §. 3.º

Como do regresso ao reino não póde vir ao criminoso, se não esse resultado, e no entretanto póde escapar sem ser processado, por cá residirá novamente todo o tempo, que quizer ou poder !

Isto é facil, passados alguns annos, ou dados alguns accidentes, que tenham desfigurado o condemnado, e tornem possível uma supposição de nome ou de qualidade.

Bem previniu o Cod. d'Aust. a impotencia do legislador sobre a effiçia desta penalidade, que em si não é pena, mas o *recedat à nobis*, e por isso, sendo alli especial para os estrangeiros, providenciou, no Art. 22.º P. 1.ª, que, se o estrangeiro fosse de um caracter particularmente perigoso, se lhe impoessesse uma *marca* na parte esquerda do corpo, por um modo legivel e indelevel, com a letra *H*, e a inicial da provincia, em que se tivesse proferido a sentença condemnatoria.

A respeito desta chamada penalidade, como a respeito das antecedentes, se declara no presente Art., que pode ser temporaria, ou *por toda a vida* !

Pobre vida do homem !

Pena é que sejas tão incerta, e tão curta !... Como não seria util para a belleza harmonica de um Cod. draconico,

que o homem tivesse uma, duas, e tres vidas? Assim o homicida poderia perder a vida uma vez, o parreicida duas, o regicida tres; e assim, quanto á privação da liberdade, em prisão ou degredo, por uma, duas, ou mais vidas, em outros crimes, conforme a sua natureza e qualidade!

Mas já que o homem tem uma só vida, nós entendemos, que é preciso aproveitá-la, poupando-a a exemplo do que praticou, na hypothese sujeita, o novo Cod. Pen. dos Paiz. Baix., Art. 15.^o, estabelecendo, que o banimento, assim como nunca seria pronunciado por menos de cinco annos, tambem nunca o seria por mais de vinte. Excluiu, por tanto, o *banimento perpetuo*.

Ao mesmo tempo prohibiu, que o banido podesse *durante o tempo do banimento*, entrar não só no reino, mas ainda nas possessões ou colonias; em quanto que os banidos entre nós podem, e *por um modo indirecto*, transportar-se para a India, e até a *expensas* do Estado!

No Cod. Pen. Fr. de 1810, Art. 32.^o, se havia estabelecido tambem, que para o banimento havia o minimo de *cinco* annos e um maximo de *dez*, e, não só isso, reservou-se essa pena para os delictos meramente *politicos*. Considerou-se na discussão do Conselho de Estado, em 12 de Fevereiro daquelle anno, que um homem pode ser máo cidadão em um paiz, e não sel-o assim n'outro; que a presença de um culpado por delicto político não tem ordinariamente, senão um *perigo local*, que pode desaparecer, em relação ao governo sob o qual se fixar o banido.

Mas estas considerações são desmentidas pela experiencia. Em todos os paizes revolucionados tem sempre tomado uma parte muito activa os refugiados estrangeiros, e nem M. de Haubersart, que no Conselho de Estado produziu taes rasões, se fundou senão sobre a possibilidade de não ter a pena inconvenientes, não negando a possibilidade de os ter.

Portanto, máo, como é, o banimento, mesmo com as modificações legisladas nos Cod. d'Aust., de Fr., dos Paiz. Baix., e novos d'Allem., ¹ o nosso banimento ainda é peor, que to-

¹ E' tambem desconhecido, como penalidade nos modernos Cod. da Baviera, e da Prussia. Este ultimo sómente no §. 29.^o pronunciou a expulsão, como substituição, para o estrangeiro, da *vigilancia da policia* depois do cumprimento da pena. Mesmo então sómente fica inhibido aos estrangeiros evictos o voltar aos estados prussianos, sem *authorisação*, como se viu do disposto no §. 115.^o

dos; por que o admite a *perpetuidade*, e não o restringiu aos politicos.

Já notámos, que nos projectos de Cod. Pen. Belg., tanto por M. *Lebeau* Ministro da Justiça. como no que tomou o nome de M. *Haus*, dos extensos relatorios que lhe fez, appareceu, como inteiramente abolida, a pena de banimento;

Esta pena tambem não figurava no Cod. Fr. de 1794, uem do anno IV.

Com tudo o *banimento* teve por seu defensor *Beccaria* trat. dos del. e pen. Cap. 26.^o; Rossi, trat. de dir. pen. Liv. 3.^o tit. 11.^o; Ch. Lucas, syst. pen., Liv. 3.^o e outros; mas com melhores fundamentos tem sido combatido por Pastoret, l. pen. tom. 1.^o pag. 119; Levingston, relat. ao proj. de Cod. Pen. pag. 20; Chauveau Helie, Th. du Cod. Pén. t. 1.^{er} p. 199. Morin, repert. de jur. cr.

ARTIGO 37.º

A pena da perda dos direitos políticos consiste na incapacidade de tomar parte por qualquer maneira no exercicio, ou no estabelecimento do poder publico, ou funcções publicas. Esta pena é perpetua, salva a rehabilitação nos casos determinados na Lei. Art. 29.º, n.º 6.º; 3.º; 37.º; 52.º; 53.º; 44.º; 57.º; 58.º; 75.º; 78.º; §. 6.º; 121.º; 129.º; §. 1.º, e 3.º — Carta Const. Art. 8.º, e 9.º —

A definição, dada neste Art. comparado com o Art. 57.º, é inexacta por deficiente; porque, em conformidade com esse Art., a perda dos direitos políticos consiste em mais alguma coisa, que o declarado aqui; — vindo, por tanto, a ser esta penalidade equivalente á de *inhabilitação absoluta*, dos Art. 30.º e 31.º do Cod. Hesp.; ou á *degradação cívica*, do Art. 34.º do Cod. Fr.; ou á *perda dos direitos da honra civil* do novo Cod. da Prus., §. 11.º

Reconhecemos a difficuldade das definições em uma lei; mas, pois que tem de ser, pela maior parte, incompletas, ou perigosas, em lugar de se empregarem, para apresentar, em forma de preceito, a *substancia* do objecto a definir, reduzido a uma palavra *complexa*, convinha mais fazel-o aqui *taxativamente*, declarando-se *por descripção* todos os *direitos*, cuja perda o legislador intendeu resultar da dos *direitos* politicos.

Practical-o assim era tambem mais facil. Foi o caminho, que seguiram o Cod. cit., e o da Prus., no referido §. 12, — que é concebido nos seguintes termos; que recommendamos, pela sua clareza e precisão:

« §. 12.º A perda da honra civil importa:

« 1.º A perda do direito de usar do laço nacional prussiano.

« 2.º A incapacidade de possuir ou obter empregos pu-

« blicos, dignidades, titulos, ordens e condecorações, como « tambem a perda da nobreza.

« 3.º A incapacidade de ser jurado, de votar em negócios publicos, de eleger ou ser eleito, de exercer os direitos « tos resultantes de eleições publicas, e outros direitos politicos.

« 4.º A incapacidade de ser admittido a juramento como « testemunha, ou louvado, ou de intervir como testemunha « na formação de documentos authenticos.

« 5.º A incapacidade de ser tutor, curador, ou procurador em negocios de justiça, ou membro de um conselho de familia, excepto se se tratar de seus proprios filhos, « e se a authoridade publica superior, ou o conselho de familia der a sua approvação.

« 6.º A perda do direito de trazer armas, e a incapacidade de entrar no exercito.

« A perda da honra civil principia do dia em que a sentença tiver execução aparelhada.

« Serão observadas as disposições especiaes em vigor, « das quaes, em consequencia de acções puniveis, resulta a « a perda de outros direitos, além dos mencionados, e designadamente o de ser membro de associações mercantis, ou de outras corporações. »

A lei penal, observa, a este respeito M. Haus, nas suas observações ao projecto do novo Cod. Pen. Belg., deve ser clara e precisa; evitando, para esse fim, todos os termos technicos, cuja significação não é geralmente adoptada. Duvidamos, acrescenta elle, que jámais se possa conseguir o dar-se uma definição exacta dos *direitos cívicos*, e fixar-se a differença, que ha entre esta especie de direitos e a dos *direitos politicos*, ou *direitos civis*, propriamente ditos.

É mesmo cousa difficil o apresentar-se uma noção precisa dos *direitos politicos*.

O nosso Cod. parece empregar as palavras — *direitos politicos* ¹ em contraposição ás de — *direitos civis*, — que uma só vez emprega, no Art. 53.º, §. 2.º, e mesmo ahi, fugitivamente, sem a definir, e, todavia tambem se podem ampliar,

¹ Tratando mesmo *doutrinalmente* da materia, o jurisculto Toullier, L. 1.º Cap. 1.º n.º 254.º, define os *direitos politicos*, especificando-os.

com mais forte razão, aos — *direitos naturaes* — ou do homem, considerado com abstracção das sociedades civis.

Sobre a materia, não nos cançaremos de repetir, que a perda dos *direitos politicos*, não pôde, nem deve, resultar, se não como inevitavel consequencia do facto, da *morte natural*, ou da perda, em geral, dos direitos de cidadão portuguez.

A Carta não conhece, senão ou perda de todos estes direitos, nos casos, que menciona o §. 1.^o 2.^o, e 3.^o do Art. 8.^o, ou a *suspensão dos politicos*, nos casos que tambem declara o §. 1.^o e 2.^o do Art. 9.^o

O novo Cod. Pen. dos Paizes-Baixos admite tambem a perda dos direitos politicos, mas não a enumera entre as penas principaes, e é só *como effeito* da condemnação a uma das penas maiores (*criminaes*) como se vê da parte final do Art. 17.^o, ... « — le comdamné á une *peine criminelle* est « déchu de toutes ses dignités, fonctions, postes ou emplois ; « il est inhabile á les remplir á l'avenir et á exercer ses *droits politiques*. »

O Cod. Pen. Fr. de 1810, assim como o correspondente da revisão de 1832, Art. 34.^o admittia a mesma *perda* dos direitos politicos, como elemento de penalidade, debaixo do nome — *degradação civica*. A mesma disposição é conservada nos projectos do Cod. Belg., tanto de M. Lebeau, como de M. Haus.

O novo Cod. da Prus. não admite, em caso algum, como penalidade principal, a *perda dos direitos da honra civil* ; e, mesmo, *como effeito* de outra pena, sómente a determina na da *prisão de trabalhos fargados*, e nos casos de penas impostas por crime de *alta traição*.

O mesmo Cod. não considera a perda dos direitos da honra civil, *como effeito*, necessario, da pena de morte; esse effeito é-lhe attribuido sómente, como aggravacão, em casos excepcionaes, como tudo se vê dos §§. 7.^o, 11.^o, e 61.^o, 67.^o, 175.^o ¹

¹ Um unico exemplo apparece neste Cod. da possibilidade de uma condemnação, restrictamente para a perda dos direitos da honra civil, mas este mesmo caso, que e o do §. 24, não constitue excepção á regra geral, por que, se se não liga a uma outra pena, é porque o condemnado já a sofreu em paiz estrangeiro, respectiva ao mesmo crime, e o Legislador Prussiano, só teve, por um principio de conveniencia e de moralidade politica, por fim

Sobre a segunda parte do Art., notámos, que em quanto o Cod., no Art. 30.^o n.^o 3.^o, considerou necessario declarar, que a *suspensão dos direitos politicos é temporaria*, aqui julgou necessario declarar, que a *perda* dos mesmos direitos, é *perpetua*.

Assim apparece a redundancia em um e outro lugar; por que é evidente, que a *perda* significa a *extincção* subjectiva de taes direitos, assim como a *suspensão* exclue a idéa da *perda*, e exprime a *privação* somente do *exercicio*. As palavras *incapacidade, inhabilidade, prohibição, interdicção*, ou qualquer dellas, poderiam, com mais propriedade, ser adoptadas, e offereceriam a vantagem de admittir a divisão da pena, em — *perpetua* — ou *temporaria*, — sem o defeito da redundancia, ou da definição do — *idem per idem*.

As ultimas palavras do Art. — *salva a rehabilitação nos casos determinados na lei*, — referem-se ao disposto no Art. 129.^o, em conformidade do qual, os direitos politicos, se a perda dellas é imposta, como *pena principal*, podem ser recuperados, passados 15 annos de interdicção, e tres annos, depois do cumprimento de outra pena ou do seu perdão, ou prescripção, se a perda dos mesmos direitos foi consequencia, ou accessorio, da condemnação.

Como seja regra de Direito, que toda a excepção firma a regra em contrario, segue-se, que, salva a *rehabilitação*, ninguém pode recuperar o exercicio dos direitos politicos, que uma vez perdêra, ou *como pena principal* ou *accessoria*, au *como effeito*.

Mas esta conclusão é *inconstitucional*, por offensiva das attribuições do Poder Moderador, consignadas na C. Const. Art. 74.^o §. 7.^o, — de *perdoar*, e *moderar* as penas impostas aos réos condemnados por sentença » e, como tal inadmissivel.

A esta observação responde-se, que no Art. 121.^o está resalvado o caso da *expressa declaração* do Rei no acto de perdão; mas desta resposta resulta : 1.^o que a resalva feita no presente Art é *deficiente*, porque a excepção se amplia ao caso do Art. 121.^o ; 2.^o que é *superflua*, porque, assim como

sanccionar a condemnação estrangeira, attribuindo-lhe o *effeito* da perda dos *direitos da honra civil*, nos casos excepcionaes, authorisa dos pelas leis prussianas, sem ferir, por modo algum, quanto á pena principal, o principio do — *non bis in idem*.

o caso *omisso* se suppre pelo Art. 121.^o, tambem o caso *expresso* se podia omitir pelo que se determina no Art. 129.^o Ou ha de mais, ou de menos, na redacção destas ultimas palavras do Art. — Felizmente nada este defeito influe sobre a doutrina, e só produzem semelhantes imperfeições o maior trabalho do interprete em procurar, combinar, e concordar, diversos e deslocados Art. do Cod.

ARTIGO 38.^o

A prisão correccional terá logar em cadêa ou estabelecimento publico destinado para este fim. Não obriga a trabalho, e não póde exceder a tres annos. Art. 30.^o, n.^o 1.^o; 47.^o e §. un.; 56.^o; 60.^o; 74.^o; 75.^o; 79.^o §. 4.^o, e 5.^o; 81.^o §. 5.^o; 83.^o; 97.^o; 123.^o, §. 3.^o; 124.^o

Esta expressão — *prisão correccional* — não ficou em harmonia com o Art. 1250 da Ref. Jud., segundo a qual os crimes só eram de policia correccional, quando esta pena não excedesse a *seis mezes*, em quanto que no presente Art. se eleva o maximo da mesma prisão a *tres annos*. Tambem não ficou em harmonia com o Decr, de 10 de Dezembro de 1852, (da mesma data, que o Cod.), Art. 6.^o n.^o 2.^o, aonde vinha a excluir, do juizo correccional sem jurados, os crimes punidos com a prisão correccional, que excedesse a *dous annos*. Felizmente, os clamores alevantados contra o Cod. Pen., nesta parte, e aquelle Decr., foram taes, que provocaram logo a promulgação da C. de L. de 18 de Agosto de 1853, restabelecendo as disposições da Ref. Jud.

O Cod. Hesp., no Art. 26.^o, parece-nos, que andou com mais criterio na classificação da prisão menor, que a Ref. Jud. no cit. Art. 1250.^o, por isso que a tornou mais *divisivel*, distinguindo-a de um a quinze dias (*arresto menor*) da de um até seis mezes (*arresto mayor*), e só classificou como prisão *correccional* a de sete mezes até *tres annos*.

O nosso Cod. imitou aqui o Cod. Hesp., quanto a considerar, com a denominação de *correccional*, a prisão até tres annos, ampliando assim o cit. Art. da Ref., mas não o imitou na mui acertada distincção de dois grãos menores, que ali se encontra com denominação diversa.

Apesar do exemplo do Cod. Hesp., parece-nos excessivo o termo de tres annos para maximo da prisão correccio-

nal: preferimos a disposição do mod. Cod. da Bav., Art. 28.^o, fixando o maximo em dois annos: e muito acertado nos parece teria sido, que, em these geral, se admittisse a divisão, que o Cod., nos Art. 359.^o, e 360.^o, fez em tres grãos: 1.^o de tres a trinta dias: 2.^o até seis mezes; 3.^o até dous annos.

A prisão correccional, de mais de dois annos, é já muito grave para merecer entrar em o numero das penas maiores, como reconheceu o mesmo legislador no cit. Decr., mandando processar pela forma ordinaria, como crimes, de pena maior, todos aquelles, que tivessem pena de duração excedente a dous annos.

A ultima disposição do Art., relativa á nenhuma obrigação do trabalho, é, nos termos absolutos, em que se acha concebida, um erro penitenciario.

Não ha grande mal em se não constringer o preso ao trabalho, quando a prisão é de pouca duração; mas é pessima providencia, quando a prisão é de muitos mezes, ou passa de anno; porque se corre grande perigo de se fazer perder ao preso o habito da actividade. A pena perderá então o caracter de remedio, para assumir a de habilitação para novos e maiores crimes.

Que se estabelecesse, que esta prisão não obriga o preso a trabalho determinado, seria justificavel; mas a nenhum trabalho, mesmo á sua escolha, é o que se não pode, nem deve, tolerar. O Art. 28.^o supracitado, do Cod. da Bav., determina expressamente: « Le delinquant, surtout lorsque la « peine aura une longue durée; (dentro do termo dos dous « annos) *será astreint* à une occupation modérée et employé, « autant que les circonstances le permettront, *aux travaux* « *habituels* de sa profession. »

O Cod. d'Aust., P. 1.^a, Art. 16.^o, estabelece tambem, como regra geral:

« A la peine de la prison est *toujours* jointe l'obligation « du travail. Chaque condamné est soumis à un travail en rap- « port avec la discipline du lieu de détention. »

ARTIGO 39.^o

A pena do desterro obriga o réo a permanecer em um logar determinado pela sentença, no continente, ou ilha em que o crime fôr commettido, ou a sair da comarca por espaço de tempo, que não exceda a tres annos. Art. 30.^o n.^o 2.^o; 35.^o; 59.^o n.^o 1.^o; 82.^o, §. un.; 83.^o, n.^o 2.^o; 196.^o, §. 4.^o; 359.^o; 372.^o; 483.^o; Decr. de 10 de Dezemb. de 1852. Art. 2.^o n.^o 2.^o; 5.^o n.^o 2.^o; 6.^o, n.^o 2.^o; 7.^o e 8.^o

No systema da Ref. Jud. Art. 1251, tambem é só correccional o *desterro* até seis mezes; no systema do Cod. o *desterro* é correccional até tres annos não conservada a disposição da Ref., quanto á nenhuma fixação de minimo; pois que a redução desta pena, nos termos do Art. 83.^o, §. 2.^o nunca pode descer de tres mezes.

O *maximo* da duração da pena — tres annos — parece tambem ter por fonte a disposição do Art. 26.^o do Cod. Hesp., mas não se adoptou a parte do mesmo Art., que fixou o minimo em sete mezes. Este *minimo* fixou o nosso Cod. em tres.

Segundo aquelle Cod., Art. 109.^o, a pena de — *desterro* — consiste na *expulsão temporaria* de certo, ou certos logares, determinados na sentença, ficando, porém, o condemnado em plena liberdade, para fixar a nova residencia, em qualquer ponto, que não seja a menor distancia, que de cinco légoas, e nunca obrigado a afastar-se para mais de 15, do logar, ou logares designados.

Mas o nosso Cod. neste Art. 39.^o admite ainda uma outra especie de *desterro*, que obriga um réo a *permanecer* em certo logar, a arbitrio do Juiz, dentro de uma área immensa, qual o do continente ou ilha, em que se commetteu o delicto!!

Não era conhecida na nossa legislação, nem nos nos-

sos costumes, esta última especie de *desterro*; peor que o *exilio* dos romanos, em que, ao menos, se concedia aos *exilados* a liberdade de escolher em toda uma provincia — *cum potestate versandi in tota provincia qua tamen exire nequeat* — é peor que o *desterro* do Cod. Pen. d'Aust., P. 2.^a Art. 8.^o e 17.^o, por que este sómente consiste na expulsão de um lugar, ou de uma provincia; — afasta-se do *desterro*, como se qualifica no Art. 26.^o do Cod. Napolit., que o faz consistir sómente na saída do proprio districto, e na inibição de estabelecer domicilio, se não a seis legoas de distancia, já do lugar do delicto, já do em que residem as pessoas offendidas ou prejudicadas; — não imitou o Cod. do Braz. Art. 52.^o, que, em regra, só estabelece a obrigação de sair do districto, em que se commetteu o delicto, do lugar do proprio domicilio, e do da pessoa offendida; — repugna, finalmente, com a Ord. Liv. 5.^o tit. 141.^o, cuja doutrina já notámos.¹

É, com tudo, uma imitação dos mesmos Cod., das Duas Sic. e da Sard., ou o *confinement* (*il confino*), pena diversa do *desterro*, ou *exilio* local; que justamente o Cod. Hesp. adoptou, sim com o mesmo nome (*confinamiento*), mas excluido das penas *correccionaes*, e em dous grãos, *maior* e *menor*, não podendo o 1.^o ser por menos de 7 nem mais de 12, e o 2.^o por menos de 4 nem mais de 6 annos.

Demais, o *desterro* determinadamente para fóra da comarca e só até *seis mezes*, é imposto perceptivamente, como pena principal e unica, só no caso do Art. 372.^o, para quasi impiedade do marido, ou mulher, que, no acto do adulterio, matar o adúltero, ou adúltera, ou a ambos, ou lhes fizer alguma das offensas corporaes, declaradas nos Art. 36.^o, e 166.^o, ampliada aos pais a respeito de suas filhas e corruptores delias; e então bem podia dispensar-se o *desterro simples*, ou para fóra da comarca, que tem no Cod. uma tão esteril applicação, e mais ainda, quanto a poder ser até tres annos, por que nunca se dá essa hypothese, segundo as disposições especiaes do Cod.

E quanto ao *desterro*, vagamente enunciado, nos Art. 359.^o, e 483.^o, é sempre em ambos determinado até *seis mezes*,

¹ No foral de *Marmelar*, se encontra a pena de *exterminio para fóra da villa ou cidade*; e no de *Arganzil* a de *exterminio além do rio*.

e como elle ahí é *optativo*, ainda com melhor rasão, podia ser eliminado, restando ao juiz a pena de prisão, além da multa até um mez.

Ainda assim, nestes dous casos, nunca o juiz se pôde authorisar com os termos vagos da palavra — *desterro* — que se encontra nestes Art., para caminhar com seu arbitrio até ao ponto de restringir a liberdade do delinquente, pela obrigação de permanecer em lugar certa e determinado, concluindo para a parte mais dura do Art. 39.^o, e suppondo: o — *confinamiento* — em lugar da saída para fóra da comarca; porque nunca é licita ao juiz a interpretação mais dura deduzida de termos vagos; de que resulta, que a primeira parte do presente Art. é igualmente refutada pelas disposições especiaes do Cod., assim como é refutado, pela mesma forma, o *maximo* da pena nos *tres annos*!

Accresce, que, em presença do Art. 196.^o §. 3.^o e 4.^o, tratando-se dos que fogem do degredo ou *desterro*, assim como o degredo para a India é a conversão, com aggravação, da expulsão do reino, assim a prisão é a conversão, com aggravação, do *desterro*.

No primeiro caso, se a expulsão for perpetua, é substituída pelo degredo perpetuo, se foi temporaria, é substituída pelo degredo temporario; no segundo, o *desterro* é substituído pela prisão, correspondente ao tempo, que faltar para o preenchimento da condemnação.

Ora neste ultimo §. se fixa, neste caso, o maximo legal da condemnação á prisão, como substituição aggravada do *desterro*, em seis mezes; donde é obvio que o legislador tinha em vista, como unicamente possível, segundo a lei, a condemnação a *desterro* até seis mezes: e esta intelligencia vai de accordo com a pratica do legislador, nos cit. Art. 359.^o, 372.^o, e 383.^o¹

Nunca em qualquer destes Art. o *desterro* se acha imposto *por mais de seis mezes*!

Este Art., pois, não está, a nosso vêr, em harmonia com as mais disposições do Cod., que parece não estavam presentes, ou esqueceram, ao tempo da definitiva codificação:

¹ Nesta conformidade, e supposição, o Decr. publicado com a mesma data; 10 de Dezembro de 1832, faz distincção, para o processo e competencia, do *desterro até seis mezes*, Art. 2.^o e 5.^o, 2.^o até *dous annos*, Art. 6.^o; 3.^o de dous annos para cima, Art. 7.^o Com quanto em parte revogado por lei posterior, serve a esclarecer e confirmar

e nem parece também, que estava presente a Ord. do Liv. 5.^o tit. 144.^o, que diz sobre esta penalidade :

« Os que assim forem degradados fóra de certo lugar, « ou da côrte, poderão ir servir seus degredos fóra dos di- « tos logares, onde quer que quizerem, sem serem obrigados « mostrar certidão donde serviram. »

Parece-nos, pois, evidente, que neste Art. se confundiram, com abstracção das mais disposições do Cod., duas penas diversas em gravidade, e por sua natureza ; como taes consideradas no Cod. Hesp., e outros. O *desterro*, considerado na primeira hypothese do Art., além do arbitrio immenso, que concede ao juiz, é essencialmente, ou um *degre-do* ou uma *prisão*, com todos os males indirectos do abandono de uma casa, de uma familia, e da necessidade de prover o delinquente á subsistencia por meios de industria, que podem ser impraticaveis, ou estereis, no lugar designado na sentença.

É da mesma importancia, que uma *prisão* com home-nagem em fortaleza, ou praça de guerra, com as unicas differenças, que ahí, as muralhas e as sentinellas obstem á fuga, aqui, a vigilancia da policia, a que fica sujeito o condemnado, nos termos do Art. 59.^o n.^o 2.^o do Cod., com quanto, nos termos do Art., 60.^o não devesse ter logar essa sujeição, desde que o *desterro* foi declarado pelo Cod., *pe-na correccional*.

De todas estas inconveniencias e incoherencias nos podiamos livrar, ou expurgando desta pena o Cod., como se havia praticado no Cod. Fr. de 1810 e 1832, Art. 9.^o, no nov. Cod. dos Paiz. Baix., Art. 20.^o, e em todos os mod. Cod. d'Allem. ; ou, pelo menos, conservar-se, com alguma utilidade, mas sómente na suavidade da legislação em vigor, ao tempo da promulgação do Cod., qual era a simples expulsão para fóra da comarca até *seis mezes*.

Além disso, este elemento de penalidade podia bem ser substituído pela prisão, remível pela *caução*, admittida como pena accessoria no Cod. Hesp. Art. 24.^o, e termo de *bene vi-vendo*, que era introduzido pelos nossos costumes, e ou, mes-mo, pela *garantia (malleveria)* estatuida no Cod. das D. Sicil.

o espirito do presente Art., confrontado com os Art. 82.^o e 83.^o cit. ; mas fica sempre subsistente, ou a repugnancia do Art. 196.^o n.^o 4.^o, ou a lacuna do Cod ; pois cumpria providenciar para os casos de fuga do *desterro*, quando fosse de duração excedente a *seis mezes*.

Que a *prisão* satisfaz superabundantemente aos fins, que se podiam ter em vista com o *desterro*, reconheceu o mes-mo Cod. ; pois que, no §. 4.^o do Art. 19.^o, impõe a pri-são até seis mezes aos que fugirem dos logares do *desterro*, antes de findo o tempo do cumprimento delle. Assim o re-conhece também no Art. 359.^o, e 483.^o, em que se deixa ao juiz a opção entre uma e outra pena, e de forma, que, como se conclue deste último Art., o tempo de prisão equi-vale a uma unidade tripla desse tempo em *desterro*.

Melhor qualificado e definido achámos nós o *desterro*, no Cod. de 1837, pois que ahí lemos o Art. 44.^o assim con-cebido :

« O *degre-do* para fóra de villa e termo consiste em in- « hibir o réo de persistir e transitar na comarca do seu do- « micilio por certo espaço de tempo. »

A estas ponderações acrescentaremos : 1.^o que, não ob-stante a repugnancia deste Art. com as applicações praticas do legislador no Cod., o *desterro*, já simples, já aggravado, pode ter logar *arbitrariamente* pelo juiz, nos termos deste Art., sempre, que, entrando pelas regras da substituição das penas, conforme ao Art. 82.^o e 83.^o, escolha o *des-terro*, que assim pode applicar de tres mezes até tres an-nos : 2.^o que, ¹ escolhida esta penalidade, por *dous ou*

¹ Não é uma simples hypothese a que figurámos. Ha pouco assim foi julgado. Duas mulheres haviam sido condemnadas antes do Cod. a *degre-do* para *Castro Marim* por *tres annos*, por furto de pouca valia. Foram para o seu *degre-do*, e de lá, passados alguns mezes, fugiram. Encontradas em Lisboa foram presas, e correu o processo até condem-nação final, já sob o imperio do Cod. Os juizes em vista do Art. 35.^o, que só qualifica *degre-do* para as possessões ultramarinas, considerando o *degre-do* para *Castro Marim*, como *desterro*, nos termos do presente Art., fizeram applicação do Art. 196.^o §. 4.^o, e condemnaram as fugitivas em 20 dias de prisão, tendo em attenção o tempo da detenção. O Mi-nisterio Publico, tendo interposto recurso de revista, desistiu, e assim esta sentença passou em julgado.

As mulheres, findos os vinte dias, requereram e obtiveram soltura. Então o Ministerio Publico requereu ao juiz a captura para o effeito de serem transportadas ao logar do *desterro*, para ahí completarem o tempo da primeira condemnação, e foi indeferido. Aggravou para a Relação, e não obteve provimento. Recorreu em revista, e foi uniformemente negada, em sessão de 30 de Outubro de 1855, apesar das mais vivas requisições do Ministerio Publico.

Os juizes, porém, cumpriram a lei. Não podiam, em presença do Cod., chamar, senão *desterro*, ao *degre-do* para *Castro Marim*, que tantas vezes era denominado assim nas Ord. do Reino, nem por consequencia deixar de tirar desta nova qualificação todas as consequencias legais, princi-palmente attendendo a que eram favoráveis ás *desterradas*, segundo o disposto no Art. 70.^o

tres annos, e quebrantada pelo condemnado, tem este pelo proprio facto, incriminado no Art. 196.º §. 4.º, o meio de se livrar da condemnação, substituindo-a pela prisão, e reduzindo a duração da pena, não excedente a seis mezes, se assim lhe convier.

ARTIGO 40.º

A suspensão temporaria dos direitos politicos consiste na privação do exercicio de todos, ou de alguns dos direitos politicos, por um determinado espaço de tempo, que não pôde exceder a doze annos. Art. 37.º, 75.º, e outros ref. ao Art. 29.º n.º 6.º

O maximo da *prisão correccional*, assim como do *desterro*, não pôde exceder a *tres annos*: Art. 37.º e 38.º O minimo da *prisão* pôde ir até *tres dias*, e do *desterro* a *tres mezes*: Art. 83.º n.ºs 1.º e 2.º

Mas o *maximo da suspensão* dos direitos politicos pôde ir até *doze annos*, quatro vezes mais que o *desterro*; e o minimo, segundo o mesmo Art. 83.º n.º 3.º, não pôde nunca descer de dois annos.

E ainda assim, com esta desproporcionada aggravação, de *maximo* e *minimo*, esta pena, na ordem das correccionaes, é considerada no Art. 30.º, inferior á *prisão* e ao *desterro*, sendo ahi classificada em terceiro logar.

A mesma apreciação se faz no Art. 5.º do Decr. de 10 de Dezembro de 1852, como inferior no minimo de *dois annos*, á *prisão* e *desterro* até seis mezes, para os effeitos do julgamento em policia correccional, conforme aos Art. 1251.º e 1252.º, da Nov. Ref. Jud.

Mal podemos conformar-nos com esta apreciação.

Em um paiz constitucional, em um paiz livre, em que as leis devem manter, e fortificar, por todos os modos, o respeito e adhesão á liberdade, os direitos politicos devem ser contemplados de um ponto de vista mais elevadado, como de mais subido valor, em si mesmos.

O cidadão, que é suspenso dos seus direitos politicos, se é dos que apreciam a liberdade, sofre effectivamente uma privação, moralmente, dolorosa, na parte mais nobre dos seus direitos, segundo a constituição do Estado. É tolhido no exer-

cicio dos seus direitos de soberania; fica igualado aos estrangeiros, que residem no paiz. É uma especie de *servidão da pena*, porque passa do numero dos *cidadãos activos*, ao dos *cidadãos passivos*.

É certo, que, para muitos cidadãos, esta penalidade, longe de o ser, é um favor, porque os livra de ceder ás instancias de um influente para votar n'uma eleição; aos encargos de jurado, ou de tutor: mas, para esses, o legislador deve lançar mão de outras penalidades, que o sejam realmente, em quanto se não generalisar o amor e apego ao exercicio de taes direitos; e para outros, que pensam e sentem de diverso modo, a penalidade, com o minimo de *dois annos*, e maximo de *doze*, que abrange o espaço de não menos, que tres legislaturas completas, ou mais de metade, em termo medio, da vida civil, contada desde a emancipação legal, é uma pena, que deshonra, que infama, e que nunca devia figurar, por tanto, entre as *penas correccionaes*, independentemente de outras considerações, que a reprovam.

O mod. Cod. da Prus., §. 26.º, fixa o maximo desta penalidade em *dez annos*, e reduz o minimo a *um anno*. Mas nunca a considera, como penalidade principal, e sómente, ou como accessoria, ou como effeito de outra pena, como tambem já indicámos.

Entre nós, considerada, como deve ser, a vigilancia de policia, ultima fase de toda a penalidade, que importa privação material da liberdade de cidadão, os direitos politicos devem renascer com a plena restituição da mesma liberdade, em harmonia com a lei fundamental, Art. 9.º §. 2.º

Como pena principal, já nós demonstrámos a sua incompatibilidade, com a mesma Carta, além da sua inefficacia, por sómente ter um valor relativo, ou de estimação, e sem applicação, por tanto, a todos os infractores da lei, dada uma igualdade de circunstancias em determinada especie de crime, contemplado, em si mesmo, e em seus authores, com abstracção da capacidade, ou não capacidade, do exercicio dos direitos politicos, o que tornou necessaria a disposição do Art. 75.º, como a elle notaremos.

ARTIGO 41.º

O condemnado em multa é obrigado a pagar para o Estado uma quantia proporcional ao seu rendimento, até tres annos, arbitrada na sentença, de modo que, por dia, não seja menor que cem réis, salvo nos casos em que a lei taxar quantias determinadas. Art. 30.º; n.º 4.º; 79.º; §. 3.º; 83.º; 87.º; 101.

Este Art. tem por objecto: 1.º estabelecer, que as multas são pagas em beneficio do Estado.

O Cod. Pen. d'Austria no Art. 2.º, da Parte 2.ª, determinou, que as multas pecuniarias fossem *sempre em beneficio dos pobres do logar, em que se commetteu o delicto*.

No Cod. de 1837 Art. 44.º, se havia determinado, que as multas seriam applicadas, em favor de *um destino de publica utilidade*.

Mello Freire, no seu Ensaio de Cod. Cr., que, segundo as idéas do seu tempo, admittia o *confisco directo e total* dos bens do condemnado, e consequentemente admittia o *confisco directo ou parcial* por meio de multas, estabeleceu, todavia, no tit. 4.º §. 10.º:

« Posto que semelhantes penas pertençam ao nosso fisco. « nós as doámos por esta Ordenação *aos logares pios*, e concedemos, que os nossos ministros as possam applicar a seu « arbitrio *para as obras publicas e piedosas* do logar e seu « termo, ou da comarca. »

O Cod. do Braz., no Art. 56.º, determinou:

« As multas serão recolhidas *aos cofres das camaras municipales* » e por isso o respectivo Cod. de processo, tornando ali dependentes de liquidação, as multas respectivas ao rendimento, determinou, no Art. 435.º, que nesse processo fossem partes os réos e os procuradores das ditas camaras.

Na Toscana, pelo Cod. de Leopoldo, de 30 de Novembro de 1786, Art. 46.º, se havia determinado, que a impor-

tancia das multas pecuniarias revertesse em favor de um cofre especial donde sahisses, tanto as reparações de damno causado pelo crime, quando se não podessem haver dos offensores ou pela sua fuga ou pela sua falta de bens, como a indemnização de réos perseguidos e innocentes.

Qualquer destas redacções nos parece preferivel á que se encontra neste n.º — para o Estado.

Não podemos considerar decoroso, nem constitucional, que as multas, não só as judiciaes, mas ainda as penaes e correccionaes, figurem, de ora em diante, no orçamento, como uma das fontes da receita geral do Estado.

A moralidade publica e constitucional pede, que, tanto pela moderação das multas, como pela sua applicação, se não manifeste a idéa de confisco, que a Carta não tolera mais — em caso algum.

É preciso que o espirito fiscal, tão reprovado por Beccaria, não invada mais, nem por sombras, a nossa legislação criminal. É preciso, enfim, que nunca se possa dizer, como outrora, que os crimes dos subditos são para a Nação uma especie de patrimonio, e que assim o thesouro tem um interesse financeiro nessas condemnações, e, indirectamente, os juizes, que do Thesouro recebem os seus vencimentos. Não se diga, por modo algum, que os magistrados, comendo á meza do orçamento, comem da importancia das multas, em que condemnem os réos.

2.º Tem mais por objecto declarar, que consistem em uma quantia proporcional ao rendimento do condemnado.

O Cod. Hesp., Art. 79.º, determinou, que, na applicação das multas, os Juizes, dentro dos limites prescriptos na lei penal, determinassem o quantum, attendendo, não só ás circumstancias attenuantes e aggravantes do facto, mas tambem e principalmente, ao cabedal e facultades do culpado.

O Cod. do Braz., Art. 55.º, determinou, que as multas « seriam sempre reguladas pelo que os condemnados podessem obter em cada dia pelos seus empregos ou industria, quando a lei especificadamente as não designasse de outro modo. »

Parece, pois, que o nosso Cod. tomou este Art. do Cod. do Braz. por modelo, e procurou precisal-o mais; mas infelizmente, em lugar de o melhorar, peorou-o.

