

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 D'ESTADO HONORARIO,
CONSELHEIRO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

VOLUME VI.



LISBOA

IMPRESA NACIONAL

—
1857

CODIGO PENAL.

LIVRO SEGUNDO

DOS CRIMES EM ESPECIAL.

TITULO III.

DOS CRIMES CONTRA A ORDEM E TRANQUILLIDADE PUBLICA.

CAPITULO XI.

DO MONOPOLIO E DO CONTRABANDO.

SECÇÃO 1.^a

MONOPOLIO.

ARTIGO 275.^o

Todo o mercador que vender para uso do publico generos necessarios ao sustento diario, se esconder suas provisões ou recusar vende-las a qualquer comprador, será punido com multa, conforme a sua renda, de um a seis mezes.

Art. 42.^o e ref.

Este art. é tirado visivelmente do Cod. Pen. da Austria, art. 23.^o part. 2.^a:

«Les commerçants qui vendent, pour l'usage du public, «des marchandises, *nécessaires à la nourriture journalière*, et «qui cachent leur provisions ou refusent de les vendre à tout «acheteur, seront punis, selon le plus ou le moins d'indispensabilité de cette marchandise, pour la première fois d'une «amende de dix à cinquante florins, et du double en cas de

«réincidence; la troisième fois on prononce l'interdiction du «négoce.»

Comtando que o negociante não prenda as suas provisões no intuito de produzir por esse facto a escassez, para depois aproveitar a melhoria do preço, é um desejo muito natural, e até certo ponto justificavel, o de querer que sejam vendidas na occasião mais favoravel ao seu commercio. É uma especulação mercantil como qualquer outra o armazenar e vender emquanto e como convem. A liberdade plena, sem a qual o commercio não tem vida nem concorrência util, exige imperiosamente que sejam proscriptas quaesquer disposições restrictivas.

Quando porém é limitado a um ou a poucos o commercio de certas cousas destinadas a uma applicação urgente, indispensavel, e que não pôde esperar que se sacie ou desengane o especulador para as vender; como não ha principios absolutos, e em tal caso collide o interesse individual com o interesse da sociedade, com a manutenção da vida e saúde dos cidadãos, a especulação contém damno alheio irreparavel, e a liberdade de commercio, mantida no interesse commum, cessaria então de ser procedente, falhando o principio de utilidade geral que a sustenta.

Alem d'isso o mercador que trafica ou negocia em taes generos contrahe por esse facto o *encargo* de sustentar o seu commercio em beneficio publico, a par da sua utilidade; e uma vez que se não taxa preço algum á sua mercadoria, é obrigado a vende-la se é de primeira necessidade.

Estas reflexões porém levam-nos a considerar por outro lado que o mercador pôde esconder as suas provisões ou recusar vende-las, não tanto porque deseje aproveitar o melhor preço da alta dos generos, como para evitar o seu prejuizo, a sua ruina, vendendo na baixa pelo preço corrente, que pôde ser inferior ao do seu primeiro custo.

Assim como ha especulações de concentração de mercadorias em mão de um ou de poucos, a fim de produzir um monopólio, em consequencia do qual o publico perca no preço e na qualidade; assim as ha tambem de concorrência livre, para á sombra d'ella serem arruinados aquelles que vendem por um preço mais subido, mas proporcionado ao que podem vender.

N'esta rivalidade entre homens da mesma classe de industria, n'esta guerra fratricida, que muitas vezes os mercadores se fazem reciprocamente, mas que não pôde ter duração nem permanencia, porque ninguém commercia para não ganhar e menos para perder; o negociante pôde querer evitar a sua quebra escondendo as suas provisões ou recusando vende-las.

O seu interesse lhe aconselha que não perca a sua freguezia, e por isso esse negociante ha de seguir o impulso dado pelos seus inimigos até aonde a perda lhe não seja sensível em demasia; mas chegada a baixa a esse extremo, o negociante que suspende a venda ou esconde o genero não pratica um acto criminoso, porque nem prejudica o publico, que tem outros negociantes que vendem por melhor preço que elle poderia vender, nem se pôde dar o menor espirito de fraude aonde sómente se descobre um procedimento de prudencia tendente a evitar o proprio damno ou a que se determine um estado de fallencia que por outras causas lhe pôde ser imputada, se não dolosa, culposa.

Alem d'isso, se os generos de primeira necessidade são corruptiveis, não ha perigo algum de que o mercador se recuse a vende-los ou os esconda, seja qualquer que for o preço; e para os não corruptiveis ou cuja existencia em bom estado se pode conservar por algum tempo, quasi sempre ha depositos superiores ás necessidades do commum.

Portanto a incriminação d'este art., importada do Cod. da Austria, mas que não se encontra assim formulada em algum de outros Codigos que consultámos, parece-nos que não assenta em verdade moral nos termos absolutos em que é concebida. O facto só por excepção e não como regra geral pôde ser reprimido.

Por excepção: 1.º, quando na cidade, villa, aldeia ou lugar não houver outro mercador que possa e queira servir o publico, vendendo-lhe os mesmos generos por um preço regular.

Se n'este mesmo facto ha colligação entre dois ou mais negociantes tendente a estabelecer o monopólio ostensivo de um d'elles ou de poucos, como valor e lucro entendido ou convencional entre todos, o crime é diverso, a pena é mais grave,

o facto é previsto no art. seguinte, e o presente art. é portanto inutil.

2.º Quando a recusa de vender ou a occultação dos generos tenha logar em occasião de desordem, de tumulto, de guerra civil, de peste, inundação ou de outra calamidade semelhante, porque o mercador, que é um cidadão, não deve assim concorrer, ainda que sem intenção directa, para aggravar os males publicos. N'isso vae mesmo a sua segurança pessoal e de propriedade.

Se n'este mesmo facto se dá não o motivo justo, mas o desejo de concorrer para um estado de sedição ou de anarchia, o crime é de cumplicidade n'esses attentados, a pena é outra muito mais grave, segundo os respectivos art. do Cod., e o presente art. é inutil ainda em taes casos.

Estas especies são apreciadas nos art. 231.º e 232.º do cit. Cod. da Austria, part. 2.ª

Acresce que a penalidade estabelecida no art. não pôde ser efficaz se o damno resultante da condemnação, mesmo quando infallivel, é inferior ao que o mercador pretende evitar pela sonegação ou recusa de venda. O mercador que se vê collocado entre dois males pecuniarios, um menor, incerto e remoto, e outro maior, certo e presente, ha de procurar evitar este e não aquelle, principalmente quando os effeitos d'este podem ser productivos de outros males mais graves, emquanto que os d'aquelle se limitam ao quantitativo da condemnação.

O legislador do Cod. da Austria, cit. art. 130.º, que este nosso art. não imitou em tudo, previu a inefficacia da pena pecuniaria, e por isso a probabilidade da primeira e segunda reincidencia, estabelecendo para a primeira o dobro da multa, e para a segunda a *interdicção do negocio*.

Por estas considerações parece-nos que é melhor manter em toda a sua plenitude a liberdade de commercio, a qual não pôde existir pondo-se peias á vontade dos commerciantes, salvos os dois casos que ficam indicados, emendando-se n'este sentido o presente art.

ARTIGO 276.º

Qualquer pessoa que usando de algum meio fraudulento conseguir alterar os preços, que resultariam da natural e livre concorrência nas mercadorias, generos, fundos ou quaesquer outras cousas que forem objecto de commercio, será punida com multa, conforme a sua renda, de um a tres annos.

§ unico. Se o meio fraudulento empregado para commetter este crime for a colligação com outros individuos, terá logar a pena logo que haja começo da execução.

Art. 44.º e ref.

Este art. não tem um só modelo como o antecedente, pois concordam o Cod. Fr., art. 419.º, o Cod. de Austria, 2.ª part., art. 227.º e 228.º pronunciando a prisão curta, mas penitenciaria¹.

O Cod. do Brazil é omisso a este respeito. O mesmo praticou o legislador do Cod. das Duas Sicilias, comquanto quasi sempre cego imitador do Cod. Fr.

Não já porém assim no Cod. da Sardenha, art. 401.º, e no Cod. Hesp., art. 451.º

O Cod. da Baviera tambem guarda silencio, e o mesmo se nota nos modernos Cod. da Allemanha, assim como no Cod. da Toscana de 1786².

¹ Pensamento dominante que a cada passo notámos n'este Cod., e que merece o nosso respeito e veneração—fazer que a pena ganhe em intensidade o que perde na duração ou moderação; quanto ao tempo, severidade quanto á execução—.

É assim que a prisão emenda e não perverte.

² As nossas antigas leis tambem eram omissas. Existia contudo uma legislação repressiva dos monopolistas e atravessadores, que tinha por fim reprimir a revenda nos generos de primeira necessidade, e por alvo sustentar a *batza* dos preços e evitar a *subida* d'elles.

N'este nosso art. porém foi imitado o Cod. Fr., e tomando por modelo a redacção do Cod. Hesp., art. 451.º, nas palavras: « Los que esparciendó falsos rumores, ó usando de qual-
« *quier otro artificio, consiguieren alterar los precios natu-
« rales, que resultarian de la libre concurrencia en las mer-
« cancias, acciones, rentas publicas ó privadas, é qualesquiera
« outras cosas que fueren objecto de contratacion...* » não se-
guiu nem um nem outro, quanto á pena, excluindo a prisão, e adoptando sómente a multa, no que ficou singular entre todos os Cod. apontados.

Sobre o merecimento da incriminação, ainda que na alta ou na baixa dos preços por meios fraudulentos se dê um facto moralmente illicito, como é sempre o que provém da fraude, diremos com Pacheco ao Cod. Hesp., que rarisimas vezes poderá constituir-se o corpo de delicto, e achar-se e conven-
cer-se o delinquente.

Para tanto seria necessario que podessem dar-se relações necessarias de causa e effeito, entre a baixa ou alta de objectos de commercio, e o artificio empregado para produzir esse resultado. Mas as causas podem ser muitas, e sómente o complexo de todas, ou uma d'entre ellas deveria haver determinado

A par d'estas leis sobre as *travessias* existiam as attribuições legaes da almotaçaria e as das camaras municipaes do Reino.

Se os mantimentos fossem necessarios aos senhores de terras, e os não encontrassem em outro logar, o remedio era implorarem elles a intervenção da auctoridade publica para que os possuidores dos generos (negociantes ou não) fossem constrangidos á venda, pelo preço que fosse taxado, segundo valessem communmente na terra: Ord. liv. 2.º tit. 50.º pr. e § 2.º

O mesmo constrangimento era imposto aos regatões e vendeiros dos logares quando se combinassem em alterar os preços dos mantimentos *alem do regimento e estado da terra*, salvo a maior carestia superveniente por outras causas, cuja manutenção ficava dependente de immediata resolução regia: Ord. liv. 1.º tit. 18.º

Sobre os padeiros providenciava especialmente a mesma Ord., § 18.º e seguintes, não só para que dessem o pão *em abastança*, mas para que no preço do pão não excedessem a proporção com o custo do alqueire do trigo, partindo da hypothese de ser este o de 40 réis!

O pescado era almotaçado diariamente, segundo a sua quantidade e qualidade—o maior, o medio e o mais pequeno—: Ord. liv. 1.º tit. 68.º

Mas estas providencias eram restrictas a generos de primeira necessidade, e assim mesmo caíram e deviam cair, como offensivas da liberdade de commercio e do direito de propriedade, de industria e trabalho de cada um.

o effeito. O processo crime será portanto sempre ou quasi sempre fundado no sophisma—*cum hoc, ergo propter hoc*—.

Em vista do que já não nos admira o silencio de muitos Cod. a este respeito. A incriminação é sem utilidade alguma pratica.

Quanto ao § un. tambem é uma imitação do Cod. Hesp. no art. 452.º:

« Para la imposicion de estas penas bastará que la colligacion haya comenzado a ejecutar-se. »

Mas este Cod. quiz assim aggravar a incriminação quanto a *objectos de primeira necessidade*, deixando intacta a regra tirada do Cod. Fr., art. 119.º, de se exigir, para que o facto seja punido, a effectiva baixa ou alta dos preços, em resultado do emprego de taes manejos ou artificios.

Mas o nosso §, abandonando uma das circunstancias aggravantes tirada do objecto do delicto, conservou a que vem do acto preparatorio da colligação, dependente só de haver *começo de execução*.

Sobre esta disposição temos a notar: 1.º, quanto á redacção, que o § confundiu o *acto preparatorio* com os *meios de commetter* o crime. Se a colligação *fosse meiv de commetter* o crime, ella seria em si mesma um *começo de execução*; por-
que o emprego de taes meios é o que constitue a tentativa.

A colligação de que se trata não é mais que um acto preparatorio, em que mais de um individuo se dão as mãos para que em perfeita harmonia de acção empreguem certas e assentadas manobras ou *meios* fraudulentos para conseguirem a alteração dos preços correntes. D'esse acto ou convenção ao effectivo emprego d'esses meios vae grande distancia.

2.º Que o Cod. Fr., art. 419.º, adoptado litteralmente no Cod. da Sardenha, art. 401.º, não contemplou a colligação para ser considerada illicita, senão quando seguida da manifestação da *alteração* dos preços, *crime consummado*, e quando praticada *entre os principaes detentores de um certo genero ou mercadoria*, com o fim de a não venderem ou de sómente por certo preço. Concorda porém o Cod. Pen. da Austria, part. 2.ª art. 227.º, na idéa de punir o *concerto*.

3.º Que tendo este § assim como o art. por fim directo

e immediato proteger a *natural e livre concorrência*, esta não pôde ter logar sem que ao mesmo tempo se mantenha a todo o transe a plena liberdade dos concorrentes. As estratégias commerciaes, quaesquer que ellas sejam, devem amplamente ser permittidas ou toleradas. Puni-las no *seu começo de execução*, como quer o §, é paralyzar a acção do commerciante, pôr limites aos meios especulativos que elle julga conveniente empregar. Os abusos, as fraudes, não podem nem devem aqui prevenir-se, porque a *prevenção* importa uma *restricção*.

4.º Que assim se manifesta o melhor alvitre que seguiu o Cod. Fr. e da Sardenha. Se a colligação se não deu entre os *principaes detentores* do genero, mas unicamente entre os *secundarios*, a *baixa* ou *alta* do mesmo genero provém de outras causas, e estes não fizeram mais que ceder ao imperio das circumstancias. O seu procedimento nada tem de reprehensivel, nem devem ser punidos em presença de resultados que não produziram.

Em conclusão: o facto de um só individuo, quando for o unico ou principal detentor de um genero, é tão reprehensivel como o de dois ou mais colligados nas mesmas circumstancias; o Cod. Hesp. é fundado em uma rasão especial e refere-se a uma hypothese em que o crime é de actos reiterados e de trato successivo e permanente, todos no mesmo grau de imputação, que são execução do crime e não tentativa d'ella: o Cod. Fr. e o da Sardenha esperaram, e com justa rasão, pela *alta* ou *baixa* das mercadorias, para então se avaliar esse effeito com a innocencia ou culpabilidade das causas que o determinaram, não dando a menor importancia á colligação dos pequenos detentores, entendendo *in limine* que elles não podiam ser causa do mesmo effeito.

Parece-nos pois que era preferivel a doutrina de qualquer dos Cod. apontados, e que o nosso Cod. não ganhou, antes perdeu, com as alterações que manifesta este §, cuja emenda portanto propomos e desejámos.

ARTIGO 277.º

Será punida com a prisão de um a seis mezes e com a multa de 5\$000 réis a 200\$000 réis:

1.º Toda a colligação entre aquelles que empregam quaesquer trabalhadores, que tiver por fim produzir abusivamente a diminuição do salario, se for seguida do começo de execução.

2.º Toda a colligação entre os individuos de uma profissão, ou de empregados em qualquer serviço ou de quaesquer trabalhadores, que tiver por fim suspender ou impedir ou fazer subir o preço do trabalho, regulando as suas condições, ou de qualquer outro modo, se houver começo de execução.

§ unico. Os que tiverem promovido a colligação ou a dirigirem, e bem assim os que usarem de violencia ou ameaça para assegurar a execução, serão punidos com a prisão de um a tres annos: e poderá determinar-se a sujeição á vigilancia especial da policia, sem prejuizo da pena mais grave, se os actos de violencia a merecerem.

Art. 41.º e ref., 38.º e ref., 59.º § un.

Somos chegados a um objecto importante, e temos infelizmente a notar mais um desacerto n'este nosso Cod.

Não faltam comtudo para abonar a doutrina d'este art. os exemplos praticos, pois concorda como fonte remota o Cod. Fr. nos art. 414.º, 415.º e 416.º

O Cod. Fr. attendeu todavia a que não era justo aggravar para os patrões o tempo da prisão, por isso que soffriam tambem a multa; e para os jornaleiros que não era justo ag-

gravar a sua situação, muitas vezes de miseria e de pobreza, privando-os duplicadamente dos fructos do seu trabalho.

A multa quando é tão exorbitante e excessiva, como é a imposta n'este nosso art., é um rigoroso confisco, é a escravidão, porque a unica propriedade do jornaleiro está no emprego do seu braço, e a multa, ou o torna servo da pena para trabalhar para o fisco, se tem quem lhe abone a quantia para sair da prisão, ou o obriga a continuar n'ella, por tantos dias quantos os que corresponderem á quantidade da condemnação, na razão de 500 réis por dia, em conformidade com o disposto no art. 101.º § 4.º

Assim, considerado o maximo de 200\$000 réis, terá o jornaleiro de ser retido na cadeia, mais que o correspondente ao dobro do maximo do tempo da prisão em que fosse condemnado. A multa ainda se torna mais aggravante em relação aos jornaleiros, porque admittido o principio de que em regra a multa deve ser calculada por dias de rendimento, art. 41.º, aqui se taxa por excepção a quantia d'ella, sem attenção a essa regra, e por um arbitrio immenso abandonado aos juizes entre 5\$000 réis a 200\$000 réis, ficando desigual entre os diversos jornaleiros, quando por falta de pagamento tenha de ser substituída pela prisão; porque se para uns a taxa de 500 réis por dia é superior ao seu salario, para outros póde ser muito inferior.

Acresce que a multa applicada aos jornaleiros, collocando-os em uma situação mais deploravel que a dos seus patrões, e mostrando a desigualdade relativa da pena, alem de injusta e cruel, é inconvenientissima, politica e moralmente considerada em seus effectos.

O jornaleiro não só preso, mas multado, é um homem que se arremessa á carreira do crime. É um homem desesperado, perdido, arruinado, que em lugar de corrigido, voltará á sociedade sem amor do trabalho, infamado pela condemnação e desejo talvez de se aproveitar da primeira occasião, que se lhe offerecer, para se vingiar da injustiça dos seus concidadãos. Se a lei na dureza da sua sancção penal póde pela intimidacão embargar-lhe o passo em um momento de penuria ou de desesperacão, que pouco logar deixe á reflexão, a essa infezada re-

flexão que em geral semelhantes classes podem e sabem fazer, esse effecto só deve produzir o de o escravisar, recebendo quantas condições forem impostas pelos patrões, justas ou injustas, sem a menor queixa, nem murmurio, que possa ser presentido pelos seus companheiros, que devem nutrir e sentir os mesmos pensamentos e repugnancia. Esta sujeição tambem não moralisa, porque não cria nem sustenta o amor do trabalho, unico incentivo do melhoramento e perfeição das artes e da industria.

Com o Cod. Fr. concorda o Cod. da Sardenha, art. 399.º e 400.º

Tambem concorda, quanto aos proprietarios ou patrões, o Cod. da Austria part. 2.ª art. 227.º e 228.º: «Le concert, de plusieurs ou de tous les individus d'une profession pour «faire... diminuer, au préjudice du public et à leur avantage, «le prix... d'un travail... sont punis de l'arrêt rigoureux d'un «à trois mois»: com a differença de excluir a multa e tornar a incriminação precedente, se do concerto resulta *vantagem particular em prejuizo do publico*. Ora como tanto maior for o salario, maior tem de ser o preço dos productos da industria, os esforços dos patrões para a diminuição do salario, ao passo que podem tender á remoção do proprio damno, se convertem em utilidade dos consumidores ou do publico, e por esta fórma fica nulla a disposição dos citados art. por cessar um de seus elementos essenciaes.

E quanto aos jornaleiros é digno de ser notado o mesmo Cod. comparado com o Fr. e com o da Sardenha, por isso que no art. 229.º da mesma part. 2.ª sómente pune os *principaes motores*, e com a pena de prisão *de tres dias a uma semana*, aggravada com jejum e castigo corporal, e expulsão da provincia se são nacionaes, e de todos os estados hereditarios se são estrangeiros.

Este castigo corporal consiste em bastonadas nos homens e varadas nas mulheres, que não póde exceder o numero de vinte e cinco em segredo, e é especial para as classes inferiores da sociedade (art. 15.º e 16.º) «... qui gagnant leur nourriture jour par jour, éprouveraient par une arrestation *mé-me de peu de jours* un préjudice dans leurs gains et dans la «subsistance de leur propre famille.»

Nestas poucas palavras se acha a plena confirmação do que temos ponderado, assim como a mais solenne condemnação d'este nosso art. com relação aos jornaleiros.

Concorda porém essencialmente com este nosso art. o Cod. Hesp., art. 430.º, adoptando as penas de multa e prisão tanto para os patrões, como para os jornaleiros, sendo a prisão *arresto maior*, e a multa de vinte a cem duros, com a differença de descerem as mesmas penas ao arresto menor e multa de quinze a cincoenta duros, se o facto acontecer em povoação menor de cem mil almas; o que mostra que considerações politicas, tiradas não do mesmo facto em si, mas da perturbação publica que pôde causar nas grandes povoações, degenerando em sedição ou revolução, preocupavam o animo do legislador.

Este foi portanto o modelo que seguiu este nosso art., cuja fonte proxima e quanto á parte penal assim se conhece manifestamente.

O Cod. do Brazil abandonou completamente similhante incriminação, e o mesmo praticou o Cod. das Duas Sicilias, art. 415.º

A nossa antiga legislação tambem era perfeitamente omissa, e nem admira, porque sendo nós um povo mais agricola que fabril, e em passadas eras muito mais do que hoje somos, não se commettiam de ordinario similhantes factos; e quando se commettessem eram sem importancia e sem consequencia alguma perigosa, nem á propriedade particular, nem á ordem e segurança publica.

O que não acontece assim nos paizes em que predomina a industria.

«De esas perturbaciones-del trabajo en los obreros nace «muy comunmente la perturbacion completa de la sociedad» diz o comm. Pacheco, preocupado do mesmo pensamento do legislador do seu Cod.

Vejamos porém se a verdade moral defende a incriminação de que se trata. Encaremos esta questão, que é de alta importancia e gravidade; e depois concluiremos absolutamente pela eliminação de todo o art., á excepção do seu § un., que aliás tambem pôde ser omittido.

Segundo o art., o delicto está na *colligação* em si mesma, quanto aos patrões, se houver começo de execução. Ora a *colligação* está na supposta *convenção* entre os colligados, e não na *coincidência* do procedimento de todos ou da maior parte dos individuos chefes ou proprietarios de uma industria em relação ao mesmo fim.

N'este sentido a *colligação* é *synonymo* de *associação*. As duas palavras têm a mesma etymologia, a mesma significação. E então a colligação, abstracção feita do seu fim e da qualidade dos meios que emprega, não pôde ser considerada como um delicto. Assim o parece reconhecer o art., quanto aos patrões, poisque exige como elemento essencial do delicto que haja *abuso*.

Os patrões pois que, consultando os seus interesses, se associarem ou entenderem em *commum*, para regular o preço do trabalho, vendo que não podem competir os seus artefactos com a concorrência estrangeira, ou mesmo com a de outros estabelecimentos em logares do reino em que o salario seja mais baixo, ou que as suas produções fabris se acham amontoadas ou empatadas, têm não só o direito, mas a triste necessidade de manifestar a sua situação aos seus operarios; de despedir alguns d'elles; de lhes propor uma redução no salario; ou mesmo de fechar temporariamente as suas officinas, para evitar a sua ruina, se, para manterem os seus operarios, fossem obrigados a fazer adiantamentos com que não possam, e de que talvez paguem juro, que lhes importa essencialmente, em pura perda, um augmento de despeza na mão de obra, e de que tiram proveito os mesmos operarios, só na continuação do seu pagamento.

Em taes circumstancias o procedimento de todos e de cada um dos colligados é justo. Se ha *justiça*, não ha *abuso*. O *abuso* só pôde dar-se, quando no emprego dos meios houver injuria, ameaça, violencia, ou nos casos do não pagamento integral ou em dia do salario antes estipulado, se os operarios o não reudizirem e os patrões se resignarem.

O Cod. Fr. d'onde sómente foi aproveitada pelo Cod. Hesp. a palavra=*abusivamente*=continha tambem as de=*forcer injustement*=que exprimem perfeitamente esta idéa. O legis-

lador do Cod. da Sardenha deu toda a importancia a estas palavras, e por isso as conservou todas.

Podia n'esta conformidade o nosso art. conservar unicamente a palavra=*abusivamente*=, considerando como inuteis, como pleonasmos, as outras palavras do Cod. Fr.=*forcer injusement*= . A palavra *abuso* comprehenderia toda e qualquer especie de coacção physica ou moral, directa ou indirecta.

Mas a esperanza d'esta intelligencia se desvaneca em presença do que dispoz o Cod. Hesp. na ultima parte do § 2.º do art. 450.º, copiada para o § un. d'este nosso art., aonde especialmente é incriminado o emprego das=*violencias ou ameaças*=, aggravando-se n'esse caso a pena, tanto para os patrões como para os operarios.

A palavra=*forcer*= do Cod. Fr. dava uma grande latitude á defeza dos patrões colligados; porque elles diriam «é a verdade que dois ou tres nos reunimos, que nós concertámos as providencias tendentes a produzir uma baixa no salario; «mas não tentámos forçar os nossos operarios.» e esta defeza seria concludente, quando provada.

Mas na presença do nosso art. os patrões, se usarem da mesma defeza, se lhes replicará=*« não basta que demonstrem, nos termos do § un., não haver commettido especie alguma de coacção; é preciso que proveis não ter commettido abuso, nos termos do n.º 3.º do art.»* «Mas em que consiste o «abuso, se usámos de um direito, se tínhamos a justiça pela «nossa parte, se no emprego dos meios não empregámos algum «que fosse moralmente illicito?»»

A esta instancia não se lhes poderá responder satisfatoriamente, e o § un. do art. ficara assim em perfeita antinomia com o n.º 1.º do mesmo art. com relação aos patrões, quando colligados. O Cod. não definiu quaes eram os actos que deviam ser qualificados *abusivos*, apesar de não entrarem na aggravação do mesmo § un.

Ainda mais, segundo a letra do nosso art., a colligação só é punivel, se tiver por fim a diminuição do salario, e n'este sentido houver começo de execução. Então os patrões ameaçados de ser punidos de abuso, preferirão despedir toda ou a maior parte de seus operarios, fechar mesmo as suas officinas. Quem os

pode impedir? Se os operarios não são seus escravos, podem ~~se-lo~~ os patrões dos seus operarios? Não são uns e outros senhores da sua propriedade, estes do seu trabalho, aquelles do seu dinheiro?

Aqui teremos portanto illudida completamente a disposição da lei. Os patrões podem fechar as suas officinas, e não podem conserva-las em laboração, *propondo* aos operarios a redução dos seus salarios! Podem fazer o mais e não podem fazer o menos. Podem deixar os operarios no abandono, entregues á fome, á desesperação, e não podem conservar-lhes a subsistencia compativel com as circumstancias proprias ou geraes.

Talvez se diga que a binguem é licito sophismar a disposição da lei, e que a hypothese que figurámos se comprehende com mais força na disposição do § 1.º, como meio indirecto de se chegar ao mesmo fim.

Responderemos, com a Carta na mão, que a todos é licito fazer o que a lei não prohibe, e com o art. 18.º d'este mesmo Cod., contra o qual vem, e com justa razão, quebrar em materia penal todos os argumentos de interpretação extensiva, mesmo os que são fundados em *maioria de razão*.

A disposição portanto d'este art., na parte que respeita aos patrões ou donos de fabricas ou officinas, parece-nos injusta, inutil e antinomico.

Não é menos defeituoso o art. na parte relativa aos operarios de que trata o n.º 2.º

Em primeiro logar notámos a sua imperfeita redacção. Grammaticalmente lido quer dizer que os factos a punir são de fazer *subir*, *suspender* ou *impedir* o *preço do trabalho*. Mas não é este o pensamento do legislador. A *subida* refere-se ao *preço*, mas *suspender* ou *impedir* refere-se ao *trabalho*. O Cod. Fr., art. 415.º, d'onde estas palavras foram tiradas, diz: =*pour suspendre, empêcher, enclêrir les travaux*=.

Podiam muito bem ser vertidas=*para suspender, impedir ou encarecer o trabalho*=.

Em segundo logar sobre a moralidade da incriminação quanto aos operarios, que o facto da colligação ainda se torna menos susceptivel de repressão que o dos patrões, e portanto mais digno de censura o nosso art. n'esta parte.

Os operarios são senhores do seu trabalho; podem aluga-lo a quem quizerem; pelo preço e condições que quizerem; esse preço, essas condições assentadas entre elles e os seus patrões não são permanentes: variam segundo as circumstancias, as necessidades, o grau de perfeição ou de desenvolvimento na execução do mesmo trabalho, maior ou menor procura d'elle e dos seus productos.

É licito a cada um d'elles resilir o seu contrato, pedir augmento de salario, suspender o trabalho, despedir-se, quer para tentar, quer para aproveitar, melhor fortuna em outro logar ou em diverso emprego que lhe preste melhor retribuição. O nosso art. assim o reconhece, como nos patrões ou fornecedores do trabalho, porque só incrimina a *colligação*.

D'esta sorte o facto é licito, se é praticado por um só homem, deixa de o ser, se é praticado por muitos ou por mais de dois=*colligação com outros individuos*==!

Isto é inconcebível. Se uma acção é intrinsicamente má, que ella se torne mais aggravante por ser praticada por um certo numero de individuos, e como tal seja punida mais severamente, havendo concerto que demonstre maior premeditação e apresente maior perigo pela propagação do exemplo e do conselho, e pela união ou concurso de vontades, que torna os golpes mais seguros na carreira do crime, entende-se facilmente. Mas se uma acção é innocente em si mesma, como pôde degenerar sómente porque se torna divisível e commum por muitos individuos? Se um homem tem direito de dizer a outro homem=eu não quero trabalhar com esta ou com aquella condição, e por isso vou despedir-me da officina=, dois ou tres mil homens têm o mesmo direito. Se é este um direito *natural*, deve tambem ser um direito *legal*.

O nosso art. é verdade que não pune a *colligação*, senão quando for seguida *de um começo de execução*. Mas se a *colligação* é licita, emquanto não for seguida de um começo de execução, em que factos consiste esse começo de execução? O art. é confuso a similhante respeito, nem podia deixar de o ser, porque a *colligação* pôde manifestar-se de muitas maneiras differentes.

E comtudo d'essa condição ==se houver começo de exe-

cução== depende essencialmente o ser ou não ser illicita a *colligação*! Mas se a acção, objecto da *colligação*, é innocente, se a *colligação* é licita, o começo de execução, em que consiste essa mesma acção, pôde fazer degenerar a mesma acção, mudar-lhe a natureza? E como se alguém dissesse: «Olhar não é crime; cada um pôde fitar os olhos no príncipe, colligar-se « com outros individuos para que tambem olhem para o príncipe, concertar com elles sobre o modo, tempo e logar em « que hão de encarar o príncipe; mas se todos ou cada um « dos colligados se arrojar a levantar os olhos para o príncipe, « todos serão severamente punidos, quer tenham todos olhado « quer não.»

É certo se dirá que a *colligação* dos operarios não tem cousa que a torne illicita em si mesma, e é por isso que o Cod. Pen. não fez a respeito d'ella o mesmo que no art. 263.º praticou com as *colligações* de malfiteiros; mas a *colligação* dos operarios é revestida de outro caracter que obriga o legislador a occupar-se d'ella, se, transcendendo os limites do acto *preparatorio*, passa a manifestar-se na teutativa do seu objecto ou começo de execução. Esse outro caracter consiste nas consequencias funestas que produz; funestas para o trabalhador, funestas para o fornecedor do trabalho, funestas para toda a sociedade.

Funestas para os operarios, e não ha duvida que as *colligações* são prejudiciaes a elles mesmos quasi sempre. Mas é por isso mesmo que elles devem ser livres, porque a liberdade lhes demonstraria o proprio danno, resultante das *colligações*. Tirar pelo contrario a consequencia de que a lei, e a lei penal deve intervir, é proclamar a escravidão dos operarios, torna-los servos da officina. Poisque? Não será escravo nm homem *forçado* pela lei a trabalhar com condições que a sua vontade repelle, que a sua liberdade não aceita?

Desde a invasão dos francezes em Portugal que diziam vinham proteger-nos, ficou entre nós o dictado = *protecção á franceza* =, para designar os factos de oppressão a pretexto de protecção. O mesmo será da lei protectora n'este caso; será uma lei de protecção á franceza.

Nós que somos homens da ordem, que desejámos ver man-

tido em toda a sua extensão o principio da responsabilidade pessoal, não podemos approvar a doutrina dos socialistas tendente a fazer intervir a lei em tudo. Pelo contrario, lamentamos que sempre que exista para o homem um mal, uma dôr, um soffrimento se queira que possa ser invocada a lei e o Estado.

Mas embora intervenha a lei para alguma cousa a respeito dos negocios particulares a tratar entre os patrões e os operarios, assim como a respeito da inercia ou dos caprichos de uns ou de outros, o que não podemos admitir é que por isso mesmo que o trabalhador se abstem de trabalhar e assim devora uma parte de suas economias, ou se empenha vivendo á custa de outros, a lei possa dizer-lhe: = «Has de trabalhar «n'esta officina ainda que te não paguem o salario que pre-tendes» =.

Mas as colligações são funestas tambem aos patrões, prejudicam a sua industria. Que o legislador feche os olhos a que alguém se prejudique a si proprio, pôde até certo ponto tolerar-se, mas nunca se resulta damno a terceiros que a lei deve reprimir e prevenir.

Esta argumentação porém não passa de um sophisma. Se os colligados em presença do seu patrão, sem commetter violencia, ameaça nem injuria discutem com elle o preço do trabalho; se o que se lhes offerece lhes não convem; se a convenção, rota pelo desaccordo das partes interessadas, não pôde mais subsistir para uns como direito a exigir o salario e para outros como direito a exigir a prestação das obras; os operarios podem retirar-se.

Usam do seu direito, e quem assim procede pôde não causar proveito, mas não damno algum a terceiro. A intervenção da lei para n'esta desavença *impor* aos operarios a vontade do patrão é absurda, porque repugna á liberdade do trabalho que é tão garantida na lei fundamental do Estado como a liberdade da industria; e é como fica dito a escravidão, o *trabalho forçado*, porque á convenção dissolvida se substitue o imperio da lei.

Mas vós creaes um gigante para o combater, se nos dirá; o vosso argumento labora em falso supposto: o art. não obri-

ga não força os operarios a continuar a trabalhar na officina, *fabrica* ou lugar em que se colligaram: pune-os pelo facto da colligação manifestado pelo começo de execução.

Não é assim. A lei penal que prohibe e pune um facto, quer e deseja que elle se não pratique. O soffrimento resultante da pena é pela intimidacão ou pelo castigo um meio de forçar o cidadão a praticar as acções oppostas ao facto prohibido. São meios indirectos de coacção *moral e material*.

O art. faz ainda muito peor que forçar ao trabalho convencionado, porque arruina o operario pelo que lhe faz perder na prisão e pela multa, como fica demonstrado. Maior *sinceridade* na disposição a tornaria mais humana. A comminação de *prisão rigorosa com trabalho*, salva a *escravidão temporaria* a favor do patrão, em caso de conciliação reciproca, seria mil vezes preferivel.

Mas as colligações dos operarios são por suas consequencias funestas a toda a sociedade. Eis a principal defeza do art. n'esta parte; este é o pensamento que predomina o legislador: o ultimo e mais forte reducto em que acastella a repressão.

O reccio é quem a inspira. Pune-se a colligação, não como criminosa moralmente em si, mas como suspeita de o poder ser; não pela realidade e infallibilidade das suas consequencias, mas pela possibilidade de se produzirem.

N'este reccio, e partindo-se d'esta theoria, o mal pôde ser gravissimo se uma colligação de operarios tiver logar em uma grande povoação; e por isso o Cod. Hesp. a considera como circumstancia justificativa da aggravação da pena, se a povoação tem um numero de almas superior a dez mil.

N'este reccio e partindo d'esta theoria o nosso art., cingindo-se ao art. 415.º do Cod. Fr. e afastando-se, como de uma imprudencia, do art. 450.º do Cod. Hesp., eliminou da sua redacção a palavra = *abusivamente* = que havia conservado para os patrões. Pouco importa que os operarios tenham carradas de rasão; o que o art. reprime é o facto material da colligação, qualquer que seja a sua legitimidade moral¹. As colligações dos patrões são menos perigosas; os individuos são

¹ Chaveau e Helie, Sulpici, Morin e outros.

poucos em numero; pôde pois sem risco de perturbação publica outhorgar-se-lhes como defeza = a *justiça* dos seus motivos =.

Ha pouco, por occasião das presentes occorrencias politicas do reino visinho, aconteceu em Barcelona, cidade em que ha muitas fabricas, paralyzar-se a extracção das mercadorias, e faltarem a seus donos os meios para pagar a seus operarios. Criticas foram então as circumstancias, que podiam dar logar a colligações da parte dos mesmos operarios. As auctoridades procuraram obviar o mal, soccorrendo-os e promovendo uma subscrição entre os proprietarios, negociantes e donos das mesmas fabricas.

Estas e não outras podem ser as medidas beneficas e preventivas a empregar em tão criticas circumstancias. Em estado normal a lei só deve proteger a *liberdade* dos cidadãos, e punir toda a sorte de excesso, mas com a devida *igualdade*, e sempre na presença de um facto punivel.

Não é só *pelo lado politico* que costuma stigmatizar-se a colligação dos obreiros, tambem, á falta de melhores rasões, se recorre a considerações economicas. É certo que, se um homem pela colligação pensa que, cessando de trabalhar por outro, dez ou mais dias, melhora a sua situação e n'esta convicção se despede da fabrica ou officina, priva a sociedade, por essa perda de tempo, do trabalho correspondente.

Mas a lei não pôde providenciar a tudo, nem coarctar a liberdade de acção do homem, quando se trata do seu trabalho. O cidadão é o unico juiz das suas conveniencias a semelhante respeito, principalmente quando direitos e obrigações correlativas não podem provir da lei, mas do livre consentimento das partes.

Para reforçar estas nossas asserções citaremos o exemplo da Inglaterra. Esse paiz chegou antes de 1824 ao maior estado de consternação, por causa de colligações tão extensas, tão terriveis e tão energicas, que forçaram o governo e o parlamento a um extraordinario numero de providencias.

Na Inglaterra as leis as mais absurdas tornam-se respeitaveis por sua longevidade; e é tanto mais difficil a sua revogação, quanto são mais antigas. Mas apesar d'isso o caso se

tornou tão serio, que n'um curto espaço de tempo foram promulgados uns após outros trinta e sete estatutos, qual d'elles mais severo.

Foram porém inuteis, não fizeram mais que agravar o mal. Então veiu o desengano, e assentou-se em se praticar o systema opposto fundado unicamente na *justiça e na liberdade*. Uma lei sobre proposta de Mr. Hume foi promulgada, revogando completamente esses estatutos.

Desde esse momento a sociedade ficou desarmada na presença das colligações, mesmo contra as violencias, a intimidação e ameaças, factos que até ahí agravavam o crime abolido. Segundo a legislação subsistente só podiam ser applicadas as leis relativas ás ameaças ou rixas accidentaes que tivessem logar nas ruas publicas.

Para remover este inconveniente o ministro da justiça veiu em 1825 ao parlamento solicitar uma lei, na qual a liberdade mais ampla e mais completa foi reconhecida, e sómente declarada punivel, com penas de prisão e multa, a *intimidação*, as *ameaças* e as *violencias*.