Sendo tão difficil avaliar o rendimento de cada um, sobre que tem recaido o imposto directo da decima, que tentando-se haver o mesmo imposto pelo methodo de reparti-

ção, segundo a C. de Lei de 19 de Abril de 1845, foi mister ordenar e praticar actos tendentes a fazer o recenseamento de todas as propriedades e profissões, que se frustraram por uma subsequente revolução, á qual serviu de principal pretexto a violencia praticada por esses mesmos actos; sendo ainda mais difficil essa avaliação, quando se não trata do que é simplesmente proprietario, mas do que tira a subsistencia de outros meios de industria ou trabalho; reconhecida essa difficuldade, ou antes a impossibilidade, para os effectos electoraes, admitindo-se a prova de um censo, em lugar da prova do rendimento, presumindo-se este por aquelle, como ainda ultimamente, foi legislado no Decr. eleitoral permanente de 30 de Setembro de 1852; particularmente reconhecida essa mesma difficuldade, nas providencias recentes sobre contribuição pessoal, que voltaram á repartição das contribuições directas sobre as industrias, segundo o systema consignado na referida C. de Lei; sendo, enfim muito saliente o exemplo, dado por Guilherme 3.º, Grão-Duque de Luxemburgo, substituindo, ainda ha poucos annos, os impostos pessoal e de patente, pelo de propriedade movel, para assim chegar á avaliação das fortunas industriaes, por um modo presumptivo, e indirecto; custa a crer, que no estado da nossa legislação, e da de quasi todos os paizes a este respeito, o Cod., que devia escolher o melhor, senão absoluto, relativo, adoptasse a base do rendimento do criminoso, para multar na proporção desse rendimento!

Essa base tão incerta, tão questionada, sómente é boa e indispensavel, para o lançamento ou repartição dos impostos, para que cada um contribua, para as despesas do Estado na proporção dos seus haveres; mas em materia penal é inadmissivel, para se não confundir a pena com o tributo, e se não reduzirem ambos, na essencia e no modo da deducção e applicação, ao confisco.

3.º Tem mais por objecto, estabelecer o maior arbitrio, como se vê das palavras — arbitradas na sentença.

O juiz, pois, permita-se-nos a expressão — faz e baptisa! — Tem duas operações a praticar, a 1.ª arbitrar o rendimento do criminoso, a 2.ª condemnar em dias, mezes, ou annos, entre o maximo e minimo taxado na lei.

Para a primeira operação, não, se estabelecem, regras algumas, tendentes a encontrar a verdade, ou a aproximar della. Pelo contrario, presereve o Cod., que o calculo do ren-

dimento não seja menor, que cem réis, em quanto, que o salario d'um jornaleiro pôde regular em algumas provincias do reino por 60 réis diarios; e prescreve mais, que o não possa exceder a 2\$000 réis, em quanto que é de notoriedade publica a existencia de muitos cidadãos, que tem 10, 20, 30, e mais de rendimento diario.

O juiz poderia, na applicação, proporcionar a multa ao rendimento, se pudesse rebaixar esta na primeira hypothese, e aggravar-a na segunda, tirando, ou augmentando, em o numero de dias, conforme ao *excesso* ou *defeito* da avaliação dos rendimentos, provenientes das falsas balisas postas pelo legislador: mas ainda, desgraçadamente, este *arbitrio*, que seria *benefico*, em taes casos, se torna impossivel, na maior parte dos Art. do Cod., em que a multa apparece como pena accessoria, ou se accumula a outra de prisão ou degredo, simplesmente em virtude do preceito — *multa correspondente*, — forçando o juiz a condemnar em tantos dias de multa, quantos forem os da prisão ou do degredo.

Mais valia, nesses casos, o *arbitrio* illimitado, tal qual o admitte este Art., porque assim os Juizes e os Tribunaes remedeariam, pelos principios do Direito e da Justiça universal, a deficiencia do legislador.

4.º Emfim, tem por objecto resalvar os casos, em que o Cod., afastando-se dos principios, que prescreve, impôz, como multa, quantias determinadas.

Mas, ou a proporção, que se quiz encontrar no rendimento do criminoso, é justa ou não — se é justa, devia a Lei penal ser igual para todos os casos, e se não é justa, menos justo podia ser o *arbitrio*, que assume o legislador de fixar quantias determinadas, porque estas tem então mais evidente a realidade do *confisco*, e tiram á penalidade a sua *divisibilidade*, indispensavel á justiça distributiva, segundo a diversidade de circumstancias.

A regra, pois, com a excepção, só demonstra a falta de pensamento e de systema a este respeito, assim como a incoherencia do Cod., e tanto maior, que é mui crescido o numero destas excepções.

Effectivamente, a incoherencia com a regra, encontra-se nos Art. 277.º 305.º, 396.º 457.º e §.º 1.º, §. 2.º, e 458.º, que admittem maximo e minimo de quantias determinadas em dinheiro, e nos Art. 204.º, 205.º, 215.º, 319.º, 320.º, e 321.º, em que se estabelecem quantias fixas, sem maximo

nem minimo, tirando-se nestes casos ao juiz até *aquelle mesmo justo arbitrio*, que é indispensavel, para que possa graduar a pena, em vista das circumstancias aggravantes ou atenuantes!

Umaz vezes immenso e *duplicado arbitrio*, só com restricções repugnantes ao principio adoptado; outras vezes só arbitrio entre maximo e minimo de quantias determinadas; outras vezes nenhum arbitrio!

Por qualquer das formas temos o confisco; temos a violação da Carta, que o aboliu. Não temos o nome de confisco mas temos a sua realidade. Mais adiante, ao Art. 101.º, voltaremos ao assumpto, e já d'elle dissemos bastante ao Art. 30.º, n.º 4.

ARTIGO 42.º

A pena de reprehensão obriga o condemnado a comparecer em audiência pública, do juízo respectivo, para ali ser reprehendido. Art. 30.º n.º 5.º; 130.º §. 2.º; 168.º; 430.º §. 2.º

Vê-se, pois, do contexto do presente Art., que a *reprehensão* é um castigo, realisado; 1.º pelo proprio juiz; 2.º em *audiencia publica*; 3.º por meio de *palavras não escriptas*.

É a pena do *carcan*; do *pelourinho*, segundo as Ordenações; da *prisão á porta da rua*, segundo o foral de *Ouren*; substituida pela *audiencia publica do juizo*; sendo executor, e instrumento, o proprio juiz. Pena risivel e inefficaz, que toca as metas da impunidade, para uns; e que póde ser insolente, infamante, vergonhosa, e atroz, para outros.

Importação dos Cod. da Hespanha, e da Sardanha, e de alguns outros d'Allemanha, mas que se não encontra em tantos outros conhecidos da Europa, como notámos ao Art. 30.º n.º 5.º

No systema penal dos antigos Cod. não era desconhecida esta maneira de punir, que sempre imprimia uma certa nota, ou mancha, que a fazia reputar infamante; porque, e com rasão, se suppunha, que, revestida de certas solemnidades, e applicada a quem fosse susceptivel de ser moralmente ferido por ella, não era mais, que uma offensa, ou insulto, praticado, em nome da lei, se não sempre em menoscabo, em vituperio, e desconsideração, dos assim punidos.

Era, porém, ignorada dos nossos costumes, e sem fundamento expresso na legislação patria, excepto a censura, como *disciplinar*, que é cousa diversa. O nosso mestre, Mel-

lo Freire, tambem não a comprehendeu no seu Ensaio do Cod. Cr. — O Cod. de 1837 desconheceu-a completamente.

O Cod. do Braz. guardou sobre ella absoluto silencio.

Outro tanto desejámos nós se verifique na futura revisão do Cod. — Bem pouco se perderá com isso, em vista do pouco prestimo da mesma penalidade, segundo as determinações especiaes do mesmo Cod., como ponderámos tambem ja o cit. n.º 5.º do Art. 30.º

ARTIGO 43.º

A pena de demissão ou perda do emprego pôde ser com declaração de incapacidade para tornar a servir qualquer emprego; e pôde ser sem essa declaração. Art. 31.º n.º 1.º

A pena da demissão é, pois, ou simples, ou qualificada. A primeira importa inhabilidade perpetua para servir um emprego. A segunda restringe a inhabilidade ao emprego de que se é dimitido.

Assim, a sentença, quando a demissão fôr simples, pôde ser completamente illudida. Um escrivão do juizo ordinario de um julgado, pôde ser despachado escrivão do juizo ordinario de outro julgado. Pôde mesmo ser melhorado com um logar, de escrivão em uma comarca, de tabellião, etc. Um official do thesouro, pôde passar a ser official em outra secretaria, no tribunal de contas, na junta do credito publico; ou a ser empregado em uma alfandega; ou, mesmo, a ser promovido, sendo feito chefe, ou director, de uma repartição!

A sentença, todavia, será completamente cumprida, e nem as penas pôdem ser ampliadas, por identidade de razão, que assim o prescreve o mesmo Cod.

Sobre a pena, em si mesma, já nós dissemos o que sentiamos ao Art. 31.º n.º 1.º Sómente deveria ter logar, como pena principal, contra aquelles empregados, que, inamoviveis pela Carta, ou por lei, não podem perder os seus logares, senão por sentença.

ARTIGO 44.º

A suspensão do exercicio do emprego não pôde exceder a tres annos. Art. 31.º n.º 2.º, e rel.

Quanto mais se examinam e consideram as determinações do Cod., relativas á *demissão*, ou *suspensão*, dos empregos publicos, quando erigidas em elemento de *penalidade principal*, mais nos convencemos, de que taes penalidades são inadmissiveis, como do dominio do Cod. Pen., e da acção dos tribunaes de Justiça commum.

O objecto do Art. parece ser restrictamente destinado a determinar o maximo da duração da suspensão do emprego, fixando-a em tres annos. Mas as palavras — *do exercicio* — que aqui se encontram, ou são superfluas, ou de impossivel, ou de arbitraría, execução, como susceptiveis de ser interpretadas diversamente.

Se a suspensão do emprego pôde ir até tres annos, hade o empregado suspenso, se fôr estipendiado pelo Estado, ficar sem o vencimento correspondente ao seu emprego durante todo esse tempo?

Uns responderão negativamente, dizendo, que os ordenados tem a natureza de *alimentos*, e, como taes, não podem ser sequestrados, nem attribuido esse mal como *effeito* da pena, sem que o Cod. assim expressamente o determine; que o Art. falla só da *suspensão do exercicio*, e não da *suspensão do abono* na respectiva folha, e que as penas não podem ampliar-se além dos termos litteraes da lei penal.

Que se fosse da mente do legislador attribuir esse effeito á suspensão do exercicio, tel-o-hia assim declarado no Cap. seguinte, que trata dos effeitos das penas, e logo depois do Art. 62.º, que trata dos effeitos da perda do emprego.

Que, finalmente, aquelle effeito, assassinava o criminoso, tirando-lhe os meios de subsistencia indispensaveis a si

e a sua familia, que assim vinha a ser punida sem culpa, passando a pena, nos seus effeitos, além da pessoa do delinquente, contra o preceito da Carta, Art. 145.º §. 19.º, e do mesmo Cod., Art. 102.º, que tambem assim o prescreve.

Outros responderão affirmativamente, dizendo, que os vencimentos dos empregados publicos, comprehendidos no orçamento das despesas do Estado, não são de *personas*, mas de *serviço*: que assim é expresso na lei fiscal, de 16 de Maio de 1832, declarando, que os ordenados são o pagamento dos serviços, que se prestam, e cessam desde que os serviços acabam.

Que a suspensão do vencimento é uma consequencia, inevitavel, da suspensão do emprego, é que o empregado suspenso sofre justamente todas as consequencias, proximas ou remotas, do seu crime.

Que se não pôde admitir o contrario sem absurdo, por isso que seria converter a pena em premio, authorisando o empregado a receber salario, ou a retribuição do serviço, sem ter o incommodo de o prestar.

Que, finalmente, estando assim declarado especialmente a respeito dos juizes, quando suspensos, na hypothese da C. de Lei de 10 de Abril de 1849, posto que constituam um dos poderes do Estado, e seja por isso indispensavel não lhes faltar a sua subsistencia, com mais forte razão se deve assim intender em geral, a respeito dos demais empregados publicos.

Estas razões pôtem ser combatidas, uma por uma, assim como impugnada a replica: e, em termos taes, como ha-de resolver-se a questão? Pelo Cod. Pen. certamente não, porque é omisso, quando o não devera ser.

Ha-de, pois, ser resolvida pelo governo, pelo respectivo ministro d'Estado, que suspenderá, ou não, os vencimentos do empregado, segundo a sua maneira de ver, dos fiscaes do thesouro na respectiva repartição, ou as sympatias ou antipatias, a maior ou menor protecção, que predominarem, a favor, ou contra o condemnado?

Assim poderá um ministro d'Estado attenuar, ou aggravar, a condemnação!

Isto prova o absurdo de serem comprehendidas no Cod. Pen., *penas especiaes* para aquelles empregados publicos, que, sendo *amoviveis*, á vontade do governo, só delle devem depender para a conservação do exercicio, e dos ven-

cimentos, dos seus logares, embora nas respectivas leis disciplinares estejam marcados os casos puniveis, com demissão, com suspensão, ou com a censura, que são unicamente comminações administrativas, e preventivas da regularidade do serviço publico.

E tanto mais que, sendo independentes os poderes politicos, um ministro d'Estado não pôde ser obrigado a retirar a confiança, por virtude de uma sentença, ao empregado, que lha merecer; ao empregado, que, perante elle, se justificar, ou mostrar improcedentes os fundamentos do julgado; ao empregado, que, por seus conhecimentos especiaes e technicos em alguma repartição, se torne indispensavel, ou cuja falta de comparecimento, e de cooperação, reverta em damno publico.

E tanto mais, em fim, que, não havendo, ou não se devendo presumir, que hajam, *sinecuras* nos empregos estipiendiados pelo thesouro, antes sendo certo, que os empregos existem, porque a necessidade, ou a utilidade publico, os exigem, o ministro d'Estado, que é responsavel pela regularidade, e pontualidade, do serviço publico a seu cargo, não pôde ser obrigado, pela sentença, emanada de um tribunal de justiça, a não prover em outrem o logar do empregado suspenso; a tornar mais difficil e mais pesado o serviço dos outros empregados, fazendo-lhes prestar o que deveria ser praticado pelo mesmo funcionario; nem, finalmente, a continuar a sua confiança ao mesmo empregado, que pela condemnação pôde ter perdido a força moral, que virá, por isso, envergonhar a respectiva repartição. Assim o ministro pôde e deve demittir-o, em tal caso, para fazer nova nomeação, novo provimento, como já sustentámos.

Pôde, pois, ficar, ou illudida esta pena: tanto, se o empregado, sem trabalhar, percebe os seus vencimentos, com a conservação do seu logar, além dos outros modos, que o governo pôde empregar para tornar inefficaz a condemnação, e que já indicámos ao Art. 31.º n.º 3.º, e anteced.; como, sendo excedida na sua execução, dando-se-lhe os effeitos, ou da suspensão do abono respectivo, ou de uma subsequente demissão, que facilmente será justificada na presença das necessidades, ou da urgencia, do serviço do Estado.

Logo, semelhante penalidade, como principal, como do não dominio de um Cod. Pen., deve ser eliminada, porque um

Cod. Pen. não deve authorisar a imposição de pena alguma, que, na sua execução, possa ser annullada, inutilisada, ou excedida, impune e legalmente, pela acção ordinaria de outro Poder independente, a não ser pelo Moderador, em harmonia com o Art. 74.º §. 3.º da Carta Const.

ARTIGO 45.º

A pena de censura dos empregados publicos póde ser, ou simples, ou severa, com as formalidades decretadas na respectiva lei disciplinar. Art. 31.º n.º 3.º; 291.º §. 2.º

A jurisdicção *disciplinar*, ou de *censura*, tem por fim, como ja notámos, ao n.º 3.º do Art. 31.º advertir e corrigir as *faltas* dos funcionarios publicos, commettidas, dentro ou fóra do exercicio de suas funcções, diz, quanto aos juizes, a lei de 10 de Dezembro de 1849, Art. 1.º, que, *não tendo a qualificação de crime ou erros de officio*, mostram, comtudo, esquecimento e desprezo da dignidade da magistratura, e do zeloso cumprimento de seus deveres.

Esta *censura*, ou é *simples*, ou é *severa*, segundo a mesma lei, distincção, que o Cod. Pen. adoptou.

Se, pois, se não trata de factos puniveis pela lei penal, nem mesmo de *contravenções*; se até este Art. pela adopção da palavra *censura*, não alterou a natureza do seu objecto, nem as formalidades prescriptas na respectiva lei disciplinar; que cabimento podia ter no Cod. uma semelhante materia?

Outra cousa determinou expressamente o Art. 22.º do Cod. Hesp., negando a qualidade de penas ás multas e mais correções, que o superior imponha a seus subordinados no uso da jurisdicção disciplinar. Sábia determinação, que nós quizeramos antes ver adoptada, que assim preterida.

« No se reputan *penas*.... (diz o cit. Art. do Cod. Hesp.)
« Las multas y demas correcciones, que los superiores impongan á sus subordinados en uso de su jurisdiccion disciplinal. »

Pacheco, diz no seu commentario a este Art., que nestas faltas se dá, em realidade, *culpa*, e, por tanto, rigorosamente, na correção, uma *verdadeira penalidade*. Mas, ainda assim, elle mesmo reconhece, que a materia disciplinar é

de tão difficil apreciação pela sua immensa variedade, e de tão pouca importancia, pela tenuidade das penas, que o seu Cod. bem fez em as excluir da esphera penal.

Nós, porém, tomámos, como se ha visto, de mais longe, a incompetencia de um Cod. Pen., para que nelle o legislador se intrometta a providenciar sobre semelhante objecto.

E que significa a expressão — *formalidades* — a que o Art. se remette e que manda guardar ?

Excluirá ella a *competencia* das authoridades, a que até aqui pertencia exclusivamente a jurisdicção disciplinar? Os conselhos disciplinares, serão, nos casos previstos na lei de 10 de Dezembro de 1849, substituidos pelos tribunaes de policia correccional, salvo unicamente o *processo especial*, prescripto na mesma lei ?

O Decr. de 10 de Dezembro de 1852, Art. 5.º, chamando *crimes*, não só aos *delictos*, como são definidos, no Art. 1.º e 2.º do Cod., não só ás *contravenções*, como são definidas no Art. 3.º e 4.º; mas tambem ás *faltas* dos empregados publicos, que nem são *crimes*, nem *erros de officio*, como são definidas no Art. 1.º da lei de 10 de Dezembro de 1949, pois comprehende a *censura*, que só a estas corresponde: determina, muito expressamente, que os factos, a que é comminada a *censura*, que são todos aquelles, a que se refere o Cod. Pen. neste Art.º, remissivamente ás respectivas leis disciplinares, que assim incorpora virtualmente no Cod., serão processados *correcionalmente*, nos termos do Art. 1251.º e 1252.º do Ref. Jur., salvo se, para certos *crimes*, houver *processo especial*.

Parece-nos tão absurda esta intelligencia, que não podemos adoptar a *lettra*, nem do Decr., nem do Cod., em quanto uma nova lei de processo crime, em harmonia com o Cod. nos não vier esclarecer.

Em todo o caso, as palavras — *com as formalidades etc.* — constituem a unica differença, essencial, que se dá entre a pena de *reprehensão*, e a de *censura*, assim como demonstram a lacuna do Cod. para os casos, em que não existem decretadas *essas formalidades*; inconveniente, todavia, que se não dá a respeito dos juizes, caso unico, em que o Cod., no Art. 291.º §. 2.º, applica semelhante penalidade, como atenuação, ou em rasão de não haver mais que negligencia, como notámos ao Art. 31.º

ARTIGO 46.º

A duração das penas temporarias é determinada pelos juizes, não podendo exceder-se nem abreviar-se os termos mais do que é marcado na lei, salvo nos casos especialmente declarados. Art. 79.º; 82.º; 83.º

As palavras do Art. — salvo nos casos *especialmente* declarados, — tornam a excepção antinomica e repugnante com a disposição *geral* do Art. 82.º §. un. e Art. 83.º; porque nos termos, que, *em geral*, ali são declarados, os juizes podem, não só *abreviar* as penas até ao seu minimo, mas substituil-as por outras inferiores na escala. Talvez se diga, que é precisamente ao Art. 82.º §. un. e Art. 83.º, que o Art. se refere: mas, se são *especiaes* essas determinações, acham-se então deslocadas no presente livro, aonde, conforme sua epigrafe, se prometteu tratar das — *disposições geraes*.

Além disso, quer o legislador declarar, que os juizes tem *arbitrio* entre um maximo e um minimo, para fixarem a duração da pena, quando esse maximo e minimo fôr declarado na lei, e são privados de todo o *arbitrio*, quando fôr o proprio legislador o que determine essa duração, como nos casos, em que elle commina logo o maximo, ou fixa o minimo, de qualquer pena temporaria, com applicação a determinada *hypothese*, por elle especialmente prevista.

Tudo se reduz, por tanto, a recomendar aos juzes, que devem, nesta parte, cingir-se litteralmente á disposição da lei penal; o que é absolutamente desnecessario, porque todos elles sabem, ou devem saber, que essa é restrictamente a sua missão. Podia, pois, este Art. ser dispensado.

Isto não passa de uma imperfeição de redacção; mas, como nada se considera superfluo no estilo do legislador, segundo as regras de Direito, e a lei penal sobre todas, deve ser clara precisa, concordante, e harmonica na sua expressão, taes imperfeições podem produzir obscuridades e duvidas na execução, o que é sempre bom prevenir.

ARTIGO 47.º

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

§ unico. Considerar-se-ha a pena de degredo immediatamente superior á de prisão correccional, nos casos em que a Lei decretar, sem declaração, a pena immediatamente superior, ou inferior; e não poderão ter logar as penas de expulsão do reino, e da perda dos direitos politicos, se não nos casos em que a Lei especialmente as decretar. Art. 78.º; 81.º; 82.º; 83.º; 80.º; 89.º

Os termos, em que se acha concebida a disposição do presente Art., podem conduzir a uma conclusão absurda, quando se trate das penas *especiales* para os empregados publicos. Não pôde haver duvida, nem pela natureza das penas, nem pela sua collocação no Cod., nem pela sua denominação, comparada com as da primeira classe, que as penas *correccionaes* são de uma cathogoria inferior: mas não aconteceu o mesmo a respeito das referidas penas *especiales*, que se houvessem de buscar a sua importancia legal, segundo a ordem de precedencia com que se acham descriptas neste capitulo, seriam de todas as ultimas, pois que, o Art. 31.º é precedido materialmente pelo Art. 30.º, de que resultaria, que a suspensão de um emprego, ou mesmo a demissão, se reputariam inferiores a uma multa, ou mesmo a uma reprehensão.

Devendo, porém, as leis ser interpretadas de modo, que não resulte absurdo, temos por certo, que a disposição deste

Art. nada tem com as penas, declaradas em terceiro logar no Cod., para os empregados publicos, as quaes por isso mesmo, que são *especiales*, não podendo soffrer comparação, nem com as penas maiores nem com as *correccionaes*, só devem graduar-se entre si, sendo a demissão mais grave, que a suspensão, e esta que a censura.

Todavia, em contradicção, com o que acabámos de demonstrar, se lê no Art. 5.º do Decr. da mesma data;

« Os réos de quaesquer crimes, a que pelo Cod. Pen. « corresponda sómente alguma das penas correccionaes seguintes: »

« 1.º Prisão até seis mezes :

« 2.º Desterro até seis mezes :

« 3.º Suspensão dos direitos politicos até dois annos : ¹

« 4.º Multa até a um mez, ou até 20\$, quando a Lei

« fixa as quantias :

« 5.º Reprehensão :

« 6.º Suspensão de empregos até dois annos.

« 7.º Censura.

Por esta fórma foram doutrinalmente declaradas *correccionaes* as penas *especiales* da suspensão e da censura, e postostas estas á multa e á reprehensão; assim como a demissão passou a figurar entre as penas maiores, por argumento de exclusão e comprehensão, combinado o mesmo Art. 5.º com o 6.º e 8.º do mesmo Decr. que, aliás, não declarou, como cumpria, que esta classificação, ou arrumação, era sómente admittida para regular os efeitos da competencia e de processo, pois que, em termos claros e expressos, presupoz a suspensão e a censura penas *correccionaes* pelo Cod. Pen.

Esta objecção, que fazemos a nós mesmos, faz subsistir o perigo do absurdo de interpretação, que pretendemos evitar, ficando sempre demonstrado, que, sobre os mais inconvenientes, que resultam da incompetencia destas penas *especiales*, accresce a *amphybologia*, derivada do methodo pratico, porque foram estabelecidas é classificadas, sem declaração alguma, que a resolvesse.

¹ A desarmonia deste Decr. com as determinações do Cod. é palpavel. Assim como o maximo de suspensão dos direitos politicos nunca pode ir além de doze annos nos termos do Art. 40.º, tambem o minimo nunca pôde descer de dois annos, segundo o Art. 83.º Como se concilia, pois, a suposição do legislador, de um minimo inferior, aqui nas palavras até dois annos

Quanto á doutrina do Art., é ella incontroversa á primeira vista ; mas a sua verdade *moral* absoluta desapparece, fazendo-se alguma reflexão.

A *perpetuidade* é, sem duvida, mais grave que uma *duração limitada*.

Na primeira, dá-se uma *escravidão da pena*, que só termina com o fim da vida ; é a agonia de um *captivo perpetuo*. Na segunda, a *esperança* do condemnado acompanha o padecimento ; e a idéa de que um dia lhe serão quebrados os ferros, lhe suavisa o sofrimento ; e o fortifica para o cumprimento da pena.

Mas isto, que é uma verdade em these, verdade de intuição, verdade mathematica, porque 10, ou 15 annos, é penalidade menos grave, que esses mesmos annos juntos a todos quantos decorrerem até á morte de um culpado, não é exacto, quando se applique, como se faz neste Art., de uma qualquer pena *perpetua*, a outra qualquer pena *temporaria*, ou de diversa especie ou natureza ; e ainda é menos verdadeiro, quando se contemple com abstracção dos diversos delinquentes.

O degredo simples, *por toda a vida*, é menos grave, que os trabalhos publicos, por 10, 15 ou 20 annos, ou mesmo que a prisão, por igual tempo agravado com o *isolamento*, com o *trabalho forçado*, ou *como presidio no ultramar*.

Para a maior parte dos delinquentes um degredo perpetuo, ou mesmo a prisão perpetua, seria preferivel, se dependesse da sua escolha, a poucos annos, de *grilheta* ou de *galés*.

Depois, que mais significa, ou que mais vale, para os delinquentes de mais de cincoenta annos, ou de debil constituição, uma pena perpetua, que outra da mesma natureza, por 15 annos ?

Tem elles, grande probabilidade, de que hão-de viver alem do termo do cumprimento da pena ; e, se sobreviverem, por que tempo, e em que estado decrépito, poderão rehabilitar-se para a sociedade ?

Este é um dos grandes vicios e defeitos da penalidade, adoptada em todos os Cod. do mundo civilisado. Não tomam em conta os legisladores nos seus calculos de duração da vida do homem, as differenças, que nascem, não só da diversidade dos factos, mas da dos seus agentes, de que, todavia, essencialmente depende a apreciação do *elemento moral*,

parte componente do *mal* do crime, a que tem de ser applicado o *remedio* da pena ! Amortisação perpetua, ou temporaria, do homem criminoso ; vindicta social ; e imposição de terror pela severidade ; são os meios, não só predominantes, mas quasi exclusivos, de que lançam mão, cuidando assim extirpar o crime ! !

Quanto ás determinações do §. un., cumpre notar, em relação á sua segunda parte, que, se a *expulsão do reino e perda de direitos politicos*, são penas ; era claro, que não podiam ter logar, senão nos casos, em que a lei penal *especialmente* as decretasse. É o preceito da C. Const. Art. 145.º, §. 10.º, e é o que geralmente se acha determinado no Art. 68.º do Cod. « *Não poderá ser applicada pena alguma, que não seja decretada na lei.* » Isto bastava.

Á primeira vista, pois, parece conter a segunda parte deste §. uma superfluidade, que é hoje preciso conciliar, o que facilmente se conseguirá, advertindo-se, que este § tem por objecto declarar : 1.º que a ordem de precedencia não regula, entre as penas maiores e as correccionaes, senão até ao n.º 4.º *inclusive*, ficando-lhes immediata a primeira das penas correccionaes ; 2.º que as penas *maiores* de *expulsão do reino, e da perda de direitos politicos*, ficam excluidas da sua precedencia ás *correccionaes*, como penas *sua generis*.

Importa, por tanto, uma explicação e uma excepção ao Art. com relação a estas duas penalidades, e como tal, seria mais claro, e mais coherente, que estas ficassem excluidas da enumeração geral, feita no Art. 29.º, sem perjuizo da excepção.

Assim o praticou o Cod. da Bav., quanto á expulsão do reino, declarando, no Art. 36.º, os casos *especiales*, em que poderia ter logar, excluindo-a, por isso, do catalogo das *penas communs*, como se vê do Art. 4.º

Affastada, porém, assim a arguição de superfluidade, consequencia da indevida collocação dos n.ºs 5.º e 6.º no Art. 29.º, apparece a deficiencia na mesma declaração, porque, tratando da *perda dos direitos politicos*, guarda silencio sobre a *suspensão temporaria dos mesmos direitos*, comprehendida em o n.º 3.º do Art. 30.º

Donde poderá o interprete concluir, que fica no arbitrio do juiz, independentemente de lei especial, impôr a suspensão dos direitos politicos, como pena principal, em casos, que uma lei especial não tenha previsto : conclusão inadmis-

sivel: 1.º porque lhe obsta o cit. Art. 68.º do Cod. ; 2.º o Art. 9.º da C. Const., que deve ser conservado em tudo, quanto expressa e litteralmente se não achar ferido pelo Cod. ; 3.º porque em parte nenhuma do mesmo Cod. se acha concedido aos juizes poderem impôr a suspensão dos *direitos politicos*, como pena principal, nem como substituição, antes o contrario se demonstra dos Art. 81.º e 82.º As penas *maiores temporarias* podem ser umas substituidas por outras até á prisão correccional exclusive ; mas nas *correccionaes* só pela multa póde ter logar a substituição.

Resta-nos notar 1.º : quanto á 1.ª parte do §. un., para o effeito de considerar a pena de degredo immediatamente superior á prisão correccional, nos casos em que a lei decretar, sem mais declaração, a pena immediatamente superior ou inferior, que é inutil semelhante disposição ; por que em caso nenhum, previsto no Cod., se encontra o decretamento, a que se allude, ficando assim esta declaração absolutamente esteril, excepto se sobrevier lei, ou o caso se dê em alguma das leis especiaes em vigor, não compiladas nem substituidas no Cod.

2.º, que o disposto no presente Art., como regra geral, de substituição das penas legaes, por outras *imediatamente inferiores* ou *superiores*, quando se derem causas de atenuação ou de aggravação, presuppõe um systema de applicação de penas, que o Cod. não adoptou. O legislador encarregou-se, no Cap. 2.º do tit. 3.º deste Liv., de designar as penas, que hão-de substituir as declaradas na Lei, caso concorram circumstancias attenuantes ou aggravantes, prescrevendo a esse respeito, regras muito diversas, e um certo arbitrio, e mesmo a escolha, que entregou á prudencia dos juizes.

A necessidade de se fixar, em regra geral, quaes se devem reputar penas *imediatas*, só apparece no Art. 86.º, nos casos da *reincidencia*, quanto ás *imediatas superiores*, e ainda então com tres restricções : 1.ª de ser perpetua a pena do ultimo crime : 2.ª de ser excluida a pena de morte : 3.ª de não ter applicação nas penas temporarias ; e no Art. 89.º, nos casos do *delicto frustrado*, mas tambem com duas restricções : 1.ª de ser perpetua a pena do crime consummado : 2.ª de ficar aos juizes a escolha entre a temporaria da mesma especie, e a perpetua *imediatamente inferior*.

Assim se demonstra, mais e mais, a falta de coheren-

cia, que constantemente se revela no Cod., consequencia da adopção de diversas determinações, firmadas em systemas diversos, sem subordinação a um determinado, bom ou máo, mas a que se dêsse preferencia.

Sem duvida, que qualquer systema, por melhor que seja, póde não ser absoluto, mas as excepções não devem ser superiores e predominantes ás regras, que elle estabelece, ou que delle se derivam ; nem as regras se constituem para as excepções, devendo estas antes confirmal-as, que absorvel-as, como acontece em relação ás disposições do presente Art. e seu §., que sómente ficará tendo applicação, quando no Cod. não haja determinação especial reguladora de atenuação, ou de aggravação, o que difficilmente poderá acontecer, fóra dos casos mencionados.

ARTIGO 48.º

A pena de trabalhos publicos agrava-se, sendo os trabalhos no Ultramar. Art. 78.º, §. 2.º; 79.º, §. 1.º e 2.º

Como elementos de penalidade *principal* podia reduzir-se a doutrina deste Art., e subsequentes, á *prisão*, e ao *degreço*. Na concorrência destas penas, a segunda torna-se, por inferior, accessoria da primeira. A primeira, porém, *accessoria* da segunda, quando perder a sua superioridade pela sua menor duração. As multas nunca podem disputar o lugar de pena principal, quando concorram com a prisão ou o degredo.

Nos modos de agravação também se dão gradações; sendo estes o *trabalho*, o *isolamento*, as *privações*, o *degreço*, as *multas*, e nas penas temporarias, a perda dos direitos politicos, a demissão do emprego e a sujeição á especial vigilância de policia.

Assim poderia dizer-se:

A prisão agrava-se:

1.º Com o degredo; e este se é para as possessões orientaes da Africa, como determina o Art. 50.º

2.º Com trabalho *forçado*, e este se é *publico*, em presidio, ou em galés.

3.º Com o *isolamento*; e este, se é simples e *absoluto*, e não de *prisão individual* sómente; com trabalho *forçado*, ou sem trabalho, com jejum ou sem elle, abstinencia; cama dura, etc.

4.º Com as multas, e estas, segundo mais distantes ficam do minimo fixado na lei.

O degredo agrava-se:

1.º Sendo para as possessões orientaes da Africa, como se determina no cit. Art. 50.º

2.º Com a prisão de menor duração, que o degredo: e esta com todos os modos de agravação, que ficam indi-

eados em n.º 2.º e 3.º para a prisão, quando pena principal.

3.º Com as multas, e estas se são mais ou menos fortes, como fica dito.

Nas penas principaes temporarias dá-se igualmente pelo Cod. agravação independentemente de circunstancias agravantes, pelas penas accessorias, que, depois do cumprimento daquellas, o condemnado fica suportando, na perda dos direitos politicos; na sujeição á especial vigilância de policia; e, se era empregado publico, na perda do seu emprego, de que antes retirava a subsistencia.

Assim declaradas se tornariam mais precisas, e menos deficientes, as disposições destes Art.

Escusâmos, porém, dizer, que estes modos de agravação, assim considerados, revelam um espirito de vingança, ou idéa *predominante* de justiça social, de expiação, com relação ao crime, e abstracção de emenda no condemnado, que não podem por isso merecer a nossa, ainda que fraca, approvação. Outros são os principios, que estabelecemos, que julgâmos legitimos, e convenientes, e, por tanto, unicos em conformidade com as regras da moral.

Por ultimo, devemos notar, quanto á materia do Art., que pelo conceito, que formâmos, dos *trabalhos publicos*, é provocar indirectamente a morte, quasi certa, do delinquente, mais ou menos rapida, a agravação *no ultramar*: a lei sómente evita o espectáculo do ultimo supplicio, lançando para regiões distantes, e insalubres, o condemnado em ferros, e no estado de escravidão penal.

Mais humano é o Cod. Pen. da Prus., que pelo modo com que faz executar a pena de morte, dentro dos muros de uma prisão, ou de um logar tapado, consegue o mesmo fim, de se livrar do criminoso, e da publicidade do espectáculo, sem alongar, nem agravar, a agonia do criminoso, que considera perigoso, ou incorregivel. Mais humano, porque o trabalho *forçado* nunca é agravado por semelhante forma, nem por outra equivalente, mas sempre em estabelecimento proprio, não o despidindo, por isso, nunca, do character *correcional*, que devem ter todas as penas!

ARTIGO 49.º

A pena de prisão agrava-se quando é com isolamento, ou no Ultramar. Art. 29.º n.º 3.º; 34.º; 37.º; 78.º §. 3.º; 97.º; 98.º; 99.º

Quando as premissas são falsas, as consequencias necessariamente não-de ser erradas.

Considera-se aqui na pena o *mal physico*, a *dôr da expiação*, e não o *remedio*, o *bem moral*, tanto para a sociedade, como para o culpado, que o *mal physico*, ou a *dôr da expiação*, produz, ou deve produzir, quando dos elementos de penalidade se fizer *uso*, e não *abuso*.

Se a prisão, como pena principal, para ser legitima, cumpre que seja um *remedio*, um *bem*, contra o *mal* do *maleficio*, todas as privações, ou restricções, que accederem á prisão, como penas *accessorias*, devem tambem, para ser *legitimas*, constituir com ella uma *perfeição*, um *melhoramento* do mesmo *remedio*, e, por tanto, um *maior bem*, como *exige o maior mal do maleficio*.

Postos estes principios, que são, em substancia, os que expozemos e demonstrámos, o *isolamento* não é uma aggravação de sofrimento para a expiação do delicto, mas um meio empregado para conduzir gradualmente o condemnado á consideração do crime, que perpetrou; fazer reviver na sua alma todo o imperio dos remorsos, os salutaes impulsos do arrependimento, o desejo de algum trabalho; de quebrar a solidão em que jaz; de lhe avivar as saudades de communicação com pessoas honestas; de respirar um ar livre e mais puro, etc.

Não é o supplicio de Tantaló, mas um sofrimento, que deve ser, mais ou menos relaxado, segundo as circumstancias, que devem ser experimentadas e estudadas dia por dia, segundo os regulamentos, prudencia, e sciencia dos directores da prisão.

Os effeitos deste especifico, são mais ou menos rapi-

dos, segundo o temperamento, a idade, o sexo, as forças, a instrucção, ou maior ou menor gráo de desmoralisação dos condemnados. Uma certa dose para uns cura, para outros endoudece, para outros mata, para outros é sem resultado, nem bom nem máo.

A lei penal póde indicar, como necessaria, para certos crimes, a prisão com *isolamento*, mas que esta pena accessoria ha-de ser uma aggravação constante, inseparavel, da prisão, não o deve determinar, porque, não o póde material, nem moralmente, assim fazer.

A Carta aboliu todas as penas *crueis*, e nada ha mais *barbaro*, mais *cruel*, que o isolamento puro, absoluto, por tanto tempo, quanto fôr o da prisão. E, repetimos, a morte mais lenta, e sempre infallivel, antes do termo natural.

Nesta disjunctiva — ou — no *ultramar*, se revela, que não se formou do *isolamento* a mesma idéa, que nós concebemos e adoptámos, pelo estudo do systema penitenciario, *tal* como o descrevem os juriconsultos, que della trataram, segundo os principios e a experiencia.

A lei penal póde considerar a prisão no *ultramar*, e esta com a necessaria severidade do *isolamento*. Uma destas denominadas aggravações não exclue a outra. Pódem, e devem, dar-se juntas, quando assim fôr necessario.

A pena accessoria do *degredo*, que é o que importa a declaração de ser a prisão no *ultramar*, deve ser applicada, quando o crime houver sido de tal natureza, que a existencia do criminoso no continente do reino, por alguma circumstancia, se torne perigosa, ou se torne indispensavel a sua expulsão do territorio continental, para dissipar a perturbação moral, causada na sociedade pelo mesmo crime.

Fóra destes casos, a pena accessoria do *degredo*, inutil para se alcançar o mesmo fim, se torna cruel, por afastar o condemnado de parentes ou amigos, que possam socorrer-o, para lhe suavisar a sua situação, excepto quando o *degredo*, pela sua maior duração, tornar a prisão accessoria.

Isto, quanto á doutrina do Art.—Quanto á redacção, porém, temos a notar dois defeitos: 1.º um semelhante ao que deixámos apontado ao Art. antecedente, comprehendendo a expressão mais que o pensamento do legislador.

No Art. falta a palavra — *maior* — para restringir a palavra prisão, e ficar assim em harmonia com o Art. 34.º e

78.º §. 3.º, que só authorisa as agravações do *isolamento* e do *degreço* na *prisão maior*, excluidas assim semelhantes agravações, da *prisão correccional*, que, nos termos do Art. 79.º §. 4.º, não pôde tel-os senão até ao *maximo* do seu termo, ou com a multa, quando a lei tiver adoptada esse *maximo*.

2.º Que mesmo, restringida a disposição á *prisão maior*, fica inexacta a expressão do Art., com relação ás disposições, tanto do cit. Art. 34.º e Art. 29.º n.º 3.º, como ás disposições especiaes do Cod., com relação ao legislador, por isso, que a pena se agrava mais *com o trabalho*, obrigação, que não tem logar na prisão correccional, como declara o Art. 37.º

Todavia, esta omissão não pôde ser suprida pelos juizes, devendo entender-se, nos termos do presente Art., que lhes não é licito applicar a prisão *com trabalho*, se não nos poucos casos em que o Cod. expressamente assim o estabeleceu; por isso que o presente Art. só lhes permite aggravar a pena com o isolamento, ou o degredo.

Por ultimo, continuaremos a lamentar neste logar a pouca ou nenhuma importancia, que o Cod. attribue ao *trabalho*, como elemento indispensavel, moralizador, da reforma e correção dos criminosos. Admittida só como agravação, e com publicidade, nos *trabalhos publicos*; como agravação na prisão maior; excluido completamente da prisão correccional; tolhido aqui aos juizes esse meio de corrigir certos culpados, embora a titulo de maior severidade; bastava isto, para qualificar de vicioso todo o systema penal, em que se basea o Cod. Penal, se não fosse a bondade intrinseca e relativa, resultante das vantagens, que nos offerece o uso do degredo, quando simples; e em algumas hypotheses, mais leves ou policiaes, o uso da prisão simples e das multas.

Destes modo, á excepção das contravenções, e dos casos mais graves puniveis com o degredo, fica o Cod. precisando de uma reforma radical, aliás dependente dos indispensaveis estabelecimentos de execução penal, que não temos.

ARTIGO 50.º

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

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

§. 2.º O Governo designará o logar da residencia do degradado.

É tão importante o uso deste elemento de penalidade entre nós, que o julgámos digno objecto de mais algumas reflexões, com relação ao que se prescreve neste Art., e, com especialidade, no §. 2.º, embora tenhamos de repetir algumas das idéas, já manifestadas ao Art. 29.º n.º 4.º

Entre nós era desconhecido este elemento de penalidade, nos primeiros tempos da Monarchia, como ainda hoje é nas nações continentaes, que não tem colonias ultramarinas. As descobertas, porém, da India, da Africa, e do Brazil, e as conquistas, e occupação de uma parte desses territorios, trouxeram-nos a possibilidade do uso do mesmo elemento, pois que effectivamente só depois do primeiro dos nossos Cod., a Ord. Affons., se vê comminado. Com tudo,, já neste Cod. se encontra o degredo para Ceuta, o que depois se ampliou por D. Affonso V, para Arzilla e Tanger.

O degredo para a Africa, para o Brazil, e para a India, vê-se plenamente adoptado na Ord. Man., se bem que já D. João II, houvesse mandado degradados para as ilhas do Principe, S. Thomé, e S. Martinho.

Como ás rasões penaes se juntavam as de politica, ou de colonisação, e eram os criminosos de idade proecta, inuteis nas conquistas, sob este ultimo ponto de vista, D. Manoel exceptuou do cumprimento desta pena semelhantes culpados, ordenando pela lei de 13 de Junho de 1502, que lhes fosse subrogada a pena pela do desterro em determinado logar, dentro do continente do reino, e foram, para esse fim, destinados os logares, de *Arronches*, *Mertola*, e *Castro Marim*, como presídios, subsistindo, porem, desde as leis de 22 de Novembro de 1525, e de 19 de Maio de 1535, o de *Castro Marim*, como ainda se lê nas Ord. do Reino, e ainda era applicavel até á publicação do Cod. Pen., como vimos julgado.

Castro Marim estava em outro tempo muito exposto ás excursões dos Mouros, e fôra por isso, que, extinguindo-se os presídios de *Arronches* e de *Mertola*, se considerou convenientemente a conservação do de *Castro Marim*.

Estes logares tambem se denominavam — *coutos* — á semelhança dos logares fronteiros com *Castella*, a que se refugiavam certos homiziados. Em uns e outros — *coutos* — a residencia por certo tempo servia de expiação, com a differença; que, naquelles, era *forçada*, nestes, *voluntaria*. Sirvam de exemplo os *coutos* de *Noudar*, de *Marvão*, *Pena Garcia*, *Sabugal*, *Freixo de Espada á Cinta*, *Miranda*, e *Caminha*.

Adoptado, porem, o uso do degredo ultramarino, franca e profusamente, tanto nas Ord. *Filippinas*, como nas leis extravagantes posteriores; ficou subsistindo com uma desigualdade o falta de criterio notaveis. Uma infinidade de vezes fixado logo em determinado maximo de duração; prescripto um maior para delicto menor; sem discernir os melhores ou peores logares do degredo; as injustiças resultantes, ou da desproporção, ou da desigualdade relativa; foram um direito penal permanente de applicação nestes reinos por quasi tres seculos.

O degredo para o *Brazil* reputava-se maior que para a *Asia*; se era quebrado tinha o condemnado a pena capital, não era, porem, fulminada contra o quebrantamento do degredo para a *Africa* ou *Asia*, ainda que fosse perpetuo: Ord. Liv. 5.º tit. 142.º Fundava-se esta disposição na certeza legal de que o degredo para o *Brazil* havia recahido sobre malefícios de maior gravidade.

O degredo para o *Brazil* nunca podia ser por menos de cinco annos; Ord. Liv. 5.º tit. 140.º §. 1.º: no degredo para a *Africa* era prohibido aos juizes designar logar certo, como se vê do Alv. de 28 de Março de 1519, que passou para a Ord. do mesmo Liv. tit. 141.º §. 2.º, confirmado pelo Dec. de 18 de Janeiro de 1667: ao mesmo passo que o degredo para a *Asia* podia ser para logar incerto: Mel. Fr. Ins. Jur. Cr. tit. 20.º §. 6.º not. Fazia-se, por tanto, muito falsa idéa, tanto da penalidade do degredo em si mesma, como em relação aos logares, em que elle se cumpria.

Pelo que temos já notado ao Art. 29.º n.º 5.º, e iremos agora aqui notando, e especialmente continuaremos ao Art. 53.º §. 1.º e 2.º, se torna evidente, que as devidas reformas e melhoramentos, moraes e materiaes, estão muito longe de preencher entre nós, a semelhança respeito, as indicações da sciencia e da experiencia.

Da combinação deste Art. com o seu §. 1.º e com o §. 4.º do Art. 78.º, se deduz, que o degredo, conforme ás disposições do Cod. se pôde considerar em *simples* e *qualificado*. *Simples*, quando é para a *India*, *qualificado*, quando é para a *Africa*. O *qualificado* se subdivide em 1.º e 2.º gráo. 1.º, quando é para as possessões occidentaes; 2.º, quando é para as orientaes da mesma região.

Deduz-se mais, que o *degredo*, em regra geral, é sempre *qualificado*, e que sómente pôde ser *simples* o que é para a *India*, nos casos expressamente previstos pelo legislador; e que tambem, só como aggravação, se permite aos juizes escolher as possessões *orientaes*. Os casos de degredo para a *India* são rarissimos no Cod., e apenas se encontram nos Art. 186.º §. 2.º, 196.º §. 3.º, e 354.º §. un.

Deduz-se, finalmente, que os juizes não podem nas sentenças designar *especialmente* alguma dentre essas possessões para logar de residencia do condemnado, sendo entregue essa designação, inteiramente, ao arbitrio do governo.

Assim ficam, ou podem ficar, destruidos, em grande parte, os salutareos effeitos, que poderiam vir da applicação do degredo, como remedio penal, dentro dos limites, que é possível aos juizes fixar.

Estas disposições do Cod., que podem ser defendidas com argumentos politicos em favor da colonisação de logares desertos, incultos, ou pouco povoados; ou com a convenien-

cia, deploravel conveniencia, de amortisar os criminosos, sem se curar do seu melhoramento moral, ou, se não muito secundariamente: parecem-nos, nos termos absolutos, em que, se acham formulados, sem mais regras, garantias, nem declarações, que previnam os grandes abusos, que o governo pôde commetter, um erro grave na theoria do Direito de punir, com semelhante penalidade.

Taes providencias ficam assim viciosas; porque restringem a *divisibilidade*, de que é susceptível, para as sentenças judicarias, este elemento de penalidade; e porque a consequencia pratica de semelhante restricção, é a injustiça, tanto *absoluta*, como *relativa* do mesmo degredo; aggravada pela incompetencia do governo, que, não graduando a execução da pena, em presença do *elemento moral* do crime, que só os juizes de facto e de direito podiam apreciar, tem de fazer essa gradação, com abstracção do mesmo elemento, só pelas conveniencias politicas ou de administração publica, ainda mesmo concedendo-se, que um ministro de Estado, ou um governador do Ultramar, se não deixe arrastar por considerações de outra ordem.

Então a pena é constituída de modo, que perde, na sua execução, a sua legitimidade, não deixando de ser, se não por acaso, e com dependencia do puro arbitrio do governo, o que ella é em si mesma, degenerando o *remedio* em *veneno*, por vicio de *excesso*, ou de *diminuição*, contra o culpado.

Nos casos de aggravação injusta, por *excesso de execução*, o condemnado pôde considerar-se com direito a reclamar; mas não teremos então um *incidente contencioso* levantado na execução desta pena; porque, somente poderá ser attendido ou despesado administrativamente pelo governo, sem que tenha lugar de o ser pelos juizes, nos termos, que estabelece o Art. 100.º, que assim fica repugnante ao que se dispõem no §. 2.º do presente Art.!

Se o governo designar ao condemnado um daquelles logares d'África, em que os degradados encontram morte certa; não poderão elles, com justiça, pugnar, para que a sentença do Poder Judiciario, por isso mesmo, que não só os não condemnou á morte, mas ainda desceu ao terceiro gráo de penalidade inferior, não deve transformar-se, com violação do julgado, e do Art. 47.º, 86.º, e outros do Cod., na maior e a primeira de todas?

E hão-de ser tolhidos de recorrer aos tribunaes, que proferiram a sentença, dos excessos da execução do julgado, quando a lei civil permite recorrer por appellação e revista dos juizes, que excedem a execução das sentenças? Ha-de ser recusada em materia criminal, e concedida em materia civil, uma garantia que é não só dos direitos do cidadão, mas da inviolabilidade do Poder Judiciario?

Ha-de ser tolhida, e tanto de *facto*, como de *Direito*; de *facto*, porque os degradados, não pôdem, material nem moralmente, no lugar do degredo, ou do lugar do degredo, requerer perante os tribunaes; de *direito*, porque, convertida pelo Cod, como da exclusiva atribuição do Governo, a designação da residencia, os tribunaes ficam sem jurisdicção para emendar, ou reformar, os actos, ou excessos, do Poder Executivo, embora assim indirectamente offensivos das sentenças judiciais!

O degredo, seja para a India, seja para as possessões orientaes ou occidentaes da Africa, deveria ser, ou *qualificado* ou *simplex*, em sentido diverso do admittido no Cod., e sempre dependente da sentença. O condemnado, quando a degredo, como pena *simplex*, deve ter por seu, todo o territorio dentro da área da colonia penal, para ahi procurar meios de honesta subsistencia, segundo a sua profissão, os seus habitos, salva a situação de *liberdade provisoria*.

Ao Governo toca somente designar, para residencia dos condemnados, em geral, e mesmo, segundo determinadas categorias, aquelles estabelecimentos penaes, que mais convenham, sob o ponto de vista politico, social, colonial, com abstracção das condemnações individuaes.

Para este effeito, é necessario, que se marquem, que se delimitem, que se regulamentem esses estabelecimentos penaes ultramarinos, como de primeira, segunda, terceira, ou mais classes.

É precisa, ainda que incompletamente, o que se acha determinado no Cod. Hesp., Art. 102.º:

« Las penas de relegation perpetua y temporal se cumplirán en ultramar, en los puntos para ello destinados por el Gobierno. »

« Los relegados podrán dedicar-se libremente bajo la « vijilancia de la autoridad, a su profesion ú oficio dentro del radio á que se extiendan los limites del establecimiento penal. »

O característico desta pena, cujo nome, com origem das leis romanas, adoptou o Cod. Hesp., consistia, não na fixação da residencia do condemnado precisamente em ponto determinado, com prohibição de sair d'elle para qualquer outro, mas sim na designação de uma certa parte de territorio, sendo-lhe ali imposta a unica obrigação de se abster dos logares interdictos.

« Relegati, sive in insulam deportati, debent locis interdictis abstinere. »

O Cod. Hesp. nesta imitação dos romanos, seguiu o exemplo do Cod. das D. Sic., que no Art. 12.^o, determinou :

« La rélegation s'exécutera en transportant le condamné dans une île pour y rester libre pendant le cours de la condamnation. »

« Un décret du Gouvernement désignera les îles destinées à la exécution de cette peine et en établira les règles. »

Sómente em casos excepcionaes, ou de circumstancias mais graves, em relação ao delicto, ou em relação á pessoa do delinquente, o degredo deverá ser mais qualificado especialmente pelos juizes, ou ficar dependente do governo, precisamente quanto ao logar da residencia do condemnado em determinado presidio, aldéa, villa, ou cidade, como na deportação, de que falla o Cod. Fr. Art. 17.^o, « demeurer dans un lieu déterminé par le gouvernement » ou o Cod. do Braz. Art. 51.^o » residir no logar destinado pela sentença. »

É então uma pena analogá á de *presidio*, de que tratou o Cod. Hesp. no Art. 104.^o, e á de *confinamento mayor*, de que o mesmo Cod. tratou no Art. 107.^o, devendo aqui notar-se, que, salvas as maiores ou menores restricções da residencia, ao que assim nós chamámos — *degredo qualificado* — o condemnado fica inteiramente livre — *en plena libertad* — diz este Art., e que só então permite ao governo fazer assentar praça aos condemnados, para o serviço militar, se forem aptos, bem se conduzirem, forem solteiros, e não tiverem modo honesto de subsistencia.

« Los que fueren útiles por su edad, salud, y buena conducta, podrán ser destinados por el Gobierno al servicio militar si fueren solteiros, y no tuvieren con que subsistir. »

Se fôr restrictissima a qualificação de logar de residencia, como parece authorisar o §. 2.^o do presente Art., a pe-

na de degredo ficará tendo o mesmo caracter, que o — *confinamiento menor* — de que tractou o mesmo Cod. Hesp. no Art. 108.^o, deixando, porém, este aos juizes, como o Cod. do Braz., e não ao governo, a determinação *precisa do ponto da residencia — que se le senale en la condena.*¹

A este respeito adverte o commentador Pacheco, que a lei, deixando á prudencia dos tribunaes a designação do logar, em que o réo tem de ser confinado, não quiz que esse arbitrio fosse livre de regras, nem de limites.

Confinar um artista ou um advogado, diz elle, em uma povoação pobre e de ordem inferior, seria fazer degenerar a pena na de morte. O que seria um acto de deshumanidade e de injustiça. E eis o grande perigo resultante desta pena, que vem da sua desigualdade e efeitos diversos, segundo as diversas pessoas dos condemnados, que o commentador renhece, e nós não podemos deixar tambem de considerar, aggravado então, em presença do §. 2.^o do presente Art.

Isto, quanto ao — *degredo quando fôr qualificado* — pelos juizes.

Quanto ao — *degredo simples* —, o condemnado deve, com muita maior amplitude e liberdade, ter a faculdade de assentar a sua residencia, aonde quizer; transferil-a para onde lhe convier; viajar por agoa e por terra, de uns para outros logares, como lhe seja necessario, conveniente, ou agradável.

É uma consequencia necessaria desta situação, que os degradados, sejam restituídos á plena fruição de seus direitos civis e mesmo *políticos*, salvos aquelles, que sejam incompatíveis com a residencia obrigada dentro dos limites do degredo.

A faculdade dessa restituição permitida ao condemnado, quanto aos direitos civis pelo nosso Cod. no §. 2.^o do Art. 53.^o, deve entender-se do *degredo*, propriamente dito, ou *degredo qualificado*.

O *degredo simples* poderia, mesmo, chamar-se *exilio*, *desterro maior*, ou *remoção*, para destruir a má impressão, que a commum opinião liga á palavra *degredo*, e para que assim não fossem confundidos uns com outros condemna-

¹ Era de uma natureza analogá ao degredo para Castro Marim, de que fallavam as Ord. do Reino.

dos; ficando reservada, para o *degreto*, em sentido restricto, a suspensão dos *direitos politicos*, em harmonia com o Art. 9.º da Carta.

Por este systema ficaria convertida esta pena, umas vezes esteril, outras injusta, outras desigual, deshumana, e perigosa para a liberdade dos cidadãos, em outra muito salutar, perfeitamente divisivel, e como tal applicavel a diferentes especies de crimes, susceptivel de ser graduada e accommodada ás diversas qualidades, profissões e officios dos delinquentes.

O *degreto*, como estava, e como se conserva, especialmente com o arbitrio immenso, que este §. concede ao governo, é uma penalidade *viciosa*, pelo abuso, que o governo, mesmo sem má intenção, pode fazer, que nem talvez pode evitar.

Hoje, reúnem-se os degradados de todo o reino em prisão central: daqui conduzem-se até ao logar do embarque ás levas de 50, de 100, de 200; horrorosa miscellanea de assassinos, de salteadores, de falsarios, de vadios; de corregiveis e de incorregiveis.

De ordinario, assentava-se logo, aos aptos, praça no serviço militar, com aviltamento da nobre profissão da milicia.

Sem duvida, que ha condemnados, ainda no vigor dos annos, ainda de menoridade, que os delictos não mancham a ponto de se lhes tornar incompativel a qualidade de soldados. Para esses póde a disciplina e serviço militar produzir tão bom resultado, como se fossem reclusos em uma *penitenciaria*.

Mas, para esse fim, é precisa uma escolha; são indispensaveis os correctivos, mui providentemente acautellados, no cit. Art. 108.º do Cod. Hesp.

Sem elles, só nos fica o abuso, que se está praticando, e com elle, o outro ainda maior das 300 — 500 — 1:000, e até 3:000 varadas, descarregadas sobre os degradados, que, por taes meios nos logares do *degreto* se pertendem improvisar, em máos soldados.

Assim, não é só o *degreto*, imposto na sentença, que se executa; é o *degreto*, com os açoutes, com as penas crueis, abolidas pela Carta.

É, muitas vezes, o *degreto*, seguido da morte, mas execução de morte, sem sentença; morte aggravada, com os

martirios, com os tormentos, que a mesma Carta, que o Cod., que a civilisação condemnam!

Nós supplicámos, invocámos, em nome da razão, da humanidade, e da justiça, e não menos das conveniencias sociais, a attenção do governo e dos legisladores sobre semelhantes abusos; e propomos a revogação, ou modificação, deste §. 2.º, que analisámos.

Oxalá, que nossos clamores possam ser escutados e attendidos!

CAPITULO II.

DOS EFFEITOS DAS PENAS.

ARTIGO 51.^o

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

Antes que entremos na analyse deste e dos Art. seguintes, cumpre-nos, em primeiro lugar, fazer algumas observações sobre a epigrafe deste Cap., considerada com abstracção das disposições nelle contidas. A importancia da materia assim o exige.

Não se encontra no Cod. Fr., nem no dos Paizes Baixos, nem do Brazil, nem no d'Austria, Cap. algum com esta epigrafe. Encontra-se, porém, no Cod. Hesp. liv. 1.^o, tit. 3.^o, Cap. 3.^o, tom. 2.^o « *Efectos de las penas segundo la naturaleza respectiva*; » e em alguns authores, para doutrinalmente exporem a materia concernente ás consequencias attribuidas pelo legislados á penalidade.

Debaixo deste ponto de vista — effeitos das penas — nem o nosso patriarcha e mestre de Direito, Mello Freire, nas suas Instit. de Dir. Cr., ou no seu Ensaio do Cod. Cr., nem Per. e Sousa, Cap. 2.^o do seu tratado — Classes dos crimes, se lembraram, ou julgaram acertado, tratar deste objecto.

É, pois, evidente, que a epigrafe deste Cap. tem por fonte, por modelo o Cod. Hesp., e o methodo, seguido por al-

guns escriptores. Vejamos o que pôde haver de verdade nella, moral ou juridica.

As penas, pois, segundo a epigrafe, são uma causa que produz effeitos. Aos olhos da philosophia, e da logica, para que uma cousa se possa dizer effeito de outra, é necessario, que entre ambas se dêem taes e tão intimas relações, e dependencia, que uma não possa existir, sem que necessariamente a outra se siga, e, por tal fórma, que as consequencias, ou resultados, que se attribuem, não possam provir de outra origem.

Não existindo estas relações, assim como ficam definidas, a respeito das penas, as consequencias attribuidas poderão vir por occasião das penas, mas não das penas. São effeitos da disposição das leis, da vontade ou do capricho do legislador, mas não podem dizer-se effeitos das penas, senão porque o sofisma — *cum hoc, ergo propter hoc*, — ou a mentira moral, toma o lugar da verdade legal, assumindo a qualidade de preceito, pelos milagres da omnipotencia legislativa.

Posto isto, entendemos nós, que os effeitos das penas se podem considerar, ou com relação ao seu decretamento, ou systema penal adoptado pelo legislador; ou com relação ao seu julgamento ou ás sentenças condemnatorias, em cada um dos factos puniveis; ou com relação á sua execução, ou real e effectiva applicação aos condemnados.

Com relação ao seu decretamento os effeitos das penas são, ou pelo menos devem ser, todos moraes, beneficos, preventivos, de instrução, de admoestação e de comminação.

Mas para que produzam estes effeitos, cumpre que na lei penal, se dêem impreterivelmente duas circumstancias :
1.^a Que haja na ineriminação verdade moral, isto é, que o facto, declarado punivel, o seja considerado em si mesmo, ao lume da razão e da philosophia.

2.^a Que a pena seja justa, não só considerada em abstracto, mas tambem relativamente, e em proporção com o delicto.

Se o legislador converte em crimes, ou delictos, factos licitos segundo as leis da natureza e da moral, ou que são meras contravenções ou faltas; ou as penas, que applica, são atrozés, barbaras, e contrarias aos direitos da humanidade : a lei penal não produz os seus salutaes effeitos preventivos; pelo contrario cahe no desprezo publico, e detes-

tada, e, por mais que se diga sobre o cumprimento das leis, por uma revolução toda moral, a sociedade sem conspiração, nem algum concerto, se levanta em massa para lhe desobedecer, para a menoscabar. Este mal ainda é maior, quando o facto incriminado é realmente uma acção má, mas a pena é cruel. A impunidade é a consequencia desgraçada, que resulta de taes penas.

Os effeitos são todos contrarios, contraproducentes, e as leis penaes cahem em desuso, sem carecer para tanto de uma previa revogação.

Para authorisar o que dizemos não é preciso produzir opiniões de juriscóntulos, e de criminalistas estranhos. Sem ir mais longe, a doutrina e os exemplos encontrámos nós em Mello Freire Instit. de Dir. Cr. tit. 1.º §. 29.º

Com relação ao julgamento, ou á condemnação definitiva depois de intimada, e publicada, as penas, produzem effeitos naturaes, inevitaveis, irrevogaveis, que são:

1.º O de consolidar a favor da parte lesada o direito á indemnisação do damno, quando tenha sido offendido pelo crime um, ou mais individuos.

2.º O de lançar um estygma sobre a conducta do condemnado, infamando-o de *facto*, entre os homens de bem, e mais ou menos, segundo a natureza e gravidade do crime, ou do maleficio, apreciada, pelas inspirações da moral, da religião, ou da opinião publica.

3.º O de prolongar nas penas corporaes a *custodia* do condemnado até á execução da sentença, e consequentemente o de *impedimento* para todos os actos da vida politica e civil, que, por sua natureza, exigem, ou a *presença individual em determinados logares, ou uma probidade* sem mancha.

4.º Em fim, as angustias, os martyrios, que fica soffrendo o condemnado, na prespectiva da proxima execução da sentença, e na presença dos remorsos do crime, que mal podem deixar de lhe fazer mais de uma visita em tal situação.

Para que resultem estes effeitos, cumpre, não só que a lei penal seja justa, assim pelo que respeita á incriminação, como á pena, mas tambem que a sentença o seja, e que os juizes mereçam o conceito e a estima publica, por sua recidão e intelligencia.

Sem estas considerações só podem resultar da condem-

nação *effeitos* da força, da violencia material, para com a pessoa do condemnado.

Forte elle da sua consciencia, ou da sua innocencia, vomitará maldições contra as leis, contra os juizes, contra os homens, julgará lícito espedaçar os ferros, que o algemam, vingar-se da injustiça das leis ou dos tribunaes, e a sociedade sómente verá n'elle uma victima, um desgraçado, digno de lastima, de compaixão.

Finalmente, com relação á *execução*, os effeitos *naturaes* das penas sómente podem ser, os soffrimentos phisicos, e moraes connexos, que se impõe ao condemnado, como resultado infallivel, necessario, da execução. Assim a execução da pena de morte, produz o *effeito* do perdimento da *vida*; a execução da pena de degredo, prisão, trabalhos publicos, vigilancia especial de policia, desterro, produz o *effeito* do perdimento, maior ou menor da *liberdade*; a execução das penas de confisco ou das multas, produz o *effeito* da perda ou da diminuição da fortuna e *propriedade* do cidadão.

Estes effeitos são *materiaes*, não dependem de condição alguma, para a sua existencia, e tem então as penas por effeito *commum impedir*, como desde a condemnação, o exercicio de todos aquelles actos, que se tornam impossiveis, ou incompativeis, com a perda da vida, da liberdade, ou da propriedade.

Posto isto, vejamos em que relação, das tres que ficam indicadas, emprega aqui o Cod. Pen. as palavras — *effeitos das penas*.

Em nenhuma d'ellas, como é facil notar. São consequencias attribuidas arbitrariamente pelo legislador á condemnação ou á execução de certas penas; consequencias, que não são outra cousa mais do que *penas accessorias*, independentes das penas *principaes*, que as podiam acompanhar ou deixar de acompanhar, e que existem como *mal indirecto*, heterogeneo, e só por virtude da immediata disposição da lei.

Assim o diz o mesmo Cod. no Art. 67.º — « Os effeitos « das penas tem logar em virtude da lei, independentemen- « te de declaração alguma na sentença condemnatoria. »

É, pois, inexacta, em sentido philosophico, a epigrafe deste Cap.

Passando, porém, á letra do 1.º Art. deste Cap., ainda se mostra mais a repugnancia e inexactidão da mesma epigrafe. Não é então dos effeitos *das penas*, de que se trata, mas dos

da *condemnação transitada* em julgado. Mas são dois momentos distinctos, que não é indifferente distinguir, ou confundir. Os effectos são diversos no seu alcance, segundo a diversidade do ponto de partida. São épocas diversas a do momento em que começá a correr a *execução*, e a do momento em que transita em julgado a *condemnação*. Sómente se aproximam e se confundem nas *penas temporarias*, por virtude do que se dispõe no Art. 95.º, e, por tanto, a expressão *effectos das penas*, admittida a doutrina do Cod., só pôde tolerar-se, nestas, como effectivamente se vê empregada no Art. 54.º, e nunca na generalidade, com que torna a ser lida nos Art. 66.º e 67.º, e logo depois contradicta no Art. 121.º — « não restitue os direitos políticos de que a *condemnação* privou o criminoso. »

Além disso, as palavras do Art. — logo que passa em julgado — demonstram já um rigorismo exagerado, que é insustentavel, como vamos mais circumstanciadamente demonstrar, nos Art. seguintes.

Não só se consideram aqui, como *effectos*, os *males indirectos*, e não *remédios*, (penas accessorias), que o legislador attribuiu á *condemnação*, mas ainda se quiz, que os denominados *effectos* se verificassem *antes* da effectiva e real execução das penas.

Assim o Cod. tomou por *causa*, o que elle mesmo reconhece no Art. 67.º, não ser *causa necessaria*, mas somente *legal*, e depois incoherente com sigmo mesmo quiz que os *effectos*, que inventou, *precedessem essa mesma causa!*

Já era barbara a disposição do Art. 26.º do Cod. Civ. Fr., determinando, que a *morte civil* não viria ao condemnado, senão *desde o dia da execução*, ou *real* ou em *effigie*, e não unicamente do *momento da execução*. O nosso Cod. mais severo, que o Cod. Fr., quiz que taes effectos se contassem desde que a sentença passasse em julgado!

São *effectos*, pois, da sentença, e não das *penas*; são effectos que precedem a sua *causa*, tanto elles lhe são estranhos! A verdade é que a *causa* está na lei, e sómente na lei. *Sic voluit lex.*

Estas inconsequencias e crueldades, não contém o Cod. do Braz. Era digno de ser imitado nesta parte!

Não é indifferente a distincção, entre o *dia da intimação da sentença*, como está no Cod. Pen. d'Aust., Liv. 1.º Art. 23.º; entre o *dia da execução*, como está no Cod. Civ.

Fr.; o dia em que a sentença *passa em julgado*, como está neste nosso Cod.; e o *momento da execução*, *real e effectiva*, que se deprehe do Cod. do Braz., e que a Belgica teve a gloria de adoptar no seu Cod. Civ. Art. 4.º do Tit. 1.º Liv. 1.º

« *La jouissance des droits civils ne cessera, que par la « mort naturelle.* » Palavras dignas de serem escriptas em letras de ouro.

Se um condemnado morrer *antes do momento da execução da pena*, por causas naturaes ou accidentaes, mesmo pelo suicidio, seriam validos todos os actos praticados por elle, sobre seus bens, ou quaesquer outras disposições, como a de reconhecimento de filhos naturaes, reparação dos danos, etc., até a intimação da sentença, ou até ao dia da execução, se não fosse a disposição injusta deste Art., que agrava sobre maneira a dos Art. seguintes. Já não seria assim, na presença do Art. 26.º do Cod. Civ. Fr. ¹

¹ « Si le condamné mourait avant l'exécution, il mourait *intègre* *status*, non obstant la condamnation. » Diz Duranton, Liv. 1.º tit. 1.º sec. 13.ª, §. 2.º n.º 215.

« Le condamné conservant son ancien état *dans l'intervalle de la condamnation à l'exécution*, peut faire des aliénations et tels actes qu'il jugerait convenables, sauf aux créanciers, à la partie civile, ou au fisc « pour les frais du proces, à les attaquer s'ils sont faits en fraude de leur « droits; d'où il suit encore que le testament fait dans cet intervalle, « serait valable, si le condamné mourait ou se suicidait avant l'exécution. » Bousquet, Dec. de Droit. verb. — *Droits civils.*

Acontecia assim em um paiz, em que existia a *morte civil*, hoje alli abolida, e donde copiamos os seus effectos, que sancionámos no Cod. Santo Deus! Aproveitámos o ruim, e ainda o tornámos peor! Que máo fado nos acompanha na reforma das nossas leis!

ARTIGO 52.º

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

Este Art. é uma reprodução, quasi fiel, do Cod. civ. Fr. Art. 23.º e seus correlativos, e dos do Cod. Pen. Fr., sobre a *morte civil*. É também, por outras palavras, a *escravidão da pena*, que um antiquado Direito dos Romanos, abolido mais tarde por elles mesmos, applicava, *por mera ficção*, ao cidadão Rei, como despojado, dos seus direitos de soberania, em virtude da condemnação, e que, não perdendo por ella a condição de homem, em quanto naturalmente vivo, passava necessariamente á condição de *escravo*.

Todos estes effeitos são, pois, um puro romanismo, firmados na *escravidão da pena*. Só os *cidadãos* podiam testar, os *escravos* não podiam usar desse direito. Mas, rejeitada a morte civil, abolida toda a especie de escravidão, mantido em toda a sua plenitude o direito de propriedade, estigmatizada qualquer especie de confisco, assim como a transmissão penal além da pessoa do delinquente, tudo quanto se contém neste Art. e seu §. é um contrasenso, incompativel com os principios da moral e da civilização.

Não se ousou estabelecer, em termos claros e expressos, nem a *morte civil*, abolida hoje na mesma França, nem a *escravidão da pena*, nem a *inhabilidade civil* absoluta: e daí vem, que o interprete pôde não achar logica nas disposições accessorias da penalidade, sem que elle por indução possa ampliar a hypotheses restrictivas não previstas, o que se nao contém n'um principio determinado.

No Cod. do Braz. não se encontra disposição alguma semelhante. Ahi, Art. 50.º, em conformidade com o Art. 7.º da Constituição, fonte proxima e litteral do Art. 8.º da nossa

C. Const., só o banido, e excluido perpetuamente do territorio do imperio, perde os direitos de cidadão.

A Belgica, como já notámos, fez desapparecer da sua legislação a morte civil. O Cod. Hesp. sómente admittiu, como elemento de penalidade, a *inhabilitação perpetua e absoluta*, que não comprehende a perda dos direitos civis; e a *interdicção civil*, que priva da administração dos bens, mas não da *propriedade*, nem da *faculdade de testar*, como se vê no Art. 41.º Repelliu a idéa da *morte civil*, evitando assim o absurdo de que se applicassem ao condemnado, em quanto vivo, todas as consequencias da *morte natural*.

O Cod. Pen. d'Aust., mais antigo no caminho da civilização e da philosophia a este respeito, tratando dos condemnados á pena de *morte*, ou ás de prisão dura, e *muito dura*, também não admittiu a *morte civil*; limitou-se á interdicção legal, para que esses condemnados não podessem validamente obrigar-se por actos *inter-vivos*, nem dispor por testamento, mas só a contar do dia da intimação da sentença.

No novo Cod. dos Paizes-Baixos, Art. 18.º, apenas se estabeleceu, para os condemnados a prisão com trabalhos forçados, que fiquem, *durante o cumprimento da pena*, inhabéis de facto para administrar seus bens.

Em outros muitos Cod., e ultimamente no da Prus., também se não encontra, nem coisa, que se pareça com a morte civil. Aqui, porém, a encontramos, por discrição de seus effeitos, sustentando-se o Cod. Civ. e Pen. Fr. no seu grande defeito, contra o qual já *Taillandier* havia feito uma proposta de reforma em 1833, que o Ministro Guarda dos Sellos, *Barte*, não pôde refutar, senão dizendo, que se acabava de fazer (pela Lei de Maio de 1832) a revisão do Cod. Pen., e que se não podia estar a fazer uma revisão todos os annos. ¹

¹ Nos primeiros seculos da republica romana, e principalmente sob o imperio das leis das doze taboas, as penas tiveram um caracter mais privado que publico. O interesse individual predominava sobre o interesse social.

As composições pecuniarias eram o meio mais frequente de repressão. Quando a particular natureza dos factos fazia considerar os culpados, como dignos de merecer uma pena publica, era ella barbara. A pena de mbrfe, o salto da rocha tarpeia, e supplicio de fogo, a victimação aos Deuses, o combate das feras, o trabalho das minas, o banimento substituindo a interdicção da agua e do fogo, o exilio, as bastonadas, ou acoutes, a multa com infantia, a perda das dignidades, e em fim a interdicção de alguma faculdade, eram penas ali praticadas.

Entre os effeitos, que o Art. attribue, não á pena de morte, segundo a epigrafe do Cap., mas á condemnação transitada em julgado, é o primeiro a perda da propriedade, e, como seus corolarios nesta envolvidos, da posse e administração dos bens.

Nesta mesma redacção se encontra um grande vicio ou defeito, por isso que se suppõe a propriedade como um dos direitos civis, com quanto assim o não declare expressamente.

A perda dos direitos civis, produz, por consequencia necessaria, a dos direitos politicos, que não pôde conservar quem não é, ou deixa de ser, cidadão, na plenitude dos seus direitos; mas a perda dos direitos civis não envolve a dos direitos naturaes do homem, entre os quaes se conta hoje o de propriedade, em quanto a morte, com a extincção da individualidade, não arrebatava esses direitos.

Quanto á doutrina do Art. temos a notar, em relação ao nosso objecto de critica, que a perda dos direitos politicos, não importa sómente aqui a *inhabilitação especial* para *funções publicas*, como pareceria deprehender-se da imperfeitissima redacção do Art. 37.^o, mas igualmente, nos termos do Art. 37.^o, a *inhabilitação perpetua*, conforme ao Cod. Hesp. Art. 30.^o n.^o 1.^o, 2.^o, ou o perdimento de todas as honras e dignidades.