Para não ficar a menor duvida a este respeito do unico fim do legislador, n'essa mesma lei se encontra um art., no qual se declara:

« Não são sujeitos a pena alguma os operarios que se reunirem, que se colligarem, que tiverem procurado influir no preço dos salarios, que entrarem em convenções verbaes ou « escriptas etc. »

Depois a Inglaterra se tem dado bem com esse systema, e apesar das formidaveis colligações de 1832 e de 1842, nem por isso se lembrou, amestrada por uma dolorosa experiencia, de revogar a lei de 1825. Limitou-se a contemplar as causas das colligações, para as remover sem punir os colligados, senão quando e sempre que se manifestavam violencias ou ameaças.

Quando os preços dos salarios baixam, e que este facto coincide com a escassez dos generos de primeira necessidade, não é para admirar que estes absorvam toda a importancia do salario, e consequentemente que as colligações se formem. Nas epochas referidas havia fome, a importação dos cereaes era prohibida, e os operarios vendo que as suas colligações não

produziam o augmento de seus salarios, reconheceram que a culpa vinha da aristocracia ingleza, que não só possuia o sólo, mas sustentava a lei prohibitiva dos cereaes estrangeiros. E não se enganaram na escolha do alvo a que dirigiram seus tiros.

Depois, e ainda ha poucos annos, a Inglaterra teve que atravessar duas ou tres crises muito difficeis em consequencia do mal da batata, da escassez das colheitas, da mania dos caminhos de ferro, e das revoluções que opprimiram a Europa e fecharam muitos dos seus mercados aos productos britannicos; e comtudo nota-se não ter ali havido um unico facto de colligação reprehensivel, um unico facto de violencia¹.

Em presença pois de tantas e tão ponderosas considerações concluímos que o presente art., ou se considere quanto ás incriminações ou quanto á pena, deve ser supprimido na reforma que se fizer do Cod.

¹ Como desejámos sempre auctorisar nos, em tudo quanto podémos, denunciámos que a maior parte das reflexões, que acabámos de adduzir, as extractámos e adoptámos do discurso pronunciado por Mr. Bastiat perante a assembléa legislativa de França, em 17 de Novembro de 1849, em apoio da revogação e reforma dos art. 413.º, 414.º e 415.º do Cod. Fr.

ARTIGO 278.º

Aquelle que em qualquer arrematação auctorisada por lei ou pelo governo tiver conseguido por dadas ou promessas que alguém não lance; e bem assim aquella que embarçar ou perturbar a liberdade do acto por meio de violencia ou ameaças, será punido com prisão de dois mezes a dois annos e multa correspondente, sem prejuizo da pena mais grave, se os actos de violencia a merecerem.

Art. 38.º e ref., 41.º e ref.

Concorda em ambas as hypotheses com os Cbd. Fr., art. 412.º, Hesp., art. 449.º, e das Duas Sicilias, art. 222.º

Nas nossas leis tinhamos especialmente para as arrematações das herdades dos concelhos o Alv. de 6 de Dezembro de 1603 confirmado pelo de 23 de Julho de 1766.

Para se evitar o *conluio* nas arrematações das rendas publicas providenciavam as Ord. de Fazenda, no cap. 162.º, e o Alv. de 30 de Outubro de 1649.

Baldadas foram estas providencias, e por isso veio a publicação do Decr. de 19 de Abril de 1692 acautelar pelo menos o prejuizo da fazenda, já que se não podia conseguir a punição dos delinquentes, ordenando que qualquer prova ou presumpção de conluio a arbitrio dos ministros do concelho fosse bastante para se remover o contrato *sem audiencia das partes*, e que esta fosse uma das condições nas futuras arrematações, sem prejuizo das mais penas em que incorressem em rasão do *conluio*. Este remedio foi peor que o mal. A depreciação das rendas publicas era infallivel, attenta a situação precaria e perigosa em que assim ficaram os arrematantes, sem evitar os conluios, cuja necessidade se augmentou para se attenuar essa situação, e reduzir o preço ao correspondente a negocios de tanto

risco. Assim o demonstra o Decr. de 3 de Agosto de 1705, suscitando a observancia d'aquelle.

A experiencia pois de seculos tem provado a inutilidade da disposição da primeira parte d'este nosso artigo. Os prejuizos da fazenda e dos particulares nas arrematações publicas, quer judiciaes, quer administrativas, acautelam-se pelas precedentes avaliações, e pela alternativa da opção, quanto ás rendas do Estado, ou de ficarem por administração ou de se abrir nova praça com as solemnidades legais. Este é o systema estabelecido na Ref. Jud. e nas leis fiscaes desde a Carta de Lei de 22 de Dezembro de 1761.

A mesma inefficacia e inutilidade tem acontecido em Hespanha, como nos atesta Pacheco: «Lo que ha sucedido y «succederá siempre es que entre mil casos de esta natura- «leza apenas se hallará uno solo que sea justificado y casti- «gado.»

Outro tanto porém não dizemos quanto ás ameaças e violencias de que trata a segunda parte do art., principalmente na presença do crime consummado, (*embaraço ou perturbação do acto*) que por taes meios se conseguiu. Este crime, manifestado pelo emprego de meios exteriores e publicos e pelo resultado, póde e deve sempre ser punido. O legislador comtudo procedeu a este respeito cautelosamente como cumpria. A mesma liberdade e utilidade da praça exigem que se relevem alguns excessos quando não passem os limites da tentativa ou fiquem em delicto frustrado, não influindo nem no andamento regular da licitação, nem no seu resultado.

Os licitantes durante o acto da praça são uma especie de gladiadores que se affrontam, que em certo modo se provocam reciprocamente. Na maior parte d'elles falta aquella serenidade e presença de espirito que demanda a solemnidade do acto e o livre exercicio do direito que tem cada um de cobrir o ultimo lanço, e de disputar palmo a palmo a entrega do ramo.

O amor proprio offendido, a paixão de lucrar, o capricho, o tom mesmo com que se faz a affronta e outras circumstancias tiradas do tempo, do logar e da qualidade das pessoas, tem muitas vezes levado os licitantes a exercer um acto de vingança e de perversidade, elevando o preço do objecto a

mais do dobro e triplo do seu valor, e produzindo assim a ruina ou os gravissimos embaraços de muitas familias.

Em tal situação o legislador fez bem em desculpar alguns excessos, em quanto os factos não tomem certo grau de gravidade que os torne reprehensíveis e puníveis, mas nos restrictos termos que regulam a verdadeira imputação das acções humanas.

SECÇÃO 2.^a

CONTRABANDOS E DESCAMINHOS.

ARTIGO 279.º

Aquelle que importar ou exportar mercadorias, generos ou quaesquer objectos de que a Lei prohibir a importação ou exportação, será punido com multa, conforme a sua renda, de um mez a tres annos.

§ unico. O que prestar ajuda a este crime occultando as mercadorias, generos e objectos prohibidos ou de qualquer outro modo, ou que n'elles commerciar, será punido com a mesma pena até dois annos.

Art. 41.º e ref.

Contrabando se diz em geral todo e qualquer *commercio* que se faz contra as determinações economicas e fiscaes, politicas ou de segurança publica de um Estado.

Este commercio pôde ser ou *absolutamente* prohibido em qualquer tempo e lugar, ou *relativamente* dadas certas circumstancias. Os generos ou mercadorias podem não ser prohibidos em si mesmos, mas todavia vedado o seu commercio, por ser monopolisado em favor do Estado, como tem sido entre nós o tabaco, o sabão, a polyora, as cartas de jogar, a urzella e outros. Podem ser prohibidos, como perigosos, como instrumentos do crime, como nocivos á segurança e saude publica, taes são as armas defezas, certas substancias toxicas, venenosas ou corruptas, todos aquelles objectos que por lei ou tratados se consideram contrabando de guerra.

O commercio pôde não ser prohibido em relação a certos generos não considerados tambem em si mesmos, mas em relação á sua origem e procedencia como ruinoso á agricultura nacional, e d'esta ordem tem sido as leis relativas ao commercio dos cereaes estrangeiros.

Estas prohibições são mais ou menos necessarias, mais ou menos justificadas. Os monopolios, as restricções á liberdade do commercio, e portanto as leis que as sustentam, podem assentar em rasões de indispensavel conveniencia publica, ou em rasões falsas, futeis e anti-economicas. Segundo a maior ou menor importancia ou verdade, absoluta ou relativa, d'essas rasões deverá ser a importancia e a necessidade de reprimir e punir as contravenções das leis respectivas.

Cada uma d'essas contravenções pois tem e teve sempre, como nem pôde deixar de ter, uma consideração especial conforme ao seu diverso e distincto objecto, assim como aos diversos e distinctos motivos da lei prohibitiva.

Infracções ha d'esta natureza, a que deve corresponder uma pena correccional, mas corporal, talvez mesmo uma das penas criminaes ou maiores; e outras ha, contra as quaes a multa ou pena pecuniaria seria injustissima, e ainda mais injusto o confisco dos objectos do contrabando, como demonstraremos mais adiante.

Este nosso Cod. reconhece esta verdade, não só pelo que dispõe no art. 281.º, mandando guardar em tudo as leis especies sobre esta materia, mas no art. 206.º, 207.º, 208.º, 209.º, 210.º, 211.º e 212.º sobre a importação e commercio de moeda falsa, art. 228.º, 230.º § 2.º, sobre importação e commercio de sellos, cunhos e marcas falsas ou falsificadas, art. 233.º, sobre importação e commercio de armas defezas, impondo todos estes art. penas corporaes.

E não só isto, a penalidade diversifica segundo a competencia da estação publica encarregada da fiscalisação respectiva. Dos generos, que têm ou não despacho nas alfandegas, varia a qualificação penal para mais ou menos forte, se as alfandegas são principaes ou menores, se no Reino ou no ultramar. Sobretudo existem as leis e regulamentos respectivos¹.

Resulta d'estas observações, que não se pôde nem se deve fazer regra geral de incriminação sobre importação ou exportação prohibida, porque as excepções são tantas como os

¹ Veja-se Pereira e Sousa, Class. Crim., o Repert. de Fernandes Thomás e outros mais modernos, e por elles se verá a quasi infinita variedade a similhante respeito.

casos a que a regra poderia ser applicada. São tantas que não confirmam, destroem, e portanto inutilizam, e tornam sem objecto a mesma regra.

D'aqui vem por conclusão necessaria que esta materia não deve ser tratada no Cod. Penal, que não pôde considerar senão delictos communs e permanentes, cuja existencia não venha só da disposição da lei social, mas ao mesmo tempo da lei moral, que absolutamente os reprove como illicitos ou des-honestos. Assim o praticaram os Cod. Pen. que temos presentes. Taes crimes são objecto de leis especiaes, que carecem a todo o momento, segundo as circumstancias, de ser modificadas, ampliadas ou revogadas; e o Cod. Penal deixaria de o ser desde o momento que estivesse sujeito a ser alterado a cada passo.

Suppondo porém que ha e podem haver leis que d'ora em diante, sendo prohibitivas de importação ou de exportação, guardem silencio sobre a pena correspondente, e portanto seja applicavel para supprir essa deficiencia a generica disposição d'este art., hypothese imaginaria, poisque toda a importação ou exportação, seja pelos portos seccos ou molhados, está sujeita ás prescripções dos respectivos regulamentos, tems por inadmissivel como regra geral a imposição da multa.

Em primeiro logar, porque é o confisco indirecto, uma vez que ella pôde ir até tres annos sem attenção alguma ao interesse illicito, ao prejuizo publico ou particular, que se presume haver tirado ou causado o importador ou exportador: em segundo logar, porque é immoral que o Estado tire partido e vantagem de factos que a lei considera criminosos; é na essencia dar ao thesouro partilha nos lucros do contrabandista: em terceiro logar, porque não pôde ser repressiva de crime.

No calculo das eventualidades ou da pena e apprehensão dos objectos, ou de uma, duas ou mais importações ou exportações a feliz salvamento, a lei deve prevenir se o saldo positivo ainda pôde ficar a favor do contrabandista. O contrabandista é como o jogador de profissão, ou sobre a alta ou baixa de fundos publicos, como o mutuante a homens ou a governos sem credito, como o segurador de casas, de navios, de

mercadorias ou de vidas. Soffrem sinistros, mas estes são cobertos pelos lucros repetidos.

Em quarto logar, e consequentemente, como na violação das leis prohibitivas sobre importação ou exportação, o contrabandista não pôde ter em vista senão um interesse pecuniario ou uma intenção subversiva da ordem e utilidade geral, o contrabando não pôde ser praticado senão por um homem que seja pessimo cidadão, e tem por isso este crime, em regra geral, a *villeza do furto*, como bem disse o legislador no Alv. de 14 de Novembro de 1757, e portanto a multa é uma pena que não corresponde á natureza do crime, nem ás penas impostas pelo Cod. a crimes ou analogos ou de maior gravidade.

Desgraçadamente as tendencias entre nós são todas para fazer utilizar o fisco e os apprehensores e fiscaes, e pôr-se de lado a qualidade do crime, assim como a necessidade de o reprimir efficazmente. Parece que predomina a idéa de que é impossivel atalhar os males resultantes das importações ou exportações clandestinas, e que então devem ser toleradas mediante um imposto restrictivo, coberto com o nome de pena.

É como se fosse dito: A prostituição publica, assim como o contrabando, são males inevitaveis; utilize ao menos o fisco um interesse pecuniario, já melhorando as suas receitas, já galardoando os denunciandos ou apprehensores á custa das prostitutas ou dos contrabandistas.

Os artificios empregados pelos contrabandistas demonstram, é verdade, os inesgotaveis recursos do espirito humano, mas se a *fraude se commette apesar de todos os obstaculos, quando tem por incentivo o interesse*, como dizia M. Legentil, emittindo na qualidade de presidente da camara de commercio de Paris o seu parecer em inquerito de 1834, é preciso destruir em grande parte a *esperança* de interesse pela imposição da pena de prisão ou degredo, segundo as circumstancias.

A prisão ou o degredo, mesmo como penas de pouca duração, mas impostas com um certo rigor segundo o systema geral seguido no Cod. da Austria, são as unicas que podem oppor ao contrabandista, frio calculador de interesses, um prejuizo maior que reduz esses interesses a saldo negativo. Os

grandes patronos, directores e socios do contrabando, se como cúmplices ou auctores do crime soffrerem uma revez pecuniario, lançarão em sua escripturação tenebrosa esse prejuizo á conta *de deve e ha de haver* = á conta de *ganhos e perdas* =; mas se algum ou alguns soffrerem a prisão ou o degedo, ha de ser-lhes muito difficil avaliar o prejuizo real resultante da parte material da pena e da parte virtual nos lucros cessantes em seu commercio e industria. Sem estes grandes patronos, directores ou socios o contrabando nunca poderia tomar dimensões gigantescas, como se tem visto em nossos dias; a interdicção portanto de todo o commercio licito seria tambem uma pena adequada.

O vadio que se não sabe de que vive; o mendigo que vive de pedir esmola; o jogador de profissão que se sustenta do jogo ou que joga na alta ou na baixa de fundos publicos, todos, segundo os art. 256.º, 260.º, 264.º e 273.º, são punidos pelo Cod. com a prisão alem da multa: e o contrabandista, mesmo de prolissão, que pratica um commercio prohibido e que d'elle tira toda ou parte da sua subsistencia, ha de ser punido sómente com a multa? Isto são anomalias que devem emendar-se, porque ou o Cod. não satisfaz aos principios da justiça nos casos d'este art., ou vae alem dos limites da equidade e da verdade moral, quando em outros casos é mais severo.

Na hypothese figurada n'este § a multa é inadequada e insufficiente. A lei prohibindo a importação ou exportação tem por fim evitar a *realidade* de um mal, a consummação de um outro crime que consiste no commercio do objecto prohibido. O acto posterior, quando praticado de combinação com o contrabandista, ou esposando a sua causa, como deixam ver as palavras do § *prestar ajuda a este crime* =, se não é da mesma gravidade, muito se lhe approxima: arg. do art. 206.º e seguintes, sobre o commercio da moeda falsa. Se portanto a pena de multa é insufficiente ao contrabandista importador, a mesma razão colhe a respeito do contrabandista, mercador ou negociante.

E ainda com melhor fundamento. Os importadores de contrabando perderiam o seu tempo, se não tivessem no paiz so-

cios do seu crime, ou receptadores ou especuladores que lhes fornecessem meios para o contrabando, que lh'o comprassem, e depois d'elle não fizessem um objecto de commercio.

Não ha duello sem padrinhos. A lei pois que, em logar de desculpar e relevar os padrinhos, os punisse severamente como cúmplices nas mortes ou ferimentos acontecidos em duello, seria um meio não só moral, mas efficaz de reprimir esse crime. Assim está acontecendo em França.

O Cod., no art. 354.º, considerou no caso do suicidio a necessidade de *ajuda* de uma outra pessoa; e que fez para o evitar? Puniu essa pessoa com uma pena severa e ainda mais grave, quando o auxilio consistiu em ella mesma se tornar o instrumento d'esse facto.

Assim como na tentativa deve esta ser mais digna de punição quanto mais proxima do crime consummado, assim os actos d'ella, quando especialmente incriminados, devem ter maior pena, quando mais proximos. Na ordem dos crimes, assim connexos e dependentes uns dos outros, o ultimo é o mais grave, porque é aquelle que directa e immediatamente determina a existencia do mal que a lei quiz evitar.

No caso do suicidio, o homem que se quer matar deseja faze-lo sem passar grandes dores. Solicita de alguém um pouco de opio ou outra substancia que produza o mesmo resultado. Este alguém encarrega um tereiro, sciente e de accordo, de levar esse veneno ao seu destino. Qual d'elles é mais culpado? Se não é o ultimo, pelo menos é participante do crime no mesmo grau.

Não é assim o que determina este nosso § a respeito de crime de contrabando. O que *imparta* os objectos prohibidos é mais culpado que aquelle que torna effectiva por actos posteriores a circulação e consumo d'esses mesmos objectos. O maximo da multa deve reduzir-se para este de tres a dois annos!

Não podemos pois conformar-nos com similhante doutrina.

ARTIGO 280.º

Aquelle que importar ou exportar quaesquer mercadorias, generos ou outros objectos, sem que tenha pago os direitos estabelecidos pela Lei para essa importação ou exportação; e bem assim aquella que, sendo sabedor de que os direitos não foram pagos, commerciar nas mesmas mercadorias, generos ou objectos, será punido com a pena de multa, conforme a sua renda, de um mez a um anno.

Art. 41.º e ref.

Este artigo contém duas partes, uma relativa áquelles que importam ou exportam quaesquer mercadorias sem pagamento dos respectivos direitos; e outra relativa áquelles que, *sendo sabedores* de que se não pagaram esses direitos, commerciarão n'ellas.

O Alv. de 4 de Junho de 1825, § 9.º, havia determinado que as penas do crime de contrabando, alem da especial do perdimento dos transportes e as do descaminho dos direitos, seriam *no futuro iguaes*.

Esta assimilhação era mal cabida. «Plus grave, diz Morin, que la *simple fraude*, qui consiste à éluder les droits «de douane, la *contrebande* est l'introduction ou la sortie de «certaines marchandises *malgré la prohibition absolue* dont «elles sont l'object.»

Bem fez portanto o nosso art. em considerar menor grau de gravidade n'este crime que no antecedente; todavia a multa não é sufficiente.

Este crime é uma violação dos preceitos economicos e fiscaes do Estado, em que o delinquente tem por fim *defraudar o thesouro publico* de uma parte dos direitos que são votados para as despezas publicas.

É pois um rigoroso furto feito com as circumstancias aggravantes: 1.º, de ser feito ao Estado; 2.º, de resultar d'elle prejuizo aos negociantes honrados, que tendo pago os direitos não podem sustentar com vantagem a concorrência, e ou perdem ou se arruinam: Alvarás de 14 e 19 de Novembro de 1757.

Mas o Cod. emquanto no art. 421.º pune o crime de furto mesmo quando simples com a pena de degredo temporario; a bulra em prejuizo de terceiros, art. 450.º e seguintes, sempre pelo menos com a prisão correccional; a falsificação de sellos ou marcas, *acto meramente preparatorio*, art. 228.º § 2.º, com trabalhos publicos temporarios, se ella = teve por fim subtrahir direitos á fazenda publica =; n'este nosso art., sobre a effectiva subtracção dos mesmos direitos, reduz a pena não só á multa, como no art. antecedente, mas ainda o seu maximo a um terço!

Alem d'isso parece que o Cod. devia aqui attender á quantidade dos direitos subtrahidos para aggravar a pena, como attendeu no art. 421.º a respeito do furto, declarar applicaveis as outras regras de aggravação expressas em os n.ºs 1.º, 2.º, 3.º e 6.º do art. 426.º, e considerar para o mesmo fim o caso em que o crime é *mixto* de contrabando e descaminho, quando a mercadoria paga direitos tão elevados que tomam o nome de *protectores* ou *prohibitivos*.

Quanto á segunda parte do art. notámos as palavras = *se foi sabedor que os direitos não foram pagos* =. Se houve sómente sciencia do facto por inspecção da mercadoria ou por informação, e não por concerto, nem cumplicidade, a pena devia ser menor para ficar em harmonia com outros art. dos Cod., como é o art. 208.º § 2.º E se o negociante só depois de ter comprado a mercadoria para a revender é que veiu no conhecimento de que era furtada aos direitos, especie prevista no art. 209.º quanto ao crime de moeda falsa, que ha de fazer para evitar a multa que se lhe commina alem da perda da mercadoria? O art. não o diz; e como o commerciante nada lucra em se denunciar, tratará de pôr a mercadoria em cautela, e de, com a mesma, a passar, para assim evitar o seu prejuizo alem da pena.

ARTIGO 281.º

Observar-se-hão as disposições das Leis especiaes sobre esta materia, ficando sempre perdidos a favor da Fazenda publica e dos apprehensores os objectos do contrabando ou descaminho, na forma que as mesmas Leis especiaes determinarem.

Art. 15.º § un. n.º 1.º

O cit. Alv. de 4 de Junho de 1825 § un. tambem, reduzindo a uma regra geral as penas do descaminho e do contrabando, exceptuou as leis especiaes sobre generos monopolisados pelo Estado. Se este nosso art. se referisse somente a esta excepção, as determinações d'esta secção poderiam ter alguma applicação; mas, sendo a excepção aqui concebida em termos tão vagos, temos necessidade em cada caso de recorrer ás respectivas leis especiaes, e só, na falta absoluta d'ellas, lançar mão do Cod. Pen.

O silencio pois do Cod. sobre esta materia teria sido mais conveniente. Os regulamentos fiscaes são os unicos competentes para acautelar e reprimir as suas mesmas contravenções.

A par da declaração sobre a observancia das leis especiaes contém este nosso art. a de que *ficarão sempre perdidos a favor da fazenda publica e dos apprehensores os objectos do contrabando ou descaminho.*

Repetimos: a Carta veda que haja *confisco* em caso algum. As penas podem ser adequadas e mais repressivas, sem terem o vicio de confisco nem passar directa nem indirectamente da pessoa do delinquente.

Nos casos do descaminho, que tem a fazenda no objecto descaminhado? Tem somente na parte do seu valor, segundo o seu preço corrente no mercado, tanto quanto respeita aos direitos que deixaram de ser pagos. Logo sem o vicio do confisco somente a fazenda tem a reclamar essa quantia como

multa: = *outro tanto* =, como diz o cit. Alv., e mesmo o dobro d'esses direitos; porque então na presença da lei fiscal todos saberão que os importadores de boa fé pagam direitos singelos, e que os fraudulentos os pagam em dobro. Isto no caso de simples tentativa de fraude descoberta pelos fiscaes ou apprehensores, que devem utilizar não metade, mas a parte relativa ao excesso dos direitos.

O conductor alem d'isso deve ser preso e da cadeia pagar esses direitos.

Mas, se não houve somente tentativa, mas importação consummada sem pagamento de direitos, temos um verdadeiro furto, como notámos no art. antecedente; e então, depois da indemnisação dos direitos, é preciso applicar as regras de qualificação, atenuação ou aggravação, que especialmente correspondem á natureza do crime.

Nos casos de exportação fraudulenta, mas de objectos em que ella não é absolutamente prohibida nem tem direitos prohibitivos, a criminalidade do facto reduz-se quasi á simples infracção dos regulamentos fiscaes.

Os direitos são insignificantes, são puramente *estatisticos*; a fraude é mais contra os regulamentos do que contra o thesouro. De ordinario são a perda do tempo, as formalidades, a verificação, as visitas e outros incommodos, que acompanham o despacho nas estações fiscaes, as causas que decidem o exportador a commetter a contravenção. N'estes casos a qualificação de furto não teria verdade moral, seria absurda. O confisco das mercadorias seria não só contra os principios constitucionaes, mas atrocissimo, alem de injusto e desproporcionado, em comparação com os delictos de descaminho de direitos nos objectos importados.

Se se trata porém já não de *descaminho*, mas de objectos de *contrabando*, deveria distiñ uir-se quanto á apprehensão dos objectos importados, cujo commercio é absolutamente prohibido como perigoso ou nocivo á saude publica; porque eutão o = *sempre perdidos a favor da fazenda publica e dos apprehensores* = não póde ter logar, por deverem esses objectos, depois de servir á prova do corpo de delicto, ser queimados, quebrados ou inutilizados.

A respeito dos outros generos, cuja prohibição de commercio e circulação é só *relativa*, ou por serem monopolisados, ou por se considerar prejudicial ou incompativel com o commercio e circulação dos de igual especie existentes no Reino, nacionaes ou nacionalisados, devem os primeiros ser adjudicados por inteiro ao thesouro ou aos contratadores do monopolio, como *indemnisação do prejuizo* causado pela importação, salva sempre a parte dos direitos dobrados que pertencem ao thesouro, não havendo convenção em contrario, e as *penas de furto* applicaveis ao delinquente; e devem os segundos ser apprehendidos, para ser vendidos com clausula de re-exportação, caso possa ter logar com vantagem ou sem grande prejuizo do thesouro, ou aliás, por excepção, permitir-se o consumo interno como de generos permittidos, salva a applicação das ditas penas ao delinquente.

As multas n'este ultimo caso devem ser duas, ambas singelas; uma relativa aos direitos, e outra relativa ao interesse illicito que o importador esperava tirar da importação.

Muitas vezes ha de acontecer que a venda dos objectos não chegue para o pagamento do dobro dos direitos ou d'estas duas multas; mas outras muitas vezes ha de acontecer que, feita esta deducção, ainda fique um valor consideravel a favor do delinquente e de sua familia. Assim portanto se guardam os principios da justiça, as penas são todas *personaes*, e se evita até a sombra do confisco.

Por ultimo resta-nos observar que a epigraphie d'esta secção é mais ampla que o conteúdo nos seus art., poisque, tendo promettido tratar de *contrabandos e descaminhos*, sómente tratou d'elles, quando praticados pela *importação e exportação*, guardando silencio sobre os *descaminhos de direitos* que se fazem no commercio interno dos generos nacionaes, assim como sobre o *contrabando* tambem com origem no paiz, tal é o que resulta do fabrico do tabaco, sabão, polvora, cultura de herva santa, fabrico de armas defezas, etc.

Mais uma razão para concluirmos pela eliminação d'esta materia no Cod. Penal, aonde não só não deve, mas nem póde ser elucidada e desenvolvida congruentemente.

CAPITULO XII.

ASSOCIAÇÕES ILICITAS.

SECÇÃO 1.ª

ASSOCIAÇÕES ILICITAS POR FALTA DE AUCTORISAÇÃO.

ARTIGO 282.º

Toda a associação de mais de vinte pessoas, ainda mesmo dividida em secções de menor numero, que sem preceder auctorisação do Governo com as condições que elle julgar convenientes se reunir para tratar de assumptos religiosos, politicos, litterarios ou de qualquer outra natureza, será dissolvida; e os que a dirigirem e administrarem serão punidos com a prisão de um mez a seis mezes. Os outros membros serão punidos com a prisão até um mez.

§ 1.º As mesmas penas serão applicadas no caso de infracção das condições impostas pelo Governo.

§ 2.º As pessoas domiciliadas na casa em que se reunir a associação não são comprehendidas no numero das declaradas n'este art.

§ 3.º Serão punidos como cúmplices aquelles, que consentirem que a reunião tenha logar em todo, ou em parte da casa de que disponham.

Art. 38.º e ref., art. 26.º

Temos lido e relido este art., e não encontrámos, depois do mais reflectido exame e reflexão, palavras assás energicas para exprimir o desfavoravel conceito que formámos da sua determinação.

A epigraphie da secção demonstra desde logo que se não

trata de reprimir facto que seja *crime moral* ou *social* em si mesmo, mas a falta de *auctorisação*.

O Cod. de um povo livre deve ser severo, muito severo mesmo, em reprimir a licença, os abusos da liberdade; mas não deve coarctar-lhe o uso d'essa liberdade, nem, sem uma necessidade bem demonstrada, impor-lhe condições. Não antecipemos porém as nossas conclusões. Tomaremos a materia de mais longe e conheceremos assim que este art., nas suas restricções a um dos direitos mais importantes do cidadão que vive sob um governo constitucional, foi muito alem dos bons principios e do que se acha legislado em outros paizes, alguns dos quaes aliás possuem instituições menos liberaes que nós possuímos.

Na Portaria do ministerio do reino de 17 de Novembro de 1845 se havia consignado a proposição de que—nenhuma associação se pôde considerar licita, nem legitimamente constituída, sem que obtenha *aquella* real approvação, o que não só é principio de direito publico, diz a Port., mas se acha expressamente legislado na Carta de Lei de 20 de Junho de 1823, art. 6.º

As palavras—*aquella* approvação—referem-se á dos *compromissos* ou *estatutos*, e não á *associação em si mesma*, como se vê do contexto da mesma Port.

Effectivamente no preambulo do Alv. de 30 de Março de 1818 havia *doutrinalmente* dito, mas não declarado o legislador que,=as leis do reino prohibem qualquer sociedade, congregação ou *associação de pessoas com alguns estatutos*, sem que ellas sejam primeiramente auctorisadas e os seus estatutos approvados=.

Logo a prohibição da associação de algumas pessoas era dependente da condição de *terem alguns estatutos* que dependessem de approvação regia.

A Carta de Lei de 20 de Junho de 1823, no art. 6.º, a que a mesma Port. se refere, exprimiu-se nos seguintes termos:

«Não podendo ser da minha real intenção *impedir as sociedades*, que *sem se esconderem aos olhos do publico*, se dirigem a *fins licitos e até lawaveis*; mas querendo atalhar o *abuso* que d'essas mesmas sociedades se pôde fazer alterando

«e *pervertendo com o andar dos tempos seus originarios estatutos*: Ordeno que nenhuma das ditas sociedades se possa *abrir sem que seus estatutos* sejam primeiro vistos e approvados.»

Esta Carta de Lei portanto reduz a preceito legislativo a doutrina expendida no cit. Alv. A sua disposição é tambem *restricta ás associações com estatutos*, e o facto illicito não é o d'essas associações em si mesmas, por falta de auctorisação, mas o da *abertura* d'ellas sem preceder approvação dos mesmos estatutos.

A primeira lei foi promulgada sob o regimen absoluto, a segunda foi uma das que foram adoptadas como reacção do mesmo regimen contra o systema liberal, que acabava de ser prescripto. Confrontemo-las desde já com o nosso art.

Este art. é prohibitivo de toda e qualquer *reunião*, de toda e qualquer associação *com estatutos ou sem estatutos*, em publico ou em particular; é só para a *reunião* que exige a previa auctorisação: nenhum objecto, nênhum assumpto pôde legitimar essa *reunião*.

O art. é terminante, os seus termos são claros e absolutos, não admittem modificação alguma. E não só isto, mesmo solicitada a auctorisação, como não são os *estatutos*, mas a *reunião* que depende da *auctorisação*, coherentemente o nosso art., tornando o governo superior á *convenção* ou *compromisso*, dá-lhe o immenso arbitrio de impor aos associados *as condições que elle julgar convenientes*.

Uma associação de litteratos ou de homens d'estado, de membros das camaras, de jurisoconsultos, sem fazer compromisso nem estatutos alguns, concordam em se reunir em certos dias em casa de um d'elles, ou em certo logar particular, sem mysterio, mas sem publicidade, para tratar de assumptos de direito publico ou internacional, ou do direito constitucional ou de questões economicas, de direito administrativo ou fiscal, de objectos eleitoraes ou de qualquer outro politico ou scientifico; não o podem fazer sem auctorisação previa do governo, e sem se sujeitar ás condições que o governo lhes prescrever.

Alguns capitalistas, desejando fazer um bom emprego do

seu dinheiro, convenciam de palavra, sem estatutos nem compromisso, de *se reunir* para tratar das conveniencias economicas dos caminhos de ferro, suas condições, vantagens dos empregados para que inteirados do objecto possam concorrer um dia em beneficio publico e seu particular. Não o podem effectuar sem obter previamente a auctorisação do governo e submeter-se ás restricções que este julgar convenientes.

Ainda mais: alguns negociantes querem constituir-se formalmente em sociedade mercantil. A toda a sociedade precede escriptura publica nos termos do Cod. Comm., e a todos os contratos d'esta natureza é preciso que preceda uma *associação* preparatoria, com o fim de n'ella se *tratar do assumpto* objecto da convenção definitiva, e de se tomarem as deliberações convenientes. É-lhes prohibido *reunir-se* sem que o governo lhes conceda o seu beneplacito, e nos termos que elle houver por bem outorgar.

A todas estas conclusões, qual d'ellas mais repugnante e de impossivel execução, nos leva a letra precisa do art.; e ou elle é altamente absurdo, ou o legislador quiz significar pensamento mui diverso d'aquelle que resulta da significação obvia e natural das palavras com que se exprimiu.

O nosso art. encontra modelo em alguns Cod. Pen., mas o seu espirito hostile ao direito de associação manifesta-se nas restricções e ampliações que adoptou, contrarias a esses mesmos Cod.

Rossi, no seu Tr. de Dir. Pen., Introd., fallando do Cod. Fr. como obra precipitada de um poder que restabelecia o confisco, e de novo abria as portas da Bastilha, para demonstrar que o mesmo Cod. devia ficar e ficava effectivamente muito áquem da civilisação do povo francez, cita para exemplo o art. 291.º, fonte principal d'este nosso art.:

«Nulle association de plus de vingt personnes, dont le but «sera de se *reunir tous les jours ou à certains jours marqués*, pour s'occuper d'objets régleux, littéraires, politiques «ou autres, ne pourra se former qu'avec l'agrément du gouvernement, et sans les conditions qu'il plaira à l'autorité publique d'imposer à la société.»

«Aussi (diz Rossi) y trouve-t-on élevé au rang de délit

«et de crime ici un fait utile et licite, telle qu'une réunion «de vingt et une personnes, quelque louable que soit son but.»

Mas o nosso art. foi alem do Cod. Fr. na prohibição: 1.º, supprimindo as palavras=*tous les jours ou à jours marqués*=, que designavam já uns estatutos ou compromisso permanente, e se conformavam com a nossa legislação que fica apontada, preferindo a alteração feita no art. 1.º da Lei franceza de 10 de Abril de 1834; 2.º, acrescentando as palavras=*ainda mesmo dividida em secções de menor numero*=«alors «même que ces associations seraient partagées en sections d'un «nombre moindre» que são ainda as da dita lei ampliativa de 10 de Abril de 1834; 3.º, estabelecendo a sancção penal alem da comminação da dissolução da reunião em que concordam o Cod. Fr. e a cit. lei de 1834, a prisão, não só contra os directores ou administradores da associação, mas contra os outros membros. Tanto aquelle Cod., como a mesma lei, se contentam com a multa de dezeseis a duzentos francos (!) e esta comminada sómente contra os ditos directores ou administradores!

Em vista pois d'este nosso art. que diria Rossi do nosso estado de civilisação, do nosso amor pela liberdade, das nossas tendencias ao absolutismo?

Pois ainda ha pouco, nos casos de contrabando ou descaminho, o nosso Cod. apenas empregou a multa, e aqui julga-a insufficiente, adoptando a de prisão?

O Cod. Hesp., art. 205.º e 206.º, não se fez cargo das alterações feitas pela dita lei de 1834 ao Cod. Fr., adoptou-o completamente, e esta auctoridade nenhum peso fez no animo do nosso legislador, para deixar de seguir a mesma lei, e ainda amplia-la para agravar a pena, e augmentar sem excepção o numero dos delinquentes?

Quanto á *pena de prisão ou desterro* alem da *multa correccional* encontra-se no Cod. das Duas Sicilias, art. 305.º; mas o mesmo Cod., art. 306.º, só a manda impor aos chefes, directores ou administradores, sendo explicito em declarar, que trata unicamente das associações de muitos individuos *organisés en corps*, dans le but de se réunir *tous les jours ou «à certaines jours déterminés.»*

Os outros indivíduos não chefes, nem directores ou administradores sómente, art. 307.º, soffrem a mesma pena, se apesar da dissolução se retinirem de novo, sendo então os ditos chefes, directores ou administradores considerados em estado de reincidencia.

Precisamente as mesmas disposições se encontram no Cod. da Sardenha, art. 483.º, 484.º e 485.º, com a differença quanto ás penas de deixar á escolha dos juizes a prisão, desterro ou multa, segundo as circumstancias.

Os Cod. modernos da Allemanha adoptaram em parte e com a pena de prisão o Cod. Fr. Não já porém assim o mod. Cod. da Baviera, assim como o não haviam adoptado o Cod. da Austria nem o do Brazil. Na legislação da Inglaterra não se encontra disposição alguma restrictiva semelhante, e nós acabámos de ver que a mesma colligação dos operarios é ali expressamente auctorizada. A lei romana tambem as não reprimia, senão quando degeneravam em sediciosas: «*quo cœtus, conventusve fiat, hominesve ad seditionem convocentur*»: liv. 1.º § 1.º Cod. ad leg. Jul. magest. «*Conventiculum non est punibile* (dizem os commentadores), *nisi fiat in alterius damnum et injuriam alterius.*»

O cit. Cod. do Brazil não se satisfaz em repellir a doutrina do Cod. Fr., fez mais, porque consignou em termos positivos uma doutrina contraria.

No art. 282.º se encontra a seguinte disposição:

«A reunião de mais de dez pessoas em uma casa em certos e determinados dias, sómente se julgará criminoso, quando «for para fim de que se exija segredo dos associados.»

Finalmente esse mesmo art. do Cod. Fr. acha-se revogado e prejudicado pelo Decr. de 28 de Julho de 1848, do qual vamos transcrever algumas disposições:

«Art. 1.º *Les citoyens ont le droit de se réunir* en se conformant aux dispositions suivantes:

«Art. 2.º *L'ouverture de tout club ou réunion de citoyens sera précédée d'une déclaration*» etc.

«Art. 3.º *Les clubs seront publics*» etc.

«Art. 14.º *Les citoyens peuvent fonder, dans un but non politique, des cercles ou réunions non publiques, en faisant*

«préalablement connaître à l'autorité municipale le local et l'objet de la réunion, et les noms des fondateurs, administrateurs et directeurs... Les dispositions qui précèdent ne sont point applicables aux associations industrielles ou de bienfaisance.»

«Art. 15.º *Les réunions non publiques, dont le but sera politique, ne pourront se former qu'avec la permission de l'autorité municipale, et aux conditions, qu'elle déterminera, sauf le recours à l'autorité supérieure...*»

«Art. 19.º *Les dispositions du présent Decret ne sont pas applicables aux réunions ayant pour objet exclusif l'exercice d'un culte quelconque, ni aux réunions électorales préparatoires.*»

Este Decr. foi restringido pela Lei de 19 de Junho de 1849, mas sómente quanto aos clubs ou reuniões publicas, auctorizando o governo a prohibir, durante um anno, a contar da promulgação da mesma lei, aquellas das referidas reuniões que fossem de natureza a comprometter a segurança publica.

Assim pois a civilização franceza, com a qual Rossi julgava incompativel a disposição do art. 291.º, prestando homenagem á opinião, mantem hoje uma das maiores necessidades de um povo livre; em dos mais sagrados dos direitos do homem em sociedade—o direito de reunião ou de associação—proclamado na Lei de 13 de Novembro de 1791, e expressamente na Constituição do mesmo anno, tit. 1.º

Não foi homenagem completa, por isso que a restricção subsiste com respeito a associações para tratar de objectos politicos; mas então mesmo não ficou reservada a approvação directamente ao governo.

Em todas as terras do imperio pôde essa auctorisação ser solicitada da auctoridade municipal com recurso para o superior legitimo em caso de recusa infundada.

Sobre todos os mais objectos porém concedeu-se ampla liberdade sómente com a obrigação da participação previa á mesma auctoridade municipal, que não pôde obstar assim a taes reuniões, mas sómente vigia-las.