É precisamente, pois, a *degradação civica*, que, pelo Cod. Fr., Art. 8.^o, é *infamante*, com todos os effeitos enunciados no Art. 34.^o, e com referencia ao Art. 28.^o; ou antes ao Art. 34.^o do mesmo Cod., reformado, segundo a Lei de 1832, cuja redacção teria sido mil vezes preferivel, entendemos nós, á dos nossos Art. 37.^o e 57.^o

Era, todavia, indispensavel, no systema do Cod., o decla-

Só os cidadãos Romanos tinham o privilegio de ser isentos da pena de morte, e em seu lugar sofriam a interdicção da agua e do fogo, que importava o mesmo, no tempo em que Roma avassalava o mundo, a que os assim condemnados não encontravam asylo em parte alguma.

As penalidades modernas conservam-se ainda em muitos paizes muito semelhantes a estas! Vid. J. Han. conseq. des cond. pén.

Aviso áquelles, que tem por conveniente uma revisão *incompleta* e precipitada, tranquilizando-se com a promessa de reformas posteriores. São, diz um insigne criminalista os — *pia vota* — que assim se remetem para as *Kalendas gregas*. É tambem o que recebemos entre nós, e pouco esperamos da Commissão encarregada da revisão *completa*, porque não se meche facilmente no edificio de um Cod.; principalmente quando um dos membros dessa commissão é o mais distincto collaborador e defensor do mesmo Cod.

rarse que o condemnado á pena de morte não pôde exercer os *direitos politicos*, para lhe impedir, que pudesse usar dos titulos e distincções de nobreza, brazão d'*armas*, etc., até ao momento da execução da sentença.

Mas, se o condemnado á morte, sofre assim previamente a perda das suas honras, titulos, e dignidades, não é exacto o que se declara no Art. 78.^o, que esta pena não se agrava em *caso algum*, e tambem o não é o que ficou declarado no Art. 32.^o, que ella consiste na simples privação da vida. Pelo contrario, é *em todo caso aggravada* com a infamia da *degradação civica*, ou perda dos *direitos politicos*! Ha, pois, ou uma completa repugnancia, e antinomia, entre estes Art., que não podemos conciliar, ou se dá manifesta violação pelo Cod. dos principios consignados no mesmo Cod.

A aggravação da pena de morte ainda se accrescenta e exagéra, nos termos, do Art., pela transmissão immediata dos bens e perda dos mais importantes direitos civis e naturaes de homem. A immediata transmissão dos bens aos successores legitimos é precisamente o resultado da *confiscação*, determinada nos casos de pena de morte.

O legislador não podia appropriar-se, de todos os bens do condemnado para os dar aos que chama *successores legitimos*, sem a incorporação virtual no fisco; porque o Estado, assim como os individuos, não pôde dar o que não tem, nem mais do que tem.

O condemnado, ainda que tivesse herdeiros *necessarios*, podia dispôr livremente da terça dos seus bens, e, por tanto, é arbitraria a supposição do legislador em considerar legitimos esses herdeiros sobre a totalidade dos mesmos bens; podia, ou ter credores, tambem a declarar, dividas sagradas a satisfazer, que diminuisses o acervo da herança, a qual não existe, como de Direito e de justiça, senão deduzidos os seus encargos. E, não tendo herdeiros *necessarios*, ainda mais arbitraria se torna a supposição do legislador, porque não ha *successores legitimos*, na falta dos *necessarios*, senão depois que o proprietario morre *ab intestado*, sem manifestar a sua vontade em contrario.

Por tanto, é um verdadeiro confisco, acompanhado logo da Doação dos bens sequestrados em favor desses, a quem chamou successores legitimos; sendo preciso, para que assim se verifique, que o condemnado morra antes de morrer, por

meio de uma ficção hoje banida, quasi geralmente, dos Cod. da Europa !

Escusavamos acrescentar, que, por esta fórma, este Art. fica em diametral opposição com o Art. 145.^o da C. Const., §. 19 — *não haverá em caso algum confiscação de bens* — que é uma consequencia, que a Carta tira do principio de que — *nenhuma pena passará da pessoa do delinquente*. — Nos termos do Cod. passa por esta fórma ; porque, ou toda, ou parte, dos bens do condemnado, irá, ou poderá ir, a pessoas diversas, da vontade do condemnado, que assim sofrerão os effeitos da pena !

E diz-se tambem no Art. 102.^o do Cod., que — *as penas não passarão da pessoa do delinquente* ! — accrescentando-se em caso algum !

Parece-nos impossivel, que o legislador tivesse presentes, na redacção deste Art. 52.^o as fortissimas considerações, os termos desabridos, com que Rossi fulminou disposição semelhante. ¹

Isto, que elle, com relação ao tit. 1.^o do Cod. Civ. Fr., qualificava *anachronismo*, quinze annos depois de 1789, como o apreciaria elle, decorridos sessenta e quatro, a contar dessa mesma época ?

Muitas e diversas questões, além disso, podem suscitar-se das disposições do presente Art. É mais um inconveniente a tomar em consideração, se mais fosse preciso dizer e demonstrar para as condemnar.

Na presença dos effeitos da pena de morte poderá o condemnado á morte contrahir matrimonio, no intervallo, no decorrer do momento do transitio da sentença em julgado á sua execução ?

Póde elle ter vivido em concubinato, ou ter deshonrado a mulher honesta, e querer, por esta fórma, não só reparar uma falta, mas dar a legitimidade a seus filhos, segundo a doutrina, recebida entre nós, do Cap. *tanta Ext.*, qui fil. sint leg., e que é expressa na Ord. do liv. 2.^o tit. 35.^o §. 12.

Esta intenção é louvavel, moral, e approvada pela Igreja, mesmo *in extremis, in articulo mortis*, e as regras de hermeneutica ensinam, não só o — *odiosa restringenda*, — mas que, tratando-se de effeitos penaes, que são essencialmente

¹ No seu tratado de Dir. Pen. tanto na Introducção, Cap. 2.^o, §. 2.^o como no Liv. 3.^o Cap. 2.^o

uma aggravacção da pena de morte, não podem ser levados a mais do que se acha litteralmente expresso na lei.

Esta questão já era resolvida affirmativamente, por Gama, questão 4.^a ; suppunhamos, porém, que assim se entende, e, contrahe por consequencia, matrimonio o condemnado á morte ; que effeitos civis pôde produzir esse casamento agora, em presença do presente Art. ?

Por maior, que reja a retroactividade do sacramento, pôde entrar em questão, se esse casamento pôde empececer, que passem os bens immediatamente a outros herdeiros, não necessarios, nos quaes, desde o transitio da condemnação em julgado, se radicou o dominio e posse civil com os effeitos da natural.

Se se entender, que o condemnado, além da perda dos direitos politicos, perden todos os civis, e, por tanto, não podia contrahir matrimonio, para effeitos civis, ficarão feridos os principios do direito *natural e positivo*, que não toleram a exclusão dos filhos legitimos, aos quaes são equiparados os legitimados por subseqüente matrimonio !

Além de que, se não foi o direito successorio, mas a disposição graciosa do legislador, tendo precedido o confisco, a que transmittiu a propriedade e posse a outros herdeiros, que poderão allegar depois os filhos assim legitimados ?

Admittida, pois, a possibilidade religiosa, de um matrimonio nos condemnados á morte, somente se pôde fugir do absurdo, não se admittindo a possibilidade civil do mesmo matrimonio, seguindo-se inexoravelmente assim a logica de *Treillard*. Mas nos olhos da moral e da Religião o absurdo permanece.

Fosse, feliz, porém, ou infeliz a emissão, ou falta de clarezza da parte do legislador, ella existe, e o interprete não pôde, a pretexto de evitar o *absurdo*, exagerar-o, dizendo, mais, ou menos, do que disse o legislador ; se a lei não pôde tolher, que o condemnado antes do supplicio ease, como reparação de consciencia ou por outros motivos, sem uma determinacção expressa, que não existe no Cod., á lei cumpria evitar semelhantes inconvenientes, não attribuindo os effeitos da penalidade á sentença condemnatoria, mas somente á effectiva execução da pena ; ou seguir, pelo menos, a expressão do Art. 26.^o do Cod. Civ. Fr., para somente se fazerem correr esses effeitos *desde* o dia da legitimação dos filhos pelo sub-

sequente matrimonio, dentro das 48 horas, que são assignadas, pela Ref. Jud., ao condemnado para se preparar a bem morrer.

Outra questão se pôde suscitar, para se tirar partido da imperfeição do Art. e modificar a sua dureza.

Tendo o Cod. fugido de empregar as palavras — *morte civil* — as de *incapacidade absoluta* — ou as de — *servidão da pena*, poderá o condemnado á morte, no intervallo, que decorrer do transito da sentença em julgado até ao momento do supplicio, ter capacidade para adquirir a posse civil com os efeitos da natural, resultante de successão singular ou universal, por doação ou legado? Poderá, nos casos de substituição fidei-commissaria, considerar-se herdeiro instituido em primeiro ou segundo gráo?

O Art. falla só dos efeitos da pena, que resultam logo da condemnação; e é só, por tanto, dos bens, que o condemnado tinha a esse momento, que a lei diz, que *perde* a propriedade, posse, e administração, a fim de passarem *imediatamente* a seus successores legitimos. Não se pôde *perder* senão o que se tem adquirido.

Logo da *lettra* do Art. se conclue à *contrario sensu*, não só que pode adquirir por estes modos, depois da sentença condemnatoria, mas ainda, que, a respeito *de tudo quanto assim adquirir*, fica sendo pessoa habil, para dispôr, como lhe approuver, *inter vivos*, e regular a administração, como lhe fôr compativel com o estado de *custodia*, e mesmo *mortis causa*, por *codicillo*; porque a lei só o *inhibiu de fazer testamento*.

É repugnante, e mesmo altamente absurda, se assim se quizer, semelhante interpretação, mas, em materia penal, não valem argumentos de analogia, *para se aggravar a situação do condemnado*, e antes se deve concluir a seu favor o livre uso de todas aquellas facultades, que se não acham *litteralmente* interdictas na lei.

Poderia mesmo, na presença do Art. 52.^o, nomear tutor a seus filhos no referido codicillo, se deslocadamente no Art. 53.^o, se não encontrasse o condemnado á morte equiparado ao condemnado a alguma das penas perpetuas de trabalhos publicos, prisão, ou degredo, para o effeito de lhe recusar o direito a exercer *authoridade* sobre seus proprios filhos.

Todavia, ainda este ponto não é liquido; porque se pôde dizer, que a lei falla só ahí de disposições *inter vivos*, e não *mortis causa*, o que não priva o condemnado do poder pater-

nal, mas sómente lhe nega a protecção das leis *para o exercer moral e materialmente*, durante o cumprimento da pena, o que nada implica, para que *nomeie a tutela* de seus filhos na pessoa da mãe, ou de um estranho, que mais confiança lhe mereça.

Mesmo, quanto aos bens; de que o condemnado perde a propriedade, posse e administração, pôde suscitar-se questão, e bem fundada, se o condemnado á morte pôde nomear os prazos?

A facultade de *nomear* não vem, segundo alguns jurisconsultos, como consequencia necessaria, nem do direito de propriedade, nem da *posse*, nem da mesma administração dos bens, nem da facultade de testar; vem da *investidura* de quem fez a primeira concessão.

Se a incapacidade do emphyteuta não foi expressamente declarada segundo o Art. 52.^o, e não podemos argumentar com a logica de *Treillard*, sobre os efeitos da morte civil, tanto mais restringirmos uma lei deshumana, sem ferir o, — *dura lex sed lex* — mais nos approximaremos da *justiça* e da *verdade moral*, ou menos afastaremos dellas a interpretação. O §. un. do presente Art. só *inhibe* de fazer *testamento*, e é sabido em Direito, que os emphyteutas podem nomear por acto *inter vivos*.

Para mais fazermos sentir os inconvenientes, que resultam do Art., supponhâmos, que o Poder Moderador perdôa a pena de morte, e a commuta em uma das *perpetuas*; esse perdão, ou commutação *restitue* ao condemnado a propriedade, posse, e administração dos bens, somente com a interdicção legal, decretada no Art. 53.^o?

A resposta encontra-se no Art. 121.^o, aonde se declara, que o perdão, concedido pelo Rei, não prejudica *direitos legitimamente adquiridos por terceiro*. Ora desde que a sentença *passou em julgado*, isto é, desde que, esgotados ficaram todos os recursos legaes, e findou o processo judicial, os bens passaram *imediatamente* aos successores do condemnado. Assim o determina o Art.

Logo, o perdão, ou a commutação, posterior só pôde ter logar sem prejuizo desses successores, que, na presença do mesmo Art., se achavam fundados em um direito legitimamente adquirido.

Assim, pois, teremos o Rei a perdoar a pena e a subsistirem, não obstante o perdão Real, os effeitos da mesma pena,

por não virem della, como prometteu o epigrafe do capitulo, mas sim da sentença transitada em julgado.

Teremos assim esta disposição do Cod., como quinto Poder do Estado, acima da Carta, subjugando o Poder Moderador, para não poder commutar, nem perdoar, todas as penas accessorias, ou effeitos penaes.

§. unico. Não pôde fazer testamento, sendo de nenhum vigor o que já tiver feito. Ord. Liv. 4.º, tit. 81.º, §. 6.º; Carta Const. Art. 145.º, §. 19.º e 21.º

Neste §. se declara: 1.º que o condemnado á morte não pôde fazer testamento; 2.º que não é valido o testamento anterior.

A primeira disposição, ou é redundante, ou deficiente. Se o condemnado á morte perde a propriedade, posse, e administração dos bens, é consequente, que não pôde fazer testamento, porque essa faculdade, é uma consequencia do direito de propriedade.

Só terá prestimo a declaração, em relação aos bens adquiridos no intervallo, que decorrer entre a condemnação, e a execução da pena, com o notavel contrasenso, que fica notado, quanto á faculdade de dispôr *inter vivos*.

É deficiente, porque, se não é redundante, devia não se restringir ao testamento, mas comprehender os outros modos de dispôr, tanto *inter vivos*, como *mortis causa*.

Quanto á disposição do §., já assim o determinava a Ord. do Liv. 4.º tit. 81.º §. 6.º, nos seguintes termos:

« Qualquer pessoa, que por sentença fôr condemnada á morte natural, não pôde fazer testamento. »

Doutrina mais amplamente legislada no Cod. Civ. Fr. Art. 26.º, que parece ter sido a fonte proxima deste Art. « Il ne peut disposer de ses biens, en tout ou en partie, « soit par donation *entre-vifs*, soit par testament. »

No mesmo Art. se lê: « Par la *mort civile*, le condamné perd la propriété de tous les biens qu'il possédait, sa succession est ouverte au profit de ses héritiers, aux quels « ses biens sont dévolus de la même maniere que s'il était « mort naturellement et sans testament. »

Rogron, commentando estas palavras, concluiu que assim o testamento anterior ficava de nenhum effeito, *ipso ju-*

re; porque, para qualquer poder testar validamente, é preciso, que tenha capacidade, não só ao tempo da celebração do acto, mas ao tempo da morte.

A nossa Ord. supra citada, tambem dizia: « E posto que, em qualquer tempo, antes da dita condemnação o tenha feito, *tanto que fôr condemnado*, logo o tal testamento perde toda a sua virtude, e é por direito de nenhum vigor, como se nunca fosse feito. »

Rogron, seguindo a logica de Treillard, que Rossi justamente fulminou, coherente com a ficção da *morte civil*, tira d'aqui a conclusão da nullidade do testamento anterior. A nossa Ord., adoptando uma outra ficção, a *escravidão da pena*, importada dos romanos, chegou á mesma conclusão.

« Porque (se diz ahí,) a condemnação o faz servo da pena, em que é condemnado, e por conseguinte é privado de *todos os actos civis*, que requerem autoridade de Direito civil, assim como é o testamento, e por conseguinte os bens dos taes condemnados vem a *seus herdeiros*, ou a nós, segundo nossas Ord., e disposição de Direito. »

Mello Freire¹ em vista desta razão da lei, affirmando, que a servidão da pena não era já admissivel entre nós, na presença da legislação posterior sobre a escravidão, conclue, que é valido o testamento anterior; *neque testamentum antea factum irritatur*, assim como o posterior á condemnação, na parte em que se disponha da terça para obras pias, e em tudo o mais, que não tiver incompatibilidade, nem com os direitos do fisco, nem com a sentença condemnatoria.

A mesma velha, e caduca Ord., com quanto pela ficção do Direito romano, para fundamentar a privação da faculdade de testar, adoptasse o principio da servidão da pena, não pôde fazel-o assim em termos absolutos, porque no animo do legislador tiveram então mais poder, os sentimentos religiosos, os sentimentos da humanidade.

As palavras desta Ord. são dignas de transcrever-se, com quanto se resintam da pouca civilisação dos tempos, pela restricção da terça, e excepções, que nella se encontram.

« Porém, considerando nós, á cerca disto, por nos parecer cousa muito grave, em alguma maneira contra a humanidade, porque a pena corporal, por qualquer delicto,

« que seja dada, é para a justiça satisfatoria, e para o bem da alma, não deve haver tanto logar, que o que cada um para salvação della e remissão de suas culpas ante Nosso Senhor pôde fazer de seus bens, lhe seja em todo tolhido, (posto que por assim ser á morte condemnado por ser vo da pena deva ser havido), por este respeito, e principalmente pelo havermos por serviço de Deus e bem de muitas almas, cujos corpos por justiça padecem, queremos que quaesquer pessoas, que por justiça houverem de padecer, *possam fazer seus testamentos*, para em elles sómente tomarem suas terças, e disporem dellas, distribuindo-as em tirar captivos, casar orfãos, fazer esmolas aos hospitaes, mandar dizer missas, e para concerto e refazimento de mosteiros e igrejas, e em outras algumas cousas e despesas, não poderão destruir as ditas terças. Porém isto não haverá logar nos que forem condemnados por crime de heresia, traição, ou sodomia. »

Assim foi sustentada, com as restricções da lei, a antiquissima determinação das nossas leis com origem nas dos Godos sobre a disposição da *terça* em prejuizo de quaesquer herdeiros, mesmo do fisco, em favor dos condemnados, ao ultimo supplicio.

O Cod. Pen. d'Aust., P. 1.ª Art. 23.º, tambem, como a nossa Ord., priva o condemnado á pena de morte da faculdade testamentaria, mas só desde o dia da *intimação da sentença*, e resalva todos os actos e disposições anteriores.

« *Neanmoins, les actes et les dispositions antérieurs ne perdent pas de leur validité.* »

Concorda o mod. Cod. da Bav. Art. 5.º

« Son bien passera à ses heritiers; il sera incapable de tester et de donner entre vifs depuis le jour où s'on jugement aura acquis force de chose jugée. »

Porque é só desse momento, que começa a *morte civil*, e, por tanto, as disposições anteriores á notificação da sentença definitiva ficam validas, se diz no commentario official do mesmo Cod.

O mod. Cod. da Prus., não attribuiu á pena de morte semelhante effeito; e sómente nos casos crimes de alta traição, se a condemnação fôr de morte, ou de prisão com trabalhos forçados perpetuos, é que, §. 73.º, comminou ao criminoso a privação da faculdade de dispôr dos seus bens, tanto *inter-vivos*, como *mortis-causa*, sem contudo decla-

¹ Nas suas Instat. de Direito Lusit. tit. 1.º §. 11.º

rar revogadas, ou invalidas, as disposições anteriores á mesma condemnação.

O mesmo Mello Freire, no seu Ensaio de Cod. Crim. tit. 65.º, §. 11.º, havia proposto, que se decretasse: « Não são « servos da pena os condemnados á morte, e podem testar « na forma das nossas ordenações, e dispôr de seus bens, « com tanto que a sua disposição não encontre a sentença »¹

Mas o nosso Cod., alterando a legislação patria a semelhante respeito, não tomando por modelo, nem o Cod. Pen. Hesp., nem o da Aust., nem o dos Paiz. Baix., nem outros modernos, assim da Italia, como da Allemanha, nem seguindo a doutrina do mestre dos juriconsultos portuguezes, estabeleceu neste Art., que o condemnado á pena ultima, não só não pôde fazer testamento, mas que fica de nenhum vigor o que tiver feito!

Esta determinação, porém, é insustentavel, porque offende os nossos costumes; o espirito geral da legislação patria, que contava seculos de duração;² ataca o sentimento religioso; prejudica os actos de justiça, connexos, ou não connexos, com o crime, que o criminoso teria a praticar, em reparação dos damnos por elle causados, ou em remuneração de serviços prestados; e fica em diametral repugnancia não só com a Carta, no Art. 145.º §. 19.º, mas com outros Art. do mesmo Cod., quaes são os 32.º, 78.º, e 102.º, e ainda com o Art. 119.º: porque a pena de morte, em seus

¹ O nosso Cod. de 1837, foi mais rasoavel, e mais constitucional, nesta parte, por isso que guardou silencio sobre effeitos da pena de morte.

O Cod. do Braz., fiel aos bons principios, á constituição do Imperio, e ás prescripções da humanidade, tambem não sancionou, nem como effeito, nem como accessorio da pena de morte, a perda da propriedade, nem a da faculdade de testar.

Oxalá, que, neste ponto, elle nos tivesse servido de modelo.

² A lei de 9 de Setembro de 1769, prohibindo as instituições d'alma por herdeira, permitia, contudo; 1.º que se podesse testar para obras piás, até á quantia de 400\$000 rs; 2.º ou, sendo legados deixados ás casas da misericórdia, ou aos hospitaes, para dotes de orfãs, cura de enfermos, sustentação de meninos expostos, ou para escolas e seminarios de educação da mocidade, até á quantia de 800\$000 rs., ou ainda além desta, dependente de approvação regia, cabendo na terça.

E nós, quasi um seculo depois, esquecemo-nos desta protecção, da constante, ás disposições para obras piás, dentro das forças da terça dos bens dos cidadãos para só nos lembrarmos do espirito da vindicta contra o condemnado á pena ultima, e para aggravar a perda da vida!

pertendidos effeitos, ou *mal indirecto*, lá vai affectar pessoas, que seriam herdeiros instituidos ou legatarios, se a lei não arrebatasse ao condemnado a propriedade de seus bens, assim como a faculdade de testar, annullado mesmo, com a maior crueldade, o testamento anterior.

A revogação do *testamento anterior*, só pôde reputar-se coherente, segundo a logica de Treillard, com os principios, que se derivam da ficção, em que assenta a *morte civil*, quando se não reccorra ao antiquado romanismo da *escravidão da pena*, que, por outras palavras, quer dizer a mesma cousa.¹

A morte civil affecta a capacidade do condemnado, em quanto durar a sua *vida natural*. Aquella morte suppõe necessariamente esta vida. No intervallo, por tanto, que decorre desde a sentença transitada em julgado até ao momento do supplicio, não podia o condemnado praticar acto algum valido, expresso, ou virtual, para effeitos civis; *momentum mortis, vite adnumeratur*.

Ora, que é um testamento anterior á condemnação? Não é mais, dizem os defensores da morte civil, que um *projecto*, contendo uma vontade a executar depois da *morte natural*, na supposição de que a *faculdade de testar*, que é de Direito civil, subsiste até esse momento, em que o uso feito pôde ser revogado, ou confirmado tacitamente pela não revogação. Se pois a lei tira aos condemnados á morte essa faculdade pela *morte civil*, até ao momento da *morte natural*, o testamento deixou de o ser, porque não passou de projecto, e impossivel legal se tornou a sua *realidade*, dependente da confirmação. E um acto *incompleto*, e os actos

¹ Esta nullidade do testamento anterior, não é só uma consequencia destes principios, mas uma imitação dos romanos. Era esse um dos effeitos da *demissio capitis maxima* ou *media*. Tem origem no mesmo romanismo o attribuir-se esse effeito, não á pena, mas á condemnação transitada em julgado.

O testamento se invalidava, ainda quando o accusado se suicidasse antes da sentença, se o suicidio se reputasse consequencia de um deficit de pena capital, porque nesse mesmo facto se via uma confissão, uma prova provada de culpabilidade, que equivalia á sentença condemnatoria. So nos faltou esta ampliação para que a imitação ficasse completa!

Instit. Inst., 2. 17, §. 4.º Gaus. Comm. 2, §. 145.º Ulp. frag. 23, §. 3.º cit. Vid. Savigny, tom. 2.º Cap. 2.º §. 270.º

desta natureza, como não consummados, podem ser feridos sem o vicio da retroactividade.

Mas os vicios desta argumentação existem; 1.º na sua base, qual é a *feição* da morte civil; 2.º em se considerar o testamento anterior como um *projecto*. Esse testamento é um acto consummado sujeito a revogação, com quanto addiada a transmissão para depois da morte. É como todas as transmissões com clausulas suspensivas ou condicionaes, dependentes de um evento certo ou incerto.

Além de que, não estarão por ventura no mesmo caso as transmissões *inter-vivos*, com reserva de usufructo, ou com clausula de posse para depois da morte do doador? ¹

Com que direito ha-de o herdeiro instituido no testamento ser privado da herança, se elle adquiriu direito a não ser della despojado, senão pela *posterior* vontade *expressa* do mesmo testador em contrario?

Resulta desta anomalia, que semelhante disposição sómente se concilia, dizendo-se o que ella realmente significa, e é, que a *indignidade* dos condemnados á morte é o unico fundamento da interdicção de testar, querendo o legislador, que a *authoridade publica* seja recusada a um homem, que commetteu crime de tamanha gravidade. Mas não conseguiria elle o seu fim, negando-lhe a faculdade de revogar o testamento anterior?

Não procede elle assim, sem culpa nem pena, contra o testador, que enlouquece, e que assim faz passar o testamento anterior, do estado, denominado, de *projecto*, ao de realidade, pela morte do demente? Qual é mais conforme ao inviolavel exercicio do direito de propriedade, á justiça, e á verdade moral, a vontade manifestada pelo condemnado a favor de determinadas pessoas, ou a *legitimidade* de outros herdeiros, quando não necessarios, que sómente se funda na presumpção de não existir aquella manifestação em contrario? E as esmulas, os legados pios, os orfãos, as viuvias,

¹ O testamento não é, na sua essencia, outra cousa mais do que uma doação *inter-vivos* com clausulas, suspensiva e condicional, virtuaes, segundo a natureza do acto: quaes são, ficar dependente a transmissão e posse, não só do evento da morte do doador, mas da sua revogação directa ou indirecta, total ou parcial. As leis *civis* não crearam, pois, o direito: deram-lhe a forma, e o restringiram, para que, pela sua exaggeração, se não tornasse prejudicial á sociedade.

as disposições de reparação, de reconhecimento. de justiça, de gratidão, ou de beneficencia, contempladas, ou ordenadas no testamento anterior, não ficam assim cruelmente sacrificadas?

Não comprehende esta disposição até o testamento feito antes do crime, no estado inoffensivo, ou de innocencia, em que o cidadão tinha pleno direito a usar da faculdade de testar, consequencia do direito de propriedade, que não póde ser garantida em toda a *sua plenitude*, como determina a lei fundamental do Estado, se não forem respeitadas todos os seus effectos? ¹

Concluamos, que esta disposição é insustentavel. Ao menos poderia o Cod. não tornar tão repugnante a sua disposição, se a segunda parte do §. fosse supprimida, como praticou o Cod. da Bav. Art. 5.º

É na verdade uma crueldade revoltante consignar, não só o principio de que o condemnado perde a propriedade

¹ Se se admite o dominio eminente do rei, ou da nação, sobre tudo o que existe no territorio; se o direito de propriedade, como fôra ensinada pelos antigos philosophos e juriscosultos, é de Direito civil: se a faculdade de testar se não deriva do direito de propriedade, mas do mesmo Direito civil: se póde mesmo ser tolhida, prohibida, e desconhecida essa faculdade, como fôra entre povos antigos, ou menos civilizados, como no Oriente, na India, na China, nas leis de Zoroastre, etc. póde este denominado effecto aggravar a pena, sem que possa ser caracterizada espoliação.

Porém, se as leis *civis* não crearam o direito de propriedade, mas o aceitam como um facto, como um direito natural e individual do homem, que ellas só tem por missão proteger, regular, e nunca tolher o seu uso: se hoje é do maximo interesse social, que essa protecção não sofra limites, além daquelles, que se derivam da protecção devida a outros direitos, não menos sagrados, dentro da orbita do mesmo direito de propriedade, para que seja defendida a actividade natural de todos e de cada um dos homens na sociedade: como ensinam e apregoaõ os philosophos, economistas, e politicos modernos, e é do consenso quasi universal de todos os povos civilizados a privação do direito de testar, segundo as disposições, com as restricções, e solemnidades, do direito commum, imposta ao condemnado á morte, como seu effecto ou accessorio, é um attantado ao direito de propriedade, diametralmente contrario aos bons principios, e ao Art. 145.º §. 21.º da Carta.

Este preceito é o da garantia, *em toda a plenitude*, do direito de propriedade. E são tão absolutos os termos da regra, como é clara, precisa, terminante, e unica, a excepção, que confirma a mesma regra. Para nós é, pois, manifesto, com dor o dizemos, que, a disposição deste §. sobre a faculdade de testar, assim como a do Art. antecedente, sobre a perda da propriedade, de que a mesma faculdade se deriva, é repugnante á Carta, e rigorosamente um confisco.

de seus bens, mas a de lhe prohibir em termos absolutos, que disponha dos mesmos bens por *testamento*. Se alguma cousa semelhante ao Cod. Pen. Port. vigorasse na França ao tempo da execução do marechal Ney, elle não poderia, no lugar do supplicio, encarregar, como encarregou o parochio, que lhe assistia, de entregar á sua esposa uma caixa de ouro, e de fazer esmolas aos pobres da parochia!

O nosso mestre de Direito fustigou severamente os compiladores da Ord. do Liv. 4.^o tit. 81.^o, por haverem admittido a doutrina da *servidão da pena*, com manifesto erro, porque assim resuscitaram um Direito romano já antiquado e abolido pela Const. de Valentiniano, referida na lei 8.^a, Cod. Theod. *De poen.*, e pela Nov. 22.^a Cap. 8.^o de Justiniano, donde foi tirada a Auth. *Sed hodie* Cod. *De donat. inter vir. et uxor.*

Foi com este fundamento, que elle propôz, que no Cod. Crim. se ampliasse a Ord., além da terça para obras pias, que violando a logica da servidão da pena, permittia a taes condemnados o testar com essa restricção.

Que diria, pois, o patriarcha dos nossos jurisconsultos ao lêr este Art. 52.^o do nosso Cod.?

E, todavia, os compiladores da Filippina não fizeram mais que trazer para o Liv. 4.^o tit. 81.^o o que já se achava na Man. Liv. 5.^o tit. 94.^o!

Desta ultima Ord., ha quasi tres seculos, o nosso jurisconsulto Gama, no tratado, que dedicou ao cardeal infante D. Henrique, com o titulo — De sacram. præst. ult. suppl. damnat. ac de testam. etc. dizia, na quest. 6.^a n.^o 17.^o

— « *Legem habemus et Rege pientissimo et regno christianissimo dignam* Liv. 5.^o tit. 94.^o »

« Em que casos o condemnado á morte poderá fazer « testamento. »

Depois, meditando sobre o espirito da lei, opinava, que as palavras della, em lugar de serem restringidas, deviam ser ampliadas, por fórma, que a faculdade de dispôr da terça, deixada aos condemnados á morte, devesse comprehender tudo o que fossem obras pias, e não sómente as especificadas na mesma Ord., por ser exemplificativa, e não taxativa.

Que diria, pois, tambem o nosso Gama ao lêr o Art. 52.^o do nosso Cod., se podesse ressurgir da campa antes do dia de juizo?

Esta nódoa é de uma ordem tal, que só ella é bastante a revelar o espirito de vingança, a *expressão da cólera*, que dominou, na redacção das disposições do Cod., e a demonstrar, consequentemente, a necessidade pressantíssima de uma revisão ou substituição.

Se « a pena corporal, por qualquer delicto, que seja « dada, é para a justiça satisfactoria. » como já se dizia na Ord. do Liv. 4.^o tit. 81.^o §. 6.^o: se o legislador já ahí reconhecia, que a aggravação era *em alguma maneira contra a humanidade*; porque rasão. quasi tres seculos mais tarde, não hão-de ser abolidas todas estas aggravações, ao menos em quanto se conservar a pena de morte? porque rasão, depois de se tornar por ellas *composta*, e *aggravada* sempre, a privação violenta da vida do homem, se ha-de poder escrever, com verdade legal, o que se escreveu no Art. 32.^o, e 78.^o §. 1.^o

Por ultimo, vamos suscitar neste lugar uma questão, sobre que o Cod. é omissão, e vem a ser: a *morte civil*, ou os *effeitos da condemnação á morte*, são consequencia legal nos *crimes militares*? Sel-o-hão, pelo menos, nos crimes *mixtos*, sentenciados pelos tribunaes militares?

O Cod. guarda silencio sobre esta questão, e, comtudo, é preciso resolvel-a. Pothier¹ ensina, que na antiga jurisprudencia sómente as condemnações nos tribunaes ordinarios, *en justice réglée*, podiam produzir a morte civil, o que as emanadas de um conselho de guerra não impediam o condemnado de morrer — *integrè status*.

Em França, mesmo sob o imperio do Cod., se tem argumentado com as disposições do Art. 5.^o do Cod. Pen. « Les dispositions du présent Cod. ne s'appliquent pas aux « contraventions, délits et crimes militaires, » o, muito principalmente, com a regra de que nenhuma pena, que produza a morte civil, pôde ser imposta, senão nos casos do texto preciso de uma lei. Acrescenta-se, que a lei romana²

¹ *Traité des personnes*, tit. 3.^o secc. 2.^a

² O direito romano fazia passar aos herdeiros legítimos, os bens dos militares, incursos na escravidão da pena, e, na falta desses herdeiros, á sua legião. Mas se a condemnação recahia sobre delicto militar, devia exceptuar-se o que pertencesse ao *peculio castrense*, arrepieto do qual lhes era permitido *fazer testamento*, sendo sómente, na

permittia ao militar o dispôr do seu peculio *castrense*, e que é principio corrente, que, na duvida, em materia penal, se deve seguir a interpretação mais benigna.

Por outro lado, argumenta-se, que as leis militares, longe de se deverem interpretar com benignidade, antes o devem ser com maior rigor; porque a severidade é uma condição essencial á disciplina dos exercitos: e que assim o reconheceu formalmente, nos crimes de deserção, a Ord. Fr. de 17 de Janeiro de 1730, declarando, que os condemnados á morte incorrem na morte civil.

Accrescenta-se, que a *morte civil* é um estado; e que tudo o que respeita ao estado dos homens é regulado pelo Cod. civil, e que nenhum texto de lei deroga, em favor dos militares, a regra, que elle estabelece. ¹

Nós distinguiremos os crimes propriamente militares, dos crimes *communs*, e mesmo dos mixtos, a que, sómente em rasão dos delinquentes pertencerem á milicia, são punidos pelos tribunaes militares.

Em presença dos Art. 15.º e 16.º e seu §.: se os crimes são *communs*, o julgamento não faz mudar a qualidade, nem a natureza das penas, determinadas na lei geral, nem, por consequencia, os effeitos civis e politicos, que ella attribuiu a condemnações semelhantes; se os crimes são puramente militares, não pôde a pena de morte, ter mais effeitos, que os declarados expressamente na lei militar; se o crime é *composto* ou *mixto*, e o Cod. Pen. não pune o crime, como a lei militar, com a pena de morte, os effeitos civis e politicos sómente devem ser, ou em relação á lei militar, se ella providenciou, ou determinados pelo Cod., em relação não á pena de morte, mas á correspondente por elle, na sua conformidade, ao crime *commum*, com abstracção da qualidade militar.

Em todo o caso, devem ter-se em consideração os casos excepcionaes, em que os militares não podem, segundo as leis, receber morte na forca, e os, em que são fuzila-

dos, sem ser previamente degradados de seus postos, honras, condecorações, etc.

Estas reflexões mais confirmam a necessidade de se abolirem estes effeitos, necessarios e absolutos, da condemnação á pena de morte, que são rigorosas agravações da maior de todas as penas.

falta deste, ou de parentes, até ao 5.º gráo, que o fisco era chamado. L. 11 D. de *testam. mil. castr.*: Delv. p. 24, n.º 2: Dneau, L. IV, C. 28.º, e outros.

¹ Merlin — *mort civile* — §. 1.º, Art. 1.º, n.º 3.º; Dur., n.º 18.º, e outros.

ARTIGO 53.º

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

O primeiro dos effeitos, que declara este Art., como resultante immediatamente da condemnação ás penas perpetuas, é o da perda de *todos os direitos politicos*.

Mas esta disposição repugna com o disposto, tanto no Art. 9.º §. 2.º da C. Const., como no §. 2.º do presente Art., comparado com a mesma Carta, no Art. 9.º:

1.º Porque a Carta designadamente só declara *suspensos*, e não perdidos, estes direitos contra os degradados, ou presos.

« *Suspende-se* o exercicio dos direitos politicos por sentença condemnatoria a prisão, ou degredo, em quanto durarem os seus effeitos. »

2.º Porque a mesma Carta, só admite a *perda de direitos civis*, comprehensiva dos *direitos politicos*, como consequencia da perda d'aquelles. Especialmente, quanto aos degradados, se estes podem, como se declara no §. 2.º do presente Art., exercer no lugar do degredo os *direitos civis*; segue-se, que elles os não *perdem*, ficando sómente *interditos* de os *exercer pessoalmente* fóra desse lugar, e, conse-

quentemente, não tem *incapacidade phisica nem moral*, para exercer os *direitos politicos* no mesmo lugar, como a Carta exige, e caso a tivessem, por effeitos da sentença, ou disposição da lei, teriamos sómente a *interdicção*, e nunca a *perda*.

E nem se diga, que se a pena é perpetua, a *interdicção é perpetua*, e que esta *perpetuidade é perda*: 1.º porque a Carta não faz distincção, e se o condemnado não *exerce* os *direitos politicos*, é porque esse *exercicio* é incompativel com o cumprimento da pena. Existe um *impedimento*, mas não se acha extincta a *capacidade inseparavel* da qualidade de cidadão.