D'esta mesma disposição ficaram exceptuadas as associa-

ções *industriales* ou de *beneficencia*, as que tiverem por objecto o exercicio de um culto e as *eleitoraes preparatorias*.

Em presença de tudo isto, que fica sendo entre nós o art. 282.º do nosso Cod?... Que qualificação merece?... Abstemo-nos de a precisar, e só nos limitámos a concluir que este art. depois de não haver julgado digno de imitação o, sobre todos digno de louvor, Cod. do Brazil, no cit. art. tambem 282.º, nem tendo em consideração tanto as leis patrias, como o que havia disposto a Lei franceza de 28 de Julho de 1848, não só resuscitou o art. 291.º do Cod. Fr. e Lei de 10 de Abril de 1834, mas aggravou as suas penas e tornou mais expressa para os delinquentes a rede da incriminação, como não haviam feito os Cod. da Sardenha, das Duas Sicilias e da Hespanha!

Assim ficou este nosso art. singular entre os mais Codigos e anachronico, decorrida mais de metade do seculo 19.º

A Carta disse no art. 145.º § 3.º: «*Todos podem comunicar os seus pensamentos por palavras... comtanto que hajam de responder pelos abusos que commetterem no exercicio d'este direito.*» E comunicar a quem senão aos outros homens? O direito pois consignado na Carta importa a consequencia necessaria do direito de associação e de reunião. O Cod. Pen. não pôde constitucionalmente fazer mais do que reprimir *os abusos*, mas não impedir nem tolher *o uso* d'esse direito.

A civilização do povo portuguez não se acha em atrazo tal que se resigne ao disposto n'este nosso art. A todo o momento e por toda a parte estamos vendo reuniões de mais de vinte pessoas para tratar de diferentes objectos, mesmo politicos, sem que estas curem de pedir auctorisação ao governo. Mas é sempre uma grande desgraça para o paiz o dar-se occasião a que a lei se não cumpra, por offender os direitos naturaes do homem em sociedade. Sem respeito ás leis rotos ficam os vinculos sociaes; e para a lei ser respeitada é preciso que assente em verdade moral.

Por ultimo notaremos, que por uma contradicção indesculpavel o Cod. Fr., que os Cod. da Sardenha e da Hespanha imitaram, assim como o nosso art., todas estas restricções des-

apparecem se a associação se limitar ao numero de vinte pessoas. Assim pôde ser completamente sophismada a disposição e a intenção do legislador.

Podem-se formar livremente, e livremente reunir para tratar de assumptos religiosos, politicos, litterarios ou de qualquer outra natureza, centenaes ou milhares de associações em todo o reino, comtanto que não excedam cada uma o numero de vinte, que sejam separadas e independentes, que tenham directores e administradores distinctos, que não tenham um centro, que lhes dê a unidade e o impulso, e que por esta fórma as faça considerar como subdivisões ou secções de uma associação geral.

Este defeito não tinham as leis patrias; e tanto o Cod. da Sardenha, como o Cod. das Duas Sicilias o havia tambem corrigido, tratando só da associação de *muitas pessoas* sem lhes taxar numero: o mesmo se praticou na cit. Lei franceza de 1848. Em verdade não pôde sem absurdo considerar-se illicito entre vinte e um e mais individuos, o que a lei considera licito entre tres, dez ou vinte, principalmente nos termos do nosso Cod. que, prohibindo as secções de menor numero, demonstra que o que recebeu e quiz por isso tolher não foi tanto a agglomeração de pessoas, mas o exercicio do direito de associação em maior escala e debaixo de um só pensamento e direcção.

O exemplo do que aconteceu na Inglaterra em 1825 sobre o objecto politico da emancipação dos catholicos vem em apoio do que acabámos de ponderar. M. Goulbourn, secretario d'estado da Irlanda, havia alcançado do parlamento inglez um bill que declarava illicita toda a associação cujas reuniões durassem mais de quatorze dias consecutivos.

A associação catholica cessou de se reunir, e passou a constituir-se em muitas associações parciaes, e assim a conservar-se em estado de reunião permanente, com alguns estorvos de mais, mas ganhando sempre em triumphos, até que desenganado o ministerio, comquanto presidido por um chefe do partido tory, teve que declarar em pleno parlamento, que recusar por mais tempo a emancipação catholica seria tornar impossivel para a Inglaterra a manutenção da segurança publica.

A Inglaterra cedeu, a Irlanda venceu, e, alcançada a victoria, a associação catholica resuscitou, mas foi sómente para se suicidar, pronunciando ella mesma a sua propria dissolução.

Tanto é certo que as melhores e as *unicas* medidas preventivas das associações que podem ser temidas, estão nos actos de moralidade, de igualdade e de justiça dos governos para com os cidadãos. Quanto ás outras associações, as suas restricções reflectem em damno dos melhoramentos moraes e materiaes do homem em sociedade, sem os quaes não póde haver nem perfeição, nem segurança, nem liberdade. Estas restricções se tornam muito mais aggravantes quanto ás associações, com relação a objectos commerciaes, eleitoraes ou de beneficencia. De beneficencia!... A restricção produz a necessidade da ostentação, tira-lhe a maxima parte do seu merito, dos seus attractivos.

«A beneficencia tem necessidade da sombra do mysterio «para embriagar a alma dos seus mais doces favores»¹.

Offerecemos portanto respeitosa e ao legislador estas observações, para que o presente art. se elimine ou pelo menos se corrija.

¹ Bastos, Coll. de Pensam.

SECÇÃO 2.ª

ASSOCIAÇÕES SECRETAS.

ARTIGO 283.º

É illicita, e não póde ser auctorizada qualquer associação, cujos membros se impozerem, com juramento ou sem elle, a obrigação de occultar á auctoridade publica o objecto de suas reuniões ou a sua organização interior; e os que n'ella exercerem direcção ou administração serão punidos com prisão de dois mezes a dois annos; os outros membros com metade d'esta pena.

§ 1.º É applicavel a disposição do § 3.º do art. antecedente sobre a cumplicidade.

§ 2.º Se qualquer membro da associação declarar espontaneamente á auctoridade publica o que souber sobre o objecto ou planos da associação, ainda que não declare os nomes dos outros associados, será isento da pena.

Art. 38.º e ref., art. 26.º, 176.º e ref.

Entrando na materia d'este art., temos por conveniente começar por considerar bem a força e significação dos termos em que se acha concebida a sua incriminação.

O art. não declara *illicitas* as *sociedades secretas* em geral, mas sómente aquellas = cujos membros se impozerem, com juramento ou sem elle, a *obrigação de occultar á auctoridade publica o objecto* de suas reuniões ou a sua organização interior =; e são sómente estas as que não podem ser auctorizadas.

Logo *a contrario sensu* são licitas e podem ser auctorizadas todas as sociedades secretas, cujos membros se não impoñham com juramento ou sem juramento a obrigação de oc-

cultar o objecto das suas reuniões ou a sua organização interior.

Podem portanto ellas existir com todo o mysterio e segredo proprio da sua natureza e instituição, *se esse mysterio e segredo não existir* com respeito á auctoridade local, encarregada da policia preventiva.

N'este caso ficam reduzidas aos termos das sociedades = *particulares* =; assim, e por este art. combinado com o antecedente, carecem ellas de auctorisação do governo, se o numero de membros da associação exceder ao de vinte pessoas, e sómente ficam constituídas na necessidade, ou de eliminarem de seu juramento ou promessa a obrigação de guardar segredo para com a auctoridade local, ou de, para maior cautela, dar parte á mesma auctoridade, antes que haja algum procedimento judicial ou de policia, sempre que o referido numero não exceda ao de vinte.

É esta em parte a doutrina do Cod. do Brazil, art. 282.º:

« A reunião de mais de dez pessoas em uma casa, em certos e determinados dias, sómente se julgará criminosa quando « for para fim de que se exija segredo dos associados, e quando « n'este ultimo caso *se não communicar em fórma legal ao « juiz de paz do districto em que se fizer a reunião.* »

O mesmo Cod. porém é providentissimo ácerca dos termos da declaração, ordenando, no art. 283.º, que ella contenha o *fim geral* da reunião, o protesto de que se não oppõe *á ordem social, local e tempo d'ella, nomes dos directores, e a assignatura* dos declarantes dentro de quinze dias depois da primeira reunião.

No art. 284.º previne o caso de serem falsas essas declarações, determinando que, se as reuniões tiverem fins oppostos á ordem social, o juiz de paz, alem de dispersar a sociedade, deve formar culpa aos associados.

Esta legislação é muito mais liberal que a do nosso Cod.: 1.º, porque sem distincção de sociedades publicas ou particulares, e estas secretas ou não secretas, nenhuma exigencia nem incriminação existe ali, se os associados não passarem do numero de dez, a menos que não seja determinadamente para *commetter* algum delicto, porque então, nos termos do art.

285.º, basta o numero de tres para a reunião se reputar criminosa, ou ainda o numero de cinco quando a reunião for nocturna e tiver logar nas ruas, praças ou estradas *sem algum fim justo e reconhecido*, segundo determinou a Lei de 6 de junho de 1831, art. 2.º; 2.º, porque, qualquer que seja o numero dos associados, não carecem de licença nem de approvação do governo, mas sómente de que *o juiz de paz do districto esteja ao facto dos seus estatutos e dos fins uteis a que se dirigem*, como declarou o Aviso de 3 de Outubro de 1832, sobre representação da Camara Municipal da Villa de Caxias, que solicitava aquella licença para o estabelecimento *de uma sociedade philanthropica*.

Não nos consta que o Brazil se tenha dado mal com esta moderação, nem que d'ella tenham resultado inconvenientes alguns nocivos á causa publica.

Nós a julgámos pois digna de ser imitada e conservada.

O livre direito de associação e de reunião é um direito sagrado, é um direito natural do homem em sociedade, é um direito constitucional.

Reprimir ou prohibir o *uso* por causa do *abuso* é em si mesmo um *abuso* do poder. É prevenir a *possibilidade* de um *abuso* com a *realidade* de outro *abuso*. *Neminem lædere*, é o preceito de direito natural e da religião que obriga povos e individuos. Se estes têm o dever de não offender os direitos da sociedade, tambem a sociedade tem o dever de não offender os direitos dos cidadãos.

Antes dos direitos da sociedade estão nos individuos os direitos do seu pensamento, vontade e acções, considerados, ou isoladamente ou em communicação com a sua familia, com os seus amigos, com os seus parentes, e com outros individuos a quem os arrastam a analogia de pensar, de obrar ou de interesse; foi para proteger e não para opprimir esses direitos que a ordem publica social se acha instituida.

A sua base, o seu objecto, o seu fim é o exercicio d'esses mesmos direitos, o dever de os conciliar, para que não pugnem entre si, para que se não invadam reciprocamente. Primeiro está a sociedade que os individuos; diz-se = *la société avant tout* =; é um erro, se não é antes um contrasenso, pois-

que a sociedade não existe essencialmente senão de individuos e para os individuos. Erro fatal, sustentaculo da tyrannia, que tem dado causa a grandes crimes sociaes, predominando ainda hoje em todos os Cod. Pen. do mundo; mas erro que vae caíndo em pedaços, e que um dia ha de cair de todo, porque a verdade e a civilisação devem triumphar um dia.

Mas a circumstancia do *segredo* não deve tornar illicitas as associações? Se os associados querem o bem, querem uma coisa moralmente boa, por que se escondem?

Este é o grande argumento com que são combatidas as associações secretas. Todavia a existencia d'estas sociedades perde-se em a noite dos tempos. As iniciações egypcias e depois d'ellas as dos romanos nos subministram a prova n'essas epochas da remota antiguidade. O pantheismo e o deismo philosophicos ahi haviam nascido, ou se haviam refugiado contra a idolatria, buscando os sagrados mysterios das Pyramides e de Eleusis.

Para entrar no conhecimento d'esses mysterios era necessario passar por experiencias, vencer difficuldades e pronunciar horriveis juramentos; e comtudo, diz Pacheco ao Cod. Hesp., essas associações, secretas no seu objecto, cercadas de prestigio e de terror, não eram consideradas illicitas nem se viam perseguidas pela auctoridade publica. Todo o mundo sabia que existiam esses subterraneos, e que estavam povoados de adeptos!

Esses mesmos adeptos eram conhecidos, e o commum do povo, assim como as auctoridades, longe de os considerar como inimigos, os honrava e respeitava.

Eram reputados aos olhos de seus contemporaneos como os templarios ou os beneditinos no seculo XIII; e não ha exemplo de que seus segredos perturbassem a tranquillidade publica, ou que o regimen ou a constituição do Estado fosse guerreada por suas clandestinas machinações.

As perseguições de que os christãos foram victimas nos primeiros tempos da Igreja, comquanto promptos a arrostar o martyrio, os obrigou a reunir-se em segredo em muitos logares, porque de outro modo não lhes era permittido celebrar os sacrosantos mysterios do Homem-Deus. O que haviam sido

as pyramides em Memphis, foram em Roma as catacumbas de S. Sebastião.

O espirito de fraternidade, indestructivel entre os homens, continúa a dizer o mesmo commentador, fez nascer na idade media as sociedades secretas dos nossos dias, já no intuito de protecção reciproca, já no de irem dispendo a emancipação contra as tyrannias proprias do regimen feudal.

Entre estas sociedades a que mais sobressaçu, e a que se dirige os tiros da legislação moderna, foi a denominada—*Franc-maçonaria*—ou dos—*pedreiros livres*—

Importada em 1700, segundo a opinião mais commum, da Inglaterra para o continente, vinte annos depois, diz o mesmo escriptor, se achava propagada em um e outro hemispherio.

As suas assembléas ou *lojas*, ostensivas nos paizes livres, como a Inglaterra, ficaram occultas aonde dominam os governos absolutos.

Segundo uma estatistica formada em 1822 sobre documentos incompletos, o numero d'estas lojas subia n'essa epocha a tres mil.

Não tinham por objecto discussões politicas, mas só a beneficencia e o auxilio mutuo; mas na sua organização, symbolos, ritos, direcção e administração interna respiravam o nivelamento de todas as condições, a fraternidade, a tolerancia religiosa, o perdão das injurias, o amor do proximo, a economia, a ordem e a justiça.

Educados ou corrigidos n'esta escola os maçons não podiam deixar de ser bons cidadãos e bons amigos.

Era natural que estes homens, saindo das *lojas*, trouxessem para a sociedade as idéas de que se achavam dominados, e que espalhassem principios que, viajando de terra em terra, de logar em logar, abalassem o feudalismo até aos seus alicerces. Assim aconteceu.

Mas hoje, no estado actual da civilisação, é finda a missão da maçonaria. Podem accender-se as fogueiras da Inquisição, levantar-se patibulos; nada se conseguirá que util seja, porque as idéas propagadas são do dominio do publico; e as idéas, quando falsas, podem combater-se pela melhor educação e pela dis-

cussão, mas nunca pelos supplicios que sómente geram e agravam o fanatismo.

As lojas maçônicas já não fazem sombra, nem aos reis nem aos papas. Esse tempo passou. Hoje já não podem considerar-se senão como estabelecimentos de beneficencia e de auxilio reciproco; não podem portanto offerecer, nem por sombras, objecto de incriminação, sem preterição de todas as regras do honesto e do justo.

O segredo é uma circumstancia accessoria que não muda, que não converte em mau um objecto que é essencialmente inoffensivo.

Pelo contrario o segredo, quando se trata da beneficencia ou de soccorro mutuo, exalta, purifica a pratica d'esta virtude, porque lhe evita o perigo da hypocrisia e da ostentação, e lhe presta o maior de seus incentivos, que é o de encontrar a recompensa só no prazer do exercicio do bem.

A inviolabilidade da promessa do segredo firmada com juramento, ou só com palavra de honra, é um sentimento nobre que habitua os homens á lealdade, á fidelidade, e que os torna inimigos da traição e da aleivosia.

A lei penal, que deve ser sempre fundada na verdade moral, não pôde hoje combater de frente estas verdades. A conjuração para a virtude não pôde mais ser equiparada á conjuração para o crime.

Mas a maçonaria tem degenerado da sua primitiva instituição; tem-se misturado em cousas politicas; tem servido de sustentaculo e degrau a muito ambicioso. A lei penal não trata só d'ella, mas em geral das sociedades secretas, e muitas ha, muitas têm havido, muitas ainda podem levantar-se em que se conspire contra a segurança do Estado.

A sociedade não pôde ficar desarmada na presença de tamanho perigo, e vale sempre mais prevenir o mal na sua origem que ter que o punir depois de praticado.

São sempre estes os argumentos substanciaes com que a tyrannia ou o medo justifica o emprego das medidas que restringem a liberdade do homem.

Reconhecida como verdadeira, tanto a existencia e a possibilidade dos factos, como a procedencia dos argumentos,

a falsidade e portanto a injustiça está na conclusão que tira o legislador, mais ampla que a que se deriva dos mesmos factos e argumentos. A condemnação do uso por causa do abuso!

Em primeiro lugar, o *meio unico* de impedir que as sociedades secretas tomem importancia politica é o de se governar com justiça e com equidade, de se protegerem todos os direitos do homem, é o de se renunciar de uma vez para sempre ao absolutismo ostensivo ou disfarçado.

Em segundo lugar, ou dar ás sociedades secretas toda a consideração, permitindo mesmo que as pessoas mais influentes na governança do estado, e mais amigas da ordem publica, se affliem e tomem a direcção d'essas sociedades, quando beneficicas e inoffensivas, ou não lhes dar importancia alguma, permitindo-as francamente, só com a obrigação de se fazer declaração, perante a auctoridade publica, do objecto, local, tempo, organização e nomes dos directores das mesmas sociedades, como exige simplesmente o Cod. do Brazil.

São estes os unicos meios preventivos do mal que pôde resultar das sociedades secretas, e a auctoridade publica, a quem se confiar o segredo, deve protege-lo, adoptando-se as cautelas necessarias para que as declarações sejam guardadas em logar reservado. O governo pôde, quando precise, ter a todo o momento as informações *confidenciaes*, que tiver por conveniente, para tomar as medidas de prevenção ou de repressão que forem necessarias.

Pela sua parte as sociedades secretas, quando innocentes, não têm motivo plausivel para subtrahirem a sua existencia ao conhecimento da auctoridade publica.

Assim o proclama o Cod. da Austria, part. 2.^a, art. 39.º
 = Les réunions innocentes n'ont *aucun motif* de se soustraire à la connaissance de l'autorité=, excepto, acrescentámos nós, quando lhes dá origem e incremento a oppressão da mesma auctoridade. Os homens buscam então na união a sua força, e o perigo commum os torna mais cautelosos, mais discretos, e baldadas são então as leis penaes.

Uma longa serie de experiencias deviam a semelhante res-

peito ter desenganado os legisladores. Sem ir mais longe, temos o exemplo no Alv. de 30 de Março de 1818, na Carta de Lei de 20 de Junho de 1823 e no presente art. d'este Cod.

No Alv., diz o legislador, que sendo «*hém notorios os excessos de abuso a que haviam chegado as sociedades secretas, que com diversos nomes de ordens ou associações se tinham convertido em conventiculos e conspirações contra o Estado; nem sendo bastantes os meios correccionaes com que se tinha até então procedido*», declara todos os membros d'ellas incursos nas penas do crime de lesa magestade, segundo a Ord. do liv. 5.º tit. 6.º § 9.º, isto é «*de morte natural e cruel, alem do confisco de todos os bens, e posto que tivessem filhos ou outros descendentes, havidos antes ou depois de ter committido o tal maleficio.*»

Em consequencia essas sociedades, depois de terem os seus martyres, não tardaram a ter o seu triumpho, ou antes a participar do triumpho, que não ellas, mas as idéas tinham produzido, regadas com o sangue d'esses martyres.

Veu a reacção do absolutismo em 1823, e que se fez? Restabeceu-se a execução do Alv.? De modo algum: promulgou-se a Carta de Lei de 20 de Junho de 1823, que, reconhecendo o facto da existencia das mesmas sociedades, as declarou *supprimidas*, e sómente prohibiu que mais podessem ser instauradas.

Os empregados publicos, civis ou militares, não foram mais considerados conspiradores contra o altar e throno, antes foram conservados com a simples promessa de não pertencer d'ella em diante a taes sociedades.

Quanto á penalidade, reconheceu o legislador que a do Alv. de 1818 era inefficaz e inexequível, pois, «*conciliando os effeitos da sua real clemencia com a devida execução das leis*», da morte natural e cruel, e geral confisco de bens, saltou á pena de *degreço* temporario, nunca superior a cinco annos, e multa pecuniaria nunca menor de 100.000 réis. No mesmo Alv. era comminado o confisco da casa em que tivesse logar a reunião; essa pena foi eliminada.

As sociedades continuaram do mesmo modo, com mais

methodo, melhor ordem e escolha de adeptos; e apesar da moderação penal d'esta lei, novos martyres passaram aos calendarios d'essas sociedades: o sangue correu a jorros, e milhares de associados e suspeitos de o ser, e que o não eram, povoaram, definharam e morreram nos degredos, nas prisões ou no asylo das nações estrangeiras. E que partido se tirou de toda essa perseguição? Foi todo contraproducente; foram armas que se voltaram contra o seio de quem as empregou.

Finalmente apparece o Cod. Pen., e sem abertamente prohibir as sociedades secretas, defende sómente em favor da auctoridade publica o mysterio que da existencia d'ellas se lhe pretenda fazer, e por um modo confuso dá a entender que são licitas, se em relação á mesma auctoridade não houver segredo, e forem *auctorisadas* pelo governo!

Quanto á penalidade, abandona a da multa e a reduz toda á prisão de *dois mezes a dois annos* contra os directores, e de *um mez a um anno* contra os outros membros, podendo ainda descer para uns e outros a *tres dias*, nos termos do n.º 1.º do art. 83.º, se houverem circumstancias attenuantes, que não faltarão, para que os juizes a modifiquem.

Quem ha pois que não veja aqui uma tolerancia, uma permissão encoberta ácerca da existencia das sociedades secretas? Parece que este art. não contém mais que um resto de homenagem prestada aos prejuizos populares, que antes cumpria esclarecer e destruir francamente.

Se a experiencia, dolorosa experiencia das penas atrocissimas, das penas maiores, mas moderadas e até das penas *correccionaes*, que eram sempre arbitrarías, do regimen absoluto, reprová toda a sorte de penalidade, como baldada, como inutil; como podem ou devem esperar-se melhores resultados da comminação e emprego de outras penas *correccionaes*, melhor definidas e sob o imperio da civilização?

A unica providencia portanto que julgámos adoptavel é a do Cod. do Brazil, assim como, sobretudo, o melhor meio de tornar inoffensivas as sociedades secretas é por um lado governar com justiça, e por outro não lhes dar a importancia que resulta de uma prohibição, por qualquer modo formulada.

Quanto a outros Cod. estrangeiros, é certo que a prohi-

bição não se achando *especialmente* no Cod. Fr., appareceu no Decr. de 28 de Julho de 1848, art. 13.º, sob pena de multa de cem a quinhentos francos, prisão de seis mezes a dois annos e perda de direitos civicos de um a cinco annos.

Encontra-se porém no Cod. Hesp., art. 202.º e 403.º, d'onde são tirados os termos da incriminação do nosso art., com a differença: 1.º, que as palavras=*e não pôde ser auctorisada*=não se acham ahi; 2.º, que é mais grave a penalidade; pois se compõe para os cabeças de prisão maior, e de inhabilitação perpetua, absoluta; e para os outros membros se compõe d'esta ultima pena e da de desterro.

Encontra-se mais no Cod. da Austria, part. 2.ª art. 38.º e seguintes, e nos Cod. da Sardenha, art. 487.º e seguintes, e das Duas Sicilias, art. 309.º e seguintes. Quanto á penalidade variam, segundo o grau de participação; no Cod. da Austria para os chefes é de prisão rigorosa de *tres a seis mezes*, e para os outros membros, de *uma semana a um mez*, e, em caso de reincidencia, de *um a tres mezes*; no Cod. da Sardenha é para os chefes a *relegação* pelo menos de *cinco annos*, e para os mais associados a prisão pelo menos de *um anno*; no das Duas Sicilias é a de *exilio temporario* para fóra do reino, applicada no seu maximo aos chefes.

E note-se que a cit. Lei franceza de 1848 permite em todo o caso, no art. 18.º, que os delinquentes se livrem todos até sem fiança: «... la liberté provisoire pourra, dans tous les cas, être accordée, avec ou sans caution.»

As leis inglezas tambem prohibem as sociedades *secretas* em que se presta *juramento* ou se tomam *compromissos*, e que forem *divididas em secções*, correspondendo-se a fim de constituirem um todo harmonico, como do Est. 39, G. III, c. 79.º que exceptua todas aquellas que tiverem um objecto religioso ou de beneficencia, e nomeadamente as *lojas dos pedreiros livres*; e não comprehende aquellas das mesmas sociedades secretas que forem separadas e independentes umas das outras, sem comtudo prohibir a cada uma sem fusão nem quebra da independencia o nomearem reciprocamente seus delegados, nem o corresponder-se entre si. Alex. Laya, Droit Angl., Cod. Pen., tom. 2.º part. 246.º

Resta-nos dizer especialmente, quanto ao § 2.º do art., que a sua fonte proxima é o art. 204.º do Cod. Hesp., com a importante differença porém de se não prohibir, como n'aquelle Cod., que a auctoridade faça ao denunciante a menor pergunta com respeito ás pessoas de que se compõe a associação.

A auctoridade pôde fazer-lhe essas perguntas; sómente pelo nosso § o denunciante fica dispensado de responder.

O commentador Pacheco louva o pensamento que dictou aquella prohibição, porque abre o caminho para salvar um compromettido, sem desafiar os punhaes ou as vinganças dos outros. O nosso § não considerou attendivel esse pensamento, deixando livre á auctoridade empregar as solicitações e instancias que tiver por convenientes!

Pela nossa parte não podemos, quando na revisão do Cod. se conserve a incriminação do art., approvar a disposição d'este §. É sempre um mal conceder á *denuncia* a impunidade que só deveria ser concedida ao *arrependimento*. Veja-se o que dissemos aos art. 213.º e 176.º

Não se trata aqui dos casos em que a sociedade secreta assumia um caracter de conjuração que comprometta a segurança interior ou exterior do Estado, porque em relação a esses casos, que são os dos art. 144.º, 165.º e 172.º, tratou especialmente o art. 176.º; trata-se dos casos em que não existe mais do que o facto de uma sociedade secreta, despida de alguma outra circumstancia aggravante.

Ora em taes casos, considerados n'este § de tão pouca importancia que lhes commina prisão correccional, não devia ser premiada a deslealdade de um denunciante.

A lealdade pôde algumas vezes ser considerada uma circumstancia attenuante, assim como a deslealdade uma circumstancia aggravante a respeito da observancia de convenções illicitas, como, nas do *duello*, contemplou o art. 387.º n.º 2.º; mas que possa dar-se uma circumstancia justificativa e dirimente na deslealdade nua, sem vistas de evitar um damno publico de grande gravidade, e só para se evitar um pequeno incommodo pessoal, revolta, não pôde accomodar-se com a razão, com a moral, com a dignidade do legislador.

Esse homem, denunciante de si mesmo e dos outros, esse homem prejuro ou falto de palavra, será votado ao desprezo de todos os homens de bem.

A opinião publica o condemnará, e por este lado o § é justo. *Non bis in idem*. A punição da denuncia ficará perpetuamente ligada ao facto da mesma denuncia.

Não encontramos modelo ou fonte d'este nosso § em algum outro Código!

CAPITULO XIII.

DOS CRIMES DOS EMPREGADOS PUBLICOS NO EXERCICIO DE SUAS FUNÇÕES.

SECÇÃO 1.ª

PREVARICAÇÃO.

ARTIGO 284.º

Todo o juiz que, julgando o fundo e substancia da causa, proferir sentença definitiva manifestamente injusta por favor ou por odio, será condemnado na pena da perda dos direitos politicos.

§ 1.º Se esta sentença for condemnatoria em causa criminal, e por effeito d'ella se executar pena mais grave, será esta imposta ao juiz.

§ 2.º Em todos os outros casos o juiz que proferir sentença ou despacho, por favor ou por odio, com manifesta injustiça, será demittido.

§ 3.º O que aconselhar uma das partes sobre o litigio que pender perante elle será suspenso de um a tres annos.

§ 4.º As disposições d'este artigo e do seu § 2.º são applicaveis a todas as auctoridades publicas que, em virtude de suas funções, decidirem ou julgarem qualquer negocio contencioso submettido ao seu conhecimento.

§ 5.º Havendo condemnação, nos termos das disposições antecedentes, poderá ter logar a acção de nullidade.

Art. 37.º e ref., art. 43.º, 44.º e ref.

Esta disposição tem por fonte proxima o Cod. Hesp., art. 262.º: «El juez que á *sabiendas* dictare *sentencia definitiva manifestamente injusta*, incurrirá en la pena de inhabilitacion perpetua»; e por fonte remota o Cod. Fr., art. 183.º: «Tout juge... qui se sera *décidé* par *favor* pour une partie, «ou par *inimitié* contre elle, sera coupable de forfaiture et puni de la dégradation civique».

São pois, nos termos do nosso art., elementos constitutivos da incriminação: 1.º, que exista da parte do juiz *dolo mau* na *apreciação do fundo e substancia da causa*, para tirar uma conclusão decisoria; 2.º, que exista injustiça, e que esta seja flagrante, manifesta; 3.º, que existam de facto da parte do juiz sentimentos *de odio ou de favor* a uma das partes; 4.º, que a sentença seja definitiva.

Que exista *dolo mau*—*qui se sera décidé*—, segundo o Cod. Fr.; ou—*á sabiendas*—, segundo o Cod. Hesp.

É necessario, como bem adverte Pacheco, que haja sempre uma *determinação da vontade*, sem a qual não pôde haver crime. Assim o dispõem o art. 1.º, art. 14.º n.º 1.º, e art. 22.º d'este nosso Cod.

Um juiz fanatico, que vê realmente crimes aonde a rasão fria e desapaixionada não saberia descobri-los, é um juiz injusto, mas não é um juiz prevaricador.

Pelo contrario merecerá esse nome o que, conhecendo—*á sabiendas*—a injustiça que commette, a verifica e leva a effeito—*se sera décidé*—sómente por que se propõe dar pasto a um resentimento, ou prestar favor a quem da sentença tira uma vantagem ou uma vingança em detrimento publico ou particular.

Que exista injustiça manifesta.

É esta uma importante declaração, feita no Cod. Hesp. ao Cod. Fr., que o nosso art. adoptou, e com acerto. Apesar da imperfeita redacção do Cod. Fr., assim o haviam entendido Chauveau e Helie. É essencial que a injustiça se encontre no fundo da decisão. O juiz, accusado de haver proferido sentença por influencias de odio ou de amisade, pôde limitar a sua defeza a sustentar a justiça do seu julgado, porque esta é exclusiva d'essas influencias.

Não basta mesmo que a sentença seja injusta, é necessario que a injustiça seja *manifesta* ou *notoria*, segundo a phrase de nossas antigas leis. Quando as provas se contrabalançam; a lei não é clara; é preciso empregar as regras da interpretação doutrinal para julgar pela *identidade* ou *maioria* de rasão; a respeito da questão de direito ha diversos textos que se combatem e que é preciso conciliar; sobre a mesma questão, em these, são variadas as opiniões dos doutores e interpretes; o juiz, que prestou juramento de fazer observar todas as leis, lutar entre a Carta e a lei contraria á Carta: em todos esses casos o partido que o juiz tome, para sair da difficuldade, qualquer que ella seja, não pôde ser considerado *manifestamente injusto*.

Seria uma iniquidade impor ao juiz a obrigação de julgar, não obstante o silencio, obscuridade ou falta de lei, como está no art. 1:243.º da Ref. Jud., e depois, porque outros juizes que tambem são homens, e como taes sujeitos a erro, julgaram a questão por diverso modo, fazer-lhes um crime de uma injustiça que pôde ser absoluta, porque a verdade é uma só, mas que tambem pôde sómente ser relativa aos juizes de uma opinião diversa, postoque mais bem fundada.

Nos casos duvidosos pois o juiz que é limpo de mãos, que não recebeu dadia nem presente, pôde limitar ainda a sua defeza a sustentar que a decisão era difficil, e portanto a injustiça se a ha não é *manifesta*, e que quando muito podem os seus juizes notar-lhe um erro, um desacerto, mas nunca o crime de prevaricação em seu officio:

«*In dubio judex, non dolo, sed per imperitiam male judici-casse præsuntur.*» É uma presumpção esta que milita sempre a favor do juiz, emquanto manifestas provas a não destruir.

Que existam de facto sentimentos de favor ou de odio a uma das partes.

Este elemento da criminalidade do facto, aliás essencial, e que torna quasi impossivel a *aplicação pratica* d'este nosso art., como do correspondente art. do Cod. Fr. consideraram Carnot, Chauveau e Helie, Sulpici e outros, foi muito combatido em França no conselho d'estado em que se approvou o mesmo Cod.

A respectiva commissão propoz mesmo a supressão do art., porque, para se decidir a existencia d'esse elemento, seria preciso penetrar os reconditos do coração do juiz; e não ha vistas humanas, por mais atiladas que sejam, que possam prescrutinar a consciencia de cada um. Só a Deus é dado ler n'esse livro—*De internis solus Deus*—.

É grande crime, grande peccado no foro da Igreja, segundo a moral, segundo a religião, o procedimento de um juiz que espolia, que arruina, que deshonor, que escraviza, que mata, cobrindo hypocritamente essas violencias e attentados com a mascara da justiça. Mas a justiça humana não pôde achar crime senão nos factos que se manifestam por circumstancias exteriores.

A sentença pôde ser *manifestamente injusta*; pôde ser apreciada como tal porque é um factio patente, escripto e publicado; mas os sentimentos de odio ou de favor que podem tê-la inspirado, assim como nasceram na alma do juiz, lá ficaram sem manifestação alguma.

Esse factio *preparatorio* não deixou vestigios; não pôde comprovar-se por testemunhas; a formação do corpo de delicto quer directo, quer indirecto, não é realisavel, porque não pôde completar-se. Só restam os indícios e as presumpções; e nada mais arbitrario que descer sómente em espirito á consciencia do Juiz para interpretar os seus motivos.

E a que perigo não podem ficar expostos os juizes, se por taes fundamentos devessem ser accusados? Como poderiam administrar imparcial justiça quando tivessem, em causa civil ou crime, de condemnar um poderoso da terra?

Se as circumstancias demonstrativas do odio ou da amizade existiam antes da sentença, porque em tempo não deduziram as partes a competente suspeição?

Depois é preciso notar que a questão se complica, attendendo-se a que o nosso art., assim como os do Cod. de que se derivou, não tomaram para elemento essencial da incriminação os sentimentos do juiz, mas o *effeito* d'esses sentimentos, as determinações da sua vontade por elles produzidas.

Um juiz não só pôde, mas deve, ser superior ás pai-

xões'. Impassivel e imparcial como a lei de que é ministro, tem quando julga, por escabello de seus pés, o rio Lethes. 'Se em alguma causa não tem esta coragem, esta abnegação de si mesmo e de suas relações com os outros homens, deve abster-se de julgar. Declare-o assim, que a lei o auctorisa.

Logo as provas intrinsecas de odio, de amizade ou de gratidão, podem demonstrar a existencia d'esses sentimentos, tornar concludente e procedente uma *suspeição*, mas nunca *ex post facto*, a existencia da *vingança*, do favor ou da *recompensa*, á custa da justiça, á custa do alheio. São effeitos *possiveis*, mas não *necessarios*.

Nem a *logica*, nem a *justiça*, nem a *verdade*, podem por meios humanos seguir em taes casos o fio que se destaca de taes effeitos até o prender com a sua causa.

A questão ainda mais se complica se notarmos, que o nosso art. é concebido em termos *genericos*—*todo o juiz*—, e que portanto comprehende os juizes, qualquer que seja a sua categoria, instancia ou competência. Abrange assim os juizes eleitos, ordinarios e de direito, os das relações, os jurados, os do supremo tribunal de justiça.

Se se trata dos juizes da primeira e ultima instancia, em causas que cabem na sua alçada, o damno resultante não é de consideração, e a pena por isso da perda de direitos politicos, que é uma das maiores perpetuas, é gravissima. A suspensão do julgador, se é inamovivel, ou a de julgar, se o não é, alem das perdas e danos em dobro ou tresdobro, seria mais justa, mais exequivel, e por isso mesmo mais exemplar².

Se se trata dos mesmos juizes, mas em causas que exce-

¹ Loin du séjour des passions humaines. — D'Aguesseau, Pensées.

² « En thèse générale, la gravité du préjudice est un des éléments de la gravité de la peine; cette règle est gravée dans la conscience humaine, qui ne placera jamais sur la même ligne l'agent qui n'a soustrait qu'un objet minime, et celui qui s'est emparé de valeurs considérables; non seulement la lésion, non seulement l'alarme de la société ne sont pas les mêmes, mais la criminalité elle-même semble refléter des degrés divers suivant les résultats mêmes de l'action, soit parce que l'agent n'a pas mis la même puissance de volonté dans l'exécution du crime, soit parce que l'exiguité du dommage « ne révèle qu'une immoralité incertaine et peu dangereuse pour l'ordre social. » Chauveau e Hel.

dem a sua alçada, as sentenças no sentido da lei penal só podem considerar-se *definitivas*, isto é, que põem termo á causa quando tenham passado em julgado.

As partes, se não recorrerem, consentiram na sentença; se recorrerem, a sentença só deriva a sua força da confirmação no tribunal superior. O nosso art. não deve então ser applicado senão aos juizes d'esse tribunal, porque só esses juizes proferem a sentença definitiva.

Mas se o tribunal superior for uma relação, um tribunal colectivo? Procede não a mesma razão, mas uma sombra d'ella, contra não só o juiz que fez vencimento, mas contra aquelles que com elle concorreram em igualdade de voto; porque, se qualquer d'elles, quando foi movido por odio ou paixão, seguisse o caminho da verdade e da justiça, os impulsos de sua consciencia, podia o feito passar a outros juizes que, conformando-se com o seu voto, *talvez* produzissem uma decisão contraria.

Talvez, dizemos, porque ninguem pôde asseverar que, se um ou outro juiz votasse de outra fórma, os que se seguissem haviam de votar com elle, e não com os mais que em sentido opposto haviam propalado ou escripto a sua opinião. Assim temos que, nos tribunaes collectivos, o procedimento criminoso de um dos juizes, não sendo causa, nem exclusiva nem necessaria, da injustiça da sentença, nem consequentemente do danno que se seguiu, a pena não pôde, nem deve ser a mesma.

E se toda a relação ou tribunal foi unanime, foi concorde? Esta mesma possibilidade *quasi* desaparece; porque o voto de um não poderia prevalecer, não é provavel que prevalecesse, contra o sentir de todo o tribunal. Dizemos *quasi*, porque é possível, ainda que remotamente, que, se o juiz apaixonado não fizesse côro com os seus collegas, conferindo com elles sobre o merito da causa, os fizesse demover ou persuadir pela força das suas razões e argumentos.

N'esta hypothese portanto, em que até a *possibilidade* de evitar o mal e tão remota, é mais que incerta, a pena deveria ainda ser menor que na hypothese precedente.

E se o officio do juiz ou juizes não for julgar sobre todo o fundo e substancia da causa, mas sómente em parte, sobre

o direito applicavel, por pertencer ou ter sido essa parte, como materia de facto, submettida aos jurados, deverão esse mesmo juiz ou juizes ser punidos com a mesma pena?

Não, porque a falsa applicação da Lei já não pôde ser a causa de *tudo* o damno resultante de uma declaração affirmativa do jury; a absolvição é forçada em caso de ser negativa a mesma declaração, e o excesso da applicação do direito só se torna definitiva, ou pela acquiescencia das partes ou porque os condemnados, recorrendo, não alcançaram melhoramento nos tribunaes superiores: e cada um dos juizes d'esses tribunaes tem mais a seu favor esta circumstancia, alem das ponderadas na ultima hypothese.

E se os juizes o são de facto, e a decisão foi manifestamente *iniqua*? Que responsabilidade cabe aos jurados e aos juizes de direito?

É muito para duvidar, não obstante a expressão = *tudo o juiz* =, se estas palavras são comprehensivas dos juizes de facto; porque o Cod., sempre que quiz comprehender os jurados, os mencionou expressamente, como se prova dos art. 319.º e 320.º

Mas, considerando-os comprehendidos nos termos genericos do art., ou pelo menos nos da ampliação feita no § 4.º, pôde algum d'elles tirado á sorte, e consentido depois pelas partes, pelo uso ou não uso das recusações, ser responsavel pelos impulsos de vingança ou de favor que lhe possam ser attribuidos, quando ou o seu voto não influíu na decisão do ponto do facto, se ella foi unanime, e se não pôde saber *legalmente* se foi vencedor ou vencido, por assignarem todos sem declaração, não ficar acta alguma de conferencia, e quando a mesma lei commetteu essa decisão de um modo absoluto e sem restricções á omnipotencia e consciencia d'elles?

Não pôde. Mas grande responsabilidade toca ao juiz de direito, poderá dizer-se, porque se a decisão sobre o facto foi *manifestamente iniqua*, devia elle impedi-la annullando-a e convocando novo jury, nos termos do art. 542.º § 3.º da Ref. Jud. Mas o juiz pôde não ter formado esse conceito das declarações do jury, e nem da omissão se pôde concluir que foi causa da condemnação ou absolvição, porque elle não po-

dia ter a menor certeza de que o segundo jury se não conformasse com o primeiro. E como se poderia avaliar a injustiça manifesta em tal caso, se do conjunto de circumstancias occorridas durante o acto da audiência do julgamento da causa e que formam os elementos da intima convicção dos jurados, não ficam vestígios escriptos que possam constituir o corpo de delicto?

Se dos juizes de primeira e segunda instancia passámos aos membros do supremo tribunal de justiça, quando, por a questão ser puramente de direito, e portanto ella só constituir o *fundo e substancia da causa*, ou esse tribunal nega ou concede a revista. Se a nega, é elle, são os conselheiros vencedores da respectiva secção que tornam *definitivas* as sentenças das relações, e então é applicavel a cada um d'elles o que dissemos a respeito dos membros das mesmas relações, quando os seus accordãos, por caber o objecto da demanda na sua alçada, não comportam o recurso de revista. Se a concede, o processo vae ser novamente julgado por diversos juizes, em conformidade com a Lei de 19 de Dezembro de 1843, e são estes então que, fazendo sua a opinião do supremo tribunal, acabam a demanda.

E pôde esse accordão ser considerado *manifestamente injusto*, quando é conforme ao da concessão da revista? Pôde o supremo tribunal, unico competente para julgar dos crimes dos juizes das relações, condemnar então algum d'esses juizes em secções reunidas, quando uma d'ellas se acha comprometida pela identidade e conformidade do julgado?... Quando foi uma d'essas mesmas secções a que deu ao juiz, accusado de parcial ou de vingativo, a occasião de *prevaricar*?...

Mas supponhamos, como tantas vezes acontece, que a segunda relação julga como a primeira, e que não se conformando as partes com o julgado, o processo volta em segunda revista ao supremo tribunal. Então o *fundo e substancia* da causa é julgada ahi *definitivamente* em secções reunidas, e os juizes da relação, a que o mesmo processo volta, tendo de conformar-se com a decisão do supremo tribunal, não podem ter por isso a menor responsabilidade.

Essa responsabilidade caberia toda aos membros de am-

bas as referidas secções, ou á maioria dos membros d'ellas que fez vencimento. E pôde então algum d'esses conselheiros ser ahi accusado, quando está de antemão justificado e absolvido pelos mesmos juizes que poderiam condemna-lo? Pelos mesmos juizes que participaram com igualdade do mesmo acto que se pretende qualificar *manifestamente injusto*? Hão de elles, contravindo e desapprovando o proprio facto, que é common, sacrificar um dos seus collegas?...

E pois evidente que a expressão = *tudo o juiz* =, de que se serve o nosso art., não pôde ter execução alguma pratica, assim como a não podem ter os outros elementos da incriminação; e quando a tivessem, a penalidade seria excessiva e injusta, relativamente considerada.

As garantias da boa administração da justiça, estão: 1.º, na boa escolha dos magistrados; 2.º, em se tornar effectiva e não dormente a execução das medidas disciplinares; 3.º, nas suspeições aos juizes, nas recusações aos jurados, e nos recursos já de agravo, já de appellação, já de revista, que as leis facultam; 4.º, em poderem *todos* ser accusados por *suborno, peita, peculato e concussão*, não só pelas partes prejudicadas, mas por qualquer pessoa do povo, nos termos do art. 124.º da Carta.

Na nossa antiga legislação se encontra a Ord. do liv. 1.º tit. 63.º ordenando, que nas devassas geraes se perguntasse *em geral* se os juizes *de fóra*, das cidades e villas do reino, antecessores do devassante = deixavam de fazer direito por temor, peita, amor, odio ou negligencia =, assim como se encontrava a que dizia respeito ás residencias dos mesmos juizes, para que mais não podessem continuar no serviço, se a respectiva syndicancia demonstrava factos, que ou os *constituíssem criminosos de culpa grave*, ou *manifestassem n'elles ignorancia ou ineptidão*: Alv. de 8 de Fevereiro de 1775.

Quanto aos juizes das relações, não podiam ser demandados, nem mesmo por acção crime, civilmente intentada para reparação de damnos causados por *sentença contra direito e ordenações*, sendo tolhidas quaesquer citações aos mesmos juizes, « porque d'este modo *se não tirava ás partes o remedio das revistas, nem o mais que tivessem*; e sómente se impedia que não houvesse introdução tão prejudicial, como era

« citar desembargadores pelas sentenças que tivessem dadas »: Ass. da casa da supplicação de 28 de Novembro de 1634.

Nos tribunaes collectivos, como se não pôde tornar effectiva a responsabilidade de um dos juizes, pelo motivo especial de *odio ou affeição* a uma das partes, sem que ao mesmo tempo não fique mui gravemente affectada a reputação dos com-juizes ou adjuntos que tomaram parte na sentença que é arguida de *manifestamente injusta*, seria necessario, quanto á pena e á reparação do damno, que d'entre os do mesmo tribunal houvesse um chanceller, designado por lei, que tivesse o direito de obstar á execução de taes sentenças, e que fosse, pelo facto de ter consentido n'essa execução, deixando-as transitar, o responsavel principal.

Mas uma tal providencia, conforme com a legislação do Cod. da China, secç. 409.^a, nunca esteve em nossos costumes, nem se poderia facilmente introduzir nos da Europa civilisada.

Conforme ao art. 714.^o § 3.^o da Ref. Jud. os juizes das relações, aindaque tenham sido de contrario parecer, ficam *in solidum* responsaveis pelo julgado, se não assignaram o accordão com a declaração de=*vencidos*=. Esta responsabilidade consistia, alem da reparação do damno, na sujeição á perda do logar em casos graves, nos termos dos art. 122.^o, 123.^o e 124.^o da Carta.

O Cod. do Brazil, art. 129.^o e § 1.^o, considera incursos no crime de prevaricação os juizes « que por *affeição, odio* « ou *contemplaçào* ou para promover interesse pessoal seu, « *julgarem... contra a litteral disposiçào da Lei* » e lhes impõe a *perda do emprego* e de *inhabilidade para outro* por um anno e multa correspondente a seis mezes, no grau maximo; as mesmas penas, menos esta inhabilidade, no grau medio; e suspensão por tres annos e multa correspondente a tres mezes, no grau minimo.

O Cod. das Duas Sicilias, art. 199.^o, pune os juizes indistinctamente, que se determinarem *por favor ou inimidade* a uma das partes, com a interdicção de funcções publicas de *seis a vinte annos*. O Cod. da Sardenha, art. 295.^o, fez igual incriminação, impondo a interdicção de funcções publicas indefinida e multa determinada.

O moderno Cod. da Baviera, art. 352.^o n.^o 2.^o, contentou-se em formular uma disposiçào generica contra todo e qualquer funcionario que violar scientemente os deveres do seu cargo, ou para procurar uma vantagem pessoal, ou para causar um damno ao Estado ou a um cidadão, impondo a pena de demissão, ou a de suspensão, se o caso offerece pouca gravidade.

O Cod. da Austria, art. 85.^o, contém uma similhante determinação, designando causa impulsiva de paixão « soit qu'ils « agissent par intérêt ou qu'ils soient mus *par quelque passion* »; impondo a *prisào dura de um a cinco annos*, art. 87.^o « selon le degré de criminalité et l'importance du préjudice qui en est résulté ».

Mello Freire no seu Ensaio do Cod. Cr., tit. 44.^o § 9.^o, tambem adoptava uma incriminação analogá.

« E dando *alguma sentença injusta por malignidade e vinça* « *gança ou affeição* será *infame*, e pagará em dobro o *prejuizo que deu*. »

Finalmente o mod. Cod. da Prussia, § 314.^o, reduz a sua incriminação aos seguintes termos:

« O empregado publico que de proposito em actos de publica administração ou na decisão de causas judiciaes se tornar culpado de injustiça, protegendo ou prejudicando uma « das partes, será punido com a prisão de trabalhos forçados « até cinco annos. »

Sobre a penalidade=*perda de direitos politicos*= continuámos a dizer, que a temos por inconstitucional.

O juiz, como tal, nos termos da Carta, deve ser demittido, mas, como cidadão, só pôde ser prejudicado, em conformidade com a mesma Carta, no exercicio dos ditos direitos, durante o cumprimento de uma das penas de prisão ou de gredo, como havemos demonstrado em outros logares; e de facto, logoque se possa provar que um juiz dentro da sua alçada foi causa determinante e irrevogavel, com dolo mau, de uma injustiça, deve ser submettido a prisão penitenciaria por mais ou menos tempo segundo a importancia do damno resultante.

Com a determinação do § 1.^o concorda o cit. Cod. Pen. da China, secç. 49.^a: « Le membre de la cour, qui devra être

«principalement responsable de telles prévarications, subira la «peine... qu'on aura infligée au prisonnier condamnée injustement.»

Discorda porém completamente o Cod. Fr., que no art. 183.º, em harmonia com os art. 166.º e 167.º, não distinguui a gravidade do prejuizo, punindo o crime em todos os casos e em toda a materia com a mesma pena de *degradação civil* correspondente á prevaricação menos qualificada = *forfaiture* =.

Concordam porém os Cod. Hesp., art. 262.º n.º 1.º, e o do Brazil, art. 129.º

Quanto á justiça e applicação pratica do que se dispõe n'este §, chamámos a attenção sobre o que deixámos ponderado ao art. 238.º § 1.º Da sentença condemnatoria, proferida nos casos d'este §, cabe sempre appellação, assim como a revista.

Só deve reputar-se *definitiva* para os effeitos penaes a ultima sentença que põe termo á causa. Depois, como se trata de causa criminal, a condemnação, a decisão suprema e definitiva, não está tanto nas sentenças dos juizes, como nas decisões do jury. Os juizes não podem condemnar quando o jury absolve, nem absolver quando o jury condemna. A sua responsabilidade reduz-se á não conformidade com as respostas dadas aos quesitos; impondo maior ou menor pena que a determinada na lei, mas não causam assim um damno immediato ao réu, porque aos tribunaux superiores cumpre corrigir o excessos na attenuação ou aggravação da pena.

A pena de *talião* applicada ao juiz não é necessaria, e é portanto injusta¹; porque só a necessidade pôde justificar a escolha, qualidade e gradação das penas.

Nos termos absolutos em que o § é concebido = *pena mais grave, será esta imposta* =, que respiram o espirito de *vingança* = *dentem pro dente, oculus pro oculo* = e não o da imposição de uma pena como *remedio social* contra o *mal tamem social resultante do delicto*, pôde a applicação do mesmo § ir até ás penas perpetuas de degredo, de prisão, de trabalhos for-

çados e mesmo de morte, em desharmonia com o pensamento qua presidiu á excepção que se encontra no art. 86.º

É verdade que o § concorda substancialmente com o art. 351.º, porque o juiz que assassina voluntariamente, julgando com manifesta injustiça, assassina com premeditação, com as circumstancias aggravantes de traição, de aleivosia e de violação dos deveres do cargo. Mas este argumento prova de mais, pois comparativamente o crime aqui é muito mais grave, e então é precisa uma pena mais grave que a de morte.

Mas deve aqui attender-se independentemente da nossa reprovação absoluta d'essa chamada pena, que em toda a pena se devem considerar os seus effeitos moraes em relação á qualidade das pessoas dos condemnados.

Mello Freire no logar supra citado, encarando o crime com todo o horror que elle lhe merecia, tinha bem pesado a pena adequada, escrevendo = *será infame* =.

N'esta situação a morte é, para o magistrado, um meio de pôr termo á sua deshonra, ao seu opprobrio. Depois, deve mais attender-se, em vista do que ponderámos, á difficuldade da prova sobre motivos de consciencia. Quaesquer que sejam esses meios não podem ser senão *indirectos*, indicios e presumpções. Podem laborar em falso supposto, podem não ser mais que base para o sophisma = *cum hoc, ergo propter hoc* =.

Ora em taes casos é de justiça deixar sempre a todo o condemnado a esperanza de um dia se rehabilitar, de se justificar, de mostrar a innocencia que não pôde provar durante o seu processo; e para este effeito cumpre que se não imponha uma pena *irreparavel*.

Este principio humanitario c da maior justiça se acha consignado no art. 430.º part 1.º do Cod. da Austria, prohibindo então, não só a pena de morte, mas qualquer outra que exceda a vinte annos de prisão.

Depois, ainda cumpre advertir que, por mais que se queira afeiar o procedimento do juiz que condemna por paixão, não lhe pôde ser imputavel o ter semelhantes sentimentos, mas sómente o de não reinar sobre elles. As paixões fazem algumas vezes loucos os mais habeis e habeis os mais ineptos; e nada custa menos ás paixões que o collocarem-se acima da intelli-

¹ Veja-se o que dissemos em outro logar a respeito d'esta penalidade.

gencia. «As paixões cerram todos os olhos, tapam todos os «ouvidos, e não deixam nem a mais leve passagem á luz nem «ao brado da razão»¹.

O legislador deve dar ao crime todo o horror que elle inspira. Mas o legislador é homem, legisla para a humanidade e para bem da humanidade; deve portanto dar ás fraquezas inherentes á natureza humana o devido desconto, illustrar, corrigir e não destruir a pretexto de punir. Louvâmos pois n'este ponto o silencio do Cod. Fr., que já não guardou nos casos indesculpaveis de *corrupção* dos juizes ou de venda da justiça, comquanto uma e a mesma pena fulminada ali, sem attenção á maior ou menor gravidade dos casos, seja sempre uma gravissima injustiça.

Quanto ao disposto no § 2.º é deficiente.

Cumpria fazer distincção. Se a sentença não versou sobre o fundo e substancia da causa, é um caso de menor importancia. Mas entre as interlocutorias que versam, ou sobre incidentes ou sobre termos e instrucção do processo, ha umas que, ou têm força de definitivas, ou influem efficazmente sobre o fundo e substancia da causa, ou contêem damnos irreparaveis; e ha outras que não têm essa força, influencia nem effeitos, e cujos inconvenientes, ou são nullos, ou podem inteiramente ser prejudicados ou emendados pela posterior definitiva, ou por virtude dos competentes recursos.

Esta distincção sempre existiu na nossa legislação, existe actualmente, nem podia deixar de existir nas leis em vigor; e portanto, se a importancia do prejuizo deve ser sempre attendida para se aggravar ou attenuar a pena, estabelecer-se para casos diversos em gravidade de effeitos uma e a mesma pena perpetua e irreparavel, como é a demissão, não pôde ser conforme, nem á verdade moral dos factos, nem aos principios do direito penal.

A mesma pena de demissão é gravissima em relação a sentenças interlocutorias da primeira classe; porque o magistrado, perdendo o seu logar, perde tudo quanto pôde perder moral e materialmente: a reputação e a subsistencia que podem ser causa da

sua morte ou apressa-la. É uma pena que, sem corrigir, mata a esperança ao arrependimento, tornando-lhe impossivel ou improficua qualquer rehabilitação.

O Cod. Fr. não distinguui a qualidade nem a natureza das sentenças; o Hesp. restringiu-se ás definitivas, não tratando das outras; o Cod. da Sardenha tambem não fez distincção alguma, assim como o das Duas Sicilias; o mesmo praticou o Cod. da Baviera, o da Austria e o do Brazil.

Quanto á determinação do § 3.º se nos offerece dizer que se poderia ter como sua fonte proxima o Cod. do Brazil, art. 129.º § 3.º: «Serão julgados prevaricadores os empregados dos publicos que por affeição, odio ou contemplação... *aconselharem* alguma das partes que perante elles litigarem» se a redacção do mesmo § o não tivesse desprendido do elemento constitutivo da incriminação d'este nosso art. = *por favor ou por odio* =.

Assim redigido, offerece o § uma incriminação diversa que mais se conforma com a Ord. do liv. 3.º tit. 28.º § 2.º, com a differença: 1.º, de que esta sómente fazia esta prohibição aos juizes das relações ou a qualquer outro magistrado judicial de igual ou superior categoria; 2.º, de que a prohibição do conselho comprehendia todo e qualquer objecto de = *demanda movida ou por mover, ou que se possa mover* =.

O nosso § ampliou a prohibição, fazendo-a indistinctamente a todo e qualquer juiz, e restringiu-a, limitando-a aos *negocios pendentes* perante elle.

Por consequencia tornou licitos os conselhos do juiz a uma das partes sobre negocio ainda não pendente, mas que possa vir a pender, ou que sendo pendente em juiz tenha logar essa pendencia em tribunal diverso, postoque inferior, ou que forem dados não a uma das partes no interesse commum.

E em verdade o juiz que no começo do litigio, ou antes de provas dadas ou de sentença definitiva, ou mesmo depois presta conselho, não a uma das partes, em favor de uma e em detrimento de outra, tendente a conciliar ambas as partes, exerce as nobres funcções de juiz de paz, previne muitas rixas e desordens; pratica emfim um acto de *honestidade*, como lhe chama a Ord. do liv. 5.º tit. 20.º § 1.º A Carta, que

¹ Bastos, Coll. de pens.

manifestou tão terminantemente o pensamento do legislador, para que este resultado se conseguisse, com mais forte razão deve desejar que o mal do litigio não progrida, terminando por uma transacção ou amigavel composição.

Assim entendido fica o art. de perfeita conformidade com o Cod. do Brazil que tambem não prohibe os conselhos dados em negocios pendentes, quando o não são a uma das partes, como favor, tendente a facilitar-lhe o vencimento ou andamento do processo, ou em odio da outra parte, para que fique de peor condição, tendente a suscitar-lhe difficuldades ou a fazer-lhe perder, em parte ou em todo, o objecto da sua demanda.

Mas, não sendo com este fim louvavel, o § parece-nos diminuto, por isso que não deve ser restricto aos litigios pendentes perante o juiz, mas tambem aos que perante elle possam ser instaurados ou trazidos por via de recurso. Em substancia adoptariamos a nossa Ord. nas palavras *demanda movida ou por mover*.

O juiz que é, ou que póde vir a ser, em uma demanda, corre grande perigo de se inhabilitar e de se tornar suspeito, propalando a sua opinião directa ou indirectamente, de que a parte aconselhada se póde aproveitar para seus fins prejudiciaes á outra parte; e isto ainda que o conselho seja justo e em favor do Estado ou da fazenda publica, como bem adverte o senador Oliveira¹:

«... como póde acontecer, aconselhando algum denunciante que pretende tirar para a fazenda ou para a corôa alguns bens. Incorre nas penas da Ord., porque n'ella não se acha exceptuado este caso, antes comprehendido; porque os que têm officio de julgar não podem aconselhar, podendo succeder que venham a ser juizes ou que por outro algum modo tenham voto no negocio ou na causa».

Ultimamente tomámos a liberdade de dar nós mesmos um conselho aos juizes, e é de se absterem de dar conselho a alguma das partes, por mais puras que sejam as intenções que a isso os persuadam. Um auctor² que muito estimámos escreveu:

¹ Repert. ás Ord. — Juiz das Relações não póde, etc. — Not. (b).

² Bastos, Coll. de pens.

«Amam-se algumas vezes os conselhos; os conselheiros nunca.» Esta maxima é de todas a mais verdadeira, quando applicada aos juizes que se prestem a dar conselho. As partes aproveitarão algumas vezes os conselhos, mas os juizes perderão o bom conceito que d'elles se tenha formado. Os juizes pois, dando conselho, têm tudo a perder e nada a ganhar.

Sejam pois rectos e discretos, que será o unico meio de conciliar o seu dever com a estíma de si mesmos e de amigos e inimigos. A uns imporão o respeito, a outros o silencio.

Quanto ao § 4.º se nos offerece notar que na sua generalidade comprehende os jurados, o conselho d'estado, o tribunal do thesouro, o tribunal de contas, o conselho superior de instrucção publica, o conselho de saude, o conselho ultramarino, o conselho de obras publicas, as auctoridades e conselhos administrativos, as camaras municipaes, as auctoridades fiscaes, etc.

Concorda o Cod. Hesp., art. 263.º, o Cod. Fr., art. 183.º, o Cod. do Brazil, art. 120.º, e outros.

São applicaveis em grande parte as reflexões que fizemos a respeito dos juizes.

Devia-se, para se graduar a pena com justiça, distinguir a auctoridade singular da auctoridade collectiva. A causa efficiente do damno resultante da decisão não tem a mesma força em ambos os casos.

Acresce que a assimilhação dos actos administrativos, ainda que decididos em fórma *contenciosa*, nunca fazem ou não devem fazer do *preto branco* e do *branco preto*.

Exceptuando o tribunal de contas n'aquella parte de suas attribuições em que, segundo o seu regulamento, constitue um verdadeiro tribunal especial de justiça, todas as decisões das auctoridades administrativas, quer espontaneas ou officiosas, quer do *contencioso administrativo*, não são irrevogaveis.

Dependem, ou podem depender, de decreto ou de recurso para o governo, de quem essas auctoridades não são mais essencialmente que agentes ou delegados, e então, ou as partes se resignam com as decisões e a si devem imputar n'esse caso os effeitos da sua negligência; ou sobre recurso, ou reclamação ao governo, as decisões são por este confirmadas,

e então é o mesmo governo que concentra em si toda a responsabilidade, e se torna assim causa directa, definitiva e immediata do damno.

As mesmas decisões do conselho d'estado, tomadas sobre contencioso administrativo, são reduzidas a fórma de consultas, e não podem ter execução sem que sejam confirmadas por decr. do governo, como é expresso na lei, e o governo não é chamado sómente a authenticar ou a homologar essas consultas; pôde-lhes negar o seu assenso, modifica-las e até decidir em sentido contrario, do que ha exemplos.

O contrario seria formar um Estado no Estado, e constituir jurisdicções e competencias, que seriam uma usurpação tanto do poder judiciario, como do poder executivo.

Administrar significa o mesmo que executar as leis. Poder executivo ou poder administrativo são palavras que exprimem a mesma idéa, que têm a mesma significação. O contencioso administrativo não é mais que uma subdivisão em um dos poderes constitucionaes, que pertence ao rei, que o exerce pelos seus ministros, que são os responsaveis em ultima instancia, como é doutrina expressa na Carta, art. 75.º e 135.º

Por isso o Cod. Hesp. com muita rasão, no cit. art. 263.º, não fallou só do *contencioso* da administração, e antes comprehendeu na sua incriminação todos os actos d'ella=*decision en negocio contencioso administrativo ó meramente administrativo*=, contentando-se em comminar sómente a pena de inhabilitação perpetua *especial*= que corresponde á demissão do emprego e inhabição de serviço publico da mesma especie; não carecendo o governo de mandar formar culpa ao delinquente, senão quando o empregado publico tem por lei a garantia de não poder ser demittido sem sentença.

De uma mesma disposição do Cod. Hesp. confrontada com a do art. 262.º se vê, que o Cod. apreciou como de menor gravidade as decisões da auctoridade administrativa que as da auctoridade judiciaria, punida esta ali com a inhabilitação perpetua, mas *absoluta*. Esta differença é acertada, por isso que o objecto sobre que recaem as decisões da administração, não sendo criminal nem de *propriedade*, em sentido res-

tricto, dos cidadãos, são sempre e em geral de menor importancia que as decisões judicarias.

Ainda assim o Cod. Hesp. labora no grande defeito por impor uma pena perpetua, que é sempre um maximo individual, e como tal não pôde ser uma pena proporcionada a casos graves e gravissimos.

Este nosso § não só adoptou o defeito, mas aggravou-o assimilando factos diversos por sua natureza, e em rasão dos agentes que o Cod. Hesp. distinguia; e não só isso, excluiu da incriminação os actos=*meramente administrativos*=, que o mesmo Cod. equiparou aos=*contenciosos*=, ficando assim os juizes de peor condição que as auctoridades administrativas, quando elles procederem sem fórma de processo contencioso, como acontece em muitos casos, em que simplesmente prestam a sua intervenção e *nobre officio*.

Quanto finalmente ao § 5.º a sua disposição é estranha ao objecto do Cod. Pen. Alem d'isso o § devia referir-se não ás *disposições antecedentes*, mas restrictamente ao art. 284.º, e este mesmo só em *materia civil*. Em materia criminal não se carece de acção de nullidade. A mesma sentença que condemna o juiz deve ter o effeito de annullar o julgado, para que o processo crime principal volte a ser novamente sentenciado por outro juiz ou juizes, que devem absolver ou condemnar, segundo o merecimento dos autos e qualidade da culpa. Dizemos *condemnar*, porque a sentença pôde ser *manifestamente injusta* quanto á qualificação do crime, quanto á natureza ou quantidade da pena, sem que por isso o condemnado seja um innocente, mas um criminoso de certa ordem, que não deve prevalecer-se d'aquella circumstancia para ficar impune.

A acção de nullidade tambem não pôde ter logar, quando a sentença *não sendo manifestamente injusta* nos termos dos §§ 2.º e 3.º, o juiz sómente soffreu condemnação em rasão de conselhos dados a uma das partes, ou de despachos que não respeitavam *ao fundo e substancia da causa*; e seria absurda a mesma acção se se pretendesse applicar ás decisões do contencioso administrativo.

Não se fazendo pois caso da expressão=*disposições an-*

tecedentes—que litteralmente são todas as do art. com seus §§, e restringindo a de—*acção de nullidade*—á materia civil, temos que da condemnação do juiz, que proferiu a sentença, nasce o direito a intentar-se uma similhante acção.

Esta disposição é uma novidade, que se não accomoda com as leis do reino, e que constitue um direito excepcional, que repugna ás determinações das mesmas leis, como se demonstra pelas seguintes considerações.

1.^a Na Ord. do liv. 3.^o tit. 75.^o era expresso que a sentença por direito nenhum era feita valiosa, se o juiz julgasse contra o *direito da parte*, e não *contra o direito expresso*, sempre que a parte não tivesse appellado em tempo.

Este nosso §, não tratando das sentenças *nullas por direito*, mas em geral das *manifestamente injustas*, comprehendeu tanto as offensivas do direito da parte, como as proferidas contra a expressa determinação das leis; e tanto as que tenham como as que não tenham sido recorridas em appellação ou revista.

Conforme a esta mesma Ord. e outros logares concordantes não podem mais recorrer da sentença aquelles que consentiram n'ella expressa ou tacitamente; e como as acções de nullidade ou rescisórias são um *remedio extraordinario* de direito, que se não póde admittir sem que se esgotem os *ordinarios*, a parte que abandonou estes não póde usar d'aquelle se a sentença não era contra *direito expresso*.

2.^a Esta mesma distincção desapareceu com a nova legislação sob o regimen constitucional, como se vê da Ref. Jud., art. 681.^o § 13.^o, e do Decr. de 19 de Maio de 1832, cap. 1.^o art. 5.^o; e Lei de 19 de Dezembro de 1843, art. 17.^o, segundo as quaes a acção de nullidade sómente ficou competindo contra as sentenças nos casos em que se verificar, por meio de provas civis e não criminaes, suborno, peita, peculato ou concussão nos juizes ou nos jurados, por superveniente prova de falsidade de documentos, por apparecimento de documentos novos e essenciaes, e por falta ou nullidade de citação da parte que foi revel, e *sempre*, para nunca ratificar o processado com o seu comparecimento.

3.^a Esta mesma acção de nullidade nos casos de *suborno*,

peita, peculato ou concussão, não póde ter logar se os juizes ou os jurados tiverem sido criminalmente julgados antes de proferida a sentença em ultima instancia, porque então não compete mais recurso algum que o *ordinario* da revista, como é expresso no art. 5.^o do cit. Decr. de 19 de Maio de 1819, excepto se a causa couber na alçada dos juizes que a proferiram, porque então cessa a razão restrictiva da lei.

4.^a Que n'estes mesmos casos a acção de nullidade existe independentemente do processó criminal e condemnação aos juizes ou aos jurados, e com justa razão, já porque as partes podem deduzir em juizo factos criminosos sómente para effeitos civis, já porque seria uma grande violencia sujeitar uma das partes a previamente querelar e accusar os juizes ou jurados, assim como seria grande injustiça tornar dependente do officio do ministerio publico e resultado d'esse officio o poder aquella mesma parte intentar a acção de nullidade, paralyssando-se-lhe assim os meios de remover o proprio damno proveniente da sentença.

5.^a Que se tem de ter logar uma acção de nullidade, um juizo plenario e contencioso, novo exame e apreciação de provas ou do direito por outros juizes, e com diversa jurisdicção e competencia, a condemnação do juiz em processo criminal ou é inutil por não constituir cousa julgada em relação á questão civil, ou é prejudicial por constituir os juizes em estado de prevenção a favor do auctor, e mesmo coarctar-lhes a liberdade de julgar pela collisão ou de proferirem uma decisão conforme á do juizo criminal, contra os dictames da sua consciencia, ou de pronunciarem diversamente, fazendo apparecer manifesta contradicção entre dois julgados, e uma reprovação indirecta e virtual da referida condemnação, sempre que esses juizes formem um diverso conceito sobre merecimento do fundo e substancia da causa.

6.^a Acresce que estes inconvenientes se poderiam não attalhar, mas attenuar, não se concedendo a acção de nullidade senão como subsidiaria, e sómente para se compor o damno, quando, depois de excutidos os bens do juiz condemnado estes não bastassem para a reparação, a que é obrigado pelas disposições do direito natural, pelas da Ref. Jud., art. 1:241.^o n.^o

2.º, e pelas do Cod., art. 104.º e seguintes, e em conformidade com a Carta, art. 123.º

Por todas estas razões dizemos, com todo o respeito devido a uma lei do Estado, que este § deve ser competentemente eliminado do Cod., como contendo materia, além de estranha, repugnante e impraticavel.

ARTIGO 285.º

Todo o empregado publico, que sendo obrigado pela natureza de suas funcções a dar conselho ou informação á Auctoridade superior, consultar ou informar dolosamente com falsidade do facto, será demittido.

Art. 43.º e ref.

A materia d'este art. é ainda a do art. 263.º do Cod. Hesp.:

«El empleado publico que à *sabiendas y com manifesta «injusticia dictare ó consultare»* etc.

Sobre conselhos ou consultas, ou como procedimentos contra a disposição da lei, ou como a dissimulação na informação, concorda o Cod. do Brazil, art. 129.º, nos §§ 1.º e 4.º, impondo a pena de demissão e de inhabilidade por um anno para qualquer emprego, além da multa correspondente a seis mezes no grau maximo; mais severo portanto que o nosso Cod. e o Hesp.

A Ord. do liv. 5.º tit. 10.º punia a *mentira* dita a el-rei por toda e qualquer pessoa, em prejuizo de terceiro, com a pena de degredo de dois annos para Africa, além de multa, salva a pena maior segundo as circumstancias, a arbitrio do julgador, e a injuria se fosse caso d'ella.

A Ord. do liv. 2.º tit. 43.º punia tambem aquelles que para impetrarem, alcançarem e utilisarem algum diploma regio se prevaleciam de uma informação falsa.

O art. 111.º da Carta declarou que «são responsaveis os «conselheiros d'estado *pelos conselhos que derem oppostos ás «leis e aos interesses do estado manifestamente dolosos.»*

O Decr. de 30 de Dezembro de 1836, art. 7.º, determina que os procuradores fiscaes pugnem em suas respostas pelos *justos e bem entendidos* direitos e interesses da fazenda, declarando *impreterivelmente o direito em que se firmam.*

Resulta d'esta confrontação, que os empregados publicos ou são obrigados por seu officio a dar *conselhos* ou a dar *informação* ou a prestar uma e outra cousa. No primeiro caso nada elles têm com a materia *de facto*; tomam esse *facto* como vem *constituído* ou *informado*, e sobre elle *aconselham* ou dão o *seu parecer* sobre o que julgam mais conforme ás leis e aos interesses do Estado: no segundo caso limita-se o officio dos empregados a extractar ou referir as circumstancias de *facto*, intrinsecas ou extrinsecas, em relação ao objecto da informação, com lealdade, sem as occultar, desfigurar, nem substituir; no terceiro caso preenchem os dois officios ao mesmo tempo, e têm portanto os mesmos deveres a respeito de cada um.

Ora o nosso art., tratando assim dos que dão *conselho*, como dos que prestam *informação*, é diminuto ou pelo menos confuso na sua redacção, porque as palavras=*com falsidade do facto*=restrictivas *do dolo*, e comquanto postostas ás palavras=*conselho* ou *informação*=não podem referir-se aos *conselhos*, porque n'estes se não trata de *facto*, mas do *direito*.

Deve portanto a palavra=*dolosamente*=ou entender-se sem a sua restricção sempre que se tratar de *conselhos* ou *consultas* e não de *meras informações*, aliás o *falso* e *doloso conselho* dado com *opposição ás leis* ou *aos interesses do Estado* ficaria impune, por se não dar n'elle *falsidade do facto*, o que seria absurdo, ou considerar-se as ditas palavras=*falsidade do facto*=n'um sentido amplissimo para comprehender=*como facto a existencia e disposição das leis*=.

Quanto á pena imposta no art., nós a temos como injusta, porque sendo *perpetua* e um *maximo*, não póde como *indivisivel* ser applicavel aos casos insignificantes, de menor gravidade, e em que o damno resultante a terceiros ou ao Estado ou é nullo ou de pouca importancia. A citada Ord. do liv. 5.º tit. 10.º era mais justa, porque estabelecendo contra a mentira dita a el-rei um minimo de pena grave, deixava ao arbitrio dos juizes augmenta-la ou proporcionar outra maior, segundo as circumstancias do delicto.

ARTIGO 286.º

Todos os Juizes ou Auctoridades administrativas que se negarem a administrar a justiça que devem ás partes depois de se lhes ter requerido, e depois da advertencia ou mandado de seus superiores, serão condemnados em suspensão.

Art. 44.º e ref.

A Ref. Jud. contém a este respeito, com relação aos juizes, as seguintes disposições:

«Art. 1:241.º Nenhum juiz será condemnado em perdas e danos senão... 4.º, quando houver *denegação de justiça*.»

«Art. 1:242.º Ha denegação de justiça quando os juizes «se recusam sem legitimo fundamento a julgar as causas que «estão nos termos de o serem, ou obrar aquelles actos a que «a lei os obriga.»

«Art. 1:243.º O silencio, obscuridade ou falta de lei não «são fundamento para o juiz se recusar a julgar alguma «causa.»

O art. 1:242.º tem por fonte o art. 506.º do Cod. de Proc. Civ. Fr., e o art. 1:243.º o art. 4.º do Cod. Civ.

O Cod. Pen. Fr. no art. 181.º erigiu este *facto* em delicto, e o ampliou ás auctoridades administrativas, qualificando-o =*como abuso de auctoridade*=:

«Tout juge... ou autorité administrative, qui aura dé-
«nié la justice qu'il doit aux parties après en avoir été requis,
«et qui aura persévéré dans son déni, après avertissement ou
«injonction de ses superieurs... sera puni... de l'interdiction
«des fonctions publiques depuis cinq ans jusqu'à vingt.»

O nosso art. pois imitou litteralmente na sua incriminação o Cod. Fr., com exclusão da multa, eliminação de algumas palavras que considerou superfluas, e com a redução da pena á suspensão do emprego.

Copiou assim o grande defeito do Cod. Fr., como notam alguns dos seus commentadores. Dizem elles que o legislador erigindo em delicto um facto que antes só dava logar á acção por perdas e danos = *prise à partie* = contra o juiz (como tambem estava entre nós pelos citados art. da Ref. Jud.) sob condição de se dar da parte do mesmo juiz uma *repulsa* ou recusa perseverante, apesar da injuncção da auctoridade superior, tornou quasi impossivel a applicação da lei, que não é em realidade mais que *letra morta*¹.

E comtudo, o facto desde que foi elevado pelo Cod. á categoria de crime cumpria que fosse mais severamente reprimido; a justiça tardia já não é justiça inteira. Os danos resultantes de um retardamento, assim como os inconvenientes que d'elle resultam em descredito da magistratura, tanto judicial como administrativa, são obvios, são palpaveis. A prompta acção da lei não pôde, não deve, ficar dependente do capricho, do arbitrio ou da má vontade das auctoridades.

Os recursos ao superior legitimo causam incommodo e despesas ás partes, e a dependencia de um provimento ou mandado fazem por algum tempo prevalecer o abuso do poder, e o juiz, quando cumpre, fica impune e triumphante, porque, se faz justiça, é a isso obrigado, manifestando assim que, emquanto pôde ter vontade propria, fez a sua vontade.

Melhor providenciou o Cod. do Brazil, art. 129.º § 6.º, mandando considerar *prevaricadores* todos os empregados publicos que «recusarem ou demorarem a administração da justiça que couber nas suas attribuições, ou as providencias de «seu officio que lhes forem requeridas por uma parte, ou exigidas por auctoridade publica, ou determinadas por lei.»

Concorda o Cod. Hesp., art. 265.º, em relação sómente ás auctoridades judicias, e com a mesma extensão ás auctoridades administrativas o Cod. da Sardenha, art. 345.º, condemnando tambem em suspensão e multa, mas com declaração de que estas duas penas poderão ser impostas ou simultaneas ou separadas, a arbitrio dos juizes e segundo a gravidade dos casos.

ARTIGO 287.º

O empregado publico que, faltando ás obrigações do seu officio, deixar dolosamente de promover o processo ou castigo dos delinquentes, ou de empregar as medidas de sua competencia para prevenir ou impedir a perpetração de qualquer crime, será demittido sem prejuizo da pena mais grave no caso de cumplicidade.

Art. 43.º e ref., 88.º e ref.

Concorda o Cod. do Brazil, art. 129.º n.º 5.º, considerando prevaricadores em seus officios os empregados publicos, que «deixarem de proceder contra os delinquentes, que a lei lhes mandar prender, accusar, processar e punir».

O Cod. Hesp., art. 264.º:

«El empleado publico, que faltando a las obligaciones de «su officio, dejare maliciosamente de promover la persecucion «y castigo de los delinquentes, incurrirá en la pena de inhabilitacion perpetua especial.»

Este nosso art. porém fez da omissão *dolosa* ácerca da perpetração de um determinado crime uma incriminação mais ampla, para comprehender tanto a parte repressiva, como a preventiva, assimilando as duas omissões, e abrangendo assim tanto o ministerio publico, como as auctoridades administrativas e quaesquer outros funcionarios, a quem por lei possam competir deveres a similhante respeito.

Diversas considerações nos occorrem de censura sobre este art.:

1.ª Que a ordem natural das idéas pedia que se collocasse em primeiro logar o que respeita á *prevenção* do crime.

2.ª Que as palavras = *promovendo o processo* = têm uma significação obvia que dá como existente o *processo* criminal, e portanto excluem da incriminação os actos intermedios entre o mesmo processo e o delicto, quaes são os que respeitam

¹ Sulpici.

á investigação previa e ás participações dos factos, e outras averiguações e exames administrativos, tendentes a estabelecer a base essencial de todo o procedimento criminal, segurança dos réus e descobrimento da verdade, que vem mencionadas, tanto no Cod. Admin., como na Ref. Jud. e outras leis.

Effectivamente a preterição *dolosa* de taes actos tende directamente a favorecer a impunidade dos delinquentes, impedindo que o processo, tanto preparatorio ou do summario, como de accusação, se constitua, ou fazendo com que se torne illusorio por falta da sua base essencial, o que é muito mais grave em seus resultados prejudiciaes, que os actos do retardamento, de que trata o art.

3.^a Que a *demissão* do emprego, sendo uma pena *perpetua* e comò tal *indivisivel*, tem aqui como pena *principal* e *unica* o defeito já notado de ser *indivisivel*.