2.º Porque o Cod., no §. 54.º, attribue o mesmo effeito ás *penas temporarias*, e, por tanto, é de outro principio, que o deriva, e não pôde ser outro mais, que o da *aggravação* das penas maiores: donde, mal e indevidamente, se pode classificar, como *effeito destas penas*, o que não é mais, no systema do Cod., do que um dos elementos accessorios de semelhante penalidade.

3.º Porque o mesmo Cod. reconhece, que a suspensão do exercicio dos direitos politicos se recupera, quanto ás penas perpetuas, por determinação especial do Poder Moderados, Art. 121.º, e quanto ás temporarias, por virtude da rehabilitação, Art. 129.º §. 1.º

Em todo o caso não se dá no condemnado *incapacidade phisica*, nem *moral*, mas sómente a *legal*; e por tanto temos *interdicção* e não *perda*; — e não pôde ser *effeito da pena*, mas da disposição *immediata da lei*. — Assim o quiz o legislador, e é bem expresso, neste sentido, o Art. 67.º

Se, pois, da lei, e sómente da lei, vem a *interdicção*, esta podia deixar de existir, nos termos absolutos do Art. — *todos os direitos politicos* —; porque *alguns* desses direitos não são incompativeis com o cumprimento das penas maiores, mesmo perpetuas.

Os trabalhos publicos podem ser impostos a um condemnado sem o degradar da sua classe. As penas não são vis; a vileza está no crime.

Para que a punição seja igual para todos, é preciso, que fra com igualdade nobres e plebeos, segundo o preceito da Carta, Art. 145.º §. 12.º

A mesma pena, para uns com a accessoria da perda dos direitos politicos, e para outros simples, porque nenhuns

desse direitos, tem que perder, seria injusta por desigual.

O nobre, por tanto, deve ser despojado de seus titulos e nobreza, sómente quando, pelas regras de imputação e maior culpabilidade, mereça maior castigo. Assim se tornaria, pela maior divisibilidade, mais fértil este elemento de penalidade, se devesse ser conservado, apesar dos seus vícios, que indiciamos.

A prisão maior ou *reclusão*, quando sem trabalho, offerece ainda menores inconvenientes, para deixar de se considerar incompatibilidade com o exercicio de todos os direitos politicos, a que não preste impedimento o cumprimento, ou *servidão da pena*.

Por isso o Cod. da Prus. no §. 11.º, só declarou, como effeito legal, a perda dos *direitos da honra civil na prisão de trabalhos forçados*. Considerou então que a pena era *infamante*, e que era preciso não macular a *nobreza civil* com a execução della, e, por isso, quiz a *degradação prévia*, feita virtualmente por virtude da lei.

Não o declarou, porém, assim quanto á *reclusão*, como se vê do §. 13.º: e, em verdade, não sabemos, por que motivo fundado; hade, na prisão maior simples, o cidadão, sem *uma causa especial de aggravação*, ser perpetuamente declarado despojado de todos os seus direitos politicos.

Quanto ao *degreço*, sobre tudo, quando simples, não só não ha incompatibilidade, mas repugnancia em se aggravar sempre com a perda de *todos* os direitos politicos.

O *degreço* então não é mais do que a residencia ou domicílio forçado fóra do continente do reino, e se o condemnado pode livremente exercer os direitos civis, como se declara no §. 2.º nos logares do *degreço*, nada impede que tambem exerça ahí os politicos, ou, pelo menos, muitos desses direitos, o que torna insustentavel a expressão — *todos* — empregada no Art.

Todo o rigor desnecessario para complemento de qualquer pena é injusto; e o *degreço* é salutar, em si mesmo, sem carecer de semelhante accessorio.

A interdicção, por tanto, sem uma causa especial de aggravação, não deve ter logar, em regra geral, contra os degradados ou reclusos. É mesmo repugnante, em relação aos degradados, com os factos, e com as leis em vigor. As nossas colonias tem sido povoadas de degradados, que ahí tem

exercido, e estão exercendo muitos direitos dos que o mesmo Cod. qualifica entre os politicos.

Tal é, sem duvida, a capacidade de entrar no exercicio; consequentemente a de nelle ir ganhando postos, por servigos, e regularidade de comportamento, e todos sabem que o exercito do Ultramar se compõe, se tem composto, e hade continuar a compôr-se, de muitos degradados.¹

Ahi se tem, durante seculos, estabelecido, exercendo cargos de vereadores, de Juizes, de tutella, e outros semelhantes, como fica notado ao Art. 29.º n.º 4.º, e Art. 35.º

O segundo effeito legal, como resultante immediatamente, não das penas maiores perpetuas, mas da condemnação ás mesmas penas, é o da perda dos direitos *civis*, com relação á propriedade.

« E bem assim a administração de seus bens, de que « não pôde dispôr por acto entre vivos. »

Esta disposição é, uma consequencia da *morte civil*, digna da logica de Treillard: da morte civil, abolida na Belg., recentemente na França, e de que se não encontram vestigios no Cod. da Prus., nem no nosso Cod. de 1837, nem no Cod. do Braz.

O direito de *propriedade* consiste nos de *usar* e *dispôr* livremente do que justamente nos apropriámos: desde o momento, pois, em que nos é tolhido o *uso* e a *transmissão*, a que fica reduzido o direito de *propriedade*?

Esta perda, pois, é semelhante á da *propriedade*, como a prescreve o Art. antecedente, e só fica a differença, quanto ao direito de transmissão: 1.º de ser permitida *causa mortis*: 2.º de não passarem os bens, como ali, logo depois da sentença transitada em julgado, aos successores legitimos.

Esta disposição, porém, pode ser criticada, como injusta, inconstitucional, desnecessaria, e até illusoria, salvas algumas modificações, que vamos indicar.

Antes de tudo cumpre advertir, que esta *perda* é aqui, como na pena de morte, na *realidade*, não um *effeito*, nem da *condemnação*, nem da *pena*, mas uma outra pena *accessoria*, *inherente*, que provem, assim como a pena principal,

¹ O cit. Cod. da Prus. expressamente enumera como effeito da perda dos direitos politicos — a *incapacidade de entrar no exercito*.

da *condenação*, com a diferença, de que não carece, para ter execução, de ser *expressa* na sentença, ficando sempre *virtual*, nos termos, que precisamente se declaram no Art. 67.^o

Se taes privações accessorias dos direitos do cidadão são *effeitos* da *condenação*, as que são impostas, como pena principal, também são *effeitos desta*, assim como a *execução* de uma e outra.

São, por tanto, estas privações, quando não essenciaes, ou constitutivas, da penalidade em si mesma, rigorosas aggravações, com que o legislador supprime a inefficácia ou insufficiencia da pena principal, que escolheu.

Assim, com toda a sabedoria, as considerou o mod. Cod. da Prus.

A prisão com trabalho forçado é, no §. 11.^o, aggravada sempre com a *perda da honra civil*; a pena de morte, quando *simples*, não produz esta perda, mas sómente quando é aggravada; não commina, em caso algum, a perda, *absoluta*, de direitos civis; e sómente, nos casos especiaes, contemplados no Art. 73.^o, agrava ainda mais a pena de morte, com a perda da faculdade de dispor, tanto *inter vivos*, como *mortis causa*.

Esta observação confirma o que temos ponderado sobre a inexactidão dos Art. 32.^o, e 78.^o §. 1.^o A pena de morte nem é *simples*, nem é susceptível de ser *aggravada* pelos juizes, porque o Cod. já a *qualificou* e *aggravou*, com os *accessorios*, que teve por conveniente, ou indispensavel.

Assim, quanto ás privações *sobre a propriedade* do condemnado, se vê, que o Cod. as vá graduando, sendo maiores no Art. antecedente; e menores no presente Art., e no seguinte.

Repellindo, por tanto, a palavra — *effeito* —, para lhe substituir aqui a de — *aggravação* —, pôde dizer-se, que é *injusta*.

Injusta, porque a *perpetuidade*, morte da esperança, e da liberdade, reduzindo as penas sociaes, não á correção do culpado, mas á sua *amortisação* material, ou sequestro da sua pessoa, sem o despojar da vida, e conservando-lhe assim, com a qualidade de homem, a de membro do corpo social, não o deve despojar dos direitos civis e naturaes, que

não forem incompatíveis com a execução da pena principal.¹

Injusta, mesmo quanto aos condemnados a trabalhos publicos e a prisão com trabalho. Se o condemnado tem pôr elles a escravidão rigorosa, porque, *durante o dia*, não é senhor nem do tempo, nem da actividade do seu braço e da sua vontade, tem por suas as horas da noite, as do descanso, e nunca se pôde reputar, sem o maior requinte de severidade, que não seja possível admittir lhe alguns instantes, em que, sem prejuizo das horas do trabalho forçado, elle pratique alguns actos de administração, fazendo as suas disposições, dando as suas ordens, para que outros verifiquem nessa conformidade, os actos secundarios e de execução da mesma administração. — Nada lhe impediria administrar por outrem, da sua escolha, segundo a regra de Direito — *quod quis per alium facit, per se facere videtur*.

Injusta, porém, em summo gráo, quanto á prisão maior *simples*; e ao degredo também *simples*, mas que ficam sempre por este modo *aggravadas*, em contradicção, como na pena de morte, com os dizeres do Cod.

Quanto á prisão, porque nella, não ficando escrava da pena, nem a actividade, nem a vontade e liberdade, do condemnado, senão parcialmente, com relação aos muros e regulamentos do carcere, ali pôde exercer plenamente a administração dos seus bens, em tanto quanto seja compativel com o cumprimento da *condenação*; — como se verifica com os reclusos correccionalmente até tres annos.

Quanto ao degredo: 1.^o por que a immensa distancia dos mares tanto impede ao condemnado a administração de seus bens, existentes no Reino, como a um proprietario do Reino impêde a administração do que possuir na India ou na Africa. No Reino mesmo, quantos proprietarios tem dominio, posse, e administração, de bens que nunca viram, ou existentes em logares, a que nunca foram, e a que nunca terão vontade, necessidade, ou occasião de ir? — 2.^o por que se este mesmo Art., estabelece no §. 2.^o, que os condemnados

¹ Acima dos direitos sociaes e de todos os bens materiaes está a *liberdade individual*, que é um direito commum a todos os homens, direito absoluto — acima ainda da liberdade está a *honra*, que prevalecendo sobre a *liberdade*, e ate sobre a *vida*, é o melhor de todos os patrimonios.

podem exercer, no lugar do degredo, os direitos civis, nos quaes, sem a menor contestação, se comprehende o de administrar, é repugnante, antinómico, que se lhes tire a faculdade de exercer o mesmo direito, quanto aos bens que possuir no Reino ao tempo da condemnação.

E é para notar, que o Art. não trata explicitamente dos bens existentes no Reino: assim, se, como é possível, o condemnado tiver toda, ou a maior parte, da sua fortuna, no mesmo lugar do degredo, como tambem, nos termos geraes do §. 2.º, elle pôde sem distincção exercer ahí os *direitos civis*, segue-se que ahí não perde a administração de seus bens: — ficando então repugnante directamente o Art. com o seu §.

Além de *injusta*, se pôde dizer *inconstitucional*. — A civilização de um povo méde-se principalmente pelo religioso e inviolavel respeito ao direito de propriedade. Assim o quiz a Carta Constitucional no Art. 145.º, que nos §§. 19.º, e 21.º, garantindo esse direito em *toda a sua plenitude*, e abolindo toda a *especie de confisco*; no §. 15.º, abolindo todas as aggravações penaes; desnecessarias ao cumprimento das penas; no §. 18.º, promettendo que a legislação criminal seria fundada nas solidas bases da *justiça e da equidade*; e no Art. 8.º, não admittindo, senão a perda dos *direitos civis*, quanto aos *bamidos por sentença*, ou condemnados, por haverem aceitado, sem licença do Rei, emprego, pensão, ou condecoração, de um governo estrangeiro: e sómente a interdicção *temporaria*, restricta a direitos politicos, puramente *como effeito* das penas, de que se trata: tinha estabelecido, com caracteres indeleveis, quanto era bastante para excluir semelhante aggravação da nova legislação penal.

É, mais, *inconstitucional* em rasão da sua injustiça relativa, porque, sendo realmente um augmento de pena, como é toda a aggravação, não pôde, em rasão da sua generalida-

A lei pôde sequestrar, no interesse e defesa social, o exercicio destes direitos, mas, em caso algum, pode moralmente substituir a privação perpetua de alguns dos mesmos direitos. Todo o genero de morte, lhe é vedado; todo o genero de interdicção lhe é permitido, e mesmo indispensavel, dentro dos limites da mesma defesa, e necesssidades da sua conservação.

de tornar a penalidade principal, ainda quando divisivel, em si mesma, igual para todos, qualquer que seja a sua condição. O rico sofrerá, sob este ponto de vista, mais ou menos, o pobre, nada. Este não administrará, por que não tinha que administrar. Ferida, por tanto, fica assim a igualdade da lei, quer proteja, quer castigue, como prescreve a Carta, no Art., cit. §.

Tambem se pode dizer desnecessaria; 1.º por que não pode existir necessidade, contra os dictames da justiça, e os preceitos da Carta; 2.º por que as penas, de que se trata, já são intensas, não só por sua natureza, mas pela aggravação da sua perpetuidade: 3.º porque, se as penas perpetuas, como exclusivas da reabilitação, perdem absolutamente o caracter de correccionaes, e só podem tolerar-se como sequestro da pessoa do incorregivel, toda a aggravação estranha a esse sequestro, é uma crueldade, e uma vindicta, que a rasão, a moral, e os bem entendidos interesses sociaes, não podem justificar nem consentir:

4.º por que, sendo esta aggravação, uma imitação dos Cod. Fr. Art. 18.º, impondo a *morte civil* aos condemnados aos *trabalhos publicos perpetuos*; talvez do Cod. d'Aust., Art. 23.º, declarando os condemnados, a *prisão dura ou muito dura*, incapazes de dispôr de seus bens, tanto por actos *inter vivos* como por *testamento*, durante *toda a duração* da pena; do novo Cod. dos Paiz. Baix., Art. 18.º, declarando, que os condemnados a prisão *com trabalho* serão considerados, *de facto*, como inhabeis de administrar seus bens: e do Cod. Hesp. Art. 52.º n.º 3.º, quanto á pena de ferros perpetua: e, não sendo estas determinações, senão consequencias, mais ou menos amplas, da *morte civil*: abolida esta hoje na Belgica; desconhecida no mod. Cod. da Prus.; e ultimamente proscripta na mesma França, como fica dito: o *exemplo* não é rasão impulsiva, pela sua caducidade, e rejeição transitada em julgado.

5.º, emfim, por que a nossa imitação vai muito mais longe que o objecto imitado; por que se, por uma parte, se modificam neste lugar os effeitos da morte civil, permittindo-se ao condemnado a faculdade de dispôr *mortis causa*, por outra parte, se ampliam os mesmos effeitos a *todas* as penas maiores de prisão simples e de degredo, a que os referidos Cod. não applicáram semelhante aggravação. Esses Cod. consideraram, e mais de *facto*, que de *Direito*, a *interdicção ci-*

vil sómente nos crimes puníveis *com trabalho forçado*; — ou fosse em rasão do *impedimento de facto*, que consideraram existir para a interdição civil, como o Cod. dos Paz. Baix., ou na *infamia dos trabalhos forçados*, a que o Cod. da Prus., no §. 11.º, attribuiu a perda da *honra civil*, ou fosse, mesmo, para tornar mais afflictiva a penalidade dos mesmos trabalhos. ¹

Finalmente, tambem se pôde demonstrar, que semelhan-te aggravação é illusoria.

Considerando nella, não o seu rigôr moral e material, como excesso de expiação e de vindicta publica, mas *um meio*, ou *providencia preventiva*, de que se considera carer a sociedade para *segurar*, para tornar effectiva, a execução da sua penalidade, por que o culpado, não sendo privado da administração dos seus bens, pode abusar della para corromper os seus guardas, para se evadir ao cumprimento da sentença: como a privação resalva a faculdade *mortis causa*, segue-se que elle pode dispôr dos bens de raiz livres, ou, por meio de doações com reserva de usufructo, ou por nomeações de praso com a mesma reserva nos bens que tiverem natureza emphiteutica: ou prevenir, por meio de diversos contractos, ou antdatados, ou celebrados durante o processo, ou a pendencia de recursos, a mesma aggravação, subrogando toda ou parte de sets bens por outros no logar do degredo, aonde, nos termos do §. 2.º, podendo exercer livremente os direitos civis, é senhor da livre administração de tudo quanto ahí possuir.

O 3.º *effeito*, ou antes *aggravação*, que o Art. enumerava, como inherente ás penas perpetuas, é o da perda do di-

¹ O commentador Pacheco diz que não comprehende o motivo por que o Cod. Hesp. não tornou extensiva a interdição legal á pena perpetua.

« Para que é, diz elle, deixar-lhes direitos, que não podem desempenhar com utilidade? Para os condemnados e inutil; para as pessoas da sua familia é notoriamente prejudicial.

« Quem se acha recluso por toda a vida, longe do seu domicilio, e talvez além dos mares, como hade exercer o patto poder, a authoridade de marido?

« Como, ou para que, hade administrar seus bens?»

« Talvez fosse esta a opinião, que prevaleceu na confecção do presente Art., prevalecendo contra os exemplos praticos supra indicados. Mas as considerações, de Pacheco não destroem as rasões, em que visivelmente se fundou o legislador do Cod. Hesp.

reito á *protecção das leis para exercer authoridade a respeito de sua mulher e de seus filhos*.

Dissolvida, pois, fica aos olhos da lei, com relação ao marido, a união conjugal, os vinculos da natureza!

Nas sagradas paginas encontra-se:

« Relinquet homo patrem et matrem suam, et adhæret bit uxori suæ; et erunt duo in carne una. » Eph. 5, 31; « Marc., 10, 6. Deste preceito indelevel, tira o Salvador do Mundo a conclusão: « quod ergo Deus conjunxit, homo non separet » e a religião christã é uma das bases constitucionaes da nossa existencia social, C. Const. Art 6.º

Todavia o conjugue condemnado fica absolutamente privado de reclamar a protecção das leis, para exercer authoridade sobre sua mulher, e até sobre seus filhos, ainda que fructos do matrimonio. ¹

Que não só a mulher abandone seu marido na desgra-

Se o condemnado não perde o direito de propriedade, o legislador devia respeitar as consequencias desse direito, estelil, irrisorio, para o condemnado, se perdesse a administração de seus bens.

Pois é inutil essa administração para o condemnado? Pois elle não pode assim ficar habilitado para suavisar o seu captiveiro, por melhor nutrição; vestido; cama; abundante leitura; e instrumentos de trabalho, que lhe sirvam de lenitivo? Não pôde dar as suas ordens, as suas instrucções, constituir os seus procuradores, sejam quaes foram as distancias?

Por ventura tira-se a administração dos bens ao cidadão ausente, mesmo que se ache fóra do Reino, quando é certa a sua residencia?

Não e elle o tutor natural de seus filhos, para os dirigir, para regular a sua educação. e instrucción, estabelecer mestres, pagar mezadas?

Ser-lhe-ha tólhido supprir a insufficiencia de seus bens e rendimentos, fazendo girar, por seus commissarios, e mandatuarios, alguns capitaes, para que se tornem productivos, e senão consummam na prisão em prejuizo seu e de sua familia?

Ser-lhe-ha vedada a beneficencia, fazer esmolas a estabelecimentos pios, a pessoas pobres, e até soccorrer os companheiros da expiação e de infortunio, e as suas familias, como tantos liberaes fizeram uns aos outros dentro das cadeias em tempo de D. Miguel?

Mas, dirá alguem, o condemnado pôde assim evadir-se tentando subornar os seus guardas, os seus carcereiros.

Ao que respondemos 1.º, que se a possibilidade do abuso fosse uma rasão, provava até contra a administração dos bens em si mesma, para todo e qualquer cidadão; 2.º, que são altamente reprehensiveis, como preventivos, os meios tyranicos, e injustos; 3.º, que as evasões se previnem pela segurança das cadeias, fidelidade dos carcereiros, vigilancia de policia, e disposições penaes. O Cod. Hesp. pois, não merece a censura, que o seu commentador lhe fez. Censura merece o nosso pelo não haver, pelo menos, limitado

¹ « Esta disposição só de per si era bastante para se votar contra qualquer Cod., que a quizesse conservar, como necessaria. » *

ca de uma prisão, de um degredo, mas que, por seu querer unico, viva em *divorcio de facto*; que passe á companhia do proprio accusador de seu marido, da testemunha, que lhe fez culpa; do herdeiro, que lha promoveu para haver a sua fortuna; que o adulterio seja teúdo e manteúdo com publico e geral escandalo; que os filhos, em logar, de implorar, mais tarde, ou mais cedo, a clemencia do Rei, e de promover soccorro e consolações a seu pai, o desprezem, e insultem, a sua memoria: a lei é surda e muda; as portas dos tribunaes estão vedadas ao esposo e ao pai! Nada pode requerer, perdeu o direito á protecção das leis! Esse direito, que não é só d'elle, mas da sociedade inteira, que desconhecê-lo é maior *mal social*, que o *mal* proveniente do crime!

Em verdade, não nos podemos accomodar com esta doutrina, nos termos absolutos, em que é concebida, apezar do Art. 41.º do Cod. Hesp., em que ella se acha consignada, que foi sem duvida, a fonte desta disposição, que tambem não é mais do que uma parafrase do Cod. Civ. Fr., quanto a um dos effeitos attribuidos á *morte civil* « *Le mariage qu'il avait contracté est dissous quant à tous ses effets civils.* »

Era coherente, segundo a logica de Treillard; com a perda da vida civil, perdidos ficavam, todos os direitos civis.

Mas condemnada, destruida, abolida esta ficção, não pode sustentar-se o Art., como se acha redegido; por que assim ataca, tanto a verdade moral, como espedaça os vinculos sociais e da natureza os mais sagrados.

Ao menos o Cod. Hesp., como fica notado, não fulminava, como este nosso fulmina, a *interdição civil* contra os condemnados á *prisão* simples, com quanto perpetua.

Sem duvida, que a lei não pôde proteger o marido para que possa obrigar a mulher a segui-lo na prisão, no degredo, e bem assim a seus filhos; mas esta impotencia vem, não da perda do seu direito conjugal ou paternal, mas da

Disse o nosso estimavel collega e amigo, o sr Mello e Carvalho, na camara dos deputados, em sessão de 8 de Abril de 1853 Considerações philosophicas, moraes e politicas, lhe obstem, demonstrou, elle sem que seja necessario grande esforço, na demonstração, por que *toda a intelligencia as comprehende, todo o coração as sente.*

injustiça, que seria, contra o preceito da Carta, Art. 145.º §. 19.º, e do mesmo Cod. Art. 102.º, fazer-se, por esse modo, transcender a pena além da pessoa do delinquente.

Se, nos casos de degredo, a mulher, ou, em rasão da affeição, ou do cumprimento dos seus deveres moraes e religiosos, pratica o sublime esforço de acompanhar o seu marido, o que a lei não véda, nem podia vedar, não poderá este, no pleno goso dos seus *direitos civis* no *logar do degredo*, conforme ao §. 2.º, invocar a protecção das leis e dos tribunaes, contra os desvios da seducção ou do arrefecimento dos mesmos deveres? — O impedimento legal, que resulta da sujeição á pena, é uma rasão de mais, para que intervenha, a requerimento do marido, a authority publica.

Melhor fôra, por tanto, eliminar do Art., semelhantes palavras. Os condemnados, como privados do livre exercicio da sua actividade, do seu tempo, não podem, de facto, requerer, nem exercer, em toda a sua plenitude, os seus direitos, nem conjugaes, nem paternaes, nem arcastar na sua desgraça os membros da sua familia, fazendo-os participantes do que é inseparavel consequencia da expiação do crime. O silencio, pois, seria bastante, e mais prudente; porque a disposição firmada em preceito é inutil, em parte; pode ficar em contradicção com o §. 2.º; e torna-se immoral, sempre, que, em todos os casos de applicação pratica, não appareça uma incompatibilidade absoluta, com o cumprimento do julgado.

O quarto *effeito*, ou antes *aggravação*, das condemnações a penas perpetuas, é, nos termos do Art., o de não poderem os condemnados — *ser testemunhas*, excepto para dar informações á justiça. »

O Art. não distingue as *testemunhas juradas*, das que prestam a sua intervenção em *actos judiciaes*, como citações, intimações, exames, ou *extra-judiciaes*, mas *solemnes e authenticos*, como testamentos, ou escripturas publicas. A excepção confirma a regra em contrario.

As *testemunhas judiciaes* ficam equiparadas ás *extra-judiciaes*, por que se estas, em rasão do acto, revestem uma qualidade, que produz a fé publica e legal, aquellas adquirirem o mesmo character em rasão do juramento, que prestam.

Posto isto, se torna evidente, que a capacidade corre-

lativa é puramente *politica*, e se acha, como tal, comprehendida na perda dos *direitos politicos*, como expressamente a comprehende o novo Cod. da Prus. no §. 12.º n.º 5.º.

« Incapacidade de *ser admittido a juramento* como testemunha, ou louvado, ou de intervir como testemunha na « formação de documentos *authenticos*. »

Isto mesmo se reconhece no Art. 57.º, aonde se declara, que a perda dos direitos politicos, priva o condemnado de ser — testemunha em *qualquer acto solemne* e *authentico*. —

Resulta desta observação, que esta declaração é redundante, quanto ao preceito, incluído na da perda dos direitos politicos, e repetido no Art. 53.º, e só deixa de o ser, quanto á excepção.

Além disso, temos mais a ponderar, em 1.º lugar, quanto ao preceito, em si mesmo, que é digno de reforma, em razão do seu vicio de origem. É, segundo a logica de Treillard, uma das consequencias da morte civil, como se vê do Art. 25.º do Cod. Civ. Fr.

« Il ne peut être témoin dans un acte solemnel ou authentique, ni être admis à porter témoignage en justice. »

O homem morto não pode fallar, nem estar em juizo, nem fóra do juizo. Mas abolida a *ficção*, cahem por terra todas as suas consequencias.

Que os condemnados sejam excluidos de testemunhas em actos solemnes e nos authenticos, que, mesmo se considerem, indignos de prestar juramento, e que então se lhes não defira, ou se lhes dispense, pode, até certo ponto, conceber-se, como se concebeu no cit. §. 12.º do Cod. da Prus. ; mas que, em termos absolutos, sejam excluidos de testemunhas em negocios judiciaes, é inadmissivel.

Não ha verdade moral no preceito ; por que não se pôde considerar inhabil para depôr de qualquer facto e suas circumstancias, qualquer *homem vivo*, dotado de memoria e de intelligencia, que tenha noticia desse facto.

Não ha conveniencia no mesmo preceito, porque pôde prejudicar a administração da justiça, tanto criminal como civil ; o conhecimento da verdade ; os direitos de terceiro. Os condemnados podem pois, e por tanto, devem ser ouvidos como testemunhas, em juizo, embora presos ou degradados,

ou vindo ás audiencias sob custodia, ou por meio de deprecadas dirigidas aos logares de sua residencia. ¹

Devem mesmo ser ouvidos, com juramento ; 1.º porque é uma solemnidade essencial, garantia da verdade, e aos juizes e jurados toca sempre dar-lhes a importancia, maior ou menor, que na sua apreciação assente na presumpção de falta de probidade ; 2.º porque a incapacidade de prestar juramento, é incompativel com a capacidade, que tanto a Religião como as leis, e os Regulamentos do Estado, reconhecem em taes condemnados, para serem admittidos ás coisas mais sagradas, como são a desobriga, os sacramentos etc. : 3.º em fim, porque essa incapacidade, fundada na indignidade permanente dos condemnados a taes penas, se manifesta a gravidade dos crimes, que os infama, tambem accusa a insufficiencia ou inefficacia da expiação, qualquer que seja a sua duração, que não melhora não corrige a enfermidade moral desses criminosos : confissão esta virtual do legislador, que, por absurda e offensiva, da sua intenção e da sua justiça, é inadmissivel.

¹ O direito de intervir, como testemunha em actos authenticos, ou solemnes, é um direito politico, como tal justamente considerado no Art. 9.º da Lei 25.º anno 11 sobre o *notariado* ; exigindo, que sejam pessoas, que estejam no pleno gozo dos seus direitos civis.

Mas as testemunhas *instrumentarias* não devem ser confundidas, para a interdição com as *judiciarias* ; nem com as que respeitam áquelles actos, em que os cidadãos tem, pela Lei, não propriamente um *direito*, mas uma *obrigação* de prestar a sua intervenção ou depoimento.

Tolher-lhes o exercicio de um *direito* em consequencia de crime, explica-se, mas dispensal-as de uma *obrigação*, por tal motivo, pôde ser, além de contrasenso, prejudicialissimo.

Admittido o depoimento, mas sem *juramento*, é admittido sem *garantia* de sinceridade. A mesma affronta, que *praticamente* recebe o interdito, deve naturalmente inclinal-o a fallar á verdade, pelo silencio ou pela deturpação ou exaggeração dos factos. O inquerito das testemunhas é um acto extremamente serio, que demanda da parte do juizo todas as atenções e cortezia.

São dignas de ler-se as convenientes raseos, que contra o Cod. Fr., fonte proxima deste nosso Art., expende Rogron. Se os condemnados, são como pessoas *infames*, diz elle, indignas de prestar juramento, de que serve o seu depoimento ? Se apesar da sua infamia, devem como *necessarias* ser admittidas, e, por tanto, acreditadas, porque razão se hade recusar á Sociedade a *garantia*, dispensando-se-lhes a obrigação do *juramento* ?

Em todo o caso, pois, deviam ser resalvados, da interdição, legal os casos, em que taes testemunhas deviam ser qualificadas *necessarias*, como são todas as *presencias* de um facto ; as *precisas* para a formação de um corpo de delicto *indirecto* ; para completar o numero legal das de um summario ; as que forem *referidas* ; as de que tiverem de ficar *escriptas* os depoimentos, ou houverem de ser inquiridas por *deprecadas*.

A interdição se torna moralmente insustentavel, sempre que nos interesses da verdade, da acção ou accusação, ou da defesa, for assim requerido

O quinto effeito, que o Art. menciona, é quanto aos negocios judiciaes, o da assemelhação dos condemnados ás pessoas que a lei declara incapazes de se regerem.

É uma consequencia da perda da administração dos bens. Demandar e ser, por tanto, demandado é um acto de administração: o que não competindo aos menores, aos prodigos, aos sandeus; assim como estes, posto conservem o dominio, não podem gerir se não, por outros em seu nome sim, mas não da sua escolha; do mesmo modo os condemnados a penas perpetuas, não podem, estar pessoalmente em juizo, por ser incompativel com a pena, ou constituir procurador, nem para accionar, nem para confessar, ou contestar.

Por esta theoria taes condemnados não podem transigir, e, o que é mais, não podem confessar uma divida, reconhecer uma obrigação, prejudicando com a sua superveviente incapacidade legal os direitos de terceiro, os negocios e contractos celebrados em boa fé, ou sob palavra, de que os interessados não tenham prova escripta ou de testemunhas. As-

pelas partes. Por ventura não estremecerá um juiz de repellar a pertença de um réo sobre deferir-se o juramento ás testemunhas?

Com semelhante repulsa ficarão plenamente respeitadas os sagrados direitos da defesa e da innocencia?

Todavia a pertença hade ser indeferida — *dura lex, sed lex.*

Accresce, que o nosso Cod. não menciona expressamente a interdicção dos depoimentos jurados, ou prestados em juizo, senão com relação aos condemnados a penas maiores perpetuas; e, por tanto, os condemnados a penas maiores temporarias não tem incapacidade de os prestar, como resulta da comparação do presente Art., com os Art. 54.º, e 57.º, não podendo este ultimo estender-se a mais do que especificou, como consequencia, ou concomitancia, da perda dos direitos politicos. Em taes termos não apparece razão bastante, para se estabelecer esta inhabilidade, quanto aos condemnados a penas perpetuas, a não se estabelecer, a respeito de criminosos, que posto commettessem crimes de menor gravidade, ainda foi tal, que mereceu uma das penas maiores, criminaes, infamantes, afflictivas, segundo as denominações dos diversos Cod.

A distincção firmada na indignidade absoluta dos condemnados a penas perpetuas, não pôde, pois, justificar-se por principio algum.

« Esta disposição (que é um romanismo bebido na L. 3.ª §. 5.º D. de «testib.) a ter logar, seria a respeito dos condemnados por falsidade ou «perjurio»; a disposição absoluta do Cod. é insustentavel » diz o Sr. Levi, Comm. tom 1.º pag. 150. Somos, pois, da mesma opinião, e que nem mesmo depois dos crimes de perjurio ou falsidade deve ter logar a dispensa do depoimento ou juramento.

Nem se deve dispensar o condemnado do cumprimento de uma obrigação; nem prescindir do depoimento jurado, quando necessario; nem supôr, que quem prejura ou mentisse, uma e mais vezes, hade reincidir sempre; nem, finalmente, um condemnado, mesmo perpetuamente, em estado de incorregibilidade e de perversidade permanente.

Mas tem mais força o exemplo do Cod. Fr., e dos mais, que o tem seguido *more pecudum*, que todas quantas razões se possam adduzir!

sim a lei, punindo o delinquente com estes accessorios de aggravação, irá reflectir, nos seus effeitos penaes, em pessoas, que não participaram de crime, embora o prejudicado seja um menor, ou o proprio offendido pelo mesmo crime!

Basta, a nosso ver, esta reflexão, para demonstrar o absurdo de semelhantes aggravações, além do que é essencialmente connexo e inevitavel com o cumprimento das penas.

Quanto á assemelhação nos negocios judiciaes destes condemnados, aos incapazes de se regerem, é ainda uma parafraze dos effeitos da *morte civil* (actualmente abolida) declarada no Art. 25.º do Cod. Civ. Fr.

« Il ne peut procéder en justice, ni en défendant, ni en « demandant, que sous le nom é par le ministère d'un curateur spécial, qui lui est nommé par le tribunal où l'action « est portée »

ARTIGO 53.º

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

A disposição deste §. é uma consequencia da perda da administração dos bens, assim como esta é uma consequencia da morte civil, salvo, porém aqui o direito de propriedade, *esteril* e sem efeitos civis, com a unica modificação da faculdade de dispôr *mortis causa*, como virtualmente se estabelece no Art. Consequencia tambem digna da logica de Treillard., e dos seculos passados, que nunca, em regra geral foi admitida entre nós pelas leis do Reino, nos casos, de que se trata.

Consequencia digna da distincção entre homens livres e homens escravos, tirada das leis e costumes Romanos, sendo uma das especies de escravidão, a da pena.

Consequencia digna da falsa theoria da vindicta publica acerca da punição do crime. Não bastam as penalidades, a pesar de intensas por sua natureza e perpetuidade, a justiça dos homens, sedenta de aggravações, de nenhuma se esquece, que possa tornar a sua penalidade mais dura.

Para assim acontecer, como se verifica no presente Art., dois grandes sofismas, ainda que *involuntarios*, ou *paralogismos*, commette o legislador. Um é o de excluir da penalidade, por elle *composta*, este montão de elementos *accessorios*, a que por um modo vacilante chamou *effeitos*, já da pena, já da *condemnação*. Outro é o de conservar a pena da *morte civil*, proscrevendo-lhe sómente o *nome*, para a tornar *divisivel*, em 1.º — 2.º — e 3.º gráo, — como adiante recapitularemos.

Estamos, pois, tratando ainda neste §. 1.º dos effeitos da *morte civil*, com quanto no segundo gráo. Importando as penas maiores perpetuas a *morte* do homem com relação á *liberdade*, á *sociedade*, e á *esperança*, mas sendo conservada

a vida individual e material, era preciso, que o legislador declarasse porque meios devia alimentar-se.

Quer o Cod., neste §., a semelhante respeito, que os condemnados privados inteiramente da administração de seus bens, sómente *recebam* dos mesmos bens, ou rendimentos, a porção, que o governo julgar conveniente *authorisar*. Mas note-se, que no §. se não diz, que elle possa *dispôr* do que se lhe permittir *receber*: a faculdade de *dispôr* é distincta: é um *acto de administração*, que sómente podem praticar aquellos individuos, que são *capazes de se regerem*. E, por tanto, sendo estes condemnados *privados de administrar*, e equiparados, nos negocios judiciaes. aos que são incapazes de *se reger*: — ficando elles escravos da pena, e temendo-se, que fiquem habilitados com os meios, que o governo lhes deixar, para *abusar*, pôde entender-se, que a disposição deste §., para não resultar manifesta contradicção com o que se dispõe no Art., não importa uma modificação do mesmo Art. relativa á *faculdade de dispôr inter vivos* dessa parte de bens ou rendimentos, que o governo *authorisar*.

Essa quota, ou porção, é recebida só *virtualmente* pelos condemnados no sentido de que tem de ser exclusivamente applicada ás suas necessidades; porque o acto de dispender, e de avaliar essas necessidades, quaesquer que ellas sejam, não lhes pertence.

Se os condemnados, pois, tiverem esposa e filhos, e a estes, ou áquelle, se entregar a administração dos bens, ha-de o governo tolher-lhes, que prestem a seu marido e pai os socorros, de que *entendam carcece*, ou com que procurem, ou desejem, suavisar-lhe o martirio da morte civil, da escravidão penal?

Será preciso, para que assim o consigam, recorrer ao patronato, ao favor e generosidade de um ministro de Estado, á humanidade illegal da autoridade superior do districto, ou a corruptibilidade dos guardas e carcereiros, que lhes tornem esses socorros mais dispendiosos, pela importancia da peita, ou do subórno?

Isto, sobre tudo se torna mais deshumano, mais injusto, e immoral, quando não ha o pretexto do *trabalho forçado*, para desculpar tão cruel disposição, ou a perpetuidade da pena recahe sobre degedro ou prisão simples.

Nesta penalidade, nem o Cod. Hesp., Art. 53.º, como já fica notado, admite a interdicção civil para effeito algum.

« Sancto Deos, onde estamos, em que época vivemos, para onde vamos? Como se decreta assim a perda da pro-
« priedade, e se nega ao condemnado uma fatia de pão do
« que elle adquiriu com o seu trabalho e suor do seu rosto!

« Como se priva á consorte e aos filhos de prestarem ao
« marido e pai dos rendimentos dos seus bens o necessario
« para sua subsistencia, fazendo tudo isto dependente da au-
« thorisação do governo?! Quem o crera, se o não visse! É
« levar bem longe os effeitos das penas.