Um agente do ministerio publico, que deixou de promover o andamento de um processo, para que elle não entre em certo turno de jurados, que se presumem mais rectos, mais corajosos ou mais esclarecidos, ou para dar logar a que se ausentem algumas testemunhas essenciaes á accusação, ou para dar espaço e facilidade ao delinquente para que possa angariar ou subornar as testemunhas da sua defeza, é *omissão dolosa* muito mais grave que a de não dar em tempo a sua querela, e responder sobre outros termos e formalidades do processo. Os diversos casos pois de *omissão dolosa* exigiam alguma distincção na penalidade.

Do mesmo modo quanto á segunda parte do art., a *omissão dolosa*, em obstar á perpetração do crime, é menos grave quando somente se deu acerca dos actos da tentativa, uma vez que o empregado evitou a consummação do crime, ou que d'elle se seguissem consequencias mais graves, que as que resultariam d'essa consummação.

Alem d'isso a *demissão* só pôde ter importancia, e ser considerada do dominio do Cod. Pen., quando o empregado, ou tem a sua conservação garantida por tal modo na lei, que não possa perder o officio sem sentença, ou quando tiver carta de mercê vitalicia, que lhe dê direito a esperar que o não demittam emquanto bem satisfizer ás obrigações d'esse officio. Ora

pela maior parte, os empregados a que pôde ter applicação a demissão do emprego nos casos d'este art. são todos *de pura commissão*, de sua natureza amoviveis á vontade do governo, quer se conduzam bem, quer se conduzam mal. O governo pôde ter mais confiança em outro empregado, por motivos politicos, ou esperar melhor serviço de outro em quem supponha maior capacidade.

Estes empregados não têm um *direito constituido*, mas somente *precario*. Se a respeito dos outros pôde a demissão ser o confisco do unico bem que possuem, quanto a estes nunca a demissão pôde ter esse caracter, porque nunca chegaram a constituir nem a radicar direito algum. São delegados, são agentes do governo, que lhe cumpre empregar ou remover quando e como lhe convem, sem dar satisfação alguma, nem d'ahi lhe resultar responsabilidade.

Por ultimo devemos notar que sendo o Cod. tão solícito em prever os actos de *omissão dolosa*, para a promoção de um processo, não o fosse aqui igualmente pelos actos de *commissão dolosa* n'essa mesma promoção. Outras foram as idéas dos legisladores no mod. Cod. da Prussia, § 320.º, nos termos seguintes:

«O empregado publico que de proposito, em prejuizo de «alguem que sabe está innocente, propozer, instaurar, continuar ou concluir a instrucção de um processo judicial, será «punido com trabalhos forçados.

«Na mesma pena incorrerá o empregado que, de caso pen-«sado, mandar executar uma pena, que ou não foi pronun-«ciada legalmente, ou foi pronunciada de diverso modo.

«N'este ultimo caso, se o acto for consequencia de des-«cuido ou negligencia, a pena será de prisão simples até um «anno, e tambem será declarado incapaz temporariamente do «desempenho de empregos publicos.»

ARTIGO 238.º

Se o agente do ministerio publico querelar maliciosamente contra determinada pessoa, tendo conhecimento de que as provas são falsas, será punido com as mesmas penas que a testemunha falsa, ou como auctor do crime de falsidade.

Art. 238.º e ref.

O objecto d'esta incriminação especial para os agentes do ministerio publico é a *querela maliciosa* que seja dada contra *determinada pessoa*; e os caracteristicos da *malicia* são dependentes da prova de que o delinquente tinha conhecimento da falsidade das provas que produziu.

As penas são as impostas ou á *testemunha falsa* ou ao *crime de falsidade*.

Segue-se dos termos d'esta incriminação, se ella exclue a applicação ao ministerio publico do art. 244.º, que a *querela maliciosa* dada contra *pessoas inocentes*, ou contra aquellas que pelo *summario* se mostrarem culpadas, ainda que o agente do ministerio publico tenha conhecimento de que o delicto é *imaginario*, porque o facto não existisse ou não tivesse o caracter de crime, ou tivesse diverso auctor, e de que portanto não podem deixar de ser *falsas* as testemunhas que depozerem sobre o mesmo facto com relação á determinada pessoa, fica fóra dos termos da mesma incriminação.

Assim, supposta a exclusão do dito art. 444.º e a possibilidade do facto incriminado n'este art., a sua disposição só servirá de aviso ao ministerio publico para que proceda mais cautelosamente, abstendo-se de dar sua *querela maliciosa* contra *determinada pessoa*, mas tendo todo o cuidado de designar testemunhas que sabe ou presume hão de culpar o innocente que quer perder ou opprimir!

E ainda melhor, porque, dando assim a sua querela, se

do *summario* lhe não resultar a pronuncia que espera e que deseja, fica-lhe salva sempre a *querela maliciosa* contra *determinada pessoa* por outras testemunhas melhor ensaiadas ou mais decididas que produzam a desejada pronuncia, tendo para esse effeito nos termos do Cod., art. 123.º § 1.º, não já só tres annos a contar da data do supposto crime, como estava na Ref. Jud., mas dez.

Parece-nos pois este um defeito radical.

Quanto á penalidade, a *da testemunha falsa* ou a *do crime de falsidade* é uma referencia tão vaga, que será muito difficil a execução pratica do mesmo art. Melhor teria sido que o art. designasse a pena com a distincção da qualidade e natureza do crime por que fosse dada a querela, como se fez no art. 244.º¹.

E na alternativa da referencia, que regras para determinar a sua escolha tem o juiz? O art. não as aponta, mas nos termos d'elle deve-se recorrer á qualidade da *prova falsa*. Se essa prova é testemunhal tem logar a primeira pena, e como esta varia segundo os casos expressos no art. 238.º e seus §§ 1.º, 3.º e 4.º, deve tambem aqui variar, segundo as distincções ahi estabelecidas.

Se a prova é *documental*, ou esta é a preponderante, resta a pena *do crime de falsidade*. Mas aonde é que está no Cod. incriminada a falsidade *in genere*, como está em muitos Cod. estrangeiros? Em parte alguma. Nas diversas secções de que se compõe o cap. 4.º do tit. 3.º que se inscreve = *das falsidades* =, não se acham incriminadas senão falsidades *in specie*. A que especie pois se póde accomodar n'este caso a referencia do Cod.? A falsificação de escriptos? Temos então de recorrer, por meio de interpretação doutrinal, e para encontrar uma pena apropriada, aos diversos art. da secç. 2.ª, segundo as diversas circumstancias.

Resulta d'estas observações que este art., ou é redundante e inutil, ou é antinomico e perigoso.

Redundante e inutil, porque toda a querela *maliciosa* contra determinada pessoa sem distincção de querelante publico

¹ Veja-se o comment. a esse art.

ou particular, se acha incriminada no art. 244.º E nem havia necessidade de tratar especialmente do querelante publico para se lhe aggravar a pena, porque a inhabilitação de funções publicas é para elle um effeito necessario da pena que soffre immediatamente pela perda do seu logar e consideração na magistratura judicial.

Antinómico e perigoso, porque, em contradicção com aquelle art. e com risco da segurança e innocencia dos cidadãos, fica auctorizada a *querrela maliciosa* em favor do ministerio publico, quando for contra pessoas incertas ou a razão da malicia não for o conhecimento da falsidade das provas, como notámos.

Por ultimo temos a notar que o art. trata do agente do ministerio publico, *querelante*, e não d'esse agente, quando *accusador* ao mesmo tempo, ou *accusador* sómente.

Se é uma e a mesma pessoa, a pena é, no caso da prova testemunhal falsa, a do § 1.º; e se houve condemnação, e esta foi executada, pôde ir até á de morte:

«Quand quelqu'un sera fausement accusé d'un délit capital, et, que sur cette fausse accusation, il aura été condamné et exécuté, son calomniateur sera *étranglé ou décapité*, «suivant l'exécution que sa victime aura subi.» Cod. Pen. da China, secç. 336.ª

Se o ministerio publico não chegou a ser accusador, ou porque não conseguiu o seu intento em consequencia de não pronuncia ou de despronuncia, ou porque na accusação foi substituido por outro agente, a pena é a immediata á de trabalhos publicos temporarios correspondente ao crime, se o accusado foi a final condemnado: art. 238.º § 4.º

Se o agente accusador é pessoa diversa da do querelante, e proseguiu na accusação falsamente intentada, não tem pena alguma, nem pôde ser aggravada em caso algum a do querelante, por isso que as penas não passam *em caso algum* da pessoa dos delinquentes, como declara o art. 102.º do Cod.

E no caso da accumulção de crimes e de querelas, se o ministerio publico der querela *dolosa* por um crime que não demonstre com *a sua falsa prova*, ou se, demonstrando-a, o delinquente soffrer condemnação por virtude das outras que-

relas não *dolosas*, nem *com falsa prova*, por haver entre estas uma a que corresponde pena mais grave que o querelado deva soffrer, nos termos do art. 87.º, e esta for um *maximo* que não deva ser aggravado em attenção á accumulção dos crimes, deverá em todo o caso o agente do ministerio publico soffrer a pena da testemunha falsa?

Parece que sim, porque o nosso art. não faz distincção. O Cod. Pen. da China, secç. 336.ª, previne minuciosamente esta especie. Se a imputação verdadeira julgada procedente é mais grave que a falsa julgada improcedente, ou se ambas ou mais são de igual gravidade, mas em uma é o réu absolvido, e em outra condemnado, em nenhum d'estes casos o accusador soffre pena alguma pela sua falsidade.

Se porém prevalece sobre o crime ou crimes verdadeiros de menor gravidade a prova para a condemnação de um crime falso, mas mais grave, o accusador soffre uma pena proporcional á differença entre esta e a que corresponderia ao que mais se lhe approximasse.

Na verdade, em tal hypothese, o facto se apresenta revestido de circumstancias muito menos graves. O accusador não teve a intenção *dolosa* de fazer vergar sob o peso da accusação inteiramente falsa um innocente *absolutamente* fallando, mas só com relação a certo delicto; e o damno resultante ou é nullo na primeira hypothese, ou se attenua na segunda.

ARTIGO 239.º

Será punido com suspensão temporaria e multa correspondente a tres mezes até tres annos:

1.º O advogado ou procurador judicial, que descobrir os segredos do seu cliente, tendo tido d'elles conhecimento no exercicio do seu ministerio;

2.º O que tendo recebido de alguma das partes dinheiro, ou outra qualquer cousa, por advogar ou procurar seu feito e demanda, ou tendo aceitado a procuração, e sabido os segredos da causa, advogar, procurar ou aconselhar em publico ou secreto, pela outra parte, na mesma causa;

3.º O que receber alguma cousa da parte contra quem procurar;

4.º O agente do ministerio publico, que incorrer em algum dos crimes mencionados neste art. será demittido e condemnado na referida multa, salvo se pela corrupção lhe dever ser imposta pena mais grave.

Art. 41.º, 43.º, 44.º e ref., 318.º a 323.º

A fonte proxima d'este n.º 1.º encontra-se no art. 266.º do Cod. Hesp.¹

¹ Note-se quanto á penalidade o erro da redacção em ligar o adjectivo =temporaria= ao substantivo *suspensão*.

Suspensão *temporaria* só podia empregar-se com relação a suspensão *perpetua*, mas esta não é suspensão, é perda. A suspensão é sempre *temporaria*, e nunca pôde exceder a tres annos, como é expresso no art. 44.º

Nós tinhamos antes do Cod., em varias de nossas leis, a suspensão de officio *até mercê real*, que poderia importar uma suspensão quasi *perpetua* ou indefinida.

Mas esta especial jurisprudencia tendo cessado depois da promulgação do Cod., a palavra =temporaria= unida á de =suspensão= é redundante. O Cod. Hesp. quando emprega a palavra =suspensão=, como no art. 265.º, o pratica singelamente; as palavras =temporaria, temporal= as emprega unidas ás de =inhabilidade, inhabilitacion=, para as distinguir da *perpetua*.

Concorda o Cod. da Austria, part. 1.ª art. 86.º n.º 3.º e art. 87.º

A justiça d'esta incriminação é evidente. «Dispor dos segredos que se nos confiam, é um roubo mais grave e mais consequente que o da *propriedade*, pela *traição* que o accompanha e pela impossibilidade da *restricção* ¹.» Ora este crime moral se agrava, quando o desleal contrahir pela sua profissão uma obrigação *especial* de ser discreto. O seu mesmo interesse, mais ainda que a disposição penal, é inimigo de toda a revelação.

Seriamos mesmo tentados, em vista dos Cod. apontados, a taxar de moderada a nossa penalidade, se não attendessemos a que um advogado ou procurador judicial, que descobrisse os segredos do seu cliente, e soffresse por tal motivo uma condemnação, seria para sempre um homem desacreditado, que nunca mais poderia merecer confiança em negocio algum de consideração.

O crime ainda é mais grave, quando commettido por um advogado, por isso que elle tem a nobre missão de esclarecer, de instruir e defender o cidadão nos seus negocios mais vitaes e importantes.

A discrição é então uma qualidade tão essencial, que juriconsultos, moralistas e theologos comparam os advogados aos confesores na guarda do sigillo: «... *quoniam eis tanquam confessoribus veritas aperitur* ².»

D'aqui se deriva que os advogados não podem ser testemunha nas causas em que têm prestado o seu ministerio ³. Era já a disposição da lei romana: «Mandatis cavetur ut «*præsides attendant, ne patroni in causâ cui patrocinium præstiterunt testimonium dicant.*» L. 25 D. de testibus.

O juramento mesmo, prestado por elles, de dizer toda a verdade, se subentende com a reserva dos factos que lhes foram confiados no exercicio da sua profissão. ⁴

¹ Bastos, Coll. de pens.

² Robert. tract. de rer. judicat., liv. 1.º cap. 19.º

³ «... car leur témoignage serait ou *suspect*, s'il était en faveur de celui de qui ils avaient défendu la cause, ou *mulhonnête et suspect* aussi, s'il y était contraire.» Domat, Lois civiles.

⁴ Pôde ver-se esta materia largamente tratada e demonstrada em Morin, Repert. du Dr. Crim. à palavra =*Avocat*=.

O n.º 2.º do presente art. tambem se acha em harmonia com o Cod. Hesp., art. 267.º

Resalva todavia este Cod. o caso do *consentimento* da parte contraria, restricção que nos parece justa, porque se esta prohibição da lei é principalmente estabelecida para proteger o direito da parte, esta póde renunciar a esse direito.

Ainda mais entendemos que o advogado ou procurador não prevarica, se apesar de ter recebido dinheiro de uma das partes, ter-lhe dado conselho e sabido os segredos da causa, essa parte rompe com elle, lhe retira a sua confiança, escolhe outro advogado e revoga a procuração.

Terras ha em que é limitadissimo o numero de advogados, insufficiente mesmo, e nada mais facil a uma das partes que a consultar a diversos advogados, pagar a todos, constituir mesmo um d'elles seu patrono ou defensor, e depois de assim os inhabilitar, escolher um outro, conseguindo d'este modo que o seu contrario fique sem patrocinio. Esta especie se achava prevista na Ord. do liv. 1.º tit. 48.º § 27.º Lamentamos que aqui não ficasse reproduzida como restricção indispensavel á disposiçào prohibitiva d'este n.º 2.º

Concorda mais o Cod. da Sardenha, art. 324.º, exceptuando, como o Cod Hesp., o caso do consentimento da parte contraria; o Cod. das Duas Sicilias, art. 208.º; e tambem o da Austria, art. 86.º n.º 4.º, debaixo da comminaçào indieada no n.º 1.º

Alguns juriconsultos, como são Sulpici e mais commentadores do Cod. Fr., dizem que, para ser applicavel a incriminaçào, é essencial que a revelaçào seja feita com intençaõ criminosa: « Quelque blamable que soit une indiscretion, on ne saurait l'ériger en délit, lorsqu'elle n'a pas été accompagnée *« de l'intention de nuire.»* »

Mas esta opiniào é refutada pelo principio de que a incriminaçào da violaçào do segredo n'este caso não tem só por fim evitar a offensa dos direitos da pessoa que o confiou, mas tambem conseguir o fim que o legislador teve em vista, exigindo a discriçào como de ordem publica, como essencial á profissào do advogado, para que não perca a confiança de que a sociedade precisa que elle gose. Chauveau, Theor. do Cod. Pen., tom. 6.º pag. 537.º

De resto, similhante disposiçào é redundante, por isso que os advogados e procuradores judiciaes ou carecem do titulo, ou são assimilados aos empregados publicos, e como taes podiam ficar comprehendidos na disposiçào do art. seguinte e seus §§.

A fonte proxima porém d'este n.º 2.º deve ser considerada na dita Ord. do liv. 1.º tit. 48.º § 13.º, como se vê das palavras:

« E se algum advogado ou procurador tiver recebido de alguma das partes, ou outra cousa por advogar ou procurar seu feito e demanda, ou depois que foi feito procurador, e o aceitou tendo já sabido os segredos da causa, « depois advogar, procurar ou aconselhar, publico ou secreto, « pela outra parte... »

Foi assim adoptada a incriminaçào d'esta Ord. quasi com a mesma redacçào, só com a restricção, que aliás se subentendia, de se dar o facto = *na mesma causa* =

A Ord. punia o mesmo facto, mas com nima severidade, ordenando que os delinquentes fossem havidos por falsarios, e que fossem degradados perpetuamente, alem da inhabilitaçào perpétua em seu officio.

O n.º 3.º é tambem copiado, e sem a menor alteraçào, da mesma Ord. cit. § 13.º

São condiçõe da sua incriminaçào: 1.ª, recebimento de alguma cousa da parte de um advogado ou procurador; 2.ª, litigio entre o dador da cousa e um cliente ou constituinte do aceitante da mesma cousa.

Presume o legislador *pela coincidência* d'estes dois factos, que o advogado ou procurador se deixou subornar ou peitar para trahir os deveres do seu officio, em detrimento da causa que devia ser objecto do seu patrocinio.

Mas uma presumpçào abstracta não é prova em materia crime, e sem uma certeza moral de intencionalidade malefica não póde haver justiça na incriminaçào, faltando no facto a evidencia da preterição de um dever.

A cousa offerecida e recebida póde não ter a menor correlaçào com a causa pendente, e ser dada em remuneraçào de serviços preteritos, ou em contemplaçào de serviços futuros, que o offerente espera merecer ou receber em outras causas. Póde mesmo ter referencia a outros seus negocios pendentes, porque não ha nem deve haver lei que inhabilite um advogado ou procurador de exercer a sua profissào, já contra, já a favor de quemquer que seja, successiva ou simultaneamente,

quando não accumula o exercicio de dois officios contrarios, o que não existe na ausencia de alguma das duas identidades, de negocio e de pessoas.

Alem d'isso pôde a cousa dada e aceita ser de tão pequena importancia, que exceda todas as regras da verosimilhança e do bom senso o suppor-se ou presumir-se o suborno ou peita, ou que essa cousa podesse influir no animo do advogado ou do procurador para trahir a confiança que n'elle se depositou.

Esta presumpção pois não tem por base um facto ou factos concludentes. Alem d'isso a incriminação d'este n.º 3.º reduz-se na essencia apenas á de um *acto preparatorio*, qual o conluio ou concerto entre advogado ou procurador e a parte adversa, presumido esse acto de circumstancias externas a que o legislador quer que se dê uma significação precisa, mas que ellas não comportam.

Não ha crime consummado, se não o ha frustrado, se nem mesmo ha tentativa alguma proxima ou remota, porque o advogado ou o procurador continuou a cumprir lealmente os seus deveres. Se nenhum acto de omissão ou de comissão se verificou de que se seguisse o menor damno á parte que defendem, aonde, moralmente fallando, pôde estar o crime?

O moderno Cod. da Baviera, no art. 296.º, exige, alem do concerto, um começo de execução, ou a prova de factos que demonstrem o proposito deliberado de causar damno á parte adversa, posto que o damno se não siga:

«Qui par suite d'*intelligences coupables* avec la partie adverse, *agiront* en sa faveur et au préjudice de leur propre partie, qu'il y ait dommage réalisé ou non.»

O Cod. da Sardenha, no art. 325.º, exige a existencia do damno:

«L'avocat ou le procureur qui séduit par des dons, des *offres* ou promesses, se sera entendu avec l'adversaire de son *client* au préjudice de ce dernier, et aura nui à sa cause par *des faits* ou omissions frauduleuses.»

O Cod. das Duas Sicilias, no art. 209.º, contém em substancia as mesmas idéas:

«L'avocat ou l'avoué qui par suite de dons, présents, of-

«fres ou promesses *trahira son client* de manière que par l'effet de sa *fraude* ou de son *omission frauduleuse* celui-ci «perde sa cause ou qu'un recours légitime contre une sentence ou décision définitive se trouve prescrit.»

Portanto falta n'este n.º, ou nas palavras da Ord., de que elle foi tirado, alguma cousa que torne fundada em justiça, em verdade moral, a sua disposição. O pensamento do legislador, aliás muito digno de louvor, é punir a prevaricação do advogado ou procurador; é preciso pois que esta idéa se precise, como precisaram os Codigos citados. O que é relativo ás provas da prevaricação, ou factos de que esta se pôde concluir, pertence ao processo e ao julgamento.

O legislador suspeita aqui sempre a *prevaricação*, e tolhe á consciencia do juiz o avaliar as circumstancias de facto material em que essa *suspeita* é fundada; obsta mesmo a que o juiz possa absolver o advogado ou procurador, seguindo a regra de direito criminal, de que ninguém deve ser condemnado só por meras suspeitas:

«Nec de suspicionibus debere aliquem damnari, divus Trajanus rescripsit», diz Ulpiano, L. 5.º D. de pœn.

Ora isto nos parece repugnante e inadmissivel em um Cod. Pen., aonde só devem apparecer os factos maleficos em si mesmo, ou qualificados por alguma circumstancia *moralmente má* que os deva sujeitar a uma pena, e nunca esses mesmos factos materialmente apresentados quando assim nem são illicitos, nem vem acompanhados d'essa circumstancia explicita, que a constitua elemento essencial da incriminação.

Em conclusão: para que n'uma lei penal possa o legislador concluir *à priori* da existencia de certos factos a *verosimilhança de um delicto*, converter em *certeza legal* a existencia d'esse mesmo delicto, e haver tal qual legitimidade n'essa conclusão, é preciso que esta fique subordinada a duas condições: 1.ª, que os ditos factos sejam *em si mesmos* um delicto moral; 2.ª, que esses mesmos factos contenham virtualmente a *certeza moral* do facto incriminado.

Nem uma, nem outra condição se verifica a respeito d'este n.º 3.º para que possa dar-se como existente o crime de *prevaricação*.

Quanto á disposição do n.º 4.º, justa nos parece a aggravação da pena, com declaração porém que nas terras em que aos agentes do ministerio publico é permitido advogar, falha, com melhor e mais forte fundamento, a incriminação do n.º 3.º, porque a parte adversa, quando se contestam interesses que exigem a intervenção do ministerio publico, será muitas e muitas vezes um de seus clientes, cujos donativos se devem antes presumir licita retribuição de serviço prestado entre litigantes particulares, ou em que se não requer aquella intervenção.

Uma razão de mais contra o n.º 3.º, por ser inexequivel a sua disposição quando applicada aos advogados, agentes do ministerio publico. Seria preciso que a estes fosse interdito absolutamente o exercicio da advocacia, e para tanto que os seus vencimentos pagos pelo thesouro publico fossem taes que bastassem para a sua honesta subsistencia.

Mas esta não é a legislação em vigor, com a qual fica portanto repugnante a determinação absoluta do Cod.

ARTIGO 290.º

Todo o empregado publico que revelar os segredos de que tenha conhecimento, em rasão do exercicio do seu emprego, ou indevidamente entregar a alguém papeis ou copias de papeis que não devam ter publicidade, existentes na repartição a que pertencer, será punido com a pena de suspensão.

§ 1.º Esta disposição é applicavel a todos aquelles que, exercendo qualquer profissão que requiera titulo, e sendo em rasão d'ella depositarios de segredos que se lhes confiarem, revelarem os que ao seu conhecimento vierem no exercicio do seu ministerio.

§ 2.º As disposições precedentes entendem-se sem prejuizo da pena de injuria ou diffamação, se houver logar.

Art. 44.º e ref., 136.º § 1.º, 410.º a 419.º e ref.

Aindaque os principios de direito natural ou de moralidade em que se funda a disposição d'este art. não fossem desconhecidos entre nós, não se achava feita na nossa legislação uma incriminação semelhante, nos termos geraes em que a do presente art. se acha concebida.

Ella foi estabelecida no Cod. Fr., art. 378.º, no Cod. da Austria, art. 86.º n.º 2.º, no do Brazil, art. 164.º, no Hesp., art. 273.º e 274.º, e no da Baviera, art. 441.º e 442.º, providente e sabiamente redigidos, e que merecem ser transcriptos:

«Celui qui communiquera indûment à quelqu'un des choses dont il n'avait connaissance qu'en vertu de ses fonctions, «s'il n'a fait cette révélation qu'en faveur d'une tierce personne, sans en attendre aucun profit pour lui même, et sans «causer de préjudice à l'État ni à autrui, sera puni d'un mois «à six mois de prison.»

«Si le délit a été commis dans une intention de cupidité, «ou s'il en est résulté un dommage pour un sujet du royaume ou de l'État, le coupable subira l'abaissement de grade «ou, suivant l'exigence des cas, la révocation, avec un emprisonnement de six mois à une année.»

«Les peines ci-dessus portées seront spécialement applicables aux employés des archives et greffes, qui communiqueraient des documents et actes à eux confiés.»

«Elles le seront également à ceux qui, sans permission du magistrat compétent, donneront connaissance des pièces, qui leur seront remises à raison de leurs fonctions ou par eux dressées dans l'exercice des dites fonctions.»

Da confrontação d'esta legislação se vê: 1.º, que n'este art. o Cod. não fez differença entre a revelação dos segredos, como *abuso de confiança* para com o Estado, da violação dos segredos confiados a um funcionario, como *abuso de confiança* para com os particulares que taes segredos lhes confiam.

O Cod. Hesp., que faz esta distincção, nos cit. art. 274.º e 276.º, foi aproveitado para a redacção do § 1.º d'este nosso art., mas só como ampliação do disposto n'este art., para comprehender na sua incriminação e sancção, alem dos funcionarios do Estado, todos os depositarios de segredos, sem distincção, que o forem em razão de profissão que exija titulo.

2.º Que tambem não distinguui, se da revelação resultou algum damno ao Estado ou a particulares, e se esse damno foi mais ou menos grave.

3.º Que a pena de suspensão, como principal e unica, não é conforme, nem aos exemplos praticos, supra indicados, como correspondente ao crime, ainda suppondo-o não revestido de circumstancias, que não demonstrem *uma intenção malefica*, e só uma indiscreção por imprudencia, nem a moralidade do facto illicito considerado em si mesmo.

4.º Quanto á pena, alem do seu vicio intrinseco, por não dever ser do dominio de um Cod. Penal, como pena principal, a suspensão dos empregados publicos, nem mesmo a d'aquelles que lhes são assimilados, por carecerem de titulo para o exercicio de sua profissão, é nulla para todos os de

pura commissão, como são os governadores civis, e outros agentes do Governo propriamente ditos, que podem a todo o momento ser removidos sem dependencia de processo nem de condemnação, e que não podem ser suspensos, em razão de quaesquer faltas que commettam, em quanto merecerem a confiança dos chefes da administração.

O § 1.º contém a disposição da segunda parte do art. 276.º do Cod. Hesp.:

«En estas mismas penas incurrirán los que ejerciendo alguna de las profesiones, que requieren titulo, revelaren los secretos que por rason de ellas se les hubieren confiado.»

Concorda o Cod. Fr. no supracitado art. 378.º:

«... toutes autres personnes *dépositaires*, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie.»

Da confrontação pois d'estes dois Cod. com este nosso § se vê que na sua redacção foi aproveitada a de ambos, não se considerando porém a criminalidade do facto do mesmo modo que esses Cod. a consideraram, e ficando por isso adoptada uma pena excessivamente inferior, e que nós considerámos diminuta, principalmente quando da revelação resultou damno ao Estado ou a particulares.

É excessivamente diminuta comparada com o art. 136.º § 1.º, que impõe ao violador do sigillo sacramental a pena de degredo perpetuo, e com o art. 153.º, que impõe ao violador de segredos, que possam comprometter a segurança do Estado, a pena de *prisão maior temporaria* e multa de um a tres annos. Se resultou aquelle damno, sempre o facto tinha então gravidade bastante para se escolher uma das penas inferiores, mas sem que o Cod. se precipitasse de tanta elevação a tamanha profundidade¹.

Quanto á declaração final do § 3.º é justa, attenta a qualidade da pena que, alem de diminuta em si mesma, ficaria absurda, sempre que se desse offensa da honra dos cidadãos comprometida pela revelação.

¹ Deve sempre notar-se todavia que se entendem resalvadas as penas mais graves impostas por lei a certas e designadas revelações. Não julgámos isso necessario, porque se subentende; mas, ou a coherencia com outros logares do Cod. assim o exigia, ou a declaração que n'esses logares se faz é uma inutilidade.

SECÇÃO 2.ª

ABUSOS DE AUCTORIDADE.

ARTIGO 291.º

Será punido com a pena de prisão de tres mezes a tres annos, podendo aggravar-se com a multa correspondente segundo as circumstancias:

1.º Qualquer empregado publico, que prender ou fizer prender por sua ordem alguma pessoa, sem que poder tenha para prender;

2.º O que, tendo este poder, o exercer fóra dos casos determinados na Lei, ou contra alguma pessoa cuja prisão for da exclusiva attribuição de outra auctoridade;

3.º O que retiver preso o que dever ser posto em liberdade, em virtude da Lei ou de sentença passada em julgado cujo cumprimento lhe competir, ou por ordem do superior competente;

4.º O que ordenar ou prolongar illegalmente a incommunicabilidade do preso, ou que occultar um preso que deva apresentar;

5.º O juiz que recusar dar conhecimento ao que se achar preso á sua ordem dos motivos da prisão do accusador e das testemunhas, depois que para isso for requerido.

§ 1.º Por prisão se entende tambem qualquer detenção ou custodia.

§ 2.º Se o juiz deixar de dar no praso legal ao preso á sua ordem o conhecimento de que trata o n.º 5.º d'este art., sómente por negligencia, incorrerá na pena de censura, salva a indemnisação do prejuizo que por esta negligencia possa ter causado.

Art. 38.º, 41.º, 45.º e ref.

Na determinação do presente art., e seu n.º 1.º, concorda o Cod. Hesp., art. 286.º, o Fr., art. 114.º, o do Brazil, art. 181.º, e o da Baviera, art. 359.º, 371.º e 193.º

Alguns dos Cod. da Allemanha, quaes os de Wurtemberg, Baviera, Hesse e Dinamarca, mencionam especialmente a circumstancia aggravante de ser a detenção praticada sobre *parentes em linha ascendente*; para o effeito os primeiros tres de aggravar a pena com torturas corporaes, e o ultimo destinado para a prisão um logar doentio=*lieu malsain*=.

Mais generico é o Cod. da Baviera que, no art. 371.º, diz: «Si le délit a été commis contre des parents ou autres «personnes auxquelles le coupable doit un respect particulier, «la durée de la peine sera élevée.»

Este nosso art. e seus n.ºs vem prestar a sancção ao art. 145.º § 10.º da Carta Constitucional, garantindo a liberdade individual.

Este grande principio carecia de uma lei regulamentar, que por um modo claro e bem definido marcasse os casos em que, da parte dos empregados publicos, se fizesse ou se ordenasse a prisão de um cidadão. Iremos examinando se o Cod. satisfaz a esta necessidade constitucional, que tambem é de direito natural.

Quanto á qualidade da pena, a *prisão* é sem duvida muito adequada, mas parece-nos immenso o arbitrio deixado aos juizes entre o minimo de tres mezes e o maximo de tres annos.

Da comparação dos exemplos praticos que ficam apontados resulta com facilidade o conhecimento da conveniencia e justiça com que se deveriam ter marcado alguns limites a esse arbitrio.

Distribuir a duração da pena conforme á *duração da detenção abusiva* parece-nos uma excellente idéa dos modernos Cod. da Allemanha, digna de ser adoptada; porque, sem se cair nos vicios da pena de talião, nem tirar aos juizes o indispensavel arbitrio de graduar a pena, se evitam os grandes inconvenientes que impunemente podem resultar de uma applicação, que pecca por excessiva ou por diminuta.

Tambem o declarar-se que qualquer modificação, que os juizes façam na applicação da pena, nunca possa ser tanta que

o condemnado venha a soffrer menos que outro tanto e mais o dobro do terço do tempo da detenção abusiva, é outra idéa excellente do Cod. do Brazil, que previne o escandalo que resultaria de soffrer o offensor incommodo inferior ao que causou, sujeita porém esta disposição ás regras de execução penitenciaria, e tanto quanto baste para que o culpado aprenda a avaliar, a experimentar em si mesmo quanto vale, tanto na intensidade como na duração, a privação da liberdade.

Na legislação patria antiga não tínhamos lei que incriminasse especialmente os abusos da auctoridade publica, a respeito dos mandados ou actos de prisão; mas attenta a generalidade da Ord. do liv. 5.º tit. 95.º, que trata do carcere privado, os funcionarios que prendiam, ou sem competencia ou arbitrariamente, eram considerados, e com justa razão, como particulares e ficavam sujeitos ás mesmas penas.

Alem d'isso podiam ser demittidos ou suspensos pelo rei, sobre queixa das partes; assim como ser demandados por perdas e damnos.

Estes abusos haviam sido reprimidos depois pelo Decr. de 13 de Abril de 1832, mas, tratando este só dos juizes de primeira instancia, deixou subsistente o estado da legislação anterior, quanto aos mais funcionarios publicos. Alem d'isso esse Decr. tornou-se necessario, para que nos termos da Carta podessem ser suspensos os magistrados, ouvido o conselho d'estado, e depois seguir-se perante a relação o respectivo processo até sentença final, sem a qual os juizes não podem perder o seu logar.

Este mesmo Decr., quanto aos juizes, demonstra que a penalidade de prisão é inadequada e prejudicial á boa administração da justiça. Em conformidade com o art. 56.º e 63.º das disp. ger. do Cod., esta prisão, como correccional, só produz effeito da suspensão das funcções judicarias e mais direitos politicos durante o cumprimento da pena, e consequentemente acabado esse cumprimento têm os mesmos juizes de voltar ao exercicio do seu logar.

Mas o juiz que praticou um acto de prepotencia ou de arbitrariedade de similhante natureza, e foi condemnado, não pôde mais ser respeitado pelos seus collegas, nem merecer ou

recuperar, senão muito difficilmente, a confiança dos seus concidadãos. A *inhabilitade pois especial perpetua* ou a perda do logar é quanto aos juizes uma penalidade, cuja admissão não deveria offerecer um só momento de hesitação.

Assim o estabelecia o cit. Decr. no art. 5.º:

« Quando o juiz tiver committido factio arbitrario, será « condemnado e punido com o perdimento do officio, e riscado « do serviço. »

Esta pena quanto aos juizes é do dominio do Cod. Pen., por isso que depende de condemnação judicial o perderem o seu logar; dispensa outra qualquer, porque é perpetua, e porque mancha a reputação de um homem de letras, de um magistrado para quem a prisão temporaria é muito menor mal, moralmente considerada; e é justa, comquanto perpetua, porque é necessaria, é inevitavel, pois se deriva o excesso, que n'ella possa haver, directamente da posição em que o juiz se collocou, pelo seu proprio factio, com que rompeu o contrato que fez com o Estado de bem o servir, assim como por esse factio violou o juramento que prestou de manter a Carta, observar as leis, e administrar ao povo justiça recta e imparcial.

Nem obsta o preceito da Carta, no art. 145.º § 12.º, determinando que a lei penal seja igual para todos. As penas seriam desiguaes, se fossem as mesmas apesar de serem diversas as circumstancias pessoas dos delinquentes.

Esta igualdade pois de pena é mais um defeito do Cod. com relação aos juizes, de que tratou o cit. Decr. de 13 de Abril de 1832. No mesmo defeito caiu o Cod. Pen. de 1837, art. 138.º, e todos os Cod. estrangeiros indicados, menos o Cod. Hesp., que fez consistir em geral a base da sua penalidade na suspensão do emprego, e melhor ainda o Cod. Fr., que a fez consistir na degradação civica.

Alem d'isso, nos termos do n.º 2.º do presente art., não basta que o empregado publico tenha jurisdicção judicial ou administrativa para expedir mandados ou ordens de prisão, como exige o n.º 1.º; é tambem preciso que tenha *competencia* para tanto. O juiz ou empregado publico que prende ou faz prender fóra dos casos marcados na lei, obra *de mero factio*, e

tornar-se-ia réu de crime de carcere privado, independentemente da determinação d'este art.; e o mesmo se verifica sempre que pratica o mesmo facto, invadindo o territorio alheio ou attribuições exclusivas de outra auctoridade, ou attentando contra as immunidades politicas garantidas na constituição ou nas leis a favor de certas pessoas, em rasão da sua posição social¹.

Não basta ainda para que o crime exista que a prisão fosse legitima e competente na sua origem, se degenerou em arbitrariedade pela illegal prolongação, e por isso esta é com justa rasão considerada no mesmo grau de culpabilidade, no que concorda o Cod. Hesp., art. 286.º n.º 5.º

São tres, nos termos do n.º 3.º do art., as hypothèses de impedimento á soltura dos réus:

1.ª Quando devam ser soltos por virtude da lei.

Dá-se esta hypothese: 1.º, nos casos marcados no art. 145.º

¹ O Cod. Fr., no art. 121.º, incriminou especialmente o abuso da prisão ou da expedição de mandados de prisão quando praticado contra algum ou alguns dos ministros d'estado, membro da camara dos pares ou deputados, ou do conselho d'estado, punindo qualquer funcionario com a degradação cívica.

Chauvèau e Helie, Sulpici e outros consideram esta incriminação especial como a sanção das garantias estabelecidas pela constituição do Estado.

O Cod. Hesp., restringindo a disposição aos membros do corpo legislativo, seguiu o mesmo pensamento e passou a comminar a pena de *inhabilitação temporaria especial*.

Sobre o que diz o commentador Pacheco:

«El motivo es tan justo como palmario: la *garantia política* que durante su investidura deben tener los individuos de aquellos cuerpos; la *independencia* en que, bajo todos los aspectos posibles, se les debe colocar; la *preservación* contra persecuciones infundadas, de las quales podieran ser victimas asi no se les pudiese de bajo la salvaguardia de esos mismos cuerpos de que forman parte. Todo esto es tan natural como sencillo.»

Em um paz como o nosso, sob o systema de governo representativo, parece que se davam iguaes motivos, e nem se pôde suppor que o Cod. quizesse confundir na sanção das garantias com os demais cidadãos os membros do corpo legislativo, como se devesse ter mais permanencia que a duração d'aquelle systema, por isso que uma sanção especial se encontra no art. 171.º § 3.º, 181.º §§ 1.º e 2.º, e 301.º, com expressa referencia ao regimen constitucional.

A politica pois, não menos que a *coherencia*, parece-nos que exigiam a imitação dos dois cit. Cod., em harmonia com as *especies* garantias estabelecidas a favor dos membros dos corpos politicos do Estado, e que são, não um *privilegio da pessoa*, mas de *causa publica*.

Assim o tinha entendido e praticado o auctor do Cod. de 1837, como se vê do seu art. 143.º

§ 7.º, quando seja decorrido o praso legal sem que o juiz, por uma nota por elle assignada, não tenha feito constar ao réu o motivo da prisão, os nomes de seu accusador e os das testemunhas, havendo-as¹.

2.º Quando o réu presta fiança idonea nos casos em que a lei as admite e em que, nos termos da mesma Carta, art. 145.º § 8.º, pôde elle livrar-se solto. Seria tambem a offensa do direito do =*habeas corpus*=, de que tratam as leis inglezas, as dos Estados Unidos, e as do Cod. Pen. do Brazil, art. 183.º até 185.º, que entre nós é, e só em certos casos, clausulado com a fiança².

3.º Quando independentemente da fiança o réu pôde livrar-se solto, quaes os de crimes que, provados, não possam ter maior pena que a de seis mezes de prisão ou desterro para fóra da comarca, conforme ao cit. § 8.º do art. 145.º da Carta, e em que o réu tambem pôde livrar-se solto. É a mesma offensa de um direito absoluto de =*habeas corpus*=, de que trata a referida legislação³.

4.º Quando o jury não ratifica a pronuncia do juiz, e que este é então obrigado pela lei a lançar despacho nos autos, que mande pôr o réu em liberdade, art. 1:080.º, ou em quanto se achar suspensa a mesma ratificação sempre que o juiz, não considerando, ou existencia de corpo de delicto, ou criminalidade no facto, ou culpa contra determinada pessoa nas provas do summario, não mande soltar immediatamente o mesmo réu, não obstante a interposição de recurso, conforme ao art. 996.º da dita Ref.

5.º Logo que aconteça haver-se extinguido a pena por haver decorrido o tempo da prisão imposta na sentença condemnatoria, que é o caso do art. 286.º § 5.º do Cod. Hesp.⁴, ou

¹ Veja-se a Ref. Jud., art. 1:024.º § un., e o Decr. de 13 de Abril de 1832, art. 1.º n.º 2.º A pena fulminada contra o juiz nos termos d'este Decr. era a da exclusão perpetua do emprego e do serviço.

² Veja-se a Ref. Jud., art. 921.º; concorda o Cod. do Brazil, art. 181.º § 3.º

³ Veja-se a Ref. Jud., art. 920.º

⁴ E do Cod. da Baviera, art. 451.º: «Les directeurs des maisons pénales qui retiendront indûment un condamné au delà du temps de sa peine.» Assim como do mod. Cod. da Prussia, § 317.º

por cessarem os efeitos d'ella em consequencia de perdão ou amnistia do rei, que são os casos contemplados nas disposições geraes do nosso Cod. art. 120.º e 121.º, e a auctoridade, ou empregado a quem competir, se recuse a soltar ou fazer soltar o réu.

A segunda hypothese dá-se: 1.º, quando, apesar da intervenção do jury e sentença definitiva do juiz condemnando o réu, a relação por seu accordão transitado em julgado, ou porque d'elle se não récorreu ou porque d'elle se negou a revista, revoga aquella sentença por não haver no facto criminalidade, ou por lhe não ser applicavel alguma pena, para cujo cumprimento seja mister segurar a pessoa do réu; e todavia o juizo inferior insiste em reter o réu na prisão.

2.º Quando, sendo absolutoria a sentença firmada nas respostas negativas do jury, não se tendo mandado soltar o réu por haver sido interposto recurso nos termos do art. 1:163.º da Ref. Jud., e sendo depois confirmada a sentença, o mesmo ou outro juiz da primeira instancia não der cumprimento á sentença retendo ou fazendo reter o réu na prisão.

3.º Quando, sendo condemnatoria uma sentença sobre contrabandos de tabaco ou sabão, ou em processo contra ausentes, capturado o réu, este conseguir em recurso que a decisão de facto e de direito se revogue na instancia superior, e o juiz recuse cumprir, não mandando pôr o réu immediatamente¹ em liberdade.

A terceira hypothese dá-se: 1.º, quando o tribunal superior judicial, vendo pelo processo que ha um réu preso indevidamente, delibera *in limine*, e antes de proferir sentença, que elle seja solto, mas o juiz da instancia inferior recusa cumprir a competente ordem.

2.º Quando, sendo a prisão administrativa ou militar, a auctoridade superior a que a lei mande prestar obediencia ordenar a soltura das pessoas presas, e seus officios forem resistidos.

¹ Este *imediatamente* deve entender-se conforme o art. 1.º n.º 3.º do Decr. de 13 de Abril de 1832:

«Os juizes que tiverem presos os absolvidos por sentenças passadas em «julgado por mais de vinte e quatro horas contadas... desde a sua apresentação quando as sentenças vierem de outro juizo.»

Outros casos poderão dar-se alem dos apontados, que este n.º perfeitamente redigido comprehende na generalidade de seus termos.

Sobre a justiça da sua disposição não pôde haver a menor duvida, nem difficuldade. Está virtualmente comprehendida na dos n.ºs antecedentes. Tanto importa *deter* como *reter* em prisão por abuso de auctoridade. A detenção justa converte-se em detenção arbitraria desde o momento em que cessaram os motivos que a justificaram ou o poder que a auctoriou.

Quanto ao que se determina em o n.º 4.º do presente art. cumpre distingui-lo nas duas partes de que se compõe. A primeira é tirada do Cod. Hesp., art. 287.º n.º 1.º:

«... los jueces que decretaren ó prolongaren indebidamente «la incomunicacion de un preso.»

O n.º 2.º faz uma ampliação a respeito de *alcaldes*.

Sobre isto determina o Cod. do Brazil, art. 111.º § 4.º, que seja punido o carcereiro que tiver «sem ordem escripta «da competente auctoridade algum preso incommunicavel ou «em diversa prisão da destinada pelo juiz¹.

¹ O Alv. de 5 de Março de 1790, § 2.º, determinou:

«Pelo que toca aos *segredos* ainda se requer maior brevidade nas perguntas, porque devendo-se estas fazer para bem da justiça e melhor indagação «da verdade, enquanto os réus se conservarem n'aquelles logares separados da «comunicación dos outros presos, não podem elles estar fechados mais de «cinco dias, na fórma do Decr. de 7 de Agosto de 1709, sem que o regedor «com mais dois desembargadores *convenham em lhe prorogar mais tempo, conforme a necessidade de pedir*, que nunca pôde ser com excesso, por ser uma «especie de tormento que já não tem lugar.»

A Ref. Jud., nos art. 972.º e 973.º, determina que as perguntas se façam aos presos dentro das primeiras quarenta e oito horas de sua entrada na cadeia; que n'essas quarenta e oito horas de sua entrada na cadeia, e na presença de um official do juizo; que todavia as perguntas poderão ser repetidas até á ultimação do processo preparatorio, todas as vezes que sejam requeridas «pelas partes, e ao juiz parecerem necessarias para melhor indagação da verdade.

A Carta, no art. 145.º § 20.º, havia feito a promessa:

«As cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo dinheras assignas para separação dos réus, conforme suas circumstancias e natureza de «seus crimes.»

O Cod. Pen. da Austria, art. 307.º, determinou:

A incommunicação dos presos é uma medida de precaução preparatoria e intimamente ligada com o primeiro interrogatorio dos presos, e portanto não era a prolongação d'esse estado, mas a demora do mesmo interrogatorio alem das quarenta e oito horas, salva uma necessidade urgentissima e invencivel, a que cumpria fosse aqui incriminada.

Assim o praticou o Cod. da Baviera no art. 451.º:

« Les juges et magistrats instructeurs qui sans une néces-

« Les prisonniers doivent non seulement être séparés selon leur sexe, mais « en général ils doivent être, autant que possible, chacun dans un cachet sé- « paré. »

O mesmo Cod., no art. 311.º, autorizou durante o processo preparatorio os juizes a transferir um preso de uma para outra prisão, segundo a sua conducta, e sempre que se perceber que elle se communica por signaes ou palavras com algum outro preso seu visinho.

No imperio do Brazil o Decr. regulamentar de 31 de Janeiro de 1842, art. 149.º, determina que os presos, antes da pronuncia, estejam, sempre que for possível, postos em logar separado sem communicação com os pronunciados e criminosos.

No Cod. de Instr. Cr. das Duas Sicilias, art. 101.º e seguintes, não se concede praso algum, para dentro d'elle se fazerem os primeiros interrogatorios ao réu, porque deve logo ser conduzido á presença do juiz, ou ao mais proximo, para terem logar esses interrogatorios.

N'este pensamento concorda o Cod. de Instr. Cr. Fr., art. 40.º, mandando que os presos em flagrante delicto sejam interrogados immediatamente « sur-le-champ ».

Da confrontação d'esta legislação resulta: 1.º, que os interrogatorios não são unicamente, como alguns criminalistas sustentaram, um meio de defeza para os réus, mas de melhor se chegar ao descobrimento da verdade sobre a existencia do crime e dos seus co-auctores ou cúmplices, e portanto um meio indispensavel á administração da justiça.

2.º Que este meio será gravemente esterilizado em prejuizo da verdade e da justiça, sempre que se dê tempo ao preso para meditar nas evasivas e desculpas ou escusas de que ha de lançar mão nas suas respostas; e que este mal se agrava sempre que o preso se ponha em contacto, não só com outros criminosos, mas com pessoas de fóra da prisão.

3.º Que a criminalidade é portanto uma condição essencial e inseparavel da necessidade dos interrogatorios.

4.º Que esta necessidade existe emquanto for necessario fazer durante o processo preparatorio perguntas ao presos.

5.º Que a incommunicabilidade não consiste em se destinar ao preso um carcere escuro e insalubre nas enxovias de uma cadeia, por fórma tal que a communicação com os outros presos seja comparativamente um mal menor, como o considerou o Alv. de 5 de Março de 1790, mas sim na *prisión individual com isolamento*. As cadeias não devem ter logar algum que não seja seguro, limpo e bem arejado, quer seja para ter presos em separado, quer para te-los em commun, como prometteu a Carta no cit. art. 145.º § 20.º

6.º Que considerada por este modo a necessidade dos interrogatorios o

« sité pressante et insurmontable retarderont plus de quarante « huit heures le premier interrogatoire d'un inculpé arrêté « préventivement... seront punis d'une amende de dix florins « pour chaque jour de retard, et en outre si le retard a duré « trois mois, ils encourreront l'abaissement de grade ou sui- « vant les circonstances la révocation. »

E no art. 452.º: « ... s'il apparait que le retard surdit « ait eu lieu intentionnellement par haine, vengeance, cupidité

de incommunicação, para que estes possam esclarecer a justiça, embora se abrevie a vinte e quatro horas o praso em que devam ser feitos, a incommunicação deve ser absoluta e exclusiva mesmo das pessoas conjuntas, de que sómente trata o art. 963.º da Ref. Jud., as quaes poderão ser admittidas por excepção antes da pronuncia nos termos do mesmo art., e só amplamente depois da pronuncia.

A mesma Ref. Jud. reconhece o perigo, que para o descobrimento da verdade pôde resultar das insinuações d'aquelles, que por sua qualidade tutelar podem assistir aos presos na occasião dos interrogatorios, e por isso com quanto, sob pena de nullidade, exija a presença de um curador ajustamentado, prohibe-lhe, no art. 1:070.º, que responda por elles ou lhes suggira as respostas que hão de dar. *

7.º Que bem fixado o curto espaço em que os primeiros interrogatorios, e portanto a incommunicação absoluta, devem ter logar, esse estado deve prolongar-se, sempre que a determinação da lei for illudida pela obstinação do preso em responder ás perguntas; por isso que se deve repetir essa diligencia passadas quarenta e oito horas de continuação ao segredo ou prisão com isolamento, tendo-se feito advertir o mesmo preso de que o seu silencio lhe pôde ser prejudicial, ou seja porque pôde ser util á sua defeza quando innocente ou menos culpado, ou seja porque uma confissão sincera deva ser attendida para que se lhe modifique a pena na ausencia de outras circumstancias, ou para o aliviar em grande parte do peso das aggravantes, quando tendo confessado o crime responder com a mesma sinceridade sobre o motivo, tempo, logar, modo e cúmplices, se os houver, como requer o art. 979.º da mesma Ref.

O Cod. da Austria manda em taes casos, art. 363.º e 364.º, tratar o preso obtinado em guardar silencio como o loup fingido. Em consequencia, depois de advertido ácerca do mal que o seu silencio lhe pôde attrahir, é reconduzido á prisão aonde por tres dias consecutivos sómente se lhe subministra para seu alimento pão e agua. Feita esta experiencia sem resultado é o preso, depois de nova advertencia, punido com bastonadas de tres em tres dias, começando por dez e augmentando-se de cada vez mais cinco até trinta. Depois, se a obstinação continua, o legislador cede.

O Cod. da Baviera, no art. 453.º, pune os magistrados instructores de um processo, sempre que se mostre que as violencias empregadas contra um preso deram em resultado confessar-se culpado um innocente:

« Si les violences... ont eu pour effet d'extorquer un aveu à un innocent, « la peine sera... celle de la révocation jointe à un emprisonnement de six « mois à deux ans, lorsque par suite de cet aveu une peine corporelle aura « été infligée à la personne innocente. »

Concorda n'este ponto o mod. Cod. da Prussia, § 319.º

«ou par tout autre mobile d'intérêt privé, les dispositions sur «la *détention illégale* (art^o 192^o et 371^o) devront être appli-
«quées concurremment avec les précédentes.»

Por este modo o primeiro grau do delicto resulta da *negligencia*; o segundo da *prolongação intencional*, como se diz no comm. offic. a est. Cod.

O § 7.^o do art. 145.^o da Carta impõe ao juiz o *dever de dar a um preso conhecimento* ou nota da culpa dentro de vinte e quatro horas; — *fará constar* — são os seus termos preceptivos, os mesmos que empregou o Decr. de 13 de Abril de 1832, art. 1.^o n.^o 2.^o, e o mesmo preceito se reproduziu no art. 1:024.^o da Ref. Jud.

Ôra este preceito constitucional ficou sem a conveniente sanção penal, poisque este n.^o 4.^o não impõe a pena do art. ao juiz que não der essa nota — *ex officio* —, mas só áquelle que a *recusar*, *sendo-lhe requerida*, punindo assim não a violação da Carta e da Lei, mas a *denegação de justiça* em consequência do indeferimento.

O legislador do Cod. do Brazil, art. 182.^o, não o entendeu por este modo. Cingiu-se ao preceito da Constituição. Também assim o não entendeu o legislador da Carta, como se vê do cit. Decr. no art. 5.^o A mesma providencia teve o legislador do Cod. Hesp., como se vê no art. 287.^o, nas palavras — *ó no te hiciere saber la causa de su detencion dentro del término perfijado por las leys* —.

Sobre a determinação do § 1.^o nada temos a notar alem da sua inutilidade. Os nomes não mudam a essencia das cousas. Sempre assim se entendeu grammatical e juridicamente, e nem a Carta nos §§ 7.^o, 8.^o e 9.^o empregou a palavra *prisão* senão no sentido de *detenção* ou de *custodia*. A restricção da liberdade individual é materialmente a mesma, quer a reclusão em cadeia seja como pena, quer seja como por medida de segurança. Em ambos os casos temos sempre o sequestro da pessoa de um cidadão; e por isso, quando se prolonga por motivos ou incidentes a que o preso não deu causa, justo é que se considere como pena antecipadamente soffrida, para se descontar na imposta pela sentença, ou se attenuar a correspondente ao crime quando for de outra natureza, como está em

alguns Cod., e como deveria estar n'este, em conformidade com o direito consuetudinário do reino e praxe de julgar.

Quanto ao § 2.^o, entre a *negligencia* de que trata e a formal *denegação de justiça* de que tratou o n.^o 5.^o do art., parece-nos que não é tão grande a distancia que possa auctorisar a imposição sómente de uma pena meramente disciplinar.

Quando a lei impõe um dever ao magistrado e lhe marea um praso peremptório para o cumprimento d'esse dever, a omissão verificada pelo lapso do mesmo praso não pôde ter outra desculpa que não seja a do legitimo impedimento.

Facil será sempre ou antes acontecerá sempre que o juiz omisso em cumprir o preceito da Carta e da lei seja qualificado como *negligente* em vista d'este § e do n.^o 5.^o do art., uma vez que se prove que nem o preso requereu que se lhe entregasse a nota da culpa, nem que o juiz recusasse da-lhe logo que lhe foi requerida.

Se o preso nas primeiras quarenta e oito horas até aos interrogatorios se acha incommunicavel, como ha de fazer o requerimento, ou com quem se ha de entender para tal fim?

Alem d'isso o innocente pôde querer por isso mesmo ser instruido. O que tem a consciencia do crime pouco lhe importa que lhe seja ou não dada pelo juiz a nota dos motivos da prisão. O innocente pôde esperar que lhe façam os interrogatorios para saber os motivos da sua prisão.

Mas a referida nota não tem só por objecto instruir o preso d'esses motivos, mas também dos nomes dos seus accusadores e das testemunhas, havendo-as; e a Carta não tornou dependente da vontade do preso, nem do zêlo do magistrado a observancia do seu preceito.

Em summa é repugnante que o Cod. qualifique n'este § a *negligencia* como delicto, e escolha uma penalidade que sómente é applicavel quando não ha delicto, como é expresso no art. 1.^o da Carta de Lei de 10 de Abril de 1849, e cuja applicação não pôde ter logar sem as formalidades prescriptas na mesma lei, como determina o Cod. no art. 45.^o Essas formalidades são taes, segundo esta mesma Carta de Lei, no art. 4.^o e seguintes, que nem o ministerio publico, nem o preso, envolvidos em outros cuidados, um relativos á accusação, outro

relativos á defeza, se embaraçarão com a falta da nota, a que o Cod. deu tão pouca importancia.

A regra estabelecida na Carta é de que ninguém póde ser preso *sem culpa formada*, excepto nos casos declarados na lei; mas esta excepção é logo restringida pela Carta com a condição de se dar em determinado praso ao preso a nota da sua culpa. Se esta garantia constitucional é uma verdade é preciso que a regra se observe, não se favorecendo o seu quebrantamento em tanto quanto se ampliar a excepção desacompanhada da sua restricção, de que depende a procedencia e legitimidade da mesma excepção.

A *negligencia* offensiva do preceito da Carta poderia formar um primeiro grau de criminalidade, assim como a *denegação de justiça* um terceiro grau; mas faltou considerar o segundo grau que resulta da *positiva intencionalidade* ou proposito deliberado por motivos de paixão ou de interesse particular contra a pessoa do preso.

Este art. pois. e seus n.^{os} e §§ carece de emendas essentialissimas.

ARTIGO 292.º

Será punido com a suspensão até um anno, podendo aggravar-se com a multa correspondente, segundo as circumstancias:

1.º Qualquer empregado publico que ordenar ou executar a prisão de alguma pessoa, sem que se observem as formalidades prescriptas na Lei;

2.º O que arbitrariamente retiver ou ordenar que se retenha qualquer preso fóra da cadeia publica ou do logar determinado pela Lei ou pelo Governo;

3.º O que, sendo competente para passar ou mandar passar certidão da prisão, a negar ou recusar apresentar o registro das prisões, quando for competentemente requisitado;

4.º O que, sendo encarregado da policia judicial ou administrativa, e sabedor de alguma prisão arbitraria, deixar de dar parte á auctoridade superior competente;

5.º Todo o agente da auctoridade publica encarregado da guarda dos presos que receber qualquer preso sem ordem escripta da auctoridade publica.

ARTIGO 293.º

Todo o agente da auctoridade publica encarregado da guarda de algum preso que empregar para com elle rigor illegitimo, será punido com prisão até seis mezes; e se os actos que praticar tiverem pelas leis pena maior, ser-lhe-ha esta imposta.

Art. 38.º e ref., 41.º e ref.

As formalidades a que se refere o n.º 1.º do presente art., ou são relativas á expedição da ordem ou mandados de prisão de que tratam os art. 1:002.º e seguintes da Ref. Jud., ou são relativas á sua execução. Ou são *geraes* para todos os presos, ou *especieas* a certa categoria ou qualidade de pessoas a que se refere exemplificativamente o art. 1:003.º e 1:004.º da mesma Ref.¹.

Exceptuam-se quanto ao acto da apprehensão os casos de flagrante delicto em que, nos termos do § 9.º do art. 145.º da Carta, e art. 1:021.º da Ref., se for em crimes que não admitam fiança, se não requer precedencia de ordem nem de formalidade alguma, contanto que o apprehensor conduza logo o preso á presença da auctoridade competente.

Este n.º não exime da responsabilidade o subalerno que der cumprimento a uma ordem que não venha revestida das devidas solemnidades; em *fôrma legal*, determina o art. 298.º, que assim confirma esta doutrina. Todavia, segundo o que o Cod. dispõe no art. 20.º n.º 10.º, a obediência a uma ordem ou mandado de prisão expedida pela auctoridade competente, que contenha irregularidades de fôrma, é uma circumstancia atenuante para esse empregado, devendo todo o rigor penal recahir sobre essa auctoridade.

Para este effeito não se entendem comprehendidos os juizes ordinarios dos respectivos julgados, por isso que tẽem no cumprimento das ordens ou mandados de prisão expedidos mesmo por um juiz de direito uma responsabilidade directa e pessoal, devendo nega-lo, sempre que em taes ordens ou mandados falte alguma das solemnidades externas estabelecidas na lei, como é expresso no art. 1:007.º da Ref.

Todavia quanto aos agentes subalternos da auctoridade judicial pôde entrar em questão, se, tendo elles, na conformidade do art. 840.º da mesma Ref., representado ao seu juiz que a ordem se não acha em fôrma legal, poderão obedecer impunemente, se esse juiz lhes ordenar positivamente que a cumpram.

Por um lado graves inconvenientes podem seguir-se d'esta

¹ Veja-se a Ref. Jud. annotada pelo Sr. Neto. Not. n.º 3 ao art. 1:004.º

hesitação da parte dos subalternos, que podem aproveitar qualquer pretexto de irregularidade para favorecer a fuga dos delinquentes; e depois a prova da diligencia que os subalternos fizeram para se eximir a responsabilidade é muito difficil, se não impossivel, se o juiz não der despacho ou documento escripto que lhes sirva de resalva: é uma grave repugnancia o permittir-se, em caso algum, que o subalerno se constitua juiz da regularidade dos actos do seu superior; a parte ao governo é um triste remedio, pelo respeito, temor e dependencia que ha sempre entre quem manda e quem obedece; e é certo que sendo os mandados passados pelo escripto do juiz, era este o punido pelas irregularidades dos mandados, e não aquelles que lhes davam execução, como se vê do art. 1:005.º da Ref.

Por outro lado os termos absolutos do presente art. — *o que executar* — excluem a obediencia cega como causa justificativa da preterição das solemnidades legaes, e effectivamente casos pôde haver, em que um subalerno não pôde obedecer, taes como o de ser a ordem *verbal* e não *escripta* do proprio juiz; alem d'isso, como exige o art. 145.º da Carta, § 9.º, essa ordem em duplicado deve conter todos os dizeres e requisitos expressos no cit. art. 1:005.º da Ref., e o official da diligencia não os deve ignorar.

Justa portanto nos parece, em favor da liberdade individual, a disposição absoluta do art., assim como não podemos deixar de lamentar que elle omitisse incriminar especialmente o escripto que passa o mandado. Entre quem manda e quem executa existe esse empregado que toma no acto do ordenamento da prisão uma parte tão essencial. Mas não deve fiar impune; porque, nos termos do art. 26.º n.ºs 3.º, 5.º e 6.º do Cod., devem então os escriptos ser considerados *cumplices* do seu juiz.

Quanto ás solemnidades legaes que devem acompanhar o acto material da apprehensão em si mesma, a sua preterição é da responsabilidade directa e immediata dos agentes ou officiaes que a commettem, se tambem não é ordenada pelo juiz. Essas solemnidades, quanto a prisões judiciaes, se acham designadas nos art. 1:006.º, 1:062.º e seguintes da Ref.

Alem dos empregados judiciaes, tambem podem ser envolvidos na incriminação d'este art., visto que os não especialisa nem distingue, os empregados administrativos, quando intervierem no acto das prisões, prestando auxilio e execução á administração da justiça criminal ou penal, sobre que largamente providenciou o Decr. regulamentar de 23 de Junho de 1845.

Fóra ainda d'estes casos, com relação ás auctoridades administrativas, podem dar-se os de acção directa da prisão, como medida de policia, para depois o ministerio publico proceder em juizo na conformidade das leis, como é expresso nos a que se refere o Cod. Admin., no art. 252.º, o cit. Decr. e outras providencias. Mas n'estes casos as auctoridades administrativas não estão sujeitas ás mesmas formalidades, declinando facilmente a sua responsabilidade, por entregarem os presos á justiça que, ou tem de os mandar soltar ou de lhes formar culpa quando para ella se dê motivo legal.

Em relação aos abusos commettidos por estas auctoridades ou empregados na inobservancia de alguma das formalidades constitucionaes e legaes, como os que respeitam ao quebrantamento da inviolabilidade de asylo na casa do cidadão, de dia ou de noite, nos termos do § 6.º do art. 145.º da Carta, e do art. 1:012.º da Ref., a applicação da penalidade da suspensão do emprego é inadequada e inexequivel como já notámos, quando se tratar de empregados de *pura commissão*, amoviveis á vontade do governo que, como seus agentes, nem dependem da comminação penal para continuar a exercer as suas funções, nem podem ser n'ellas interrompidos emquanto merecerem a confiança do mesmo governo, unico juiz competente sobre este ponto.

De resto o presente art. em todos os seus n.ºs não offerece a menor difficuldade. Concorda na sua materia o Cod. Hesp., art. 289.º, o das Duas Sicilias, art. 241.º, o da Sardenha, art. 320.º, o Fr., art. 321.º = hors des lieux déterminés par le gouvernement ou par l'administration publique =.

O Cod. do Brazil, nos art. 189.º e 190.º, considera, e com justa razão, o facto como *carcere privado*, e pune o delinquent

com prisão de quinze dias a tres mezes; *nunca porém por menos tempo do que o da prisão do offendido*, e resalva como praticaram os ditos dois Cod. da Italia o caso da *urgentissima necessidade*.

Sobre a materia em especial do n.º 3.º, concorda o Cod. Hesp., art. 287.º n.º 4.º, o Cod. Fr., art. 119.º, o das Duas Sicilias, art. 238.º, e o da Sardenha, art. 316.º

Quanto á recusa da apresentação dos registos, concorda o Cod Fr., art. 120.º, e o da Sardenha, art. 317.º

Sobre a materia do n.º 4.º concorda *textualmente* o Cod. Hesp., art. 287.º n.º 5.º, o Cod. Fr., art. 119.º, o das Duas Sicilias, art. 238.º, e o da Sardenha, art. 316.º

Finalmente sobre a do n.º 5.º, o Cod. Fr., art. 120.º, o das Duas Sicilias, art. 239.º, o da Sardenha, art. 317.º, e o do Brazil, art. 181.º:

«... receber o carcereiro algum preso, sem ordem escripta «da competente auctoridade.»

Omittimos, como desnecessario, citar outros Cod.

Sobre a materia do art. 293.º somente nos limitámos tambem a apontar como concordantes, entre outros, o Cod. Hesp., art. 287.º n.º 3.º, o das Duas Sicilias, art. 240.º, o da Sardenha, art. 318.º e 319.º, e o da Baviera, art. 454.º

Os réus detidos pronunciados ou accusados têm direito a ser protegidos pela lei contra toda a especie de violencia ou mau trato. Devem ser tratados na prisão como se estivessem perante o tribunal, isto é, conforme á humanidade e ás prescripções da lei e dos regulamentos das cadeias. A arbitrariedade dos guardas ou carcereiros, quer seja por maldade, quer por brutalidade, deve ser reprimida severamente, e os tribunaes, fiéis interpretes e executores do pensamento do legislador, devem ser inexoraveis contra semelhantes attentados.

ARTIGO 294.º

Qualquer empregado publico que n'esta qualidade e abusando de suas funcções, entrar na casa de habitação de qualquer pessoa sem seu consentimento, fóra dos casos ou sem as formalidades que as leis prescrevem, será punido com a prisão de um a seis mezes e multa correspondente a um mez.

Art. 38.º, 41.º e ref.

Concorda o Cod. Hesp., art. 290.º: pena—a de suspensão e multa de dez a cem duros; o Cod. Fr., art. 184.º: pena—multa de dezeseis a duzentos francos; o das Duas Sicílias, art. 233.º: pena—a suspensão do emprego de dois mezes a um anno: o da Sardenhã, art. 341.º: pena—prisão até tres mezes e multa cumulativa ou separadamente.

O Cod. do Brazil discrimina, e com justa rasão, a entrada de dia da entrada de noite¹.

Da primeira trata o art. 209.º:

«Entrar em casa alheia de noite sem consentimento de quem n'ella morar.

«Penas—prisão por dois a seis mezes, e multa correspondente á metade do tempo.

«Não terá porém logar a pena:

«§ 1.º No caso de incendio, de ruina actual da casa ou das immediatas.

«§ 2.º ... de inundação.

«§ 3.º ... de ser de dentro pedido soccorro.

¹ É certamente digno este Cod. do maior louvor, por se notar, e em muitos logares d'elle, uma constante harmonia com a Constituição do Estado. Esta secção não parece mais que uma lei complementar da mesma Constituição, art. 179.º § 7.º, a que corresponde litteralmente o § 6.º do art. 145.º da nossa Carta.

«§ 4.º ... de se estar ali commettendo algum crime de «violencia contra pessoa.»

Da segunda trata o art. 210.º:

«Entrar na casa de dia, fóra dos casos permittidos, e sem «as formalidades legais.

«Penas—de prisão por um a tres mezes, e multa correspondente á metade do tempo.»

Este objecto foi considerado de tanta importancia no Cod. do Brazil, que mereceu ser tratado em secção especial de baixo do titulo=*Entrada na casa alheia*=que alem dos art. transcriptos contém mais quatro:

O art. 211.º declarando os casos em que a entrada de dia em casa do cidadão é permittida; os art. 212.º e 213.º declarando as formalidades que então se devem guardar; e o art. 214.º declarando que as suas disposições não comprehendiam as *casas publicas* de estalagem, de jogo, lojas de bebidas, tabernas e outras similhantes, *em quanto estivessem abertas.*

ARTIGO 295.º

Qualquer empregado publico que subtrahir, supprimir ou abrir alguma carta confiada á administração do correio, ou para isso concorrer, será punido com a prisão de um a seis mezes e multa correspondente a um mez, salvas as penas maiores em que incorrer, se pela subtracção, suppressão ou abertura commetter algum outro crime qualificado pelas leis.

§ unico. Esta disposição não comprehende os casos em que a auctoridade competente procede para a formação do processo criminal ás investigações necessarias, com as formalidades prescriptas na lei.

Art. 38.º, 87.º, 14.º n.º 5.º e ref.

Este art. tem por fim prestar, em parte, a devida sancção, assim como tornar mais explicito o § 25.º da Carta, a que corresponde o § 27.º do art. 179.º da Constituição do Império do Brazil.

« O segredo das cartas (diz um e outro §) é inviolavel. A administração do correio fica responsável por qualquer infracção d'este art. »

São precisamente as palavras do art. 18.º da Constituição de 23 de Setembro de 1822. A de 20 de Março de 1838, art. 27.º, limitou-se a estabelecer o principio de que = o segredo das cartas é inviolavel = e assim se havia supprimido uma referencia á administração do correio, que parecia restringir a responsabilidade pela violação d'esta garantia constitucional aos respectivos empregados. Esta inviolabilidade é formalmente consagrada no art. 22.º da Constituição Belga.

A violação do segredo das cartas confiadas á administração do correio é um crime de muito maior gravidade que a violação dos segredos confiados ao empregado publico, em ra-

são de suas funcções. Ella importa a violação de um direito natural do homem, cujo exercicio é garantido na mesma Carta, art. 145.º § 3.º, qual é o de communicar o pensamento *por palavras ou por escriptos*.

Na outra especie de violação dá-se o facto criminoso, depois de realisada a *communição*; é um abuso de confiança, uma traição e um roubo sem restituição possivel. Nesta especie dão-se os mesmos caracteres de immoralidade, mas com as circumstancias aggravantes: 1.º, de que o segredo das cartas é descoberto, não por aquelle a quem o conteudo d'ellas se dirige, mas por um terceiro estranho a esse segredo; 2.º, de que por esta fórma o pensamento apenas escripto, mas sem communicação, é sequestrado por um abuso de poder; 3.º, de que não sendo o Estado mais que o depositario do papel que contém o segredo, com a condição essencial de ignorar o seu conteudo, a auctoridade ou empregado que rompe ou devisa uma carta entregue á administração do correio torna-se instrumento, tanto da violação d'esse deposito como da sua condição, em menoscabo da fé e confiança publica; 4.º, que o roubo do segredo é n'esta especie feito não sómente ao cidadão mittente, mas ao cidadão destinatario, sendo violada a propriedade de ambos; 5.º, que sendo a correspondencia por meio de cartas pelo correio um monopolio do Estado, cujo rendimento, como o de todos os provenientes de taes monopolios, só póde ser justificado em razão do melhor serviço feito pelo Estado do que pelos particulares, o violador do segredo das mesmas cartas offende os interesses do Estado, e rouba o thesouro, porque o priva de maior rendimento que haveria, se a confiança em todos os agentes da administração fosse illimitada.

Acresce que n'esta especie a lei penal, a lei protectora, deve ser tanto mais rigorosa e mais severa, quanto mais é necessario defender o preceito da lei fundamental do Estado contra inimigos poderosos, que existem na perversidade, no interesse, na curiosidade desenfreada, no espirito de partido ou de vingança, e outras causas todas ignobels, todas immoraes.

O nosso art. não distinguio na incriminação, para attenuar a pena, o facto da *abertura* da carta, quando só elle se

dê sem *subtração* nem *supressão*; e com justa razão, porque se esta *subtração* ou *supressão* se não verificou, e a missiva chegou a seu destino, foi ou porque a instrução, resultante da *simples abertura*, preencheu plenamente os fins do delinquente, ou porque este não encontrou na mesma carta o que desejava saber ou aproveitar.

Todavia a *supressão* ou *subtração* pôde ser considerada como circumstancia aggravante, maxime attento o estado actual da legislação especial sobre o serviço do correio, porque alem de se roubar a propriedade do mittente e do destinatario, quanto a este, é o roubo consummado, antes da posse do proprietario, e quanto áquelle, é realizado mais na importancia do imposto que *previamente* pagou, e que demonstra a presença de uma estampilha, o que tambem converte o facto em rompimento de sellos do Estado. Nada em verdade mais repugnante do que forçar a esse pagamento *previo*, já *directamente* em certos casos (D. de 27 de Outubro de 1852), já *indirectamente* pela multa ou augmento do imposto, e não estabelecer o Estado meios repressivos com que efficazmente puna todo o attentado d'aquelles empregados que obstem ao cumprimento da condição onerosa que o Estado contrahê, de fazer com que a missiva chegue fielmente a seu destino.

Concordam com a disposição d'este nosso art.:

O Cod. Fr., art. 187.º No de 1810 eram as penas as de multa de 16 a 300 francos, e a interdição de funções publicas de cinco a dez annos. Esta nimia indulgencia a factos de tanta gravidade foi justamente criticada por occasião da revisão de 1832, e foi em consequencia d'isso que actualmente, por virtude das alterações sancionadas pela Lei de 28 de Abril d'esse anno, se acha a mesma penalidade conservada, mas aggravada com a prisão de tres mezes a cinco annos.

O Cod. Hesp., art. 275.º, fulminou o mesmo facto, quando committido por um funcionario publico, mas sem relação *especial* ás cartas do correio; e impõe a pena de prisão correccional, inhabilitação especial temporaria e multa de 10 a 100 duros.

O Cod. do Brazil, art. 129.º § 9.º, sempre no mesmo proposito de fazer observar os preceitos da Constituição do Im-

perio, determinou que fossem julgados como prevaricadores os empregados publicos que:

« Subtrahirem, supprimirem ou abrirem carta depois de « lançada no correio, ou *concorrerem para que outrem o faça* ».

« Penas—de *perda* do emprego, de prisão de dois a seis « mezes, e de multa correspondente á metade do tempo ».

Este Cod. ainda foi mais longe, subministrando talvez o pensamento do Cod. Hesp. em não especialisar as cartas lançadas no correio, pois iucrimina o facto com a mesma qualificação, quando se commetta o crime « a respeito de carta di- « rígida por portador particular, » comquanto considere menor grau de criminalidade, punindo com prisão de vinte a sessenta dias, e multa correspondente á metade do tempo.

O Cod. da Sardenha, art. 290.º, pune este facto contra qualquer delinquente com multa forte e prisão *até um anno*, sem prejuizo das penas mais graves *impostas por leis especiaes* contra os empregados da administração dos correios.

O Cod. das Duas Sicilias, art. 281.º, pune este crime com multa correccional e suspensão do emprego.

Quanto ao § un. considerámos digna de ser supprimida a sua disposição, que contém uma restricção que se não encontra em nenhum dos cit. Cod.

Em França tem-se algumas vezes entendido que os direitos da policia judiciaria ou do juiz instructor de um processo crime não eram limitados pelo art. 187.º do Cod.; e comtudo esta questão foi agitada na assembléa constituinte em Outubro de 1849. M. Pedro Leroux contestou então esses direitos, que sustentou o ministro da justiça, e a mesma questão ficou indecisa, porque sómente se adoptou a *ordem do dia pura e simples*.

Effectivamente o Cod. de Instr. Cr., art. 37.º, diz:

« S'il existe, *dans le domicile du prévenu*, des papiers ou « effets qui puissent servir à conviction ou à décharge, le procureur du roi en dressera procès verbal, et se saisira des « dits effets ou paquets ».

A nossa Ref. Jud., art. 914.º, auctorisa a apprehensão de quaesquer *papeis*, não só existentes *em casa do presumido delinquente*, mas ainda *em casa de outra pessoa*.

Porém com esta ampliação a questão fica sempre a mesma, porque ninguém pelas palavras = *casa do delinquente ou de outra pessoa* = poderá entender senão o domicílio particular dos cidadãos, e nunca os edificios ou casas destinadas á administração do correio, e nem o juiz tem auctoridade para paralyzar qualquer dos ramos especiaes de serviço, e entre essas operações no serviço do correio é o segredo, a expedição e o movimento das cartas.

Este nosso § deu todavia como bem fundada a opinião de que cessa a inviolabilidade do segredo das cartas sempre que a auctoridade instructora de um processo crime assim o julgue conveniente.

Vejam as razões em que se firma esta opinião. Dizem os jurisoconsultos francezes que a sustentam:

«1.º Que a disposição do Cod. de Instr. Cr., art. 37.º, não «distingue as cartas missivas, de outros quaesquer papeis ou «peças de convicção.»

Mas a questão não é essa, e sim se a apprehensão pôde verificar-se fóra do domicilio do supposto delinquente, contra os termos litteraes do art.

«2.º Que nos crimes de *falsidade*, o mesmo Cod. nos art. «402.º e 404.º, comprehende = *todos os depositarios publicos* = «sem distincção tambem de quaesquer papeis.»

Mas este argumento, que é de pura analogia, é mal cabido, porque as razões que defendem a inviolabilidade do correio são especialissimas, como ponderámos ao art.

«3.º Que se a lei auctorisa os magistrados a penetrar na «casa do cidadão, que é tão sagrada e inviolavel como a sua «correspondencia, como se lhes ha de negar o direito de penetrar nos segredos das suas cartas?»

Mas este argumento, alem de ser tambem, como o antecedente, de pura analogia, labora no falso supposto de que a correspondencia confiada ao correio é tão inviolavel como o domicilio do cidadão. Entre estas duas inviolabilidades existe tanta distancia, como a que vae de uma *inviolabilidade absoluta* a uma *inviolabilidade restricta*; da entrada na casa de um cidadão á entrada no edificio de uma repartição publica, immediatamente sujeita e dependente do respectivo ministerio.

«4.º Finalmente, que se não pôde assimilhar a um facto «criminoso por abuso de confiança o do juiz instructor, que «é feito com as solemnidades legais, e no interesse da administração da justiça.»

Mas a questão não é de avaliar as intenções do magistrado, que só podem servir para lhe attenuar a pena. O seu crime está no *abuso de auctoridade*, com que pratica um facto que não só a lei lhe não permite, mas prohibe a todo e *qualquer funcionario*.

Considerámos pois sem força semelhantes fundamentos. Elles não destroem as razões ponderadas ao art. que firmam a necessidade e a conveniencia da *inviolabilidade absoluta* das cartas do correio.

Melhores considerações encontrámos em Carnot, ao cit. art. 137.º n.º 9.º

Por mais *criminoso*, diz elle, que possa ser uma carta missiva, segundo o seu contexto, emquanto se não tiver feito *publica*, não pôde constituir crime nem delicto *punivel*, nem pôde ser legalmente tomada em consideração alguma em juizo; e se ella se junta ao processo o accusado tem direito a requerer que d'ahi seja excluida. Assim foi decidido pelo tribunal de cassação em 6 de Dezembro de 1816:

«Attendu qu'une lettre est un dépôt essentiellement secret; «que ce qui est écrit n'a que le caractère de la pensée, jusqu'à «ce que, par un fait autre que la force majeure, le secret en «ait cessé.»

Carnot acrescenta que se este tribunal introduz n'este seu accordão as palavras de restricção = *hors les cas déterminés par la loi* =, o que tenderia a fazer suppor excepções legais, no Cod. nenhuma se encontra.

E para nos não falhar n'este ponto importante uma auctoridade, ou exemplo pratico respeitavel, temos a produzir o Cod. do Brazil, no cit. art. 129.º § 9.º, que conclue com as seguintes palavras:

«As penas em qualquer dos casos serão duplicadas ao «que descobrir, em todo ou em parte, o que na carta se con- «tiver; e as cartas assim havidas não serão admitidas em «juizo.»