« Penas de semelhante natureza não são reparações pu-
« blicas devidas á sociedade, são actos de vingança; exce-
« dem toda a proporção, *punem com a expressão de colera,*
« ultrajam a especie humana, mas perdem felizmente a final
« toda a sua efficacia pela sua dureza, injustiça e barba-
« ridade.

« A perfeição dos Cod. Pen. não consiste na severidade
« das penas, não está em penetrar nos negocios, que pertencem
« cem á vida privada, á economia e arranjo da familia.

« O condemnado não perde os sentimentos de marido e
« de pai, não se lhe agrave pois a sua penosa situação, não
« se torture o seu espirito. Uma pena que affecta e contra-
« ria os mais nobres sentimentos da alma, tem contra si a
« consciencia publica; a moral dos povos contra ella se le-
« vanta e protesta. »¹

Este §. é uma imitação da lei Fr. de 8 de Junho de 1850, que determinou no Art. 3.º, que, em quanto uma nova lei não declarasse, quaes os effeitos civis das penas, os deportados se considerariam em estado de *interdicção legal*, conforme aos Art. 29.º e 31.º do Cod. Pen., acrescentando, porém, « Il pourra leur être remis, avec l'autorisation, du gou-
« vernement, *tout ou partie* de leur biens. »

Mas esta confrontação demonstra a dureza e a deficiencia da imitação. *Dureza* 1.º porque se restringe a entrega a uma *porção*, e exclue, por tanto, a possibilidade da entrega *total*; 2.º porque torna dependente a entrega, não da *authorisação*, mas da *arbitrage*, do governo. *Deficiencia*, por que não levanta, em termos claros e expressos, a *interdicção civil*, a respeito da porção de bens assim entregues, como

¹ Disc. do Sr. Mello e Carvalho, pronunciado na camara dos Deputados em sessão de 8 de Abril de 1853. E, para nós, de tanto peso esta authoridade, que nos abstemos de fazer outras ponderações a este respeito.

fez a referida lei, nas palavras — *sans l'effet de cete remise*.

Deve ainda notar-se, neste lugar, que este §. sofre a excepção, que se manifesta do §. un. do Art. seguinte. Tanto os degradados, como presos, se forem ao mesmo tempo condemnados a *trabalho forçado*, não podem receber porção *alguma de rendimento* de seus bens.

A razão intrinseca desta limitação condemna a regra geral, estabelecida neste §.; porque, cessando a *obrigação do trabalho*, não ha fundamento plausivel, para que na prisão maior, ou degredo, simples, se firmem os direitos de propriedade, desnecessarias ao cumprimento da pena.

E, finalmente, que, apesar do que temos ponderado, fica este §., assim interpretado com abstracção, tanto do Art., como do §. seguinte, em completa antinomia relativa aos condemnados a degredo simples, pois que em termos absolutosahi se declara, que podem exercer os direitos civis no logar do degredo.

Ou a these do presente §. se modifica pela determinação do seguinte, ou a do seguinte pela do presente §. Mas as regras de hermeneutica prescrevem, que a these mais geral ceda o passo á que fór mais restricta, e que, em materia criminal, se entendam as leis de modo mais favoravel aos réos. A preferencia, compete, por tanto, a bom Direito, aos termos geraes e absolutos do §. seguinte, pois que são *restrictos e especiaes* aos degradados. Devemos suppôr, que o legislador, em logar de lhes ampliar a interdicção civil, nos termos da cit. lei Fr., com relação a todos os bens não entregues com authorisação do Governo, quiz, pelo contrario, abolir plenamente a mesma interdicção, sem outra limitação mais que a dos logares fóra do degredo, concebendo a sua determinação de modo, que a *morte civil* ficasse abolida, salvos unicamente os effeitos *politicos*, aproveitando somente da referida lei, sem as suas limitações, a these: « En aucun cas
« la condamnation à la deportation n'emporte la mort civile;
« elle entraîne la *dégradation civique* »

Diga, o que disser, a lei Fr. — *nós legem habemus*; — não podemos ampliar-a alem dos seus termos.

ARTIGO 53.º

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

Este §. é tirado da disposição do Cod. Fr. Art. 18.º :

« Les condamnations aux travaux forcés à perpétuité et à la déportation emporteront la mort civile. »

« Néanmoins le gouvernement pourra accorder au déporté, dans le lieu de la déportation, l'exercice des droits civils ou de quelques uns de ces droits. »

Differe do mesmo Art., em que este tornou dependente da concessão do governo o exercício dos direitos, que a pôde limitar, e recusar; em quanto que, pela nossa disposição, esse exercício é um direito do degradado, que só delle depende, e que lhe é facultado sem limitação alguma, modificada assim esta disposição, nos termos, em que a modificara o Art. 3.º de lei Fr. de 8 de Junho de 1850.

Louvâmos esta disposição, mas ella, ou diz menos, que as suas palavras, ou se acha em manifesta contradicção, como temos notado, com o Art., e com o §. antecedente. Ou o Art. e §. 1.º, comprehendendo os degradados, se limitou ao tempo, que decorrer desde a condemnação até ao effectivo transporte dos condemnados para o ultramar, resultando esta limitação do que se dispõem neste §., ou apparece aqui uma antinomia relativa, que de outro modo, a nosso ver, se não pôde conciliar.

O §. é concebido em termos ainda mais absolutos, que os do Art. O exercício dos direitos não tem restricção alguma, mais que a de se verificar *no lugar do degredo*. Ali, pois, pôde o degradado administrar livremente os seus bens; receber todos os seus rendimentos; dispôr livremente, tanto mortis causa, como inter vivos; reclamar a protecção das leis sobre seus direitos resultantes do matrimonio ou da paternidade, em quanto não forem incompatíveis com outros direitos da mulher e filhos, em presença da situação penal; etc.

Já notámos, que o Cod., não empregando em parte alguma a expressão *direitos civis*, senão neste lugar, e que, sendo controversa a linha divisoria, que os separa dos *políticos*, ou quaes os seus característicos de distincção, tinha uma necessidade absoluta de nos dar a definição, para constituir um preceito. Mas não se pôde dizer, que os referidos direitos são *políticos*, e não *civis*,¹ não só em vista da definição, que delles nos dá no Art. 6.º, mas da distincção, que estabelece o Art., entre estes, e aquelles, aliás a expressão — *todos os direitos políticos* — tornaria redundante todo o resto do mesmo Art.

Esta antinomia resulta da imperfeita copia do que, a semelhantes respeito, com relação aos degradados, se vê determinado na citada lei Fr. de 8 de Junho de 1850, que modificando o Cod. Pen., para o effeito de abolir a *morte civil*, quanto á *deportação*, limitou, comtudo, o exercício dos *direitos civis no lugar do degredo*, que não tornou mais dependente do governo, coum a resalva dos bens, que os degradados possuissem ao tempo da condemnação, e dos contractos feitos sobre esses bens, assim como sobre todos os que lhe adviessem por successão ou doação.

Assim era preciso, que se declarasse; pois que, de outro modo a permissão do exercício dos direitos civis, a par da abolição da morte civil, quanto aos degradados, importava a restituição de todos esses direitos, com a unica restricção de serem exercidos no lugar do degredo.

A mesma lei, para não ficar contradictoria em suas disposições, determinando, que poderia ser entregue aos degradados, com authorisação do governo, toda ou parte dos bens, que possuissem ao tempo da condemnação, resalvou contra os effeitos da interdicção legal os bens assim entregues — *sauf l'effet de cette remise*.

¹ Como *civis* são considerados, entre outros Juris-consultos, por Toulier, Liv. 1. n.º 253.

ARTIGO 54.º

Qualquer das penas declaradas no Art. antecedente, sendo temporaria, produz o effeito da perda de todos os direitos politicos; e os bens do condemnado são rigidos, durante o cumprimento da pena, como o são os dos incapazes de administrar sua fazenda, observando-se as regras, que, a respeito da curadoria em taes casos as leis estabelecem. Art. 29.º n.º 6.º; 37.º; 52.º; 53.º; 57.º; 78.º §. 6.º; 124.º; 129.º; Carta Const. Art. 8.º §. 2.º

Continúa neste Art., ainda que em terceiro gráo, a *morte civil*, com perpetuidade de effeitos, quanto aos direitos politicos, ou de honra civil, e com interdicção dos direitos civis, ou antes naturaes, derivados do de propriedade, durante o cumprimento da pena.

A primeira observação, que se nos offerece, é que esta disposição torna *viciosas todas as penas maiores*, como *perpetuamente infamantes*.

São viciosas, porque, se a *expição* não corregiu o condemnado, o *remedio*, ou não foi *penitenciario*, ou foi *ineffcaz*: é o proprio legislador, que assim o reconhece e confessa, desde que, terminada a *expição*, não restitue ao mesmo condemnado a sua capacidade politica.

Esta disposição despoja effectivamente as penas maiores temporarias dos seus effeitos talvez salutaes; porque toda a pena, que infama perpetuamente, e que assim é a morte da esperança, perverte e não corrige. Não se imprime então sobre o hombro dos condemnados a marca de ferro quente, mas imprime-se-lhes outra, que, por ser moral, não é menos cruel, e que produz os mesmos effeitos, excluindo-os do numero dos cidadãos *activos*, dos cidadãos *livres*.

São assim viciosas *todas as penas maiores*; porque, se, em geral, a perpetuidade é um vicio radical em toda e qualquer penalidade, e a perda dos direitos politicos uma verdadeira pena caracterisada entre as *maiores*, ou *criminaes*, pelo Cod., no Art. 29.º, segue-se, que *todas as penalidades maiores temporarias, são perpetuas*; porque a *perda dos direitos politicos* se accumula a *todas*, vindo em realidade a ser em todas a *principal*, e ficando a *principal*, segundo as determinações especiaes do Cod., *accessoria*, como de *aggravação* daquella.

Em outros termos, a penalidade — *perda dos direitos politicos* — é commum a todas as penas *maiores, perpetuas ou temporarias*: subsistindo, porém, nestas, como segunda faz da penalidade, como seria, por exemplo, o degredo perpetuo, aggravado com a prisão temporaria no logar do degredo; ou a prisão perpetua aggravada com o *trabalho* ou com o *isolamento temporario*. E sempre a penalidade *composta* no primeiro periodo do seu cumprimento, ficando *simples* sómente no segundo periodo.

Não ha, pois, verdade real, nem moral, na expressão *qualquer pena maior temporaria*, pelo contrario *qualquer pena maior é perpetua*, porque todas são elementos accessorios de outra que é *perpetua*, segundo o Cod. A expressão *effeitos* é um puro sofisma da legislação, que encobre a *expressão* da colera, ou da vindicta publica, que fere os condemnados com a *perpetuidade*, ou *morte civil*, posto que em terceiro gráo; e que assim disfarça, como *simples*, uma penalidade, que é sempre *composta*.

São assim todas viciosas, pela razão fundamental, que, sem cessar repetiremos, da repugnancia com a Carta Constitucional.

A Carta não reconhece *perda* de direitos, senão, em geral, *os de cidadão*, a qual leva consigo a dos *direitos civis*, que competem a todos os portuguezes: e, *quanto a direitos politicos*, nos casos de sentença condemnatoria a *prisão*, ou *degredo*, só admite a *suspensão* do exercicio, ou *interdicção*, em *quanto durarem os effeitos da condemnação*, o que evidentemente exclue semelhante privação, como *pena*, e, ainda mais, a *sua perpetuidade*.

É, precisamente, como já ponderámos, o contrario do que se acha estabelecido no Art. 53.º do Cod. do Braz., conformando-se com o §. 2.º do Art. 9.º da Constituição do Im-

perio, fonte proxima e litteral do §. 2.º do Art. 8.º da mesma Carta.

« Os condemnados a galés, a prisão com trabalho, a prisão simples, a degredo ou a desterro, ficam *privados do exercício dos direitos politicos de cidadão brasileiro, em quanto durarem os effeitos da condemnação.* » Transportou-se assim para o Cod. do Braz. *fielmente* o disposto na Constituição, como nós igualmente deveríamos ter transportado para o nosso o disposto na Carta.

Concorda, todavia, com a disposição do nosso Art., o novo Cod. dos Paizes Baixos, tit. 2.º Art. 17.º

« Le condamné à une peine criminelle... *est inhabile... à exercer à l'avenir ses droits politiques.* »

O Cod. Hesp., Art. 55.º, concorda, mas sómente, quanto á pena dos *trabalhos forçados temporarios — cadena temporal* — mas excluindo a perpetuidade nas penas de *reclusão* e outras temporarias, determina no Art. 57.º, que a interdicção dos direitos politicos subsista por outro tanto tempo, como o da duração da pena.

Concordam tambem, mas em termos absolutos, com o nosso Art., os Cod. da Italia (Sardenha e Duas Sicilias): os seis Cod. mod. da Allem., publicados depois de 1838: assim como o da Bav.

Mas o recente Cod. da Prus. sómente admittiu a perda dos direitos da *honra* civil, como disposição geral, na pena de prisão a *trabalhos forçados*, excluida, não só das outras penas criminaes, mas mesmo da pena de morte, excepto em casos de lesa-majestade, ou de assassinato com circumstancias agravantissimas, reservado então semelhante accessorio, como aggravação da pena de morte: §. 7.º e 11.º

Seja, porém, qual fór a authoridade, que resulta destes exemplos praticos, cumpria, que entre nós se observasse a Carta, principalmente quando se acha confirmada, neste ponto, tanto pelo Acto Adicional, como pelo decr. eleitoral permanente, que hoje assim pugnam com o Cod.

O Cod. ficou omisso, quanto á facultade do *exercício dos direitos civis no lugar do degredo*, quando este seja temporario, ou, se o §. 2.º do Art. antecedente se não entender correlativo sómente á materia do mesmo Art., foi ahí mal collocado. Seria absurdo, por mais de uma razão, restringir esse §. á hypothese do Art., em que se acha, e, por tanto, escolhemos a segunda conclusão da alternati-

va, que o faz collidir, como fica demonstrado, com o presente Art.

A segunda observação, que se nos offerece, é relativa á segunda parte do Art., determinando, em geral, que os condemnados, a *qualquer* das penas maiores, declaradas no Art. antecedente, comprehendidas assim, tanto as do *degredo*, como a da *prisão maior simples*, sofram, *durante o cumprimento da pena, a interdicção civil* da administração de seus bens, como os incapazes de os administrar. O Art. não proclama a *incapacidade*, não priva da *administração*, como no Art. antecedente, mas estabelece uma interdicção, que se lhe assemelha inteiramente, só com a differença de ser *temporaria*.

Com esta disposição não só continuam a ser feridos os principios que deviam reger, para se respeitar o direito de propriedade, em *toda a sua plenitude*, como determina a Carta; mas se excede a *legitimidade do direito de punir*, em quanto se admittem *aggravações*, que não são constitutivas da penalidade, nem indispensaveis ao seu cumprimento.

Em segundo lugar, esta disposição, fica em *completa antinomia* com o §. 2.º do Art. antecedente, quanto aos condemnados a degredo, pois que elles podem no *lugar do degredo exercer os direitos civis*. São cousas diametralmente repugnantes terem ahí o *exercício pleno* desses direitos, e ao mesmo tempo serem sujeitos a um *curador ad bona*, como *incapazes de administrar sua fazenda*. Quanto aos degradados, ou aquelle §. 2.º hade ser considerado uma excepção ao presente Art., ou o mesmo §. se aniquila para dar lugar aos termos absolutos do Art.

Acresce:

1.º Que não era isto conforme ao Direito romano, nem ao do reino, como nos ensina Mello Freire, Instit. Jur. Civ. tit. 2.º §. 12.º, 13.º, e nota; e, por tanto, este Art. veio aggravar o Direito constituido, e vigente, ao tempo da publicação do Cod. E será isto um *progresso*, uma *reforma*, fundada na *justiça* e na *equidade*, como prescreveu a Carta, Art. 145.º §. 18.º?

2.º Que, não importando esta disposição a interdicção de receberem os condemnados, uma *porção* dos seus bens, ou rendimentos, sempre que se não dê nas penas maiores temporarias a *aggravação do trabalho forçado*, como resul-

ta evidentemente do §. 1.º do Art. antecedente, comparado com o §. un. do presente Art., é repugnante com o facto da *recepção*, e conseqüente *entrega*, a interdicção de *dispôr* ou de administrar, ao menos *essa porção*. A *entrega* sem faculdade de *usar*, é uma irrisão; é agravação sobre agravação, porque é o supplicio de Tantaló; e a sociedade só tem o direito de vigiar o *uso*, mas nunca prevenir o *abuso* pela completa privação do *uso*.

Concluamos, pois, do que temos ponderado neste e nos Art. antecedentes, que nelles se contém disposições injustas e repugnantes. Em especial o que nelles se determina tem todos os effeitos *para o condemnado*, tanto de *confisco*, que a Carta não tolera, como de *arresto* de bens, que as leis civis consideram tão odioso. Este sequestro é immoral e perigoso, pelas pertenções de espoliação, que suscita; é desnecessario, *como effeito da pena*, porque della se não deriva, mas da immediata disposição da lei. E o ser e não ser ao mesmo tempo. É, finalmente, uma agravação escusada, inutil, que, justamente o Cod. Hesp., no cit. Art. 55.º sómente guardou quanto ás penas de *trabalhos forçados temporarios — cadena temporal*, — e excluiu, no Art. 56.º, e 57.º, de todas as mais da mesma classe; e que o nosso insigne publicista, Silvestre Pinheiro, no seu projecto, Art. 131.º, excluiu peremptoriamente dos seus *presidios penaes*.

Note-se, mais, a incoherencia da redacção do presente Art. com a do seu §. un., e com a dos Art. antecedentes: 51.º, 52.º, 53.º, 55.º, 56.º, 59.º, e 65.º; mas a sua harmonia com a da epigrafe do Cap. e com a do Art. 57.º, 58.º, 62.º, 63.º, 66.º e 67.º.

Tomar, como causa productiva dos effeitos a pena, ou a condemnação transitada em julgado, são duas idéas diversas, que fazem, como já notámos, mudar o ponto de partida dos mesmos effeitos, o que não é indifferente para se resolverem infinitas questões, que se podem suscitar.

Deste modo ficaram contradictorios nesta parte os Art. deste Cap. entre si; o que prova, ou a hesitação na escolha de um de dois pensamentos distinctos, ou a nimia precipitação, com que, em presença do Cod. Fr., foi redigido este e todos os Art. deste Cap.

ARTIGO 54.º

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

O Cod. Pen. Fr. tem produzido horriveis males em materia criminal por todo o mundo civilisado. A força do exemplo dado por uma nação tal, e a sua tenacidade em conservar o mesmo Cod., apenas com os paliativos da lei de 28 de Abril de 1832, e outras, que se lhe tem seguido ultimamente, e que tem profundamente vulnerado a sua penalidade, tem feito transmitir aos Cod. da Europa, que o tem mais ou menos imitado, os absurdos moraes, politicos, e penaes, de que se acha pejado.

No Art. 31.º do Cod. Fr. se dispõe, com relação aos condemnados á pena de trabalhos forçados temporarios, ou de reclusão:

« *Pendant la durée de la peine, il ne pourra lui être remis aucune somme, aucune provision, aucune portion* » de ses revenus.

O presente §. copiou a determinação, restringindo-a aos condemnados, que fossem *capazes de trabalhar*.

Felizmente, que esta fonte proxima tem caducado em grande parte, em presença da lei franceza de 3 de Maio de 1854, quanto aos condemnados a trabalhos publicos.

Abolida a morte civil, e considerado sómente o estado de interdicção legal destes condemnados, o seu melhoramento moral, e os interesses da colonisação, a penalidade foi alterada essencialmente. Cumprem a sua pena em alguma das colonias, á excepção da de Argel.

Nesses logares, quando se tornam dignos de indulgencia, por seu trabalho, boa conducta, e arrependimento, obtêm:

1.º A faculdade de contractar o seu trabalho, e dispôr do seu producto.

2.º A concessão de terras e a de as cultivar de conta propria, ficando-lhes suas, expirado o tempo da pena.

3.º O uso dos direitos civis ou de alguns desses direitos.

4.º A livre disposição de toda ou parte de seus bens.

Equiparados assim aos deportados, como declara o Art. 12.º, podem dispôr livremente daquella porção de bens ou rendimentos, que lhe tenha sido entregue com authorisação do governo — *dont la remise aura été autorisée*.

Não só isso, podem no logar do degado, ver cessar, por virtude desta mesma lei Art. 12.º, a interdicção politica a respeito de muitos dos direitos mencionados no Art. 34.º §. 3.º e 4.º do Cod. Fr., e que vem mencionados no Art. 57.º do presente Cap.

Assim a penalidade do Cod. Fr., e quando dizemos penalidade, comprehendemos a *compota* de todos os seus accessorios de aggravação, attenuada indirectamente, no systema da lei de 1832, e qualificada de viciosa em pleno parlamento em 1832, cahe a grandes pedaços, começando pela mais odiosa e inefficaz de todas, os *trabalhos publicos*.

Quanto á doutrina do §. un., poderia ainda ser defendida, mas não justificada, se a interdicção civil se limitasse ás hypotheses, de que trata, convertendo-se a excepção em regra geral. A interdicção é connexa, é indispensavel, se poderia dizer, ao cumprimento da pena de *trabalhos forçados*, como incompativel a *disposição* de bens e rendimentos com a *sujeição* ao cumprimento da pena, á *servidão penal*.

Habilitado o condemnado com meios proprios para se sustentar, se recusaria mais facilmente ao trabalho; se não corrogiria por elle, e tornaria, por tanto, necessaria e frequente a applicação das penas disciplinares, authorisadas no Art. 96.º

Mas, em 1.º logar, temos negado, e demonstrado a inefficacia do trabalho, quando forçado, e, ainda mais, os publicos. São *veneno*, em logar de *remedio*, contra o mal do crime. Em 2.º logar, applica-se ao mal, que se quer evitar, um remedo preventivo, que se torna illegitimo, em razão do seu *excesso*.

A necessidade do cumprimento da pena pôde verificar-se, com quanto os condemnados recebam alguma porção de

rendimento dos seus bens, uma vez que se vigie, que se fiscalise a sua applicação: uma vez que elle não possa converter os meios á sua disposição, para subsistir ou vestir, se não se resignar ao trabalho. Ganhe elle pelo seu mesmo trabalho a faculdade de dispôr *em cada dia* dos seus mesmos recursos.

Não seja impedido, principalmente, nas penas temporarias, de depositar o superfluo, que lhe sirva como de reserva, findo o cumprimento da pena.

Não se lhe obste a correção moral, expiando o seu crime, por actos de beneficencia, á custa das suas privações, e sofrimentos. Por este systema se evitarão muitos crimes, muitas reincidencias. O contrario disto é, a um tempo, uma injustiça, uma tyrania, e uma indisculpavel imprudencia.

Que é o que se receia mais de assim se praticar? Que com esses mesquinhos meios, já limitados pelo governo, ou seus agentes, rompam os condemnados os muros de bronze, que os encerram, ou quebrem os ferros que os algemam? Que corrompam os seus guardas, ou carcereiros? Pois ha-de crear-se a impossibilidade do bem pela possibilidade do mal; ou supprir-se a méra contingencia da falta de segurança e de fidelidade por meio de uma injustiça real e effectiva? Se os condemnados tem meios de fortuna, não existe o mesmo perigo, entregando-se a administração dos bens, a quem de direito compete, que mais habilitado è desafrontado poderá empregar os da seducção, da corrupção, ou da violencia?

Se é este o temor, então a providencia deve ser outra. Todos os bens dos condemnados devem ser *confiscados*, ou *sequestrados*, pelo Estado; entregues á administração publica como dos proprios nacionaes; tudo quanto elles adquirirem, por testamento, successão, ou doação, deve ter o mesmo destino: os provimentos devem entrar, como receita virtual; por deposito no thesouro. Extincta a pena, ou pela morte, ou pelo lapso do tempo, ou pelo perdão do Rei, ou pela prescripção, seja então tudo restituído a quem se habilitar.

* Os commentadores francezes não estão de accordo sobre a conveniencia ou justiça desta disposição. *Carnot* (tom. 1.º pag. 126) de-sejaria antes que um conselho de familia fosse authorisado a consignar ao condemnado, sobre seus rendimentos, uma somma, que fosse empregada a soccorrel-o nas necessidades de mais urgencia. Assim, diz

Ainda, assim, tal providencia, já em si moral e politicamente impossível, seria inefficaz, quando não comprehendesse todos os bens dos condemnados, que tenham herdeiros necessarios, ou familia, em que se dê o com-domínio; pois que o confisco, ou sequestro, só poderia então ser util, se a providencia ferisse os innocentes de envolta com os culpados.

Por tanto, entendemos, que os termos absolutos da disposição deste §. são injustificaveis, mesmo reduzidos á sua hypothese.

Resta-nos advertir, que assim como *deslocadamente* no Art. antecedente, tratando das penas *perpetuas*, se aproveitou a occasião de declarar extensiva á *pena de morte*, a denegação da protecção das leis quanto a direitos conjugaes, ou paternaes, tambem *deslocadamente* neste §., incluido em Art., que trata das penas *temporarias*, se aproveitou a occasião de ampliar na sua hypothese a interdicção legal sobre a propriedade, ás penas *perpetuas*.

Acresce ao que temos ponderado, que da disposição deste §., tomado erradamente o trabalho, como aggravação, ou

elle, se conciliariam os principios da justiça com os da humanidade. O abuso, que elle poderia fazer, seria prevenido, se a porção consignada fosse depositada em poder dos administradores das prisões, que assim poderiam fiscalisar a sua applicação.

Chaveau e Hélie (Theor. du Cod. Pén. T. 1.º pag. 210) respondeu, que o condemnado deve ficar sujeito ao regimen das prisões, e que se não pôde presumir, que esse regimen fra em cousa alguma os principios da humanidade! Como é conveniente uma semelhante resposta! E, sel-o-ha entre nós, no estado actual dos nossos estabelecimentos penitenciarios, se por ventura merecem este nome, para o cumprimento de taes penalidades, e em presenca dos nossos regulamentos respectivos?

Entre os romanos, em que os condemnados aos trabalhos *das minas*, ou *dos metaes*, ficavam *escravos*, e como taes privados da propriedade, e capacidade de adquirir, permittiam as leis, que podessem receber legados e fideicommissos a *título de alimentos*, e um texto preciso, de Ulpiano, D. 38, 17, 1, §. 6.º, concedia a successão materna, com o mesmo fundamento, aos que eram mandados lançar ás feras. Eram excepções aos principios da escravidão, e da incapacidade, que della resultava; mas os romanos sacrificavam então a *logica á humanidade*. Deixando a vida aos condemnados, não quiseram despojal-os dos meios de existencia, e, por isso, deram validade ao que tinha por fim exclusivo a sua existencia.

E nós, neste seculo, que se diz de civilisação e de luzes, por excellencia, negámos aos condemnados á mais feroz e deshumana das penas, o menor conforto, ou alivio? Não pôde ser. Nem uma semelhante penalidade, nem as suas exorbitantes aggravações pôdem subsistir. Os brados de Benjamin Constant alcançaram já um grande triumpho na cit. lei Fr. de 3 de Maio de 1854.

elemento de penalidade, poderia o absurdo resultante ser, ou destruido, ou attenuado, quando os condemnados, costumassem viver do seu trabalho, ou não tivessem bens, nem rendimentos, de que vissem independentemente delle; e soubersem, que uma parte do producto do seu trabalho era destinada a suavisar a sua situação, ou a servir-lhes de fundo de reserva. Então a resignação, o habito e amor do trabalho, nasceriam ou se manteriam, durante o cumprimento da pena. O trabalho, seria a um tempo elemento de *expição*, e de *moralisação*.

Mas, sem estas circumstancias, o trabalho imposto a condemnados, que não carecem de trabalhar, constitue esta penalidade inefficaz completamente, com relação ao mal do crime na sua *causa moral*. Fica o trabalho sendo sómente um elemento de *expição*, ou de *vingança social*, a que mal poderá accomodar-se o homem, que nunca se entregou a trabalhos penosos, porque seus meios o dispensavam disso.

Assim apparece tambem a desigualdade e inconveniencia da pena, considerada a diversidade de situação e de fortuna dos condemnados, ficando o trabalho como as multas, ou como os direitos politicos, vicioso, como estas duas penalidades, pela injustiça relativa da sua applicação.

ARTIGO 55.º

O condemnado á pena de expulsão do reino perde todos os direitos politicos; e seus bens são regidos como os dos ausentes. Art. 29.º n.º 5.º; 36.º; 47.º §. un.; 53.º; 76.º; 78.º §. 6.º; 79.º §. 3.º; 81.º §. 5.º; 130.º §. 1.º; 135.º §. 1.º; 136.º §. 1.º; 147.º; 196.º §. 3.º; Carta Const. Art. 8.º §. 3.º

O presente Art. quanto á *perda dos direitos politicos*, deveria distinguir a expulsão do reino *perpetua*, da expulsão do reino *temporaria*.

No primeiro caso, temos o *banimento*, propriamente dito segundo a Carta no Art. 8.º §. 3.º Neste, certo é, que se dá a perda dos direitos politicos, porque o condemnado perde então *os direitos de cidadão portuguez*.

Mas no segundo caso, a *perda dos direitos politicos* não deve ser decretada; 1.º em harmonia com a Carta, que só do banimento deriva a *perda* de taes direitos; 2.º porque a mesma Carta só admite a *suspensão*, resultante de penas temporarias, como nos casos de *degredo*, ou *prisão*, *em quanto durarem os seus efeitos*; 3.º, em fim, porque nem é logico, nem conveniente, nem justo, que se agrave uma pena temporaria com *efeitos perpetuos*, como demonstrámos ao Art. antecedente.

Quanto á segunda parte do Art., applicámos tudo o queahi dissemos, em relação aos degradados.

Se o condemnado é expulso *perpetuamente*, perde sim os direitos de cidadão portuguez, mas não perde o direito de propriedade, o direito que compete a todo e qualquer estrangeiro, que pertence ás nações, com quem não temos tratados especiaes. Os direitos da humanidade, os direitos naturaes, ficam-lhe salvos.

Não perdendo o direito de propriedade, póde reger os seus bens, pelos modos, porque os *ausentes em parte certa*,

nacionaes ou estrangeiros os regem, enviando os seus poderes e instrucções, geraes ou especiaes, e celebrando assim todos os actos e contractos, para que se exige a faculdade de administrar, fundada naquelle direito.

Se, porém, o condemnado é expulso *temporariamente* não perde os direitos de cidadão portuguez, e então mais aggravante se tornaria a disposição da lei se lhe tolhesse, durante o exilio, a livre administração dos seus bens.

Não sendo mesmo bem claro o Art., nas palavras — *seus bens serão regidos como os dos ausentes* — a curadoria, que lhe fór nomeada, se deve entender com a restricção; salvo quando o ausente, antes ou depois, de sair do reino, tiver dado as providencias necessarias, ou constituído administrador.

Accresce, que o Art. 53.º só fulminou a *perda da administração dos bens*, como efeito das *penas perpetuas, de trabalhos publicos, prisão, e degredo*, e, por tanto, não póde, para este efeito, ser considerada a expulsão do reino, mesmo quando *perpetua*; e no Art. 54.º só equiparou aos *incapazes de reger sua fazenda* os condemnados em algumas das ditas tres penas, e, por tanto, menos póde, para este efeito, ser considerada a expulsão do reino, *quando temporaria*.

Esta é a doutrina do Cod. Hesp. no Art. 54.º, não comprehendendo a *interdicção* nos efeitos da *relegation perpetua y extranamiento perpetuo*, assim como no Art. 57.º, quando as penas são *temporarias*.

Accresce, que mesmo naquelles poucos paizes, em que ainda é admittida a *morte civil*, se reconheceu, que esta, se priva os condemnados dos direitos de *cidade*, não os priva de todós aquelles direitos e contractos, que, fundados no direito das gentes, são mais ou menos modificados, mas nunca destruidos pelo direito civil com repugnancia da origem de que se derivam, ¹ quaes hoje se consideram os de propriedade.

Era tambem já a doutrina da lei romana, 15, D. de interd. et releg.

« *Deportatus speciali quidem jure civitatis non fruitur, « jure tamen gentium utitur. Emit enim et vendit, locat,*

¹ Bousquet, Dict. du Droit. á pal. Droits civils.

« conduit, permutat, fenus exercit, et cætera similia, et pos-
« tea quæsitâ pignori dare potest. »⁴

Esta é, por tanto, a intelligencia, que damos a esta parte do Art. — A contraria seria absurda, posto que conforme a letra do mesmo Art.

Não podemos, por modo algum, pensar, que, não bastando uma presumpção de ausencia, para authorisar a intervenção da authoridade na administração dos bens de um individuo, nacional, ou estrangeiro; não podendo, mesmó, ter logar essa administração quando elle, ausentando-se, deixou procuração, ainda que não haja delle noticia; se ainda se carece de processo, em que, decorrido certo tempo o ausente seja havido por morto; como é de direito, expresso na Ord. Liv. 1.º tit. 62.º §. 38.º; Ref. Jud. Art. 313.º; Cod. Civ. Fr., Art. 121.º, 122.º, e 128.º; fosse a intensão do legislador, abstrahindo da verdade, por uma presumpção *juris et jure*, que não admittisse prova em contrario, determinar, que o expulso do reino se considerasse. como ausente em parte incerta, para o effeito de passar a curadoria dos bens a quem competisse

⁴ Equiparado assim, em tudo e por tudo, ao estrangeiro. Sómente uma lei de Augusto impunha certos limites, quanto á facultade de exercer a profissão de commerciante. Cujac. Obs. L. 6.º, Cap. 38. Richer, part. 2.ª, liv. 3.º, Art. 1.º Cap. 1.º

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

Aqui temos, pois, o Art. 8.º §. 2.º da Carta, depois de ferido nos Art. antecedentes, restringido em sua disposição, nos casos da *prisão correccional*, ampliados ao *desterro*, quando a mesma Carta, só admittiu a suspensão nos casos de prisão (em geral) e do degredo.

Concorda, todavia, o Cod. Hesp. no Art. 58.º:

« Las penas de prison mayor, menor y correccional, « *confinamiento menor y destierro* llevan consigo la de sus-
« pension de todo cargo y derecho politico del penado du-
« rante el tiempo de la condena. »

O commentador Pacheco, diz que assim deve ser, já em rasão da impossibilidade, já da incompatibilidade, do exercicio:

« *El preso no puede votar; el desterrado, seria escan-
« daloso, que votasse.* »

Mas estas poucas palavras não justificam a disposição, nos seus termos geraes e absolutos. Não a justifica, nos casos de *necessidade material*; porque não carecem estes de ser convertidos em preceito legislativo. A interdicção é um facto, consequencia inevitavel do cumprimento da pena, e, que não depende, senão da execução da lei penal. Não a justifica, nos casos de incompatibilidade, porque cumpriria demonstrar, que o exercicio de todos os direitos politicos é *incompatible*, moral ou politicamente, com o cumprimento das penas de que se trata.

A suspensão dos direitos politicos produz a suspensão de todos os direitos mencionados no Art. 57.º Ora a maior parte desses direitos, nem são impossiveis, nem incompativeis, em relação ao cumprimento das penas de prisão correccional, e menos á do desterro. Os que demandarem a pre-

sença dos condemnados fóra do logar da prisão ou do desterro, são de certo impossiveis ou incompativeis, por sua mesma natureza, e suspenso fica o seu exercicio independentemente do preceito legislativo. Mas todos os mais não estão no mesmo caso.

É, pois, necessario recorrer a outro principio para fundamentar a interdicção, e é o de que a penalidade da prisão, e do desterro, não é *simples*, mas sempre *composta*, como *aggravada* com a suspensão dos direitos politicos: em relação áquelles condemnados, que estejam no gozo delles, e mais ou menos simples para aquelles cidadãos, que tenham poucos ou nenhuns dos mesmos direitos a exercer.

Desigualdade, que torna tambem viciosas semelhantes penalidades, em rasão deste seu accessorio; inconveniente, que o Cod. não previu, e que não remediou, pois que o Art. 75.º só providenciou para a substituição nos casos de perda ou de suspensão dos direitos politicos, quando imposta, como pena principal.

A perda dos direitos politicos, ou como pena principal, ou como effeito de outra pena, priva o condemnado das honras e distincções da nobreza, de qualquer condecoração, do direito de trazer armas, do de ensinar, ou dirigir, ou concorrer na direcção de qualquer estabelecimento de instrucção; e produz a incapacidade de ser tutor, ou curador, ou membro de algum conselho de familia, de ser procurador em juizo, e de ser testemunha em qualquer acto solemne e authentico. Art. 29.º n.º 6.º; 37.º; 22.º a 55; 455; Carta Const. Art. 8.º §. 2.º

Já dissémos alguma cousa, sobre a materia do presente Art., ao Art. 29.º n.º 6.º, e ao Art. 37.º

No Art. 37.º se declarou geralmente em que consistiam os direitos politicos, e pelo presente Art. se demonstra, que os effeitos da pena são mais amplos do que ahí se definiu, a não se haver entendido, que a expressão — *funções publicas*, — comprehende não só os actos constitutivos ou praticos do poder publico, mas todos os que tem, ou são destinados a uma representação publica, authorisada, ou solemne, caso, em que, ou ficaria assim redundante a disposição deste Art., ou se tornaria, como descripção dos direitos, que entram na classe dos politicos, ou serviria, como de explicação e supprimento ao Art. 37.º

Effectivamente as honras e distincções de nobreza, as condecorações, e o direito do porte d'armas, e outras prerogativas especiaes, importam o seu uso publico, e como taes, entram na expressão — *funções publicas*. — Tanto é crime politico, segundo a Carta, aceitar de um governo estrangeiro um emprego, como uma condecoração, ou um ti-

ção, sem authorisação : Art. 155.º, e Carta Const. Art. 8.º §. 2.º

O direito de reger um estabelecimento de instrucção, não pôde ser exercido, senão como delegação de administração publica, por authorisação expressa ou virtual.

O direito de tutela, de curadoria, de ser membro de um conselho de familia, são provenientes, pela mesma fórma, da autoridade e protecção publica, que a lei concede ás pessoas, que são objecto dos actos correlativos. ¹

Ser procurador *em juizo*, ou testemunha em qualquer acto solemne e authenticico, tem a mesma natureza. Acto so-

¹ Devemos notar, que nos Cod. da Sardenha, Wurtemberg, Grão-Ducado de Hesse, de Bade, se ressalva a tutoria e curadoria dos proprios filhos.

Copiaram a disposição excepcional do Cod. Fr. Art. 28.º « *Il sera incapable de tutelle et de curatelle.* » eliminando porém a restricção — *et sur l'avis seulement de sa famille.* »

O Cod. da Prus. sustentou no §. 2.º a mesma excepção, com quanto acrescescasse « se a authority publica superior, ou o conselho de familia, derem a sua approvação, » mas note-se, que é esta, segundo este Cod., uma das individualidades componentes da *perda dos direitos da honra civil*, ou *suspensão* do seu exercicio, nos casos especies, em que a lei expressamente decreta uma ou outra, nunca como effeito necessario da pena, com abstracção de crime determinado, excepto na pena de prisão com trabalhos forçados.

Tanto Rogron, como Carnot, entenderam, que esta excepção era incompativel com a regra, e que se não podia conciliar, nem entender, como exequivel, senão depois de extinto o cumprimento da pena. Mas ella foi conservada no Art. 34.º do Cod., reformado por virtude da lei de 28 de Abril de 1832.

« La tutelle (diz Boaleux a este Art.) est un charge de famille ; or « *le mort civilement n'a plus de parents.* Sans doute la tutelle a son principe dans le droit naturel : mais la loi civile a pris soin de l'organiser ; celui qu'elle a flétri ne mérite plus sa confiance. »

Nós, pelo contrario, se não estamos em erro, pensamos, que o legislador de 1810, de 1882 e os dos Cod. citados, tiveram em vista prestar homenagem e respeito aos direitos da natureza e da paternidade, por um principio muito superior ao da vindicta publica, e como de elevada conveniencia e moralidade publica.

Todavia não criticámos a eliminação. De que servem os direitos de tutoria ou curadoria deixados aos condemnados sobre seus proprios filhos, se elles os não podem de facto exercer? Mas a interdicção legal é inutil; se deve subsistir é sómente em razão da impossibilidade, ou incompatibilidade, e poderiam conciliar-se todos os principios, conservando-se aos condemnados o direito de designar a pessoa, que lhes merecesse confiança, podendo mais salvar-se a intervenção de um conselho de familia, ou da authority publica, para o effeito de recusar a homologação, havendo para tanto motivos justos. Seria, a nosso ver, semelhante providencia mais digna de respeito publico, que a do Art. 53.º, e não sobre taes assumptos ao pai a protecção das leis sobre seus

lemne e authenticico é tambem o de poder ser testemunha jurada. A prestação de *juramento*, equipára, para o mesmo effeito, umas a outras testemunhas, como bem se exprime no Cod. da Prus., §. 12.º n.º 4.º, e no dos Paizes Baixes, tit. 2.º Art. 17.º, e da Baviera Art. 24.º ¹

O Art., como explicação ou desenvolvimento do Art. 37.º, é *deficiente*, porque podia e devia enunciar muitos outros direitos politicos, mais frequentes, quaes o de ser louvado, jurado, perito, interprete, ou votado em eleições publicas, de entrar no exercito, ² usar de grãos academicos ou scientificos, e tomar acções ou parte em sociedades anonymas.

Se, pois, são direitos politicos todos os que se acham enunciados no Art. e outros muitos, ou ha no presente Art. um erro de doutrina ou de redacção, nas palavras — *A perda dos direitos politicos... priva das honras*, etc.

E como se o Art. dissesse « a privação ou perda, de todos os direitos *politicos* *priva*, ou importa a *perda*, de cada um desses direitos, que são taes e taes. »

¹ Já, com tudo, notámos ao Art. antecedente a grande differença, que vai das testemunhas *instrumentarias*, ás *judiciarias*. Aquellas têm outro caracter; por isso, diz Rogron, ao Art. 980.º do Cod. Civ. Fr., concorrendo com o tabellião, para dar authenticidade ao acto, exercem com elle uma parte do poder publico.

² A perda dos direitos politicos, produz mais, ou antes comprehende, a incapacidade da entrada no serviço do exercito, nos termos do Art. 7.º n.º 5.º da nov. lei de 27 de Julho de 1855. O mod. Cod. da Prus., §. 22.º, tambem admitiu este effeito, com referencia aos termos, em que as leis militares o determinassem.

Era já tambem a disposição expressa do Cod. Fr. de 1810 Art. 28.º : « *Il sera déchu du droit... de servir dans les armées de l'empire.* » Isto posto, e sendo expresso no cit. n.º 5.º do Art. 7.º da lei de 27 de Julho, que os condemnados em *alguma das penas maiores*, que produza o effeito da *perda dos direitos politicos*, segundo o Cod. Pen., são excluidos do serviço militar, e sendo o degredo, perpétuo ou temporario, uma pena maior, segue-se, que os degradados não podem, sem infracção da lei, continuar, como até aqui, a ser incorporados no exercito, fazendo-se-lhes sentar praça no exercito do ultramar.

Sobre o que se nos offerece a notar : 1.º que o serviço do exercito no ultramar, como meio disciplinar e de moralisação dos degradados, não pôde mais ter lugar : 2.º que esta lei fica repugnante com o Art. 53.º §. 2.º permitindo-lhes exercer os direitos civis no logar do degredo : se gosam dos direitos, é justo que sofram as *obrigações*, que resultam do serviço militar, e que gosam ao mesmo tempo das vantagens legais, consequencia, do mesmo serviço.

Esta exclusão, no *degredo simples*, é desnecessaria, como complemento da pena, e prejudicial, tanto porque é *infamante*, como porque despoja a penalidade de um de seus accessorios, que, em certas circumstancias, tem produzido os bons resultados, que ficam apontados.

Tambem se poderia dizer, que a pena de morte priva da vida; que a de prisão priva da liberdade corporal; que a da expulsão do reino, ou a do degredo para o ultramar, priva da residencia no continente.

Parece, pelo menos, haver manifesto equívoco, em se considerarem como effeitos da pena, o que não é mais que a pena em si mesma, verificada pela sua precisa e necessaria execução. Mas não é destes effeitos, que se trata no presente Cap.; pois que é restricto ás mais penas ou privações accessórias, que tem logar, em virtude da immediata disposição da lei, independentemente dos termos da condemnação, e além della, como se declara no Art. 67.º

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

§. unico. Fóra deste caso a suspensão de algum dos direitos enumerados no Art. antecedente; e bem assim a suspensão do exercicio de profissão, que exija titulo, terá logar quando a lei expressamente o declarar. Art 62.º e 63.º

A doutrina do presente Art. e antecedente, póde ser re-fundida em um só, declarando a que direitos se estende a interdicção legal, e nunca perda, durante o cumprimento e depois do cumprimento das penas maiores; e em §§. declaratorios, quaes as ampliações ou restricções, não *communis* ás mesmas penas perpetuas e temporarias, mas especiaes a umas ou outras.

Não nos demoraremos, por tanto, na sua analyse, reportando-nos ao que fica ponderado no Art. antecedente.

Sómente faremos notar, que este Art., comparado com aquelle, e com o Art. 37.º, parece mostrar aqui evidentemente, que o legislador não considerou nos direitos politicos algum dos a que se refere, e, por tanto, voltando ao Art. 37.º, reduzem-se os direitos politicos, propriamente ditos, aos do exercicio de um acto de funcionalismo, tomada esta palavra, n'uma accepção restricta e mais *communis*; e aos resultantes da nomeação, proposta, ou eligibilidade, activa e passiva, para cargos parlamentares, administrativos, municipaes, judiciaes, ou fiscaes.

Os direitos, de que trata o Art. antecedente, são como *accessorios* dos direitos politicos, erigindo-se em causa legal de uma *suspensão* outra *suspensão*, que é *effeto* legal de uma condemnação, como das palavras — a suspensão... produz a suspensão.

Então a que classe pertencem os direitos mencionados no Art. antecedente? Excluídos da ordem politica ontrarão na ordem civil? Se não são politicos, são civis.

São, por tanto, direitos *civis*, cuja perda vem como consequencia da perda dos direitos *politicos*. Logo, se o degradado pôde, no lugar do degado, exercer os direitos *civis*, conforme ao Art. 53.º §. 2.º, pôde, não só usar dos seus titulos de nobreza, brazão d'armas, condecorações, dirigir ou intervir em estabelecimentos de ensino ou de instrucção, ser tutor, curador, membro do conselho de familia, procurador em juizo, e testemunha em qualquer acto solemne e authenticico!!

Ha, pois, uma repugnancia manifesta entre a disposição deste Art., e a daquelle §. 2.º do Art. 53.º, ou esse §. contém a modificação da regra, quanto a degradados no lugar do degado, limitada a estes, em quanto não partirem para o lugar do degado.

A difficuldade augmenta, attendendo-se a que o Cod., declarando no Art. 37.º, em que consistiam os direitos *politicos*, não nos declarou em que consistiam os direitos *civis*, como cumpria, já que permittiu o uso destes ao degradado, sem limitação, nem restricção alguma.

Certo é, pois, que, a este respeito, ha, ou omissão, ou confusão.

Ha, porém, mais alguma cousa: ha inexactidão.

Tudo quanto se menciona em o Art. 37.º, é direito *politico*, em rasão da sociedade, que attribue especialmente a certas pessoas, dadas certas circumstancias, a *capacidade* de gosar desses direitos, e em rasão da sociedade, perante a qual são exercidos, que os garante, que os reconhece, e que sem essa garantia, e reconhecimento, não podem convenientemente existir nos condemnados, por factos criminosos, a que a lei penal attribua a perda da confiança publica, em quanto se não rehabilitarem.

Quanto á disposição, ou declaração do §. un., ella era desnecessaria.

Não se tratando no presente Art., e no antecedente, se não de *effeitos virtuaes remotos* de uma condemnação, em que se erige em *causa o effeito virtual proximo* — perda dos direitos politicos, — consuetuida esta *causa* sómente productiva de *effeitos secundarios*, quando *completa* e *absoluta*, ficava *improductiva* e *inefficaç*, quando limitada a um só des

direitos politicos, por especial determinação da lei, como pena principal accessoria, ou de aggravação, e nenhum juiz, nenhum interprete, deixaria, pensámos nós, de o entender assim.

Fóra deste caso, se diz no §., isto é o da suspensão de todos os direitos politicos, não se pôde incorrer na *suspensão virtual* de algum dos direitos mencionados no Art. antecedente. É só o *complexo* da suspensão de todos, e não a de qualquer delles isoladamente, ou sómente de alguns, que pôde produzir a dos outros, e, em todo o caso, toda a suspensão de exercicio de profissão, que *exija titulo*, sómente pôde ter logar quando a lei especialmente o declarar.

Ao Art. 63.º apontaremos, a manifesta repugnancia, que tem esta disposição com o que ahí se determina.

A rasão do que se presereve na segunda parte deste §. é justa e obvia. Quando a lei commina a perda ou suspensão de *todos* os direitos politicos, revoga ou suspende virtualmente todos os direitos, directa ou indirecta, mas legalmente, comprehendidos nos termos geraes da expressão. Mas quando commina determinadamente a perda ou suspensão de um ou de alguns sómente dos direitos politicos, não é licito ultrapassar os termos litteraes e precisos de que se serviu o legislador.

ARTIGO 59.º

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

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

2.º Os condemnados temporariamente a trabalhos publicos, a prisão maior, a degredo, e a expulsão do reino depois do cumprimento da pena, e por tanto tempo quanto fôr o da duração da pena, se na sentença se não marcar praso mais curto.

§. unico. Tambem ficam sujeitos á especial vigilancia da policia os que assim forem declarados por sentença em virtude de expressa determinação da lei. Art. 60.º; 61.º; 73.º §. 2.º; 74.º §. un.; 129.º §. 2.º; 175.º; 179.º §. 4.º; 195.º; 196.º §. 6.º

Neste Art. quanto ao n.º 1.º, parece haver, ou confusão de palavras, ou de idéas. O *desterro* é uma pena correccional, distincta em seus effeitos, daquellas, que produzem a sujeição á *vigilancia especial da policia*.

A policia vigia geralmente sobre quaesquer presos, ou condemnados, durante o cumprimento da pena. Faz mais, *guarda-os, segura-os*, materialmente, quanto seja preciso; mas a *vigilancia especial*, ou *haute*, da policia, como se acha no Cod. Fr., e no Art. 61.º deste nosso Cod., começa, *quando aquella acaba*, para o que exige, que o condemnado previamente á sua *soltura* declare á autoridade o logar, em que pretende fixar a sua residencia.

Mas este n.º 1.º suppôz, que esta *sujeição geral*, durante o cumprimento das penas, importava, em seus effeitos, o mesmo que a *sujeição especial*.

Basta lançar os olhos para a definição de *desterro*, que

se colhe do Art. 39.º, e comparal-a com a definição da sujeição á *vigilancia especial da policia*, que se deduz do Art. 61.º, para se conhecer a essencial differença, que existe, entre uma e outra vigilancia.

O desterro é obrigado a permanecer em *logar determinado pela sentença*, e esta tem de o fixar, sem sair do continente ou ilha, em que o crime foi commettido, ou pôde o condemnado ser obrigado simplesmente a sair da comarca, ficando-lhe, *por tanto, inteiramente livre* a escolha do logar da sua nova residencia.

O sujeito á *vigilancia especial da policia*, nos termos do Art. 61.º, escolhe sempre o logar, mas com subordinação ao arbitrio da policia, vedando-lhe comparecer *nos logares, que o governo lhe designar, que podem ser todos, os de uma ou mais provincias, incluindo a propria terra declarada na sentença, repugnando assim, ou á declaração do julgador, ou á faculdade illimitada, que esta deixou ao condemnado*.

Se o fundamento da sujeição á *especial vigilancia da policia*, nos casos de *desterro, pena correccional*, vem da necessidade, que tem as autoridades policiaes, de impedir, ou que os condemnados, que ficam soltos, voltem aos logares de que foram expulsos, ou se ausentem dos que lhes forem fixados para sua residencia, a mesma razão colhe a respeito dos *degradados*, e então a disposição deste n.º 1.º é deficiente, ficando, porém, o mesmo §., quando comprehensivo de semelhante vigilancia, fóra dos termos da definição dada no Art. 61.º

O contrario, porém, disto resulta do que se dispõe no n.º 2.º do presente Art. Os *degradados* sómente ficam sujeitos á vigilancia de policia depois do cumprimento da pena: ficam, por tanto, livres della durante o cumprimento, e assim, sob este ponto de vista, em melhor situação os condemnados a uma pena *maior*, mesmo *perpetua*, que os condemnados a uma pena *analogá*, mas *correccional*, cumprida sem sair do continente, e sempre temporaria.

E que differença existe entre a *especial vigilancia de policia, durante o cumprimento da pena*, conforme ao n.º 1.º, e a que nasce, ou fica, *depois do cumprimento*? Que direitos confere aquella ás autoridades policiaes, e obrigações correlativas impõe aos condemnados? É preciso adviñhal-as, porque a definição, dada no Art. 61.º, se limita á

vigilancia posterior, com quanto pelo emprego das palavras, que o Cod. tornou communs a uma e outra vigilancia, parecesse dever definir o genero, e não uma das especies.

Sobre a materia do n.º 2.º temos a ponderar, que nem o legislador, nem o juiz, póde calcular anticipadamente ou *a priori*, o tempo que é necessario, para que cesse o alarma causado pelo delicto, e se estabeleça a opinião da emenda a favor do condemnado, quanto á sua completa submissão ás leis sociaes. Depende esse resultado de circumstancias individuaes e particulares, que só a Deus é dado prever, e que só as autoridades administrativas pódem reconhecer *à posteriori*.

Mas com esse resultado vem necessariamente o termo da *sujeição*; a inteira rehabilitação do condemnado; e a plena *restituição* da sua liberdade; porque nesse momento cessa para a sociedade o *direito da defesa* preventiva, e resuscita em todo o seu vigor o direito do condemnado, como homem, e como cidadão.

A sujeição desnecessaria, fóra desse momento, seria uma tyrania atroz, e, por tanto, este n.º 2.º e §. un. contém uma disposição inadmissivel, e tanto mais, que nem a presumpção do legislador, nem a apreciação dos juizes, póde ter o cunho do acerto, mesmo abstrahindo da offensa dos direitos individuaes. Taes condemnados existem e podem existir de corregibilidade tão difficil, e de tão má indole, para os quaes o tempo marcado na lei, ou na sentença, seja ainda insufficiente, e que por isso devem continuar sujeitos á tutela e vigilancia da autoridade publica.

Isto mesmo se confirma em presença do Art. 129.º sobre a rehabilitação. Se sómente depois della, e havidas as necessarias informações sobre o comprovado melhoramento moral dos condemnados, é que, passados tres annos, depois do cumprimento da pena, elles recuperam *todos* os direitos, que perderam por virtude da condemnação, segue-se, que o praso da vigilancia especial, quer marcado na lei, quer determinado na sentença, póde ser abreviado, como ampliado indifinidamente pelo governo, segundo os fundamentos concludentes, ou não, da rehabilitação.

Assim ficam no Cod. dois systemas diversos, repugnantes, e antinomicos: e a vigilancia especial da *policia*, em quanto á sua duração marcada n'uma lei, ou sentença, destruida, ou excedida, pela rehabilitação, e até illudida completa-

mente, se o governo, usando do illimitado arbitrio, que lhe deixou o Art. 129.º, quaesquer que sejam as informações das autoridades administrativas, tiver os seus motivos de conveniencia a considerar, para conservar o cidadão, no estado de interdicção legal, para o effeito de o vigiar em certos logares, ou afastar de outros.

Parece, pois, haver-se aqui desconhecido inteiramente assim o direito, que legitima o principio, como o objecto, a que se dirige a adopção do mesmo principio.

É verdade, que nisto imitou o nosso Cod. o Cod. Fr. de 1810, que era ainda mais repugnante, porque *ipso jure*, e sem se deixar arbitrio algum aos juizes, no Art. 47.º, impunha a sujeição *por toda a vida* aos condemnados a trabalhos *publicos temporarios e a reclusão*.

Mas daqui se segue, que o Cod. Fr. ainda é mais vicioso nesta parte que o nosso; e que este é mais imperfeito, que a lei Belga de 31 de Dezembro de 1836, tornando *facultativa*, e, aos juizes sómente, a sujeição de cinco annos até vinte. O Cod. Fr., além disso, era mais coherente; porque partia do principio de que esta sujeição era uma pena, comó é expresso no Art. 11.º, em quanto que o nosso Cod. a collocou sómente, como effeito da pena, excluindo-a da enumeração, que dellas fez, no Cap. 1.º do Tit. 2.º, desde o Art. 28.º até 40.º

O certo é, porém, que a vigilancia de policia, é um elemento penal, indispensavel, como complemento, em geral, de toda a pena, principalmente a respeito de todos os crimes, ou infracções, que denotem perversidade no infractor, e que tornem precisa a prova incontestavel da emenda, antes da plena restituição á sociedade.

Se é pena, em si mesma, a regra, que se estabelece, de ser por tanto tempo, quanto o da condemnação, além de ser absurda, quanto á fixação, como repugnante ao seu fim, se torna exorbitante; porque indirectamente prolonga até á perpetuidade o remedio penal, na maior parte dos casos, fazendo assim durar as penas temporarias da privação de liberdade, até ao fim da vida dos condemnados.

Não só isto, semelhante disposição, fica antinomicas, se se comparar com o Art. 129.º, §. 1.º e 2.º, pois que, em conformidade com o que ahi se dispõe, nenhum condemnado, passados tres annos depois do cumprimento da pena principal, deixa de recuperar *todos os direitos*, que pela con-

demnação perdêra, se consegue a reabilitação, ao mesmo passo que, se a reabilitação não é concedida, porque as informações a não favorecem, o condemnado, não recuperando *todos os direitos* perdidos, não pôde, sem o maior dos inconvenientes sociais, deixar de continuar sujeito á vigilancia especial de policia, além do tempo marcado na lei, ou na sentença. Mas como, se este §. 2.º tornou dependente essa sujeição da especial determinação da lei, ou do decretado na sentença?

Neste defeito também labora o mod. Cod. da Prus., mas ao menos, no §. 26.º, reduziu a duração da vigilancia, de um a dez annos, que por este nosso Art. vem a ser de tres a quinze, e, todavia, a duração da *reclusão* pôde ir até vinte annos, ficando assim o maximo da sujeição á vigilancia por metade, ou ainda menos, e sempre dependente da sentença, nunca por immediata disposição da lei.

ARTIGO 60.º

Quando a pena fôr correccional, não tem logar a sujeição á especial vigilancia da policia sem especial determinação da lei. Art. 30.º; 59.º; 61.º; 73.º §. un.; 196.º §. 6.º

Do contexto do presente Art. parece resultar uma certa contradicção comparado com o n.º 1.º do Art. antecedente e com o Art. 30.º

Se o *desterro* é pena *correccional*, Art. 30.º; se, nas *penas correccionaes sem especial determinação da lei*, não tem logar a *especial vigilancia de policia*, Art. 60.º; como é que *pela determinação geral* do cit. n.º 1.º, se declara ter logar a *vigilancia especial de policia*, contra os condemnados a *desterro*?

Esta contradicção vem, ou da imperfeita redacção, ou da inutilidade das disposições contidas no Art. antecedente. Confundiui-se aqui a *vigilancia da policia, que fica depois do cumprimento da pena, haute, ou especial*, coim a *vigilancio de policia geral*, como notámos ao Art. antecedente.

A mesma reflexão se pôde fazer, com relação ao Art. 73.º §. un., e 74.º §. un.; porque, em ambos estes logares, *insertos nas disposições geraes*, se prescreve, ainda que por um modo *facultativo*, a *vigilancia especial de policia*, em casos de *penas correccionaes*.

Do que tudo se conclue, que a *regra*, fundada aqui na distincção de *penas maiores ou correccionaes* não assenta em principio certo.

Ao mesmo passo se demonstra aqui, como na tentativa, e outros pontos graves de Direito Penal, que foi, como regra pratica, ou de methodo, mal cabida a exclusão da distincção dos maleficios em crimes e delictos, que se funda precisamente na distincção das penas em criminaes, ou correccionaes, que serve, tanto de base, para distinguir os ef-

feitos, e applicação das penas, como para se fixar a impunitabilidade social, e para regular uma infinidade de questões penitenciarias.

Quanto á disposição do Art., sobre a dependencia de especial determinação da lei, nas penas correccionaes, não nos parece exacta em Direito penal, pelo fundamento intrinseco da mesma disposição.

A especial vigilancia de policia é o complemento do remedio penal; é uma pena em si mesma, porque restringe a liberdade do cidadão: é uma escravidão, ou sujeição, que não pesa sobre os mais cidadãos. É, em outros termos, o estado da *soltura preparatoria*, e com restricções, que são acompanhadas para garantia da sua observancia, da *incarceração supplementar*, ou disciplinar, nos termos do §. 6.º do Art. 196.º

É, pois, a ultima fase da penalidade, como é o do tratamento da doença no estado de convalescença, e com o fim preventivo de se acautelarem as recadidas, reincidencias, ou novos crimes. O momento, em que a sociedade offendida directa, ou indirectamente pela infracção da lei, descarrega a sua repressão sobre a pessoa do culpado, e aquelle em que, expiada a condemnação judicial, vai restituir esse mesmo culpado ao seio de si mesma, são igualmente solemnes, e graves.

Assim como, antes de *condemnar*, a sociedade deve constatar escrupulosamente a *culpabilidade*, assim tambem, antes de *soltar* plenamente, deve cautelosamente verificar a realidade da *emenda*.¹

Assim toda a pena deve ter, *em regra*, este complemento, que só pôde ser dispensado em casos leves, e não nos casos correccionaes a que se refere o presente Art. Nos casos, por ex., de furto, punidos no §. 1.º do Art. 421.º, com a prisão correccional, e outros semelhantes, será gravissima imprudencia soltar sem restricção os condemnados, terminado o tempo da condemnação. Por este modo fica demonstrada a inconveniencia e inexactidão do disposto neste Art.

¹ Vid. Bonneville, Liv. 3.º Tit. 2.º Cap. 1.º pag. 250.

ARTIGO 61.º

Pela sujeição á especial vigilancia da policia é o condemnado obrigado a não comparecer nos logares que o governo lhe designar, e igualmente é obrigado antes da sua soltura a declarar o logar em que pertende fixar a sua residencia, a fim de receber uma guia, que regule o itinerario, a qual apresentará logo á authoridade administrativa desse logar, fazendo perante esta authoridade igual declaração, e observando-se o mesmo que fica determinado no caso em que pertenda mudar de residencia.

Além do que já ponderámos no Art. 59.º contra o sistema do Cod. nas suas determinações sobre esta materia, especialmente com relação ao Art. 129.º, se nos offerece a dizer agora directamente, com abstracção do mesmo Art., o seguinte:

A especial vigilancia da policia é um principio, que em si, despido dos vicios da sua origem, e dos gravissimos defectos, com que se acha introduzida, e importada, para o nosso Cod., seria a um tempo justo e salutar. É um principio que respeita a liberdade individual, e protege a sociedade; que não torna cidadão algum sujeito a uma investigação inquisitorial permanente, mas que reduz os condemnados á situação da impossibilidade de praticar novos maleficios.

O Cod. Fr. de 1791 tinha instituido uma semelhante medida. Encontram-se della os primeiros vestigios, em um decreto de 19 *Ventose*, anno 13, que estabelecia, que os libertos ficassem obrigados a declarar em que concelhos que-

riam fixar a sua residencia, e que, chegados a esses concehlos, ficassem sujeitos á vigilancia da authoridade local.

O Cod. Fr. de 1810 declarou porém no Art. 44.º, que o effeito desta sujeição seria dar ao governo, assim como ás partes interessadas, depois do cumprimento da pena, o direito de exigir, ou dos libertos, ou de seus pais, tutor, ou curador, uma *caução* solvavel, até á somma, que fosse fixada por sentença, e que toda e qualquer pessoa fosse admittida a subministrar essa caução.

Na falta desta, ficavam os libertos á disposição do governo, e este, com o direito de ordenar a remoção de certos logares, ou de designar a residencia, em determinado logar em um dos departamentos do reino.

O principio fundamental deste systema era, pois, a *caução* de boa conducta, e, na falta della, o *abandono* á disposição do governo, e a residencia obrigada *fóra de certos logares*, ou em certos logares, designados pelo governo.

Sobreveio a lei franceza de 28 de Abril de 1832, alterando essencialmente este systema, e substituindo aquelle Art. 44.º por outro, donde foi com pequenas alterações, que indicámos, traduzido este nosso Art. 61.º

O systema de caução era reconhecidamente defeituoso, mas a substituição, longe de emendar o mal, o peorou. No Art. 44.º do Cod. de 1810 estava, na falta de caução, consignado o direito ao governo de designar os logares de residencia do condemnado sujeito á vigilancia de policia. Na lei de 1832 sómente se consignou o direito ao governo de prohibir a residencia em certos e determinados logares.

O nosso Cod. seguiu esta lei, mas na importação della, deveria ter-se em vista, que, se o direito de defesa e de prevenção contra certa ordem de condemnados authorisa, sem duvida, a vigilancia especial de policia, esse direito se deve conciliar com os resultantes da liberdade individual do homem, e, neste sentido, não pôde subsistir semelhante vigilancia, na presença do retorno, bem sincero e bem demonstrado, do culpado á observancia das leis sociaes: assim como pôde ficar indefinido, se a incorregibilidade se manifesta.

O abandono, ou entrega á disposição do governo, de certos condemnados por maleficios de maior gravidade, deve reputar-se essencial para a vigilancia especial de policia, e esta idéa importa a fundação de *colonias de refugio*,

em certos e determinados logares do reino, para que os culpados sejam ahí essencialmente vigiados; a fundação de *colonias de rehabilitação fóra do reino*; e finalmente a fundação de *colonias penaes*, tanto para que se possa destruir o alarma, que excita na sociedade a presença do culpado, como restituir-lhe a opinião moral, e com esta a inteira liberdade, de que carece, para que possa, em logar de inspirar horror, merecer a estima e a benevolencia de seus concidadãos, que, imitando a Deus, a não podem recusar ao verdadeiro arrependimento e emenda, mais meritoria, por mais difficil, que o habito constante e nunca interrompido da virtude a mais austera.

O nosso Cod., plagiando unicamente o disposto na lei franceza de 28 de Abril de 1832, sem fazer attenção ao clamor publico em França contra essa determinação; ao que a este respeito ha sido escripto e demonstrado, especialmente por A. E. Cersberr, no seu tratado — *Des condamnés libérés*, em 1844, fazendo ver até á saciedade, que argumentos ponderosos tinham feito condemnar o systema de 1810, mas que a dita lei aggravou o mal, cuidando remedial-o — *au lieu de faire mieux, on fit pire*;— desnaturou um bom principio, que assim pôde converter em veneno um *remedio*, ou antes *tratamento*, que é tanto complemento da pena ou curativo da doença moral dos criminosos, como prevenção ou preservativo de recalhidas e de contagio.

A vigilancia especial de policia, formulada e definida como se acha, segundo o systema de 1832, não preserva a sociedade dos novos crimes dos condemnados, porque os macula e infama. Arroja-os assim á companhia de individuos tão máos como elles, ou peores, ao mesmo passo, que lhes deixa o arbitrio na escolha do logar da residencia, dando-lhes, por essa fórma, oportunidade para de antemão calcularem melhor theatro de maleficios; mais probabilidade de bom exito; socios mais numerosos e dedicados; e maior facilidade em illudir a acção da Justiça.

Tambem não protege a liberdade individual; protecção a que os mesmos condemnados tem incontestavel direito, logo que tenham satisfeito á lei penal, e que não haja motivo fundado, para se reccar a reincidencia, nem a sinceridade da sua emenda, ao mesmo passo que prolonga indefinidamente as penas temporarias.

O systema de caução de boa conducta, vicioso e máo,

como parece, é mil vezes preferível. Tem ainda hoje por si o Cod. das Duas Sicílias, segundo o qual é admittida essa caução, que é alli por tres a dez annos, e de 100 a 5:000 ducados; e ficaria em harmonia com o Art. 145.º §. 8.º da Carta, para que, em regra, ninguem seja conservado em prisão, se der fiança.

A sujeição á especial vigilancia de policia é essencialmente uma pena; é a conservação do condemnado no *estado de prisão* modificada, ou de soltura preparatoria ou restricta; é *materialmente* a prisão com *homenagem*: a differença está em que uma era *activa, honrosa, e de privilegio*, e outra é *passiva, oppressiva, e infamante*; e, por tanto, procede o argumento de analogia, de maior a menor.

Não podemos, pois, deixar de estigmatizar este Art. 61.º, por ser a traducção de uma lei, hoje reprovada pela opinião e pela experiencia no proprio paiz, em que rege, assim como pela rasão e bons principios. E já que infelizmente o nosso Cod. contém uma semelhante disposição, como lei do Estado, fazemos votos para que o mesmo Art. seja contraminado, como foi analoga disposição em França pelas sociedades de *patronagem* ou de *patronato*. Que durante um certo tempo os condemnados tenham um *padrinho* especial, que exerça sobre cada um delles todos os direitos de tutela, como se fossem menores de vinte annos, até á emancipação, ou completa restituição ao estado de liberdade, que os *padrinhos* podem outorgar de accordo com a authoridade administrativa superior do districto, havidas primeiro as mais rigorosas informações, sobre o estado moral e religioso dos tutelados, e sobre suas acções e conducta.

Oxalá que o governo, compenetrando-se da utilidade destas sociedades as promovesse e protegesse, como as promovem e protegem outros governos, e que assim se tornasse obsoleta, e caduca, para todos os effeitos, a disposição deste Art. do nosso Cod.!

Passando destas considerações geraes á especialidade do Art., notámos, que a apresentação immediata, instantanea, significada pela palavra — *logo*, — nos parece extremamente exagerada.

O Cod. Fr., reformado em 1832, prescreve no Art. 44.º « dans les vingt quatre heures de son arrivée. »

Não sabemos porque rasão se aggravou no presente Art.

contra os libertos da pena a obrigação, que lhes é imposta, não se admitindo semelhante praso.

Pois o condemnado não poderá nem limpar-se do pó da jornada, dormir, nem comer? Não, que o nosso Cod. diz *logo*, e consequentemente entre a apresentação da guia e a chegada do condemnado não admite acto algum intermedio, que seja causa da menor demora. Alguns quartos de hora de retardamento produzem a contravenção prevista no §. 6.º do Art. 196.º, e não é admittido o contraventor a allegar justificação, dirimente nem atenuante, em presença do Art. 3.º e 4.º Deve sofrer prisão, quer tenha *malicia*, quer tenha sómente *negligencia*.

Mas é tambem digno de ser notado, que, tratando o Art. da declaração, que o liberto deve fazer perante a authoridade do logar, em que resida, da do logar para onde pretenda mudar residencia, a não exija com a conveniente *antecipação*, quando melhores rasões existiam do que para se exigir que a apresentação da guia fosse *immediata*.

O mesmo Cod. Fr. no Art. cit. accrescentava — *trois jours d'avance*.

Assim se dá tempo á authoridade administrativa de um logar para prevenir a de outro logar; e se previne a surpresa, ou a fuga authorizada, e repentina, para se commetter, ou por se haver commettido, um maleficio.

A importação pois da disposição do presente Art., com quanto baseada em um principio intrinsicamente salutar e preventivo, foi além de infeliz, incompleta: e destas omisões podem resultar taes inconvenientes, que a tornem prejudicial, se outros defeitos não existissem.

Finalmente temos a notar, que ao mesmo passo, que o Art. omitiu os prazos marcados no Cod. Fr., um facultativo do racional respiro aos libertos, e outro eminentemente preventivo, em manifesta repugnancia de idéas, transcreveu do mesmo Cod. a prohibição da residencia nos logares designados pelo governo, nos mesmos termos vagos, ficando assim em pé o maior de todos os arbitrios.

Este direito não deve *moralmente* entender-se, senão dos logares em que, por motivos particulares e pessoas ao condemnado, a sua residencia seja perigosa; ou ainda a respeito das grandes cidades, ou povoações, em que existam estabelecimentos penitenciarios, de trabalho ou detenção; ou seja porque a agglomeração nas maiores povoações torna

mais difficultosa a vigilancia da policia, ou seja porque é de alta conveniencia preventiva não proporcionar relações dos libertos com os presos, ou presidiados.

Mas *legalmente* o direito do governo fica desligado de quaesquer restricções. Á força de *exclusões* pôde, muito regularmente, nos termos vagos do Art., restringir-se a residencia dos libertos a certo, ou certos e determinados lugares.

A demissão do emprego com a declaração de incapacidade para servir qualquer emprego, ou seja imposta como pena principal, ou seja effeito de outra pena, produz a perda de todo o direito a jubilação, aposentação, reforma, ou a qualquer pensão por serviços anteriores, sem prejuizo de pensão alimenticia, que possa depois ser legalmente concedida ao criminoso. Art. 20.º n.º 11.º; 84.º; Carta Const. Art. 145.º §. 2.º; 12.º; 17.º; 19.º; 21.º; e 26.º

A demissão do emprego com a declaração da incapacidade para servir qualquer outro, importa mais alguma coisa que a pena de *inhabilitação especial perpetua*, caracterisada no Art. 32.º do Cod. Hesp., cujos effeitos são:

1.º A privação do emprego sobre que recae, e das honras inherentes.

2.º A incapacidade para obter outros na mesma carreira de serviço.

Mas importa *menos* que a *inhabilitação perpetua absoluta* caracterisada no Art. 30.º do mesmo Cod., e comtudo ahí foi este nosso Art. buscar a sua determinação *aspera e deshumana*, aggravando-a.

« La pena de inhabilitation perpetua produce :

« 4.º *La perdida de todo derecho á jubilacion, cesantia ú otra pension por los empleos, que hubiere servido con anterioridad, sin perjuicio de la alimenticia que el go- bierno podrá concederle por servicios eminentes.* »

E aggravou a mesma determinação, porque o Cod. Hesp. authorisa assim o governo em taes casos, para arbitrar ao condemnado uma pensão alimenticia, em quanto que aqui sómente resalva essa pensão, para que *possa depois ser legalmente concedida*.

Espirito de *vingança*, de oppressão, e deshumanidade contra os condemnados, apparece a cada passo no Cod., como n'este logar. O sentimento é desculpavel, porque o odio é contra o crime. Mas se o crime é uma doença moral, o legislador, combatendo a molestia, prevenindo o contagio, não deve causar ao doente mais martyrios do que os indispensaveis para curar, e não serem outros contaminados.

O Cod., tão liberal em ampliar as faculdades arbitrarías do governo em materia penal, como ainda se nota no § antecedente contra os condemnados, o deixa aqui completamente manietado, para ser humano, em favor não só delles, mas de mulher e filhos, recusando aos demittidos por sentença de seus empregos uma fatia de pão alimenticia, á falta de lei, que a tanto o authorise.

Sem prejuizo da pensão alimenticia, diz o Art., mas abrindo, fecha logo, a porta á beneficencia, á justiça, accrescentando — *que possa depois ser legalmente concedida*.

Quer dizer, nos termos da Carta, Art. 75.º §. 11.º, que o governo para se prestar essa pensão alimenticia tem de levar uma proposta de lei especial ao corpo legislativo, o qual para o effeito de conceder, ou recusar, a sua approvação, tem de se erigir em tribunal de justiça e de administração, conhecendo do crime, causa da demissão, e suas circumstancias, assim como das necessidades do demittido ou da sua familia.

No entretanto poderão morrer de fome, e o empregado preferirá, sem dúvida, mendigar, ou praticar talvez mesmo algum novo crime, a que a necessidade o arroje, antes que sofrer a affronta e o supplicio dos debates parlamentares, além da incertesa e demora do resultado, que depende de previa supplica ao governo, de informação preparatoria, e de contemplação benigna da parte do governo. Neste processo, até á sanção da lei especial, podem decorrer alguns annos!

O Cod. Hesp., concedendo ao governo a authorisação, independentemente de lei, cortava por estas difficuldades, não tornando estéril e irrisoria semelhante determinação.

Ao mesmo passo, é para notar, que a demissão com declaração de inhabilidade para qualquer outro emprego, não produz a perda dos direitos politicos.