Posto isto, sobresae com todo o seu fulgor e belleza o § 25.º do art. 145.º da Carta:

«O segredo das cartas é *inviolavel*. A administração do «correo fica *rigorosamente* responsavel por *qualquer infracção*.»

O que é declarado *inviolavel* pela Carta, sem restricção nem modificação alguma, não pôde ser *violado*, nem quebrantado em *caso algum*. O legislador da Carta, para tornar ainda mais explicito o seu pensamento, tornou directa, unica e especialmente (*rigorosamente*) responsavel a administração do correo; e para não allegar escusas, por mais plausiveis que parecessem, declarou que comprehendia toda ou *qualquer infracção*.

Não nos parece possivel, sem se ferirem as regras mais simples da hermeneutica, o considerar admissiveis restricções a uma disposição constitucional, concebida, como esta, em termos tão absolutos, que não podem ser modificados por uma lei ordinaria, mas só pelos tramites que prescreve a mesma Carta.

O legislador é o mesmo principe que sancionou o Cod. do Brazil, no qual se acha o cit. § 9.º do art. 129.º; e se tivesse sido conforme á sua mente o resalvar excepções determinadas por alguma lei ordinaria, as teria resalvado, como o fez nos §§ 5.º, 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10.º, 13.º, 16.º, 21.º e 23.º do mesmo art. 145.º da Carta.

Por ultimo, notaremos ainda com relação á legislação do Brazil, que no Cod. de Proc. Cr., tit. 2.º cap. 7.º art. 19.º, se declara que «aos officaes de justiça compete a execução «dos mandados de exhibição e busca, em casas *de moradas* «ou de *habitação particular*.»

Em conclusão considerámos em desharmonia com o preceito da Carta a disposição d'este §, e não só isso, nós o temos por inconveniente e prejudicial.

Inconveniente e prejudicial, porque desvia da administração do correo um sem numero de cartas que, ou não se escreverão, ou se escreverão o menos possivel, ou por um modo de simulação e de ambiguidade tal que não comprometta nem o mittente nem o destinatario. Teria pois sido

melhor que o Cod. mantivesse mais amplamente uma garantia que se acha entregue á fé publica.

O crime não perde, antes lucra na presença d'este §, porque lhe serve de aviso para não dar armas contra si, e para melhor disfarçar, evitar ou occultar ao juiz criminal as provas dos factos, objecto da investigação judicial. O Estado sim, esse perde, porque se offende a Carta, porque se desacredita, porque estanca uma parte dos rendimentos do thesouro, porque dá o exemplo de se lhe julgar permittido por um motivo judicial aquillo mesmo que incrimina aos seus empregados, porque expõe o magistrado instructor a ser impunemente desobedecido pelos agentes da administração dos correios.

Mas, se é tao absoluta a intelligencia do § 25.º do art. 145.º da Carta, comprehenderá essa inviolabilidade os mesmos casos denominados de suspensão de garantias?

Respondemos affirmativamente. Tem sido muito desgraçado o abuso, que se tem feito em taes occasiões, por ordem ou com auctorisação do governo.

O § 34.º do art. 14.º da Carta não justifica a dispensa da sua observancia em taes casos, senão quando de algumas das *formalidades* que garantem a liberdade individual, e nunca de *direitos naturaes* ou *essenciaes* do homem, e um d'esses direitos é o de se respeitar o que é o *seu segredo*, o *seu pensamento*, emquanto a *communicação* se não converteu em *facto publicado*.

Esta e não outra é a intelligencia da mesma Carta, a qual resulta do sentido natural das suas palavras, como já bem notou o nosso insigne publicista Silvestre Pinheiro, Proj. de Ord., tom. 2.º, pag. 27:

«As formalidades que garantem a liberdade individual, «conforme ás disposições d'esta Carta, e ás quaes allude o preceito § 34.º, são unicamente duas; a saber: 1.ª, que as auctoridades só de dia, e pela maneira que a lei determinar, possam entrar por força na casa de qualquer morador (§ 6.º); 2.ª, que excepto nos casos declarados na lei, «e nos de flagrante delicto, ninguem poderá ser preso sem «culpa formada (§ 7.º). *Todas as outras garantias dos di-*

«*reitos naturaes são actos essenciaes e não meras formali-
«dades.»*

Quanto á resalva das penas maiores, se corresponderem por lei ao facto incriminado sobre que versa a segunda parte do art., era desnecessaria como tantas vezes temos notado.

O Cod. Fr. não contém semelhante declaração, e comtudo é n'esse paiz doutrina corrente, que as leis penaes sobre furto ou abuso de confiança se podem applicar á subtracção de uma carta, quando se prove que ella continha algum valor material ou effectivo.

Assim o tem virtualmente julgado o tribunal de cassação em Arestos de 21 de Agosto de 1840 e de 12 de Abril de 1849, julgando não estranhos ao facto incriminado os art. 401.º e 408.º do mesmo Cod., mas inapplicaveis na especie, por se não provar um dos elementos especiaes designados n'esses art., d'onde se conclue que, se provado fosse, outra seria a decisão ¹.

Outros casos podem dar-se que apresentem maior gravidade prevista no Cod. ou em outra lei penal, e em todos elles se deve proceder, como na accumulacção de crimes, impondo-se a outra pena especialmente contemplada, se for mais forte, art. 87.º

ARTIGO 296.º

Qualquer empregado publico que, n'esta qualidade, e abusando de suas funcções, impedir de qualquer modo a um cidadão o exercicio legal dos seus direitos politicos, será suspenso dos mesmos direitos por tempo não inferior a cinco annos, salvas as penas maiores em que possa ter incorrido nos casos previstos pelo capitulo 5.º d'este titulo, que serão applicadas segundo as regras geraes.

Art. 87.º e ref.

Assim um par do reino, governador civil ou auctoridade, que impedir um cidadão de votar em uma eleição de regedoria de parochia, incorre na suspensão da commissão conferida pelo governo, fica inhabilitado de preencher qualquer outra, e de tomar parte nas deliberações do corpo legislativo: e esse mesmo par do reino, se for impedido de votar em outra eleição popular por um regedor de parochia ou cabo de policia, que gose de direitos politicos pouco importantes, sómente se póde ver protegido pela suspensão d'esses mesmos direitos impostos ao seu offensor. Assim, em rasão da sua penalidade, a incriminacção fica viciosa.

É este um dos principaes defeitos d'este elemento de penalidade que devia ser admittido só como effeito da prisão ou degredo, durante o seu cumprimento, nos termos do art. 9.º da Carta.

Notem-se as palavras=*exercicio legal*=, d'onde resulta que o empregado publico, para esse fim competente, não só não commette abuso, mas cumpre o seu dever, quando obsta a que um cidadão usurpe o exercicio de algum direito politico.

Tambem cumpre advertir que, sempre que o Cod. Pen. emprega, como aqui, a palavra=*impedir*=sem mais declaracção

¹ Morin, Dicc. verbo=*abus d'autorité*=§ 4.º

alguma, abstrahе dos resultados do crime que consistem em se tornar impraticavel um acto legal. O crime que a lei pune em si mesmo é o do emprego dos meios impeditivos.

Os obstaculos podem ser removidos, ou porque o delinquente desistiu, ou porque força estranha lhe tolheu a acção, ou porque, apesar de serem empregados por aquelle todos quantos meios estavam ao seu alcance, ficaram frustrados os seus esforços, porque a lei foi observada, ou o acto legal pôde ser praticado através de todas as difficuldades.

Finalmente, quanto á resalva das penas *maiores*, expressão ambigua¹, pois que tanto pôde significar as *criminaes* a que o Cod. chamou *maiores*, como as *correcçionaes* mais graves ou mais fortes que a imposta no presente art., reportâmo-nos ao que ponderámos aos casos que se contêm no cap. 5.º d'este titulo, restando-nos sómente dizer que a expressão *mesmos* com relação a *direitos politicos* é ambigua, porque tanto pôde significar-los em globo, como aquelles a cujo exercicio se poz impedimento.

Dada a primeira intelligencia, resulta a desigualdade notada; dada a segunda, é a pena de talião ou a vingança exercida até nas restricções da actividade politica, e de execução impossivel, sempre que o offensor não gose do direito politico que impediu, tendo então de ser substituida a pena pela de prisão até um anno, nos termos do art. 75.º

¹ Expressão incorrecta que devia ser substituida pelas de *mais graves* ou *mais fortes*. Desde que o Cod. tornou technicas as palavras *penas maiores* para as distinguir das *penas correcçionaes*, cumpria que nunca mais fossem empregadas senão no seu sentido como juridico. E tanto mais que, nos termos do mesmo cap. 5.º a que o art. se refere, podem ter logar *penas maiores* n'este sentido, correspondentes ao crime de sedição, como resulta da combinação do art. 201.º com o art. 179.º

ARTIGO 297.º

O empregado publico que, sendo competente para requisitar ou ordenar o emprego da força publica, requisitar ou ordenar este emprego para impedir a execução de alguma lei, ou de mandado regular da justiça ou de ordem legal de alguma auctoridade publica, será punido com a prisão de um até tres annos.

§ 1.º Se o impedimento se consummar, será punido com o degredo temporario.

§ 2.º Se o impedimento se não consummar, mas a requisição ou ordem tiver sido seguida de algum effeito, será punido com as penas de tentativa de resistencia.

Art. 35.º, 38.º, 89.º e ref.

Não offerece este art. a menor duvida ou difficuldade. A pena é regular e adequada. É digno de severa punição aquelle empregado publico, que assim abusa da força publica que sómente lhe foi confiada ou de que unicamente pôde dispor para proteger a execução das leis, e fazer cumprir os mandados da justiça ou ordens da auctoridade publica.

Notem-se comtudo as palavras *mandado regular* a respeito da justiça, e as de *ordem legal* a respeito de qualquer outra auctoridade. Nos mandados da justiça o empregado, que dispõe da força publica, não pôde impedir com o emprego d'ella a acção de um poder do Estado, se são emanados d'esse poder com os caracteristicos de competencia e de forma determinados na lei. Nas ordens das outras auctoridades, o empregado publico pôde impedir-lhes a execução, quando vir que ellas vão de encontro ás leis, em quanto o legitimo superior, a quem deve dar parte, lhe não mandar positivamente o contrario.

As distincções que se fazem n'estes §§ confirmam a intelligencia que demos á palavra = *impedir* =, empregada no art. antecedente.

O presente art. trata do crime quando ficou em delicto frustrado, ou mesmo quando não passou os limites de uma tentativa.

O § 1.º considera especialmente o facto do impedimento quando consummado. O § 2.º contempla uma terceira hypothese no impedimento, quando sómente frustrado em algum de seus resultados, como por exemplo na execução de uma ordem de prisão contra os complicados em certo crime, dos quaes alguns conseguem evadir-se á sombra do impedimento; ou de uma ordem para posse, penhora ou arresto nos bens de uma determinada pessoa, que em rasão do impedimento só pôde realisar-se em parte d'elles.

ARTIGO 298.º

Se um empregado publico for accusado de ter committido algum dos actos abusivos, qualificados crimes nos artigos antecedentes d'esta secção, e provar que o superior a que deve directamente obediencia, lhe dera, em materia de sua competencia, a ordem em fórma legal para praticar esse acto, será isento da pena, a qual será imposta ao superior que deu a ordem.

Art. 20.º n.º 10.º e ref.

Devem estar presentes na applicação d'este art. os principios estabelecidos ao art. 20.º n.º 10.º, art. 23.º n.º 5.º, assim como ao art. 25.º n.º 2.º

Segundo a doutrina d'este primeiro art. n.º 10.º, o empregado publico, obedecendo ao superior, não fica isento da pena absolutamente, mas sómente lhe é attenuada em rasão da obediencia. Este art. porém, em contradicção com esta doutrina, remove para o superior toda a culpa e responsabilidade.

Esta disposição pois garante uma impunidade absoluta a respeito de todos os *abusos de poder*, comtanto que os agentes immediatos d'esses abusos se defendam com a ordem do seu superior! Nem ao menos este art. distingue entre ordens que exijam uma prompta obediencia, e aquellas cujo cumprimento possa permitir que o inferior, antes de se tornar cego instrumento da violação da lei, use do direito de representação que em taes casos é um dever¹.

N'esses casos, em que se não dá urgencia de execução, a promptidão, o ardente zêlo do inferior é moralmente mau, e

¹ A infracção d'este dever deveria achar-se incrimnada no Cod., assim como não devia ter logar a escusa sempre que se provasse, que, apesar da ordem em *fôrma legal*, o subalterno tinha justas rasões para suspender a execução, representando e não o havendo praticado assim.

criminoso deveria ser declarado pelo legislador; porque a representação respeitosa, ao passo que não offende o dever da obediencia, pôde dar logar a que se reconsidere, se modifique ou se revogue uma ordem precipitada, obrepticia ou subrepticia.

O empregado subalterno que procede de outro modo passa á ordem dos *cumplices*, porque sendo-lhe possível impedir o crime concorre maliciosamente para o facilitar, demonstrando pela omissão da representação que se identifica em desejo e pensamento com o seu superior: art. 26.º n.º 5.º

Depois, se é removido para o superior que deu a ordem todo o peso da responsabilidade, não basta a imposição da pena ordinaria do crime. Essa ordem é uma violencia por elle praticada contra a consciencia dos seus subalternos; dá-lhes o exemplo da offensa das leis e da Carta, e aos povos a demonstração de que em logar de ser o centro de protecção e de recurso contra os abusos dos agentes da auctoridade, que tantas vezes excedem a execução das ordens as mais legitimadas, se torna o centro da oppressão e da tyrannia: e portanto a pena não deveria ser a mesma, mas muito mais grave.

A estas considerações acresce especialmente, quanto aos factos previstos no art. 295.º da violação do segredo das cartas do correio, a repugnancia do presente art. com o § 25.º do art. 145.º da Carta.

Se o ministro d'estado da repartição competente ordenar que na administração do correio se apprehendam ou se abram as cartas, ou se devassem os segredos que ellas contêm, a ordem d'esse ministro não salva os respectivos empregados da responsabilidade immediata e directa em que *especialmente* collocou o cit. § 25.º da Carta. O presente art. não deve, ou não deveria entender-se com offensa da mesma Carta.

Todavia sempre é certo que os empregados subalternos não podem então ser demandados sem licença do ministro, que a não concederá na presença do Cod., que lhe impõe a pena sempre que as ordens d'elle emanarem, alem de ter em seu favor a allegação de que não existe a *lei particular*, de que depende a qualificação dos factos de sua responsabilidade, e a maneira de se proceder contra elles em conformidade com o art. 104.º da Carta.

Essa licença não a concederá mesmo que as ordens não tenham emanado d'elle, sempre que adopte como seus as actos illegaes ou arbitrarios, ou desculpe ou releve os empregados, superiores ou inferiores, que praticarem os abusos de poder de que se trata n'esta secção.

ARTIGO 299.º

Qualquer empregado publico que, no exercicio ou por occasião do exercicio de suas funcções, empregar ou fizer empregar, sem motivo legitimo, contra qualquer pessoa, violencias, que não sejam necessarias para a execução do acto legal que deve cumprir, será punido com a pena de prisão de um a seis mezes, salva a pena maior em que tiver incorrido, se os actos da violencia forem qualificados como crimes.

Art. 38.º e ref. e 87.º

A fonte d'esta disposição se póde considerar no Cod. Fr., art. 186.º, porque sendo ali as palavras da incriminação « l'orsqu'un fonctionnaire ... aura, sans motif légitime, usé ou fait user de violences envers les personnes, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions » se mostram aqui litteralmente traduzidas.

Concordam, quanto á incriminação, o Cod. da Baviera, art. 353.º, e outros da Allemanha, o Cod. Hesp., art. 296.º (art. 287.º) n.º 3.º, assim como o das Duas Sicilias e outros da Italia, todos seguindo o cit. Cod. Fr., art. 186.º, com mais ou menos declarações, mas com bastante variedade quanto á pena.

A nossa Ord. do liv. 5.º tit. 49.º §§ 9.º e 10.º, comquanto auctorisasse até a morte do malfeitor, que fugisse da prisão, ou se não quizesse dar á prisão, se o maleficio committido fosse tal que coubesse a pena de morte, não dispensava comtudo a prova de impossibilidade da captura para relevar o emprego das violencias; se bem que, não se matando ou não se ferindo, ou não se provando que o official de justiça ignorava a menor gravidade do maleficio, deixava impunes os actos de força de similhante natureza.

Era absurda, atroz mesmo similhante disposição, e é di-

gua de todo o louvor a expressão determinação do art. 1:015.º da Ref. Jud.:

« É prohibido a todo o official *maltratar e fazer algum insulto* aos presos, e só no *caso de resistencia* lhe será licito usar da força *necessaria* para repellir a aggressão e effectuar a diligencia.»

O presente art. é mais amplo, poisque a sua disposição se não restringe á pessoa dos presos, mas na sua especialidade parece-nos mais completa a redacção da Ref. Jud. O presente art. nas palavras *sem motivo legitimo* a par das *não sejam necessarias para a execução do acto legal*, parecem apresentar uma redundancia.

O Cod. Fr. reduziu a condição negativa da sua crimação á *legitimidade do motivo*, e com justa razão, porque estas palavras exprimem uma idea complexa, tanto com relação á *legalidade do acto*, como á *necessidade das violencias* para elle se praticar, devendo portanto ser punidos os *excessos*, postoque attenuados, por subsistir sómente uma parte d'essa legitimidade, em harmonia com o que se acha prescripto a respeito dos excessos da justa defeza, no art. 378.º

O Cod. do Brazil incriminou este facto com relação especial aos empregados encarregados da cobrança dos impostos, art. 135.º n.º 2.º, e o da Baviera, art. 453.º, com relação aos instructores de um processo contra um réu, e aos directores das prisões excedendo o rigor legal das penas disciplinares contra presos. O mod. Cod. da Prussia incriminou em geral, no art. 316.º, todos os actos de violencia ou offensas corporaes, sem tornar dependente a sua incriminação da *legitimidade do motivo*, que em verdade não é elemento a attender, senão para escusa ou attenuação da pena.

ARTIGO 300.º

Se qualquer empregado publico ou corporação investida de auctoridade publica se ligar por qualquer meio com outros empregados ou corporações, ajustando entre si medidas para impedir a execução de alguma lei ou ordem do poder executivo, será condemnado cada um dos criminosos na prisão de um a seis mezes, e será demittido.

Art. 38.º, 43.º e ref.

É incriminado n'este art. o facto da *colligação, conjuração ou concerto, (complot)* entre individuos que exercem auctoridade publica, quer individual, quer collectivamente, na resolução de *impedir a execução de alguma lei* ou ordem do poder executivo.

É elemento essencial d'esta incriminação que essa colligação tenha por fim *ajustar medidas* para se conseguir esse resultado negativo.

Pune-se portanto um *facto preparatorio*, qual o da *colligação* assim qualificada que precede outro *ainda preparatorio, o ajuste de medidas*, que não carece de ser seguido por este, nem do effectivo emprego ou execução das mesmas *medidas*.

Grandes defeitos encontrámos n'este art., de omissão e de redacção. De omissão, porque incriminando-se um primeiro facto preparatorio de crime moral e social, deixam-se em silencio os actos subsequentes em relação ao mesmo crime. Assim os colligados, dado e descoberto o primeiro passo, não têm interesse algum em suspender os actos ulteriores de *ajuste de medidas* e emprego d'ellas.

De redacção: 1.º, porque as palavras *empregados ou corporação investida de auctoridade publica* e as palavras *execução de alguma lei ou ordem* do poder executivo comprehendem na sua significação generica, quanto ás *ordens, to-*

das, mesmo as illegitimas e incompetentes, e quanto a *empregados* ou ditas *corporações*, os tribunaes, juizes e officiaes de justiça, que só cumprem ou mandam cumprir ordens do poder executivo, que não offendam a independencia do poder judiciario, não sejam contrarias ás leis, nem sejam oppostas a julgados ou outras ordens emanadas do superior legitimo na orbita do mesmo poder.

2.º Porque, quanto á penalidade, determinando, alem da prisão de um a seis mezes, que o criminoso *será demittido* e não que *será punido com a demissão*, fica-se em duvida se o art. contém um preceito para ser cumprido pelo superior do delinquento, e como effeito especial da prisão, ou se contém a comminação de uma pena, principal ou accessoria, que tenha de ser objecto da condemnação judicial.

3.º Porque parece considerar sujeitas á incriminação as *corporações*, quando *sómente podem ser criminosos os individuos*, art. 22.º; no que concordam as ultimas palavras do presente art. *será condemnado cada um dos criminosos*.

A incriminação, abstrahindo d'estes defeitos, parece-nos injusta nos termos em que se acha feita, sempre que o acto preparatorio da colligação não for seguido de começo de execução, e mais ainda sempre que nem tenha havido *concerto* sobre as medidas positivas ou negativas de resistencia ou desobediencia.

Se o mal não passou a ser tentado nem consummado, se a lei foi executada, a ordem foi obedecida, deve-se presumir ou a desistencia voluntaria ou o arrependimento, e cessa portanto inteiramente o fundamento e o direito de punir, ou o acto perde muito da sua importancia, para sómente dever ser corrigido pela censura ou outra pena da natureza e competencia puramente disciplinar.

¹ O sr. Levy no seu comm. a este art. deu-se ao trabalho de tratar a questão, se os corpos moraes podem delinquir, concluindo pela negativa. Veja-se pois o mesmo comm. vol. 3.º pag. 171 e seg.

SECÇÃO 3.ª

EXCESSO DE PODER E DESOBEEDIENCIA.

ARTIGO 301.º

Será punido com a demissão ou suspensão, conforme as circunstancias:

1.º Todo o empregado publico que se ingerir no exercicio do poder legislativo, suspendendo quaesquer leis ou arrogando-se qualquer das attribuições que exclusivamente competem ás côrtes, com a sanção do rei;

2.º O juiz que fizer regulamentos em materias attribuidas ás auctoridades administrativas, ou prohibir a execução das ordens da administração;

3.º O juiz que, sem auctorisação do Governo, ordenar o comparecimento em juizo, ou o interrogatorio ou a prisão de algum empregado administrativo, por crime commettido no exercicio de suas funções, depois que o mesmo empregado ou auctoridade superior administrativa tiver, perante elle, reclamado contra o procedimento judicial não auctorisado;

4.º A auctoridade administrativa que, com quaesquer ordens ou prohibições, tentar impedir ou perturbar o exercicio do poder judicial.

Art. 43.º, 44.º e ref.

A penalidade estabelecida n'este art. não encontra a menor difficuldade, quando applicada aos juizes, membros do conselho d'estado, officiaes militares e outros inamoviveis que, seguindo a Carta ou por lei, sómente podem perder os seus logares por sentença. É mesmo bastante severa e arbitraria para reprimir os abusos de que tratam os n.ºs do art., poisque

fica entre o maximo da *demissão* e o minimo da *suspensão*, que pôde ir de dois a cinco annos.

Mas é inapplicavel tanto aos empregados amoviveis, como aos de pura commissão, que não pôde subministrar ao legislador a disponibilidade de um *direito constituído* para ser tomado para objecto de comminação penal, maxime em prejuizo das regras e conveniencias da administração publica e da jurisdicção disciplinar ou do poder executivo, como temos demonstrado em outros logares.

Passando ás incriminações, a do n.º 1.º tem por fim proteger a divisão e independencia do poder legislativo, tornando inviolavel o exercicio exclusivo das suas attribuições.

Este n.º não distingue os empregados réus d'este crime. Todos, quer civis, quer militares, quer judicarios, quer administrativos ou municipaes, ficam sujeitos á disposição da lei penal.

Todavia os empregados, que exercem em qualquer ramo do executivo alguma direcção, commando ou governo superior, são os que podem estar mais no caso de abusar da sua força ou auctoridade, para ultrapassar as suas attribuições, usurpando as do poder legislativo, constituindo preceitos ou theses geraes de natureza legislativa, por meio dos seus decretos, portarias, editaes, ordens do dia ou regulamentos.

Entre estes empregados sobresãem como cabeças, como chefes, na ordem do funcionalismo, os ministros d'estado, e são os que infelizmente estão na posse de commetter impunemente este delicto. Mas, quando se deva tomar *como lei particular*¹ de responsabilidade de ministros, promettida no art. 104.º da Carta, o complexo das diversas disposições do Cod. com relação a *empregados publicos*, a do presente n.º, que é de todos o mais importante, não lhes poderia dizer respeito, por ser inconstitucional ou impossivel a applicação da sua sanção.

Os ministros d'estado exercem a mais precaria de todas as commissões; a sua *suspensão* nunca tem logar: ou se *nomeiam* ou se *demittem*; e a *demissão* nunca é, constitucional-

¹ O Cod. do Brazil, em harmonia com o art. correspondente da Constituição do Imperio, art. 134.º, declarou no art. 308.º que as suas disposições não tinham applicação, nem aos ministros, nem aos conselheiros d'estado.

mente fallando, um resultado de causas estranhas á vontade do rei; é um acto do poder moderador, excepcional, *livre*, e até independente da audiencia do conselho d'estado, como é expresso no art. 74.º § 5.º da Carta.

O poder legislativo pois ficou sem protecção alguma no Cod. Pen. em relação aos excessos de poder de que se trata, quando praticados pelos ministros d'estado.

Depois dos ministros vem os governadores civis dos districtos do reino e outros, como são os governadores do ultramar; mas estes estão no mesmo caso que os ministros d'estado. Delegados do poder executivo, são de pura commissão amovivel a todo o instante.

Os corpos municipaes podem tambem exceder-se facilmente nas respectivas localidades, usurpando em suas posturas ou regulamentos attribuições do poder legislativo. Mas essas posturas têm o correctivo da approvação previa pelos conselhos de districto, e da execução dependente dos delegados do rei; e taes corpos não podem ser demittidos nem *suspensos*, mas sómente *dissolvidos*, como todos os de eleição popular.

Restam pois os juizes, aos quaes, não podendo perder os seus logares senão por sentença, a demissão ou suspensão pôde ser imposta como pena; d'onde parece evidente que este n.º, assim como os dois seguintes, não teve em vista principalmente senão os juizes.

Mas se a penalidade lhes pôde ser applicavel, por terem um direito constituido sobre que recáia a perda ou privação temporaria, não acontece o mesmo quanto ao facto da incriminação¹.

¹ A extincta casa da supplicação, assim como a relação do Porto, tomavam de quando em quando seus assentos de interpretação doutrinal, para tornar, em casos duvidosos ou omissos na letra da lei, uniforme a applicação do direito aos processos que eram submettidos ao seu conhecimento. Mas esses assentos não eram leis, e só tiveram força de lei depois que a de 18 de Agosto de 1769 lh'a attribuiu.

Hoje seria conveniente que nos mesmos casos duvidosos ou omissos, sem precisamente ligar nem o direito das partes, nem a consciencia dos juizes, nem a liberdade de allegação e discussão no fóro, em uma palavra, sem o caracter de lei, o supremo tribunal de justiça tomasse em secções reunidas similtantes assentos. Mas este tribunal, severo respeitador da divisão dos poderes politicos, flimita-se á interpretação doutrinal, que a Carta lhe não veda, que lhe é forçoso empregar, que a Carta e a lei lhe impõem, não podendo eximir-se de julgar sob pretexto de falta ou ambiguidade nas palavras do legislador.

Os juizes, se julgam mal, fazem uma injustiça, mas não legislam. Prejudicam um direito de parte; dão execução apparelhada com relação a um *particular*; decidem uma *hypothese*; mas não estabelecem uma *these*, um preceito *geral*. Nunca portanto no exercicio de suas funções se pôde dizer que usurpam attribuições que pertencem ás côrtes com a sancção do rei.

Em conclusão pois este n.º 1.º se nos antolha como um *lindo nada* que, salvo o respeito á lei, temos por impraticavel, impossivel ou inutil.

O n.º 2.º, que contém duas incriminações distinctas directa e expressamente contra os juizes, ficará sómente no papel quanto á primeira, porque difficilmente os juizes quererão assumir attribuições administrativas que lhes não competam por lei; e nem é precisa a comminação, porque, ou o *conflicto positivo*, que então nasceria entre elles e as auctoridades administrativas, daria lugar a recursos para o conselho d'estado, ou os excessos de *jurisdição ou de competencia* trariam a questão ao supremo tribunal de justiça; e tanto por uma como por outra forma se proveria de remedio.

A segunda, nas palavras = *prohibir a execução das ordens da administração* = não é menos digna de censura.

Como é que os juizes podem *prohibir*? Por despachos em autos ou requerimentos? Quem se sentir prejudicado tem recurso para o superior legitimo. E como poderiam os juizes fazer-se obedecer, se não dispõem da força publica? Como a reclamariam das auctoridades administrativas contra ellas mesmas?

Alem de que este n.º não pôde entender-se senão das *ordens legaes*, e sem offensa das attribuições e dignidade da magistratura judicial no exercicio da sua competencia e jurisdicção. Se essas ordens fossem attentatorias da independencia do poder judicial ou impeditivas da sua acção, a resistencia pelos meios legaes não só é permitida aos juizes, mas é um rigoroso dever, que a necessidade de seus officios lhes impõe. Em taes casos não haveria um tribunal judiciario que os condemnasse, porque não podia nem devia condemná-los, antes louva-los.

Não basta que o n.º 4.º d'este art. puna os excessos das or-

dens da auctoridade administrativa, cumpre que os juizes mantenham e defendam o exercicio da sua jurisdicção e competencia.

Em taes casos a resistencia legal é indispensavel, maximé em presença do que se determina em o n.º 3.º, tolhendo completamente a acção do poder judiciario, em relação aos crimes commettidos pelos empregados administrativos no exercicio de suas funcções, e justificando plenamente quanto temos dito em diversos logares, ácerca da adopção indistincta das penas de demissão, suspensão e censura contra os empregados publicos ¹.

Ou os delictos de que se tornaram culpados, os funcionarios administrativos, não tendo pelo Cod. Pen., ou por alguma outra lei especial, senão as *penas moraes* que affectam o seu estado ou *vencimentos*, devem ficar fóra da acção do poder judiciario; ou esses delictos, têm alguma coisa mais de illicita em si mesmos, que os sujeita ás *penas communs*, e o juiz não pôde, sem denegação da justiça, deixar de ordenar em cumprimento da lei os *interrogatorios* do réu, assim como a *prisão* nos casos de *pronuncia*.

O juiz não pôde, por exemplo, nos casos de suborno, peita, concussão, rebellião e outros crimes, deixar de pronunciar a *prisão* contra todos os culpados em vista do *summario*, quer funcionarios, quer não funcionarios; e tudo quanto se pôde e deve fazer a pro das conveniencias da administração, dignidade e independencia do poder executivo e de todos os seus agentes, é que o ministerio publico não possa requerer a *execução effectiva* das ordens ou mandados judiciaes, sem que previamente dê parte ao governo, e espere a competente deliberação ou auctorisação que o governo não pôde *moralmente* recusar.

¹ O Cod. Adm., art. 380.º, havia n'este mesmo sentido declarado que nenhuma das penas n'elle comminadas, *alem da demissão*, seriam impostas, *ou teriam effecto*, sem serem julgadas pela auctoridade judicial em conformidade das leis. O que evidentemente demonstra que, em relação aos empregados administrativos, as penas que affectam o estado ou os vencimentos, inclusive a *demissão*, são puramente *disciplinares*, e como taes estranhas ao Cod. Pen., por isso que a sua applicação depende do poder executivo e não do judiciario, ao qual todavia ficou competindo desde a promulgação do mesmo Cod. e do Decr. da mesma data, art. 1.º, 5.º e 6.º

Conforme á antiga legislação franceza sómente os juizes, por uma Ord. de 1667, tit. 25.º, tinham o privilegio de não serem demandados por factos praticados no exercicio de suas funcções sem uma auctorisação previa.

A Constituição de 1791, assim como a lei do 1.º vendém., do anno iv, não concedeu esta garantia senão aos agentes da auctoridade administrativa. A Constituição do anno viii, art. 15.º, exigiu a previa decisão do conselho d'estado.

Na Belgica, apesar de se conterem no art. 177.º da sua Constituição disposições analogas, uma Ord. ali foi promulgada com data de 4 de Fevereiro de 1816, determinando que os empregados publicos podessem ser perseguidos por crimes ou delictos commettidos no exercicio de suas funcções sem auctorisação do conselho d'estado, nem de qualquer outra auctoridade administrativa.

Entre nós são expressos os art. 356.º e 357.º do Cod. Administrativo, determinando que nenhum funcionario administrativo possa ser perturbado no exercicio das suas funcções, nem demandado civil ou criminalmente em rasão d'ellas sem auctorisação do governo.

Contra este principio temos a Lei de 13 de Julho de 1848, art. 9.º § un., dispensando essa auctorisação a respeito dos desvios commettidos pelos empregados fiscaes do imposto adicional destinado para a amortisação das notas do banco de Lisboa.

Temos ainda o nov. Decr. eleitoral de 30 de Setembro de 1852, dispensando expressamente no art. 149.º a licença do governo, o que se achava já no Decr. de 27 de Julho de 1846, art. 110.º

Nos crimes de contrabando do tabaco e sabão e de quebrantamento de privilegios, obrigou-se o governo a dar esta licença, como se vê da condição 50.ª das respectivas Condições de 15 de Julho de 1844, e 25.ª da Carta de privilegios de 4 de Julho de 1846, o que demonstra que o governo pôde recusa-la em todos os mais casos, deixando assim impunes os delictos commettidos pelos seus funcionarios!

É porém notavel a novidade que estabelece o Cod. n'este §, nas palavras = *depois* que o mesmo empregado ou auctoridade

superior administrativa tiver perante elle reclamado contra o procedimento judicial não auctorisado =.

Temos portanto o processo crime em andamento contra um funcionario administrativo sem dependencia de *auctorisação precisa*. Basta a auctorisação *presumida*, mas *revogavel*, porque o juiz tem de *sobreestar* em qualquer procedimento, mal appareça a reclamação da parte do réu ou da auctoridade administrativa superior.

Assim tem o funcionario administrativo um grande privilegio, um privilegio exorbitante; porque, enquanto tem esperanças de se livrar do crime ou delicto, na situação de solto ou de affiançado, *vae seguindo os termos do seu livramento; mas, se teme o contrario, reclama ou assim o faz a referida auctoridade*. O poder judiciario fica sendo então um instrumento de *vingança* se o governo abandona os seus empregados, ou de *protecção e favor* se lhes quizer disfarçar o crime.

Não podemos admittir similhante doutrina, e salvo o respeito á lei, parece-nos que, sendo sempre estranhos a um Cod. Penal os delictos a que deverem ser impostas sómente as *penas especiaes* aos funcionarios *amoviveis*, penas puramente *disciplinares*, não ha razão alguma que torne precisa a incriminação contra os juizes, bastando ordenar-se que nem a parte civil, nem o ministério publico possam requerer em juizo *sem auctorisação precisa* do governo. A jurisdicção *contenciosa* do juizo cessa desde que não ha auctor que demande. Assim portanto em nada se offenderia, nem a dignidade, nem a independencia, tanto do poder judiciario como do poder executivo.

E de duas uma, ou o governo póde recusar a auctorisação, e temos uma faculdade immoral na protecção da impunidade, ou não a póde nem devê negar, e então se reduz a uma pura formalidade; e, em qualquer das hypotheses, a disposição não se justifica.

Se com relação aos factos existe alguma consideração politica e de humanidade, ao poder moderador cumpre amnistia-los, sé não tem essa consideração, mas procedem outras attendiveis, ao mesmo poder cumpre ainda *moderar* as penas impostas por sentença, ou mesmo *perdoar-las* conforme aos §§ 8.º e 9.º do art. 101.º da Carta. Tudo o que for alem d'isto

nos parece repugnante e contra os principios da moral e do direito.

Quanto á disposição do n.º 4.º, que á primeira vista parece defender o poder judiciario das invasões e excessos da auctoridade administrativa, é illusoria em vista das mais disposições do presente art., assim em razão da penalidade, como em razão da dependencia da propria vontade do réu, nos termos do n.º antecedente, para que o processo criminal possa ter ingresso ou andamento em juizo!

ARTIGO 302.º

Será punido com a suspensão até um anno:

1.º O juiz que, tendo mandado citar para acção de perdas e damnos um empregado administrativo por motivo do exercicio das suas funcções, proseguir no feito sem a auctorisação competente depois da reclamação do mesmo empregado.

2.º O juiz que, depois de apresentado em juizo o despacho, que nos termos da lei levantar conflicto positivo entre a auctoridade administrativa e judicial, não sobreestiver em todos os termos da causa.

3.º A auctoridade administrativa que, depois da reclamação de qualquer das partes interessadas, decidir em materia da competencia do poder judicial, sem que a auctoridade superior tenha julgado a reclamação, ou depois que a tenha julgado procedente.

Art. 44.º e ref.

Reportâmo-nos ao que ponderámos ao art. antecedente n.º 3.º, quanto ao facto incriminado n.º 1.º

Parece ser objecto mais grave a todos os respeitos, contra um empregado publico, qualquer procedimento criminal, do que uma acção civil por perdas e damnos; e por isso o legislador não só desce na penalidade, mas nem impede o preliminar da citação.

E comtudo contra o perigo do processo criminal está sempre a inacção do ministerio publico, emquanto que o processo civil depende sempre da promoção da parte que se diz lesada.

Isto nos leva a concluir, como ao n.º 3.º do art. antecedente, que similiaes incriminações devem ser formuladas contra os agentes do ministerio publico, devendo intervir em todas as causas de similiaes natureza, e considerar-se nullidade de

qualquer processo por elles promovido ou consentido, tanto criminal, como de reparação de damno, em que se não mostrem especialmente auctorisados.

Quanto ao facto incriminado em o n.º 2.º, deve ver-se o regulamento do conselho d'estado de 9 de Janeiro de 1850, e com especialidade nos art. 106.º, 119.º, 120.º § 2.º, e 121.º Serve esta incriminação de sanção ao disposto n'este ultimo art. Notâmos porém que, se havia necessidade de sanção para o cumprimento das decisões do conselho d'estado, sobre os *conflictos positivos*, a mesma razão se dava para cumprimento de iguaes decisões sobre os *conflictos negativos*.

Se a auctoridade judiciaria continua a declarar-se incompetente apesar da decisão do conselho d'estado, pratica um acto de *denegação de justiça* que devia ser incriminado. Quer sustente a sua competencia, quer a sua incompetencia, se na resistencia a taes decisões a criminalidade é a mesma, a sanção penal era a consequencia indispensavel.

Estamos convencidos de que tanto uma como outra incriminação é inutil, por ser moralmente impossivel que os nossos tribunaes judicarios resistam aos decretos que ou negarem ou estabelecerem a competencia. Sabem os juizes que toda a jurisdicção, assim como vem da lei, tambem recebe da lei as modificações e ampliações que d'ella se derivam, e que, nos casos de conflicto negativo ou positivo, ao conselho d'estado a lei commetteu a interpretação doutrinal e suprema da lei. Mas não vemos fundamento plausivel para se incriminar uma e não outra das resistencias.

Quanto emfim á disposição contida em o n.º 3.º, santa e justa nos parece ella, menos em relação á penalidade, pelas razões que ficam ponderadas.

Demais, emquanto ao juiz se applica uma privação que é *real*, á auctoridade administrativa se applica outra que é *nominal*. N'esta assimilhação pois não ha certamente justiça relativa, porque os direitos feridos pela penalidade não são os mesmos. Uns são *constituídos*, outros são *precarios*. Os primeiros só podem ter quebra por sentença, os segundos podem ser destruidos sem dependencia de condemnação alguma judicial.

ARTIGO 303.º

Os membros dos tribunaes judiciaes ou administrativos, e quaesquer juizes que recusarem dar o devido cumprimento ás sentenças, decisões ou ordens revestidas das fórmulas legais e emanadas da auctoridade superior, dentro dos limites da jurisdicção que tiver na ordem hierarchica, serão suspensos de tres mezes a tres annos.

§ 1.º Qualquer outro empregado publico, que recusar dar o devido cumprimento ás ordens que o superior, a que deve directamente obediencia, lhe der em fórmula legal, em materia da sua competencia, será punido com a demissão ou suspensão, segundo as circumstancias.

§ 2.ª Se for caso em que, segundo a lei, possa ter lugar a representação do empregado inferior, com suspensão da execução da ordem; só terá lugar a pena se, depois de desapprovada a suspensão pelo superior e repetida a ordem, houver a recusa de sua execução.