Nós não queremos a perda dos direitos politicos, nem como pena principal, nem mesmo como effeito, de outra pe-

na, á excepção, das de prisão, e degredo, nos termos da Carta, mas não sabemos porque rasão, na hypothese deste Art., a perda desses direitos não havia de ser decretada, *por coherencia*, no Cod.

O homem que praticou um facto pelo qual affrontosamente foi demittido do seu emprego, com a declaração de incapacidade para servir qualquer outro, pôde, todavia, ser eleitor, ou testemunha, em acto solemne e authenticico, etc.!

A perda dos direitos politicos, produz a inhabilidade absoluta para tudo o que seja *exercicio* ou *estabelecimento* de algum ramo de poder ou authority publica, mas a perda do emprego com declaração de incapacidade não produz a perda dos *direitos politicos* em geral!

Além disso, notámos, que authorisada no Cod. a *demissão* e *suspensão* dos empregados, como elementos de *penalidade especial* da competencia do mesmo Cod., não obstando as ponderações, que temos feito: esses elementos são aqui defectivos, porque se não estabeleceram as distincções, de que são susceptiveis, e que os tornariam *divisiveis* na sua applicação.

No Cod. da Bav. Art. 22.º se estabelece:

1.º A *destituição*, que tem por consequencia, tanto a *perda* de graduação e vencimento respectivo, como a *incapacidade* para todas as dignidades e empregos publicos honorificos.

2.º A *demissão*, que produz a perda da graduação e do tratamento, mas não a *incapacidade* para empregos publicos ou honorificos.

3.º A *degradação*, que faz descer o empregado a um logar ou posto inferior em graduação e vencimento, áquelle que occupava.

4.º A perda de direito de accesso ou promoção, na mesma carreira de serviço.

Tambem se podiam accrescentar outras, quanto á *suspensão* de emprego.

1.ª De exercicio, e sem vencimento.

2.ª De exercicio, com uma parte de vencimento *alimenticio*, ou como de inactividade.

3.ª De exercicio com vencimento.

4.ª De promoção ou accesso, por determinado tempo, ou até ás primeiras vagaturas.

5.^a De exercicio em logar inferior, sem prejuizo do vencimento superior.

6.^a Do exercicio no mesmo logar inferior com o vencimento correspondente.

Mas nós rejeitámos do Cod. Pen. semelhantes elementos de penalidade, embora com os melhoramentos, que resultariam da sua maior divisibilidade, por esta fórma. Semelhantes distincções sómente são aproveitaveis, como penas disciplinares, para serem applicadas administrativamente, ou pelos respectivos conselhos, ou pelos ministros d'estado, ou pelos chefes superiores das repartições, se a tanto, por lei ou regulamento, estiverem authorisados.

Devemos ainda advertir, que, na imitação, que se fez do Cod. Hesp., cumpriria ter-se presente o Art. 145.º §. 26.º da Carta Const., garantindo não só as recompensas conferidas por serviços feitos ao Estado; mas ainda o *direito adquirido a ellas na fórma das leis*; que os *direitos adquiridos* constituem propriedade do cidadão, que, segundo o mesmo Art. no §. 21.º, deve ser *garantida em toda a sua plenitude*: e que, finalmente, nenhuma lei pôde, sem o vicio da retroactividade, destruir os efeitos das leis já consummados, nos quaes entram os direitos que ellas fizeram adquirir.

A jubilação, assim como a aposentação, ou reforma, por diuturnidade de serviço, são rigorosas recompensas de serviço prestado. As pensões, determinadas por lei, em relação a um serviço qualificado, estão no mesmo caso. São, não só dívidas de justiça, mas de moralidade pública, de gratidão nacional. A sociedade, que precisa dar aos cidadãos, no mesmo interesse da repressão do crime, exemplos de virtude moral, não deve, por modo algum, faltar a semelhante dever.

As aposentações, ou reformas, authorisadas, em razão de molestia incuravel, adquirida durante o serviço, talvez mesmo em razão e por causa do serviço, tem um caracter sagrado e inviolavel, porque participam da gratidão e da compaixão, transportando-se para a sociedade, individuo moral, as virtudes moraes e religiosas, que todo o homem deve ter na mesma sociedade, que assim instrue a todos pela pratica das mesmas virtudes.

« La première règle des actions publiques et privées des hommes, c'est la moral; leur obligation principale est de

« respecter le droit de gens, ou primitif de toute société. » Scip. Bex.; vid. comm. ao Art. 28.º

Não só isto, o bem praticado antes do erime, não perde absolutamente do seu valor na presença do mesmo crime: pelo contrario, deve considerar-se entre as circumstancias attenuantes, que o precedem, e entrar nos calculos da apreciação do seu elemento moral, para o effeito, ou de contrabalançar a aggravação resultante da circumstancia aggravação posterior, ou ainda de attenuar a pena ordinaria pelo fundamento intrinseco, que justifica as disposições do Cod. no Art. 20.º n.º 11.º, e no Art. 84.º, com os quaes fica diametralmente pugnando o presente Art.

Taes, tantos, e tão relevantes, podem ser os serviços prestados, que a sociedade entenda mesmo, que o empregado é digno de especial indulgencia. O Poder Moderador pôde, sem escandalo, sem máo exemplo de impunidade, relevar a culpa e pena pelo maleficio commetido, se este não revela no culpado uma metamorphose moral de perversão completa.

Mas, em logar da relevancia, ou da attenuação, praticar-se, e como regra geral, a aggravação, é uma idéa tão repugnante, que não sabemos como possa, não dizemos justificar-se, desculpar-se. É, todavia, esta a disposição deste Art.

Accresce, que entre os jubilados, distingue-se o ordenado, vencido pelo numero de annos de serviço, e mais preenchimento de condições legais, do accrescimento do ordenado, em razão da continuação voluntaria do mesmo serviço, em proveito do Estado; porque assim lucra o *melhor serviço*, em razão da experiencia e instrucção consummada, e as partes do mesmo ordenado, para novo empregado, que deixa de prover. O ordenado é o vencimento da *inactividade*, o *accrescimento* é o vencimento da *actividade*.

Ora, que a respeito destes empregados, fulminados com a demissão, se entendesse cessar o vencimento da actividade, seria logico: mas a respeito do outro vencimento, não se concebe sem violencia a boa razão.

Assim a perda do direito á jubilação, aposentação, ou reforma, como pena, é um rigoroso e verdadeiro confisco, em beneficio do thesouro, que tambem o mesmo Art. no §. 19.º declarou que não teria logar *em caso algum*. † Como

† Não se pôde negar que o direito á jubilação, aposentação, refor-

efeito da inhabilidade especial absoluta é heterogeneo, porque a *incapacidade* de serviço, conserva as *necessidades materiaes* do empregado: e sob o ponto de vista da equidade e da justiça, repugna com aquelle mesmo § 19.^o, porque faz passar a pena, os efeitos, ou agravações della, a pessoas innocentes, quaes as de uma familia, credores, etc.

Ao menos o Cod. Hesp. no cit. Art. 30.^o auctorisa o governo, sem dependencia de lei especial, a conceder uma pensão alimenticia *por serviços eminentes*, o que não destroe, mas attenua, a injustiça: e accrescentava, que se não comprehendiam na sua disposição os direitos já adquiridos ao tempo da condemnação pela viuva e filhos do condemnado: o que, sem duvida, importava uma recommendação ao mesmo governo, para, no espirito da lei, ser facil em qualificar como attendiveis os serviços, quando o demittido servisse de amparo a uma familia.

Lamentámos, que o horror, que inspira, e deve inspirar a perpetração do crime, cêgue a ponto de se recuar, mesmo na presença dos bons exemplos, no caminho da humanidade, que bem se concilia com os principios da justiça e das conveniencias sociaes!¹

O Cod. Hesp., fiel ao principio de humanidade, que transluz da disposição do Art. 30.^o referindo-se aos ecclesiasticos Art. 38.^o mandou, em todo o caso, que lhes fosse mantida a porção alimenticia, como se vê das palavras — «quedaran impedidos... para percibir las rendas ecclesiasticas, *salva la congrua.*»

ma, ou a qualquer pensão, importa o de receber um rendimento do thesouro publico, ou do Estado. São alimentos para a velhice, ou para uma situação de molestia incuravel, adquirida no serviço publico; são um fundo de reserva, ou monte de piedade, retido pelo Estado, e que constitue a *parte eventual* dos vencimentos do empregado; o direito radica-se, é facto consummado, verificadas as condições exigidas na lei. Esse direito, quando passa, pela aquisição, da esperança á realidade. é uma propriedade, como outra qualquer, e cujo confisco é mais odioso, que o resultante da perda da propriedade, de que trata o Art. 52.^o, porque o aqui estabelecido reverte em puro proveito do thesouro, que assim lucra, porque economisa, essa despesa. Não pôde ser. Demita-se embora o empregado, e se elle commettêu crime tal, que mereça a declaração de incapacidade perpetua, acompanhe-se esse mal de outro castigo, que mereça o nome, e tenha os verdadeiros requisitos, de pena; mas não se deixe o condemnado entregue ao desamparo, e. menos em prejuizo de uma familia, a quem pelos principios do Direito e da moral se communicou o direito a taes recompensas.

¹ Concorda com esta nossa critica o commentador Pacheco, e bem assim o sr. Levi.

Accresce contra a disposição deste Art.:

1.^o Que a penalidade, de que se trata, ou seja elemento de outra penalidade composta, a que mal e indevidamente se chama *efeito*, ou se contemple como penalidade solitaria, ou principal, fica desigual, porque o confisco sómente se dá a respeito daquelles condemnados á demissão do emprego, assim qualificada, que tenham direito adquirido a jubilação, reforma, aposentação, ou pensão, ficando a mesma demissão simples para os que não estejam nessas circunstancias. Acha-se, por tanto, ferida a Carta Const. no cit. Art. §. 12.^o, em quanto garantia a igualdade da lei penal.

2.^o Que, se, por um lado, o Estado tem o direito de punir o crime commettido, pelo deserviço ou máo serviço, e de, ao mesmo tempo, despedir o empregado, e a este direito corresponde da parte do mesmo empregado a obrigação da resignação á perda do seu emprego, ou exclusão de mais serviço, tambem ao direito do empregado corresponde a obrigação contrahida pelo Estado de retribuir os serviços praticados: *Dignus est operarius mercede sua.* A justiça a mais rigorosa assim o exige. Ferida, por tanto, se acha tambem a mesma Carta no cit. Art. §. 17.^o

3.^o Que attribuir ao direito de punir, de demittir, e de excluir do serviço por *factos criminosos supervenientes*, o direito de retirar a retribuição, legalmente fundada, *por factos licitos e de serviço anterior*, é dar aos *factos posteriores* efeitos *retroactivos* sobre factos anteriores; ás obrigações e direitos que do crime se derivam sobre obrigações e direitos, distinctos, que nasceram e se consummaram em vista de factos anteriores, successivos, não só innocentes mas meritorios; é fazer com que a lei, que semelhante absurdo sanciona, participe da mesma retroactividade, contra o preceito da mesma lei fundamental, §. 2.^o do dito Art. 145.^o

Em conclusão, pois, o presente Art. é offensivo, não só dos principios da justiça moral, e relativa, mas da Carta Const. Art. 145.^o §. 2.^o, 12.^o, 17.^o, 19.^o, 21.^o, e 26.^o A Carta é, para nós, e entendemos, que deve ser para todos os portuguezes, entre todos os Cod. e leis do Estado, o que deve merecer maior respeito, e por isso, com preferencia a quaesquer outros argumentos, pugnaremos sempre pela sua observancia, e restabelecimento de seus preceitos constitucionaes, que o poder legislativo ordinario não pôde alterar.

ARTIGO 62.º

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

O Art. concordante do Cod. do Braz. é o 59.º, assim concebido:

« A pena de perda do emprego importará a perda de « todos os serviços, que os réos houverem prestado *n'elle*. »

« Os réos, que tiverem perdido os empregos por sen- « tença *poderão ser providos por nova nomeação em outros « da mesma ou de diversa natureza*, salvo havendo expressa « declaração de inhabilidade. »

Nos termos deste §. un. do nosso Art., póde entrar em duvida, se a demissão é causa da *incapacidade*, sendo esta *efeito secundario da demissão*, ou se se deve entender a demissão sempre sua causa *immediata*, isto é, quer se siga como *efeito*, quer seja imposta, como pena *principal* ou *accessoria*.

Parece dever entender-se em qualquer hypothese, subordimado assim o §. aos termos mais claros, e expressos, que se encontram no Art.

Mas em todo o caso, ficando a demissão *simples*, fóra dos termos da penalidade *composta* ou *aggravada*, com todos ou algum dos efeitos declarados no Art., pode ficar inutil e completamente illudida, porque um ministro d'estado, mesmo quando queira submeter-se á decisão do poder judicario, póde tornar inefficaz a condemnação, deixando sim de conservar ou de reintegrar o condemnado no emprego, de que foi demittido pela sentença, mas provendo-o em outro diverso, igual, ou melhor, e até dentro da mesma repartição!

Isto prevenia o Art. 32.º do Cod. Hesp., inhibindo as

nomeações na *mesma carreira de serviço*, que este nosso §. un. trocou pela expressão — *no mesmo emprego*. — Se isto foi *traducção*, deve ella ser considerada infeliz, se foi *emenda* ao Cod. Hesp., este ficou valendo muito mais, que este nosso §.

Accresce, que o §., comminando a perda do emprego, não commina, como no Art., a perda do direito á jubilação, aposentação, ou referma, e por consequencia, se estiver vencido o direito a ella, não faz mais, que apressar o momento de se verificar, vencendo assim o empregado o seu ordenado sem trabalhar.

Ao mesmo tempo áquelles empregados, que não tem, nem pódem adquirir, em conformidade com a lei vigente, direito algum a jubilação, aposentação ou reforma, não resalva, como praticou no Art. antecedente, a possibilidade da concessão de uma pensão alimenticia.

Resultam daqui dois grandes inconvenientes. É o primeiro, que se attende mais favoravelmente, sob o ponto de vista dos alimentos o demittido com aggravação, do que o simplesmente demittido, se não tiver direito radicado á jubilação, reforma, ou aposentação.

É o segundo, que o governo póde, ou para ser humano, ou para evitar o encargo improductivo do Thesouro, ser levado, forçado mesmo, a collocar em outro emprego, ou comissão assalariada, o empregado demittido, inutilizando assim indirectamente a condemnação.

ARTIGO 63.^o

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

Antes de tudo note-se a manifesta antinomia, e, pelo menos, repugnancia, que se dá entre este Art. e o §. un. do Art. 58.^o, como ahi já indicámos. O exercicio de um *emprego publico* é, não só de um *direito politico*, mas de *uma profissão, que exige titulo*; logo, segundo a these do Art. 58.^o, a suspensão do *direito politico* consistente no exercicio de *um emprego*, não pôde ser *effeito* da perda de *qualquer* outro direito politico, mas de *todos* os direitos politicos ou quando a lei especialmente decretar.

Mas o presente Art. determina o contrario. Para um empregado publico ficar suspenso do exercicio do seu direito politico, não é necessario, que esse direito vá envolvido no complexo dos direitos politicos, nem que uma lei especial expressamente assim o determine: basta que elle incorra na suspensão de *qualquer* outro direito politico.

Estas disposições se conciliam, dizendo-se que o §. un. do Art. 58.^o se refere áquellas profissões, que, posto exijam titulo, não constituem *emprego publico*, por tal fórma, que façam entrar os que as exercem na classe ou cathogoria de *empregados publicos*, a que é essencialmente restricto o presente Art.

Mas, conciliada assim a antinomia, fica subsistente a repugnancia moral entre as duas disposições. Excluidas, para este effeito, muitas profissões, que carecem de titulo, como a dos medicos e dos advogados, segue-se, que em quanto estes, suspensos do direito politico de eligibilidade activa ou passiva, podem continuar a advogar, ou a curar, os empregados publicos, incursos na mesma suspensão, talvez em

rasão de participação directa ou indirecta no mesmo facto, são privados temporariamente do exercicio do seu emprego, e com ella dos respectivos vencimentos, expondo-se ainda ao perigo de uma demissão, exigida pelas necessidades do serviço publico.

Haverá nisto justiça e igualdade? Entendemos, que ninguém o poderá defender com razões plausiveis.

Além disso, a repugnancia moral existe neste mesmo Art., com abstracção do Art. 58.^o

A expressão — *empregados publicos* — comprehenderá aqui tambem os ecclesiasticos ou os militares? Parece que não, porque, dos termos da definição, dada no Art. 327.^o, com quanto restricta a sua disposição aos effeitos do disposto no Cap. 12.^o do tit. 3.^o da Part. 2.^a do Cod., se colhe, que são excluidos da expressão os que não exercem *funções publicas civis*.

Maior desigualdade, pois, maior injustiça, se assim se entende; o caracter sacerdotal, e o brio e pundonor militar, tornavam menos desculpavel o crime, para, ao menos, serem equiparados aos mais empregados publicos. A excepção importa um *privilegio*, na mesma classe, reprovado pela Carta.

Outra foi a disposição do Cod. Hesp. Art. 38.^o, como se vê das palavras:

« Los ecclesiasticos incursos en dichas penas quedarán « impedidos en todo el tiempo de su duracion para ejercer « en el reino la jurisdiction eclesiastica, la cura de almas, y « el ministerio de la predication, y para percibir las rentas « eclesiasticas, *salva la congrua.* »

As penas de que se trata são as de *inhabilitação, em qualquer gráo*, comprehendida, por tanto, a *inhabilitação especial temporaria* sobre direitos politicos, que é precisamente a suspensão ¹, de que se trata.

Não pôde, pois, ser assim. O presente Art. ou deve ser ampliado, ou reformado. Como está repugna á equidade, e,

¹ Note-se, porém, que a expressão — *empregado publico* — entende-a o Cod. no Art. 19.^o n. 9.^o em relação aos empregados *civis, militares* ou *ecclesiasticos*, e que na definição, que deu de empregados publicos, no cit. Art. 127.^o, comprehendeu todos os que exercem *funções publicas*, mesmo por *imediate disposição* da lei, e, por tanto, independentemente do titulo.

especialmente á Carta Const. da Mon. Art. 145.º §. 12.º, ordenando, que a lei, quer proteja, quer castigue, seja igual para todos.

Pelo mesmo crime um *cidadão*, que não é empregado, sofre, nos termos do Art. a suspensão temporaria de *qualquer direito politico*, e nada mais; em quanto o cidadão, que é empregado publico, sofre, além dessa suspensão, e pelo mesmo tempo, a do seu emprego, com todas as suas consequências necessarias, e possiveis! Será justo assim, por que os funcionarios publicos, ainda que sejam um amanuense, ou um porteiro, devem ser o espelho dos mais cidadãos, por suas virtudes, e obediencia ás leis, e tenham no cumprimento dellas, com quanto não respeitem ás funções proprias do seu emprego, um dever especial e mais restricto?

Então, porque motivo devem ser exceptuados de semelhante aggravação penal os militares, e os ecclesiasticos, quando na these geral das aggravações, foram todos equiparados pelo mesmo Cod. no cit. Art. 19.º n.º 9.º?

E a suspensão do emprego, que effeitos produz? Não o declarou o Cod. E todavia era aqui o logar competente. ¹

Assim se praticou na Cod. Hesp., que no Art. 36.º determinou:

« La suspension de un cargo publico inhabilita para su « ejercicio, y para obtener otro en la misma carrera, por el « tiempo de la condena. »

E cumpria não só que se declarasse, quaes as consequências da suspensão do emprego; mas que fosse ainda mais explicito, que o Cod. Hesp., quanto a *vencimentos*, e com distincção dos que são satisfeitos pelo thesouro, e dos que se recebem das partes, a titulo de emolumentos, custas ou salarios. ¹

Se a suspensão de direito politico fôr determinadamente a do emprego, salvos ficam todos e quaesquer outros direitos politicos, nenhum dos quaes, sem expressa determinação da lei, pôde entender-se prejudicado, conforme ao §. un. do Art. 58.º

¹ Note-se mais, para este effeito, a confusão constante, que se encontra a respeito de direitos politicos. Aqui os distingue o Cod. dos direitos respectivos ao exercicio de *empregos publicos*, quando no Art. 37.º declarou que os direitos politicos respeitavam ao exercicio de *funções publicas* comprehendido, por tanto, tudo o que respeita a funcionalismo.

Assim, a *suspensão* de qualquer direito politico, produz a suspensão do direito politico do emprego publico, mas a suspensão do direito politico do emprego publico, não produz a suspensão de *qualquer* outro direito politico.

O empregado publico interdicto de ser jurado, ou de votar em uma eleição, fica igualmente interdicto do exercicio de seu emprego: mas interdicto do mesmo exercicio pôde sentar-se nas cadeiras do jury, ser contemplado como eleitor ou deputado!

ARTIGO 64.º

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

O Cod. Hesp., Art. 59.º, diz :

« Toda pena que se imponga por un delito lleva consigo la pérdida de los efectos, que de él provengan, y de los instrumentos, con que se ejecute. »

O Cod. Nap., Art. 44.º, diz sómente :

« La confiscation du corps du delit, ou des instruments, qui ont servi, ou qui etaient destinés à le commettre, quand la propriété en appartient au condamné sera commune aux peines criminelles correctionnelles et de police. »

O Cod. Fr., Art. 11.º, determina :

« La confiscation spéciale, soit du corps de delit, soit des choses produites par le delit, soit de celles qui ont servi ou qui ont été destinées à le commettre, sont des peines communes aux matières criminelles et correctionnelles. »

Admitte, pois, o *confisco especial*, não só com relação á formação do corpo de delicto, e outros objectos e instrumentos, que servem a comprovar a sua existencia, mas com abstracção da mesma formação e prova, como *pena accessoria*.

No mod. Cod. da Prus. §. 19.º, se lê :

« A *confiscação* sómente terá logar a respeito de objectos determinados.

« Os objectos produzidos pelo crime ou delicto, ou que serviram, ou foram destinados, á perpetração d'elle pertencentes ao perpetrador, ou a um participante da acção, deverão ser confiscados.

« Se o conteúdo de um escripto, estampa ou representação, apresentar caracteres substanciaes de uma acção punível, se deverá também pronunciar na sentença a *destruição de todos os exemplares existentes, e de todas as chapas e moldes, que serviram de meios ou instrumentos de execução.*

« O escripto, estampa, ou representação, sendo licito em seu conteúdo principal, não se deverá pronunciar *senão a destruição das passagens illegaes, e da parte das chapas e moldes onde se acharem.* »

No presente Art. foram traduzidas estas mesmas doutrinas pelas palavras — *perda a favor do Estado do objecto ou producto do crime.*

O homem, pois, contra quem se descobrir, que fabricou moeda falsa; que fez notas falsas; que traficou em escravos; que foi protector de assassinos e de ladrões estradas; que vendeu a administração da justiça, etc.; e que, por taes meios, levantou uma fortuna, effectos ou producto, do crime, deve perder essa fortuna em favor do Estado?

Assim o diz a letra do Art.—Boas razões poderiam justificar o *confisco em taes casos.*

A moral não consente, que alguém tire proveito do crime. As leis protegem a propriedade, mas é sómente a adquirida por meios licitos e honestos.¹

Os bens, mal adquiridos, não podem dizer-se daquelles que os possui, e, ou devem restituir-se a quem pertencem, ou, se a restituição não é possível, são do Estado, ao qual pertencem as cousas, a que não é encontrado senhor certo.

Mas tudo isto eahé na presença da Carta, Art. 145.º §. 19.º, determinando que — não haverá, em *caso algum, confiscação de bens.*

Se a moral universal, absoluta, podia authorisar o confisco nos referidos casos; a moral social pede, que, para se manter no interesse de todos, o respeito á propriedade, em toda a sua plenitude, se respeite a posse de um possuidor mesmo injusto; pede que o Estado não tenha interesse fiscal em se apoderar dos bens do condemnado, a pretexto de

¹ « Omne quod male possidetur alienum est. » Santo Agostinho.

« Só e nosso o que possuímos com justiça, e assim só isso se sustenta; o sangue e pó das batalhas não faz alicerces para monarchias, e mas só as conclusões do direito. » Sousa Macedo.

mal adquiridos, do que poderia fazer-se um abuso tal, que quasi inutilisasse a disposição da Carta.

O Art., por tanto, deveria redigir-se de modo, que não pudesse entender-se, se não daquelles *objectos ou productos*, que são directa e immediatamente provenientes do crime, e que, como diz o Cod. das Duas Sicilias, constituem o *corpo de delicto*. Taes seriam por ex., algumas das *moedas ou notas falsas* apprehendidas aos réos de taes crimes, ou as mercadorias contrabandeadas ou descaminhadas aos direitos.

Nos termos geraes, em que o Art. se acha concebido, parece authorisar o *confisco*, mesmo com abstracção das imperiosas necessidades do processo e prova, e constituir assim uma excepção á regra geral da abolição do *confisco*, como até designam as palavras — *em favor do Estado* — que indicam, que não é sómente de objectos constitutivos do corpo de delicto, como elementos de instrucção, ou com o fim de *destruição*, ou de prevenção, mas em proveito do thesouro.

Isto, porém, sóa mal, porque repugna aos termos absolutos do Art. 145.º §. 19.º da Carta—não haverá em *caso alguma confiscação de bens* — e, por tanto, a modificação, que propomos, é a unica, moral e politicamente, possível, e parece-nos bem fundada a redacção do Cod. das Duas Sicilias.

Além disso, assim como no Cod. foi supprimida a palavra *confisco*, deveriam ser omittidas as palavras — *em favor do Estado*.

O sequestro dos instrumentos e productos do crime deve ser decretado, não como pena, nem como effeito penal, mas como de meios indispensaveis para o processo, e subseqüente destruição, concluido o mesmo processo, a menos que não tenham alguma utilidade, porque então devem ser mandados para um estabelecimento pio, se taes cousas não forem de uso, ou de consummo prohibido, ou de propriedade alheia, como se exceptua no Art., e nessa parte concordam os Cod. cit. Fr., Hesp., Nap., da Prus., e outros.

ARTIGO 65.º

A condemnação passada em julgado, que, ou impozer a pena da perda dos direitos politicos, ou tiver este effeito, será impressa por extracto, e affixada no logar em que fôr proferida, na cabeça da comarca em que tiver sido commettido o crime, e no logar do domicilio do condemnado.

O Cod. da Sardenha, tit. 2.º Art. 19.º, determina :

« Tous arrêts portant condamnation à une peine criminelle seront imprimés par extrait et affixés dans la commune où ils auront été rendus, dans celle où se fera l'exécution à mort, dans celle où le crime aura été commis, et dans celle où le condamné a eu son dernier domicile. »

Se fôra admittida a tripla divisão, podia ser imitado este Cod., designadas as penas *criminaes*, para terem a publicação ampla e solemne, de que se trata : mas, regeitada a mesma divisão, recorreu o legislador á *perda dos direitos politicos* nas penas, como seu caracteristico de distincção, para, na essencia, conseguir o mesmo fim.

Assim, em logar de supprir a designação de penas *criminaes*, pela expressa menção de cada uma das *penas maiores*, que deviam ser comprehendidas no Art., tomou, como indicador, um dos seus effeitos commum.

Foi uma razão de methodo, e de conveniencia pratica, a que fez lançar mão deste arbitrio, e não, como á primeira vista parece, a importancia, inclusiva ou exclusiva, attribuida á interdicção dos direitos politicos, para que nenhum condemnado a taes penas os possa, por surpresa, exercer ;

1.º Porque então a publicação devia ser geral e commum a todas as cidades e villas do reino ;

2.º Porque então a publicação devia comprehender as

condemnações a penas correccionaes, que, se não importam a perda, produzem, comtudo, a suspensão dos direitos politicos.

Concordámos na difficuldade, pela perda de tempo e despesa, que resultaria de se dar uma semelhante extensão a tal providencia, reservada, por tanto, para as penas *criminaes*, ou casos de maior gravidade.

Mas, ao menos, em relação a esses casos, para que a mesma disposição se tornasse proficua, assim em relação ao exemplo da administração da justiça criminal, communicado ao povos, como em relação ao aviso dado aos cidadãos acti-vos sobre a interdicção perpetua dos direitos politicos, a publicação das condemnações, por *extracto* no *Diario do Governo*, se tornaria mais geral, e muito mais util.

Cumpre, todavia, notar, que, o Cod., em lugar de caracterisar as condemnações para a publicação, pela perda dos direitos politicos, o podia assim determinar pela qualificação da gravidade das penas, em si mesmas, como *maiores*, em harmonia com o que praticou no Art. 8.º para estabelecer a regra geral sobre tentativa punivel.

O resultado seria o mesmo, porque, nos termos dos Art. 52.º a 55.º deste Cap., as penas *maiores* produzem a perda dos direitos politicos.

Concorda o Cod. Fr. no Art. 36.º, com a differença, de que a designação é explicita, de cada uma das penas afflictivas ou infamantes, objecto da condemnação, no que foi imitado pelo novo Cod. da Prus., §. 30.º, contentando-se, porém, com a publicação na folha official do districto, em que tiver a sua séde o tribunal que pronunciou a sentença.

Esta disposição do Cod. da Prus., parece-nos mais acertada, assim como inexequivel, feita a publicação em triplicados logares, como se exige no presente Art. :

1.º Porque os tres logares, do delicto, do julgado, e domicilio, ou alguns delles, podem ser um e mesmo logar :

2.º Porque pôde o criminoso, como muitas e frequentes vezes acontece, não ter domicilio, ou não o ter certo.

Uma e unica publicação, pois, no *Diario do Governo*, seria mais economica e simples, e preencheria melhor, como mais ampla, o fim da lei.

De resto, quem é que hade ter o encargo de fazer os *extractos*, de os ordenar, ou de os fazer publicos? O serviço e despesa necessaria a quem pertence? Depende de lei re-

gulamentar, que deverá encontrar-se na lei de processo, como preliminar de execução. Em França são estas particularidades reguladas pelos Art. 104.º, 105.º, 106.º, e 107.º do Decr. de 17 de Junho de 1811.

ARTIGO 66.º

As penas ecclesiasticas não produzem effeito algum civil.

O presente Art. além de, em harmonia com a epigrafe, mas contraditorio com o Art. 1.º e seguintes do Cap., tratar de effeitos de penas, e não da condemnação, contém disposição estranha aos assumptos do Cod; porque nelle se decreta a respeito das penas ou condemnações *temporae civis*, e effeitos, resultantes de umas ou de outras, mas não dos effeitos das penas ou condemnações *espirituas* ou *ecclesiasticas*.

As nossas Ord. tratam de effeitos civis da *excomunhão*, mas encontram-se fóra do Liv. 5.º, ou da collecção especial das leis criminaes, como se vê das Ord. do Liv. 2.º tit. 8.º §. 5.º e 6.º, e da do Liv. 3.º, tit 49.º §. 4.º e 5.º.¹

Menos estranho era aos assumptos e materias do Cod. o declarar quaes os effeitos ecclesiasticos, resultantes das penas da lei geral e commum, quando impostas a ecclesiasticos, com cura ou sem cura d'almas.

Assim o entendeu o legislador Hesp., fazendo esse ponto o objecto das disposições do Art. 38.º do seu Cod.

A theoria da penalidade dos *direitos politicos*, applicada, segundo a definição dada, no Art. 37.º, e com os seus chamados effeitos, ou accessorios do Art. 57.º, carecia de ser explicada especialmente com relação aos delinquentes, quando ecclesiasticos.

Grande parte das funções dos ecclesiasticos são *publi-*

¹ Não era ja assim, no Cod. Aff., como se vê do Liv. 5.º tit. 27.º e 28.º, fonte remota desta Ord., com fundamento em leis de D. Diniz.

cas; a religião é uma base, é um estabelecimento, em que se firmam os alicerces da nossa existencia politica; entram, por tanto, aquellas funções no rigor da expressão do Art. 37.º

Mas póde, por ventura, sem se offender os principios da mesma religião, importar a perda dos direitos politicos a do caracter de bispo ou de sacerdote, como a respeito dos outros funcionarios publicos?

Não, porque a lei temporal não póde destruir, nem apagar, os effeitos espirituas dos sacramentos. O da *ordenação sacerdotal* imprime caracter indelével.

O legislador hespanhol meditou profundamente sobre esta difficuldade, resolvendo-a, no cit. Art. 38.º, por um modo especial, nos casos de inhabilitação civil, como demandava a especialidade de taes delinquentes.

Declarou positivamente, que os effeitos civis não abrangiam cargos, direitos, nem honras ecclesiasticas; mas que ficassem *interdictos* ou *impedidos*, durante os effeitos da pena, de exercer no reino a jurisdicção ecclesiastica, a cura d'almas, ou o ministerio da prédica; como tambem de perceber as rendas ecclesiasticas, — á excepção da congrua. Assim declarou o legislador limitados os effeitos da sua pena ás *temporalidades*.

Salvou, todavia, a congrua, porque ella foi uma condição essencial, inseparavel da ordenação, e seria contradictorio tiral-a, e respeitar ao mesmo tempo o caracter sacerdotal.

Mas que hade fazer o ecclesiastico da sua congrua, nos casos, em que, nos termos do Art. 54.º, lhe é prohibido ou administrar, ou mesmo receber, porção alguma de rendimento?

Pacheco responde, que, se a qualidade da pena o impede de receber dinheiro algum, poderá sempre dispór *inter vivos* ou *mortis causa*, como quizer.

Mas que disponha ou não, á lei cumpria sómente não offender um direito de propriedade, inseparavel do caracter sacerdotal.

Que significa, pois, o silencio do nosso Cod a semelhante respeito? Regeitaria a doutrina do Cod. Hesp., para o effeito de ficarem igualados uns e outros delinquentes, ou será simplesmente uma omissão irreflectida, não se tendo dado attenção ao mesmo Cod. ? A primeira supposição é

absurda, como impossivel moral e religioso; resta, portanto, a segunda.

Assim vemos omissão tão grave, sobre effeitos ecclesiasticos de penas temporaes, que deveria não existir no Cod., a par de uma declaração sobre effeitos temporaes de penas ecclesiasticas, de que o Cod. não tratou, e que podia omitir-se.

Podia omitir-se, por que assim como é por leis especiaes, ou de *ajuda de braço secular*, que o poder temporal tem attribuido effeitos civis ás penas ecclesiasticas, assim é por outras leis especiaes, que aquellas devem ser revogadas

Podia omitir-se, porque essa revogação estava legalmente feita, e o Art. nada veio adiantar, nem esclarecer a semelhante respeito.

Nos termos da Ord. Liv. 3.º tit. 49.º §. 4.º e 5.º, os excommungados eram inhabêis para estar em juizo; e o mesmo juiz para julgar: e nos da Ord. do Liv. 2.º tit. 8.º §. 5.º e 6.º, se os excommungados, se não faziam absolver no prazo, que lhes era assignado, começavam os effeitos temporaes da prisão e multa, pagando 108 rs., por cada nove dias de reclusão.

Mas o Decr., com força de lei, de 29 de Julho de 1833, revogou completamente estas e outras semelhantes disposições, declarando no Art. 4.º:

« As penas canonicas não produzem inhabilidade alguma sobre o cidadão. »

E, por outras palavras, o mesmo, que se lê no presente Art., que podia, por tanto, sem o menor inconveniente, ser omitido: e tanto mais, que, nos termos absolutos da sua expressão, é um impossivel civil e religioso, quanto ao direito civil de se contraír matrimonio, durante a existencia da pena da excommunhão.

As nossas leis não reconhecem o matrimonio civil, com effeitos civis, sem o concurso do matrimonio religioso. O contracto é materia do sacramento e prende com elle por um modo indissolvel, e sendo da essencia da excommunhão a interdicção dos sacramentos, vem esta por necessaria consequencia, a produzir a interdicção legal de todos os actos civis, que, como o do matrimonio, dependerem da capacidade religiosa, para a admissão, dos mesmos sacramentos.

Este Art., pois, carecia de dizer mais alguma cousa, supprimindo a defficiencia do cit. Decr., que labora no mesmo defeito; assim como, por analogia de materia, carecia fazer algumas declarações, no sentido das que se se encontram no Cod. Hesp.

ARTIGO 67.º

Os efeitos das penas têm logar em virtude da lei, independentemente de declaração alguma na sentença condemnatoria.

A disposição do presente Art. demonstra evidentemente, que os efeitos de que trata este Cap., nem vem das penas, nem da condemnação; vem por occasião da condemnação, só por virtude da immediata disposição da lei, como restricções, á liberdade e actividade do homem, não necessarias, ou sem relação intima, ou absoluta, com as mesmas penas, mas como accessorias, que aggravam as principaes, fazendo, que, além dos elementos, que constituem a essencia daquellas, o condemnado sofra outras, que podia deixar de sofrer, se não fosse a disposição da lei penal, geral ou especial.

Assim, porém, não ha verdade moral, nem na epigrafe do Cod., comparado com as disposições nelle contidas, nem se encontra concordancia de expressão, como temos notado; porque nos Art. 51.º, 52.º, e 53.º, se trata de *efeitos de condemnação*, no Art. 54.º de *efeitos das penas*, nos Art. 55.º, 56.º, 57.º, e 59.º, de *efeitos da condemnação*, nos Art. 57.º, 58.º §. un., 60.º, 61.º, 62.º §. un., e 63.º, de *efeitos das penas*.

Não resulta obscuridade desta imperfeição de redacção, que as regras de Direito não possam conciliar; mas parece haver nisto muita confusão de idéas e de expressão, que bem se teria acautelado, se fosse seguido o exemplo do Cod. Fr., e do Cod. Hesp., distinguindo a interdicção civil, ou inhabilitação, nos seus diversos grãos, e a degradação civil, termos, que exprimem, excellentemente, os efeitos da penalidade, já principal, já accessoria, e que temos por dignos de ser aproveitados, principalmente por serem já do dominio da sciencia de Direito criminal, segundo a civilização mo-

derna, e deverem, por tanto, entrar na parte technica ou geral do Cod.

Tão digno de critica é não se imitar exemplos do que é bom, como é aggravar exemplos do que é máo. Infelizmente de um e outro defeito se acham affectados todos estes Art.

No presente Cap., que fecha o presente Art. e o antecedente, empregando as palavras *efeitos das penas*, parece predominar o pensamento de que os efeitos vem das penas em conformidade com a lei, tomando-se por causa remota a lei, e proxima a pena; mas este pensamento é logo destruido pelo que dispõe o mesmo Art., attribuindo os mesmos *efeitos* á declaração da condemnação, nos seus termos expressos ou virtuaes.