§ 3.º Fica salvo o que se determinar nas leis militares sobre a subordinação militar, como está declarado no art. 15.º § 2.º e art. 16.º

Art. 43.º, 44.º e ref.

São quatro os requisitos que caracterizam a desobediencia: na hypothese do art.:

- 1.ª Que haja uma sentença, decisão ou ordem.
- 2.ª Que esta dimanar de superior legitimo na ordem hierarchica.
- 3.ª Que seja em materia da jurisdicção do mesmo superior;

4.ª Que seja revestida das fórmulas legais.

Esta incriminação, como se acha redigida, é estranha ao

Cod. Pen., assim em razão da materia, como em razão da penalidade. O preceito encontra-se, quanto aos juizes, na lei de processo, art. 840.º, e quanto ás auctoridades administrativas, no Cod. respectivo, art. 355.º A sanção é da competencia disciplinar.

Sempre que uma incriminação é *desnecessaria* o Cod. Pen. é *incompetente*. Ora esta é desnecessaria, porque todos os superiores, assim na ordem judiciaria como administrativa, têm ou devem ter os meios de se fazer obedecer; e nos disciplinares, a que pertence a penalidade aqui imposta, a força moral necessaria para esse fim, alem da material, de que uns podem sempre dispor por deliberação propria, e outros requisitando-a nos casos mais graves. A comminação da suspensão, assim como da demissão, é inutil consignar-se no Cod., quando os superiores ou a podem impor ou reclamar administrativamente.

O art. alem d'isso é deficiente, porque póde a falta de cumprimento ser uma desobediencia à lei, sem que aquelle de quem dimana a sentença, decisão ou ordem, tenha *superioridade hierarchica*, como acontece a respeito de cartas de sentença ou de deprecadas de uns para outros juizes, ou de officios de umas para outras auctoridades administrativas, em igualdade de categoria, ou em jurisdicção diversa.

A obediencia é devida então, não em razão da *superioridade pessoal*, mas da *superioridade legal*. Toda a questão pois se reduz á *legalidade* intrinseca e extrinseca da sentença, decisão ou ordem.

O Cod. do Brazil comprehendeu esta materia nos art. 154.º até 156.º, entrando da mesma fórmula pela jurisdicção e competencia disciplinar, mas pelo menos acha-se formulado sem este ultimo defeito, por isso que eliminou o elemento = *superioridade* =, e incriminou em termos geraes a falta de cumprimento de uma *ordem ou requisição de outro empregado*, como violação dos deveres officiaes de cada um, e só fallou dos superiores para lhes tornar effectiva a responsabilidade.

A determinação do presente art. foi visivelmente formulada' estando presente assim este Cod., como o Cod. Hesp. no art. 277.º da sua primeira edição, aonde se incriminou a des-

obediencia dos empregados aos seus *superiores*; mas este Cod. contemplou sómente a desobediencia formal ou grave—*se negare abiertamente*—, e parece não ter sido presente aos nossos compiladores o art. 285.º do mesmo Cod., additado por virtude do Decr. de 7 de Junho de 1851, art. 41.º, segundo o qual em geral, como no Cod. do Brazil, se incrimina a *desobediencia grave* á auctoridade ou a seus agentes em assumptos de serviço pnblico, comminando-se a *prisão correccional* e multa de vinte a duzentos duros.

O Cod. portanto não contém aqui um acerto, nem quanto á materia, como disciplinar, nem quanto á penalidade, como criminal da competencia do Cod.

O Cod. do Brazil, no art. 128.º, puniu em geral com prisão todo o acto de *desobediencia* contra as ordens das auctoridades. A comminação de suspensão acrece nos termos do art. 154.º

Quanto á hypothese do § 2.º, desattendida a representação, só resta obedecer. O empregado usou de um direito, mas, removidos pela resolução os seus escrúpulos, por nenhum pretexto pôde elle mais suspender a sua actividade no cumprimento do dever.

Por isso o Cod. Hesp., art. 287.º, pune então a desobediencia, não só com a demissão, mas com a prisão correccional. A desobediencia é mais grave, porque ás duas desobediencias indicadas acrece o abuso do direito de representação, e, sob este ponto de vista, a completa assimilhação é inadequada.

Sobre este direito de representação reportámo-nos ao que ponderámos ao art. 20.º n.º 10.º, sendo para notar que o Cod. é omisso acerca dos limites e extensão d'esse direito.

Esta lacuna não existe no Cod. do Brazil, como se demonstra do seu art. 155.º, que deve ser consultado a semelhante respeito, como digno de ser imitado.

Finalmente o § 3.º contém uma declaração desnecessaria em presença do art. 15.º § 2.º e do art. 16.º, a que o mesmo § se refere.

ARTIGO 304.º

Todo o empregado publico civil ou militar que, tendo recebido requisição legal da auctoridade competente para prestar a devida cooperação para a administração da justiça ou qualquer serviço publico, recusar presta-la, será punido com a demissão ou suspensão conforme as circumstancias.

Art. 43.º, 44.º e ref.

Toda a auctoridade que manda é em nome da lei e por virtude da lei; a que requisita é também em nome e por virtude da mesma lei. A resistencia tem pois assim em ambos os casos a mesma qualificação.

Por isso o Cod. do Brazil, nos cit. art. 154.º e 155.º, collocou um e outro facto debaixo da mesma incriminação.

O Cod. Hesp., art. 279.º, incriminou em geral a falta de cooperação e de annuenciar ás requisições legaes. O nosso art. adoptou os termos litteraes da mesma incriminação.

O Cod. Fr., art. 234.º, o das Duas Sicílias, art. 242.º, e o da Sardenha, art. 235.º, contemplaram especialmente os agentes da força publica que recusarem prestar-se ás requisições legaes da auctoridade administrativa ou judiciaria.

Isto posto, aos defeitos apontados contra estas penas de escolha entre demissão e suspensão, como arbitrarías, disciplinares, e desiguaes na confusão de empregados amoviveis e inamoviveis, acrece que o facto incriminado é n'estes casos muito mais digno de repressão, por ser uma recusa de prestação do serviço por aquelles mesmos que, por dever especial, são obrigados á cooperação.

Pelo Cod. Admin., art. 359.º, são auctorizados os magistrados administrativos e seus delegados a requisitar directamente qualquer força publica de que precisem para o desempenho de suas funcções.

Na capital, pelo Decr. de 3 de Julho de 1834, os cabos de policia, as patrulhas, a guarda municipal são reciprocamente autorisados a requisitar ou solicitar auxilio e cooperação.

Igual auctorisação se achava no art. 259.º do Decr. de 26 de Novembro de 1845, a respeito dos empregados de saúde, que é conforme ás instrueções de 9 de Outubro de 1813, art. 5.º

Outras semelhantes se encontram, como a respeito de contrabandos, no Decr. de 8 de Julho de 1847, § 12.º

Os arrematantes do contrato do tabaco e sabão usam do mesmo direito para com todas as auctoridades civis ou militares a bem de fiscalisação, como é expresso na condição 40.ª das publicadas em 15 de Julho de 1844, incorporada nas da respectiva Carta de privilegios.

Os presidentes das mesas eleitoraes podem requisitar a força que lhes seja precisa, quando seja indispensavel para manter a ordem, ou quando a perturbação apresente um caracter de grande gravidade: Decr. de 30 de Setembro de 1852, art. 138.º

A mesma faculdade têm as auctoridades judicarias, e os agentes do ministerio publico em objectos de justiça, assim civil como criminal: Port. de 10 de Agosto de 1843.

Em summa, e para não tornar mais longa esta designação de exemplos, todo o funcionario revestido de auctoridade, ou agente d'ella, pôde, sempre que d'isso careça, invocar a cooperação e auxilio de todos os mais funcionarios que tenham a sua disposição, directa ou indirectamente, os meios de execução que forem indispensaveis a um fim legal, assim presumido, quando for promovido competentemente.

Cumpra todavia advertir que a incriminação, na parte que respeita aos militares, não devia ter cabimento no Cod. Pen., em harmonia com o que acaba de se declarar no § 3.º do art. antecedente. A falta de cooperação dos militares, logo que lhes é requisitada pelas auctoridades civis, importa violação do dever militar, e como tal pertence ás referidas leis tanto a qualificação do crime, como a determinação da sua penalidade, segundo a mesma regra que o Cod. estabeleceu no art. 116.º

ARTIGO 305.º

Aquelle que recusar um emprego publico electivo, sem que requeira perante a auctoridade competente a sua escusa por motivo legal, ou tendo esta sido desatendida, será punido com uma multa de 10\$000 réis a 100\$000 réis, e suspensão dos direitos politicos por dois annos.

Art. 41.º, 44.º e ref.

Rigorosamente todo o eleito é nomeado, e todo o nomeado é eleito; eleger é escolher, e quem escolhe, seja uma individualidade, seja um collegio eleitoral, nomeia a pessoa que ha de servir certo e determinado cargo.

Nomeação pois e eleição, feita legal e competentemente, produz os mesmos effeitos conferindo ao nomeado ou eleito o exercicio das funcções respectivas, assim como a obrigação de corresponder á confiança que n'elle depositou a pessoa physica ou moral que o escolheu.

Posto isto, por que razão attendivel, no art. 188.º, havia de ser qualificado como crime de *desobediencia* a recusa de serviço, porque houve *nomeação competente*, e aqui debaixo da repetição do mesmo titulo *desobediencia* havia de ser contemplado o mesmo facto, só com a differença de que houve *eleição*, mudada inteiramente a natureza da pena para menos grave?

E tanto mais que a escolha por meio da *eleição* em um paiz livre e constitucional, torna mais fortes, moral e politicamente, os vinculos da obediencia, do que a *nomeação* feita por um funcionario qualquer; e portanto a pena, em logar de diminuir, deveria com mais razão ser aggravada.

Acresce que n'esta e mais secções d'este cap., tratando-se ou devendo-se tratar unicamente—*dos crimes dos empregados publicos no exercicio de suas funcções*—o facto de que

trata o presente art. é commettido por um cidadão que não só não é empregado publico, mas que *recusa* sê-lo, e que o mesmo Cod. não constringe senão indirectamente, deixando-lhe a escolha entre a pena e a recusa. E taes cidadãos haverá que antes quererão soffrer a multa e a suspensão dos direitos politicos, que o incommodo de servir o cargo electivo, se este incommodo for maior que o resultante d'esse serviço.

O art. portanto se acha aqui deslocado, e na revisão do Cod. entendemos que deve ser concordado e harmonizado com a materia da incriminação do art. 188.º

A explicação d'este art. encontra-se na leitura dos correspondentes do Cod. Admin., art. 351.º e 367.º, assim como dos Decr. de 9 de Agosto de 1832 e de 7 de Fevereiro de 1833.

O nosso art. aggravou a penalidade sem necessidade, porque a do Cod. Admin. era mais que sufficiente; bastava mesmo a da multa, que n'este caso deve ter applicação a um fim de beneficencia local, compensando assim o cidadão refractario em certo modo o serviço que era obrigado a prestar.

A inhabilidade *temporaria* especial de funcções inherentes a emprego publico, como estava n'esse Cod., é justa; a suspensão porém dos direitos politicos não deveria admitir-se senão *como effeito* de outras penas que a Carta mencionou no art. 8.º, como temos ponderado tantas vezes.

SECÇÃO 4.ª

ILLEGAL ANTECIPAÇÃO, PROLONGAÇÃO E ABANDONO DAS FUNCÇÕES PUBLICAS.

ARTIGO 306.º

Todo o empregado publico que exercer as funcções do emprego, tendo voluntariamente omitido a prestação do juramento requerido pela Lei, será punido com uma multa de 5\$000 réis a 50\$000 réis.

Art. 41.º e ref.

Do juramento que devem prestar as auctoridades e empregados de justiça tratam os respectivos art. da Ref. Jud., assim como dos magistrados e empregados da administração e municipaes se trata em diversos art. do Cod. Admin.

Os empregados fiscaes, professores e quaesquer outros funcionarios a que a lei não designe a auctoridade, que deva tomar-lhes o juramento, devem presta-lo perante o respectivo governador civil, como determina o n.º 22.º do art. 224.º do referido Cod.

Ao exercicio das funcções precede o acto da posse, e esta não é conferida aos subalternos senão pelo superior legitimo ou pela auctoridade designada na lei.

Assim o juramento é um acto *necessario* e não *voluntario* da parte dos funcionarios publicos; e a prestação d'elle depende do cumprimento, ou não cumprimento da lei, da parte das auctoridades que, tendo obrigação de observar a mesma lei, têm o direito de exigir d'aquelles a prestação do mesmo juramento, e o de lhes impedir no entretanto a posse e exercicio do emprego.

Depois o funcionario não póde ter o menor interesse em se subtrahir à prestação do juramento; tem mesmo necessi-

dade de o solicitar, porque sem elle não pôde exercer as suas funções, e consequentemente contar a percepção dos vencimentos respectivos. Se esta necessidade cessa é porque tem cessado a execução da lei por acto da vontade de quem a devia fazer cumprir.

Portanto, ou a omissão não é moralmente possível, ou o funcionario como agente secundario não devia ser o incriminado pela mesma omissão, pelo menos escapando á sanção da lei o principal culpado.

Todavia concorda o Cod. do Brazil, art. 138.º:

«... entrar a exercer as funções do emprego, sem ter prestado perante a competente auctoridade o juramento e a cautionação ou fiança que a lei exigir.»

Mas esta auctoridade, comquanto respeitavel, não nos fascina. O Cod. do Brazil, para conservar a sua costumada coherencia, devia tornar responsaveis as auctoridades superiores, judicias ou administrativas, que admittissem algum cidadão a servir o seu officio sem a previa satisfação d'esse juramento.

Tambem concorda o Cod. Fr., art. 196.º, d'onde parece ser tirado o nosso art., assim como o Hesp., art. 302.º, mas com a differença que acrescenta—*ó fianças requeridas por las leyes*—, e nõ mesmo art. 302.º declara que, se o empregado houver recebido alguns emolumentos ou direitos em rasão do cargo ou commissão, será mais condemnado na restituição, com a multa de 10 a 50 por cento do recebimento.

A nossa Ord. do liv. 1.º tit. 2.º § 15.º impõe a pena de nullidade aos actos dos juizes não ajuramentados; o art. 227.º do Cod. contempla e com uma severidade exagerada a circumstancia do prejuizo causado á fazenda: e no art. 218.º até a *possibilidade* de se causar esse prejuizo, ou a particulares. Mas, se não ha n'estes factos o mesmo grau de gravidade, a diversa quantidade do damno material ou occasional devia por coherencia ser aqui considerada especialmente para determinação de maior pena.

O juiz que se inculca tal sem a prestação do juramento commette uma usurpação de poder, julga sem jurisdicção, estabelece fundamento para nullidades, aproxima-se dos actos

de falsidade e de concussão; e portanto o facto, a ser possível, e não a outrem mais que a elle imputavel, não devia, na generalidade dos termos do art., ser reprimido sómente com a multa de 5\$000 réis a 50\$000 réis, precisamente a mesma que no art. 744.º § 2.º da Ref. Jud. se manda impor ao que não é provido em um agravo de instrumento.

ARTIGO 307.º

Aquelle que continuar no exercicio das funcções do emprego publico depois de lhe ter sido oficialmente intimada a sua demissão ou suspensão, ou depois de estar legalmente substituido, será punido com a prisão de um até tres annos, salvas as penas da falsidade, se houverem logar.

§ unico. Se as funcções forem de um commando militar, aquelle que continuar no exercicio d'ellas, nos casos declarados n'este artigo, ou no caso em que for licenciada a força militar, ou de qualquer outro modo cessar o commando, será punido com a demissão e com a prisão de um a tres annos, salvo o que se acha determinado pelas leis militares para o estado de guerra, e salvos os casos em que devam applicar-se as penas mais graves, decretadas para os crimes contra a segurança interior ou exterior do Estado.

Art. 16.º, 38.º e ref., 233.º a 237, 141.º e seg., 173.º e seg.

Esta incriminação só póde ter logar a respeito dos empregados superiores ou isolados, cujo exercicio dependa da sua vontade.

Quanto aos empregados subalternos o delicto não póde moralmente verificar-se, porque o superior não consentirá que o inferior continue depois de demittido ou suspenso; e se consentisse, a responsabilidade principal deveria recair sómente sobre elle.

Entre os empregados isolados deverá distinguir-se para a qualificação do crime a quantidade do damno que resultou ou que póde resultar; assim como não só o tempo maior ou me-

nor que durou a illegal prolongação do officio, mas tambem a qualidade do emprego.

A importancia do serviço não é a mesma em todos; a jurisdicção ou fé publica que existe essencialmente nos actos de uns, e que não se requer ou falta nos outros, constitue entre elles, em relação ao mesmo facto, um grau de criminalidade mui distincto que não deve confundir-se para os assimilar na pena, como já observámos ao art. antecedente.

A pena pois comminada n'este art. parece-nos excessiva e desigual quando applicada sem distincção de natureza de emprego, tempo da usurpação, damno resultante, ou a particulares ou á causa publica.

Alem d'isso o art. não distingue entre a demissão ou suspensão imposta por sentença, segundo o systema do Cod., que não adoptámos, ou como effeito legal de outra pena, e a demissão ou suspensão decretada ou ordenada pelo governo ou pelo superior legitimo, como providencia disciplinar de policia ou de conveniencia publica.

No primeiro caso a execução da pena não deve ser exigida do proprio condemnado, convertendo-se em executor de si mesmo com a comminação de outra pena. Sobre a execução de semelhantes penas o Cod. não deu providencia alguma, como deu a respeito de outras no art. 91.º e seguintes. A execução comtudo não deve ser *voluntaria*, mas *forçada*. A auctoridade a quem competir deve tomar as medidas necessarias para que a condemnação se cumpra.

No segundo caso, mal vae á causa publica se os decretos do governo ou ordens superiores sobre demissão ou suspensão de empregados não são promptamente obedecidas e feitas obedecer.

O silencio da maior parte dos Cod. Pen. a semelhante respeito demonstra a nenhuma importancia do facto aqui previsto, pouco possivel em circumstancias normaes.

Todavia concorda o Cod. do Brazil, art. 140.º, que parece ter sido a fonte proxima do presente art.

Com a differença: 1.º, de que este Cod. contempla como delicto uma terceira hypothese, que é a do empregado = *removido* =, que é muito frequente nas *transferencias* dos em-

pregados de commissão, ou agentes do governo; 2.º, de que exceptuou os casos em que a lei auctorise o empregado a continuar depois da demissão ou suspensão.

Alem d'isto mostra-se pela identidade da pena imposta aqui e no art. 236.º, que os dois factos são assimilados; mas parece-nos que sem razão sufficiente.

No caso do art. 236.º temos exercicio de funcções publicas com usurpação desde a sua origem. No segundo temos exercicio de funcções publicas que se tornou illegal pela conservação depois da demissão ou da suspensão.

O primeiro caso é de rigorosa invasão; o segundo, quando não é revestido de circumstancias especialmente aggravantes, não deve reputar-se mais do que um acto de reluctancia, de repugnancia ou de falta de resignação, a soffrer uma pena ou um mal de que depende uma infinidade de vezes a propria subsistencia, e a de uma familia que contava com a permanencia dos direitos que lhe havia conferido o titulo e posse do seu chefe. É crime sim, mas de mui diversa gravidade, principalmente quando a reluctancia pela sua tenacidade se não converte em manifesta desobediencia ou resistencia¹.

Quanto ao § un. do art. d'elle se vê que os commandantes militares são equiparados aos empregados civis. O facto porém é de maior gravidade, e como tal, se devia ser especialmente incriminado, carecia de pena mais forte.

É no abuso da força material de que o militar dispõe, no abuso da obediencia passiva da parte dos subordinados, principalmente na classe militar, e no perigo que pôde resultar para a segurança publica ou dos cidadãos, de se continuar em commando retirado ou sobre corpos licenciados ou dissolvidos, que assentam as rasões de maior criminalidade.

Com justo motivo portanto o Cod. do Brazil, no art. 441.º, pune os delinquentes com desterro para fóra do imperio, no grau maximo; degredo para uma das provincias mais remotas da residencia do réu, por oito annos, no grau medio; e por quatro, no minimo.

Quanto ás duas limitações do §, a primeira está prevenida

¹ Veja-se tambem o caso especial contemplado no art. 158.º

no art. 15.º § 2.º, e art. 16.º das disposições geraes; a segunda é *ex abundanti*, porque é claro que o facto da continuação no commando não é mais que um preparatorio ou começo de execução de crime contra a segurança interna ou externa.

De resto, a doutrina do mesmo § é estranha ao Cod. Pen., devendo toda ella reservar-se para as leis militares, como se reservou na hypothese do art. 303.º § 3.º e de outros lugares.

ARTIGO 308.º

Todo o empregado publico da ordem judicial ou administrativa que abandonar o emprego, recusando a continuação do exercicio de suas funcções, será punido com a suspensão dos direitos politicos por cinco annos.

§ 1.º O que, sem licença, se ausentar por mais de quinze dias ou exceder a licença, sem motivo justo, pelo mesmo espaço de tempo, será suspenso dos direitos politicos por dois annos, ou será condemnado em multa correspondente a um mez, segundo as circumstancias.

§ 2.º Se estes crimes forem commettidos para não impedir ou não repellir qualquer crime contra a segurança interior ou exterior do Estado, serão punidos com as penas da cumplicidade.

Art. 26.º, 40.º, 41.º e ref.

Tanto no Cod. Hesp., art. 280.º, como no Cod. Fr., art. 126.º, se contém uma determinação analoga.

O primeiro d'estes Cod. pune este facto *isolado* e com abstracção do concerto com outros empregados, mas subordinado sempre *ao damno da causa publica*; o segundo contempla a *coalliação*, mas tendo por fim *impedir a administração da justiça ou do serviço publico*.

Em todo o caso entendemos, com Pacheco ao Cod. Hesp., que o empregado que larga o exercicio do seu emprego sem o ter renunciado deve ser punido.

Mas, se o tem renunciado, a lei não deve mais força-lo a continuação do serviço. A aceitação do serviço publico não constitue uma escravidão; e assim como o governo se reserva o direito de demittir o empregado que mal servir, tambem este deve ter a faculdade de renunciar, quando os seus inte-

resses, as suas forças e mil outras considerações particulares o inovam a dar esse passo.

Sómente deve o empregado ser punido quando evidentemente se provar que da sua abstenção do serviço *resultou prejuizo á causa publica*, segundo a expressão do Cod. Hesp., ou paralysação e obstaculo *á administração da justiça civil* ou administrativa, conforme ao que determinou o Cod. Fr.

Todos os empregados publicos têm ou devem ter os seus substitutos legais; e assim como estes tomam conta do exercicio das funcções nos casos de doença, de ausencia ou de fallecimento, tambem, na figurada hypothese, podem supprir a falta.

Ao provimento dos logares e officios nunca faltam pretendentes. O empregado que dá a sua demissão perde desde esse momento toda a força moral, todo o respeito e consideração que lhe provinha do emprego. O zelo no desempenho das funcções não póde mais ser o mesmo; e por isso, longe de se incriminar o facto da abstenção, deveria antes louvar-se como um acto de franqueza e lealdade.

Isto procede com muita mais força, quando se trata de logares de pura commissão em que a confiança reciproca é indispensavel. O empregado que é um delegado ou agente da administração, e que desaprova em sua consciencia os actos ou a marcha politica do governo, não deve continuar no exercicio do seu cargo, nem o governo querer violentar essa consciencia. Em tal caso, a deslealdade ou a negligencia seriam mais culpa do governo que do funcionario.

O caso da *coalliação* de que trata o Cod. Fr. é diverso, porque então o mal que causam na administração publica, *em razão do modo* por que se conduzem, é evidente.

Assim, como explicam os commentadores, se as demissões forem dadas, *não á carga cerrada*, mas successivamente, dando tempo ao governo, para por novas nomeações providenciar a todas as necessidades do serviço publico, o mesmo concerto não é punivel por não ter objecto nem fim criminoso.

Portanto a materia da incriminação sómente deve ser punivel, não pelo facto do abandono em si mesmo, mas em razão do damno social resultante, quer intencional, quer invo-

luntario. Nos termos absolutos em que se acha parece-nos que deve ser eliminada.

Tambem o deve ser a do § 1.º do art., porque não se dando no facto os caracteres de delicto e sendo meramente disciplinar o seu objecto, não é da competencia do Cod. Pen.

A penalidade comminada tanto no art. como n'este §, tendo por base a perda ou a suspensão dos direitos politicos, é viciosa por ser inconstitucional. Tem pois os defeitos que ficam indicados a outros logares.

Alem d'isto os termos da incriminação, restringindo-se sómente ao excesso de quinze dias, deixa ver que os empregados podem ausentar-se sem licença até quinze dias, ou prorogar a licença até quinze dias, embora d'esse excesso se sigam os inconvenientes que os dois Cod. cit. quizeram remover.

A Port. do ministerio da justiça de 16 de Janeiro de 1855 pretendeu attenuar este inconveniente, sustentando sem restricção a obrigação da residencia, nos termos das Circulares de 9 de Agosto de 1844, 10 de Maio e do Decr. de 30 de Agosto de 1845; mas é ella uma prova dos defeitos da incriminação, os quaes não têm outra concordante do Cod. do Brazil no art. 157.º, contemplando os mesmos factos sem limitação de tempo¹.

A concordancia ou antes origem do que se determina no § 2.º encontra-se no Cod. Hesp., art. 186.º

Este Cod. porém figura duas hypotheses em relação á rebellião ou sedição:

¹ Este praso de quinze dias, dentro do qual, se não ficou sendo licita, ficou sendo não criminosa a ausencia do emprego, não tem fundamento na nossa legislação anterior, como se vê das Port. cit., assim como da de 9 de Agosto de 1834, e do art. 375.º do Cod Admin que commina a demissão.

Só parece ter por modelo uma Lei franceza do anno XII (10 vend.), art. 74.º, para qualificar a deserção em tempo de paz:

« Pendant la paix, sera réputé déserteur... qui, ayant plus de six mois de service... aura dépassé de quinze jours la durée de son congé. »

« Celui qui ayant moins de six mois de service abandonnera son corps... »

« ne sera déclaré déserteur qu'après quinze jours d'absence. »

Mas a assimilhação da deserção assim presumida caracterisaria não o crime previsto n'este § 1.º, mas o abandono de que trata o art. O legislador iria melhor se qualificasse como renuncia do emprego a ausencia não auctorizada por mais de certo e determinado tempo, *ipso facto*, e sem necessidade de condemnação.

1.ª Do comportamento dos empregados antes do facto ou durante o facto.

2.ª Do seu comportamento depois do facto consummado.

Antes do facto e durante elle quer que as auctoridades e empregados permaneçam no seu posto a pé firme, *impedindo e repellindo* por todos os meios ao seu alcance, sem que pela contravenção os torne cúmplices e com justa razão, se não tiveram intenção de fazer triumphar ou tomar vulto uma sedição ou rebellião.

Depois do facto, quer o mesmo Cod. que os empregados abandonem o exercicio dos seus empregos, e coherentemente para que ainda façam quanto está ao seu alcance, para não prestarem meios de estabilidade á rebellião; sem igualmente, em caso de procedimento contrario, os tornar cúmplices: e tambem com justa razão, porque a força maior, a pusillanidade, a falta de constancia podem produzir a conformidade sem a imputação do desejo de auxiliar ou da connivencia.

Posto isto cumpre chamar ás regras geraes do Cod. a determinação d'este nosso §; porque pela forma com que se acha redigido parece considerar cúmplice para os efeitos penaes o empregado que abandona o seu logar ou se ausenta d'elle, para não impedir ou repellir um crime contra a segurança interior ou exterior do Estado, sem distinguir se o empregado teve assim em vista deixar triumphar o crime, ou prevenir o seu compromettimento pessoal e salvar-se a si proprio.

Sem duvida que as auctoridades e empregados, e com especialidade aquelles que estão encarregados de manter a ordem e tranquillidade publica, têm rigoroso dever de tudo sacrificar ao fiel desempenho das funcções que a lei lhes confiou; mas do nio cumprimento d'esse dever á culpabilidade nos crimes de sedição ou de rebellião vaca uma grande distancia.

Para que as penas da culpabilidade de um crime qualquer possam ter logar, é preciso que se verifiquem tres circumstancias essenciaes: 1.ª, de que no facto do abandono da parte do empregado haja *málicia*; 2.ª, que permanecendo elle no exercicio de suas funcções e empregando os meios dispoiveis *the fosse possivel* evitar o crime; 3.ª, de que a omissão seja acompanhada *da intenção* de que se execute o crime.

É esta precisamente a doutrina do Cod., expressa em o n.º 5.º do art. 25.º, com o qual fica este § em manifesta repugnancia.

Esta repugnancia com os principios vem mais: 1.º, de se confundirem n'este § para a assimilhação das penas da *cumplicidade* dois crimes diversos = *se estes crimes* =; 2.º, de se tomar como *objecto* e elemento intencional do crime o que não foi senão *meio* empregado para se conseguir um *fim* que póde ter muito diversa qualificação = *para não impedir ou não repellir* =. Estes factos ou *meios negativos* podem explicar-se ou pelo terror, medo ou cobardia do seu auctor, ou pela sua *malicia*, participação e concorrência na perpetração do crime alheio; e é sómente n'esta segunda hypothese que poderia ter logar a applicação das regras sobre a *cumplicidade*.

E se a auctoridade ou empregado, que não conspirou, que não favoreceu uma rebellião, se vê surpreendido por ella? Deve largar o seu emprego ou conservar-se n'elle *se os rebeldes o consentem*?

Nos termos do art. 186.º do Cod. Hesp. a resposta é prompta: «Los empleados que continuaren desempeñando sus «destinos hajo el mando de los alzados... incurriran en la «pena» etc.

Não só devem abandonar o emprego, mas são criminosos, se assim o não praticarem, e no mesmo grau que aquelles que cooperam para a rebellião.

Mas este nosso art. deixou esta especie em silencio; e, pelo contrario, dos termos geraes do mesmo art. parece que a regra é que o empregado publico que póde continuar no exercicio do seu emprego, apesar da rebellião, não póde, sem crime, abandonar o seu logar.

Nós nem approvámos a proposição geral prohibitiva do Cod. Hesp., nem o silencio e termos vagos d'este art.

Ha empregos que prendem muito pouco com a politica das revoluções, e taes são os da justiça, os da fiscalisação, os das alfandegas, os da administração dos correios, os tabelliães, os juizes de paz, os da saude, etc.; ha outros porém que são os principaes agentes da administração ou depositarios da força

material, como os de commissão ou de confiança e todos os militares.

Quanto aos primeiros, entendemos que a lei penal deve ser completamente silenciosa. Se taes empregados se limitam a exercer attribuições que lhes vem immediatamente da lei e da auctoridade legitima, sem praticar acto algum *voluntario* de *cumplicidade*, estranho a essas attribuições, não devem merecer *punição alguma*, assim como a não devem soffrer aquelles que, por um excesso de terror ou dedicação, largarem os empregos durante uma rebellião ou reyolta. Tanto póde ser coragem o permanecer entre os revoltados, como fraqueza e não lealdade o abandoná-los¹.

Quanto aos segundos, é impossivel moral que se deixem de considerar cumplices, ou mesmo co-auctores, aquelles que, sem ter por si rasões de *força maior* invenciveis, continuem a exercer commissão ou commando, não aproveitando a primeira occasião que se lhes offereça de se ausentarem.

Nem podem mais obrar em virtude da lei, nem converter o deposito da acção ou da força contra aquelle mesmo poder de quem o receberam. Se merecem a confiança dós rebeldes, perderam desde esse momento a do governo; e sómente a podem conservar simultaneamente a respeito d'este e d'aquelles, para ser traidores a uma ou outra confiança, segundo as circumstancias e as maiores probabilidades de feliz successo. São especuladores politicos, mais criminosos e mais abjectos que os proprios rebeldes.

Resulta d'estas observações, que a materia que fez objecto das incriminações d'este art. e seus §§ não foi incriminada sufficiente, distincta clara e justamente, como cumpria que o fosse; e que portanto, salvo o respeito devido á lei, merece ser reconsiderada pelo legislador.

Ainda mais: o Cod. deslocadamente considerou, no art.

¹ «Por de contado, diz Pacheco ao Cod. Hesp., que no se habla aqui si «no de esos sentimientos de debilidad ó cobardia. Si se pasase mas adelante, «y hubiere verdadera concurrencia, real cumplicidad en el alzamiento, los «castigos deberian ser mucho mayores. Hablamos solo del jefe politico omiso, «del gobernador metucioso y apocado, que temieron hacer lo que debian al «frente de los insurrectos.»

189.º, quando com applicação aos nossos diplomatas em paiz estrangeiro, os crimes de que se trata n'esta secção, para o effeito de lhes aggravar a pena com a perda dos direitos politicos; por que rasão não devia a mesma pena ser aggravada, quando se tratasse, mesmo independentemente da hypothese d'este nosso §, de um ministro d'estado, de um commandante em chefe, de um general de provincia, de um governador militar ou do ultramar, ou de um chefe politico ou governador civil?

Se o perigo contra a segurança interior ou exterior do Estado é, como devia ser, igualado n'este § para a imposição da pena; assim como no art. 158.º se distinguio para os diplomatas, se devia aqui distinguir para os primeiros chefes da administração publica interna.

ARTIGO 309.º

Nas deserções militares observar-se-ha o que se acha disposto nas leis militares.

§ unico. O crime de alliciação para a deserção militar, seguindo-se effeito, será punido, ou com as mesmas penas da deserção, se o alliciador for julgado como auctor, segundo as regras geraes da lei; ou com as da cumplicidade se sómente for julgado cumplice segundo as mesmas regras. Se não se seguir effeito será punida a alliciação pelas regras da tentativa.

Art. 15.º n.º 2.º, 16.º, 26.º, 88.º, 89.º e ref:

Este art. ou contém na sua remissão ás leis militares uma inutilidade ou uma incoherencia. Se a deserção é um crime militar, está dito no art. 15.º, que é ás leis militares que pertence a sua qualificação e penalidade; se não é crime militar, a remissão é uma lacuna.

Assim como no art. 304.º se comprehenderam expressamente os *militares* que não prestam a devida cooperação; ou recusam presta-la para manutenção da ordem ou da administração da justiça; assim tambem quando esses *militares* desertam ou se ausentam, para não impedir ou não repellir qualquer crime contra a segurança interior ou exterior do Estado, hypothese prevista no § 2.º do art. antecedente, deviam ser comprehendidos expressa e não remissivamente ás *leis militares*.

Essa remissão só deveria ter logar, quanto á *deserção em tempo de guerra*, porque providencias *excepcionaes* e de maior vigor se tornam então indispensaveis. Assim se reconheceu e se praticou em o § un. do art. 307.º d'esta secção.

Se o Cod. Pen. commum não podia comprehender convenientemente todos os crimes militares, fazendo assim os militares participantes dos beneficios da revisão das nossas leis

criminaes, era melhor o silencio e conformidade com o cit. § 2.º do art. 15.º O Decr. imperial de 12 de Novembro de 1806, art. 50.º, referindo-se á Lei de 20 de Setembro de 1796, determinou em França, que os delictos não previstos por esta lei fossem punidos conforme ás leis seguidas pelos tribunaes criminaes ordinarios. O nosso Cod., pelo contrario, quer que as leis militares se observem sómente, quando n'este o caso for omisso.

Isto se agrava em presença do § un. do art. em que vemos os cidadãos *não militares*, mas alliciadores para a deserção, punidos conforme as leis militares e com as penas ahí estabelecidas, e sómente applicavel o Cod. Pen. no que determinam as suas regras geraes sobre crime consummado, frustrado ou tentado, e sobre os diversos graus de participação.

Aqui se tornam pois, e por maioria de razão, procedentes as reflexões adduzidas. Se os militares, comquanto adstrictos ao vinculo do seu juramento, deviam gosar dos beneficios resultantes da revisão da legislação penal no crime de deserção *em tempo de paz*, os demais cidadãos deviam esperar com melhor fundamento que, a respeito do mesmo crime, o Cod. Pen. se não esquecesse d'elles, quando circumstancias excepcionaes *do estado de guerra* os não devessem sujeitar ás leis militares.

Embora o crime de *deserção* seja um crime de natureza militar, e a *alliciação* se possa considerar como *cumplicidade*, a *alliciação*, quando praticada por cidadãos não militares, é um facto distincto que deve ter o seu logar no Cod. Pen., em que toda a pena deve ser cuidadosamente escolhida para ser applicada e executada não militarmente, mas segundo as regras policiaes, correccionaes ou penitenciarias em que se funda, e que legitimam o direito de punir.

As penas militares, comquanto *sui generis*, e que possam até ser e tenham sido gravissimas, são *puramente disciplinares*, poisque têm relação com a *disciplina* do exercito; mas por isso mesmo não podem ter competencia alguma a respeito de individuos não militares, maxime em tempos normaes ou de paz.

Abstemo-nos de dar, como seria longo, n'este logar uma

noticia da legislação estrangeira ácerca do crime de deserção, visto que o art. se remette para as leis militares.

Basta-nos simplesmente dizer que o desertor romano era crucificado, e o estrangeiro ao serviço militar romano, ou tinha a mão cortada, ou era decapitado ou exposto ás feras.

Pelo contrario, segundo as leis de Charondas, discipulo de Pythagoras, o legislador pensava que a infamia resultante da cobardia era mais efficaz, e por isso determinava que os desertores fossem obrigados a passear vestidos de mulher durante tres dias pelas ruas e praças mais publicas da cidade.

A legislação franceza seguiu de perto a legislação romana até aos edictos de 1775 e de 1786. Depois começou-se a fazer distincção; 1.º, do crime *em tempo de guerra*, do crime *em tempo de paz*; 2.º, dos desertores dentro do Reino para o inimigo ou para o estrangeiro; 3.º, emfim, com differenças notaveis, se na marinha, se no exercito de terra. As leis dos mais povos da Europa differem pouco, antes concordam todas nas penas de sangue ou nas que mais se lhes approximam.

A nossa legislação tem seguido o mesmo rumo, como póde ver-se de muitas leis e regulamentos de guerra, sem que, em tempo algum, a par de heroes, que pozeram em admiração os reis da terra, que expulsaram os mouros, venceram castelhanos, e conquistaram povos da Asia e da Africa, e *que se mais mundos houvera lá chegaram*, deixassem de existir numerosas e frequentes deserções, que os fuzilamentos, que as varadas, que as galés, não têm podido evitar.

Seja o soldado bem tratado e pago, o serviço militar um tributo de sangue lançado com igualdade, nem tão prolongado que se confunda ou se converta em escravidão, não seja o soldado retido nas fileiras nem uma só hora mais, apenas expire esse tempo, sobretudoo cultive-se por todos os modos a moralidade, brio militar, amor da gloria e a disciplina do exercito, e então se conhecerá o errado caminho que se tem trilhado, punindo-se um desertor, como se fóra tanto ou mais perverso que um salteador de estrada, um assassino ou um incendiario, pretendendo-se aterrar com o exemplo do supplicio aquelles mesmos a quem se taxa de cobardia não afrontar a morte expondo a vida nos combates! Charondas ti-

nha mais razão, a nosso ver, que os legisladores do mundo civilisado.

É certo porém que hoje as leis repressivas d'este crime *ameaçam mais do que na realidade mandam*, e ou seja por uma interpretação benigna dos conselhos de guerra, ou pela acção ordinaria e extraordinaria do poder moderador, estão muito e muito modificadas em seus resultados, o que demonstra os vícios da penalidade, que devendo corresponder aos delictos, fica impotente em seus efeitos de intimidação, sempre que tem de ficar em letra morta.

SECÇÃO 5.ª

ROMPIMENTO DE SELLOS E DESCAMINHO DE PAPEIS GUARDAVEIS NOS DEPOSITOS PUBLICOS OU CONFIAVOS SEM RASÃO DO EMPREGO PUBLICO.

ARTIGO 310.º

Os empregados publicos encarregados da guarda de papeis, titulos ou outros objectos sellados por ordem da auctoridade competente, que abrirem ou romperem os sellos, serão punidos com a prisão maior temporaria.

§ 1.º O furto com o rompimento dos sellos commetido pelos mesmos empregados publicos será punido com os trabalhos publicos temporarios.

§ 2.º Se alguma outra pessoa commetter os crimes declarados n'este artigo e no § 1.º, será no primeiro caso punido com a prisão de um a tres annos, e no segundo com as penas do roubo.

Art. 33.º, 34.º, 38.º e 39.º

Concordam na incriminação o Cod. Fr., art. 249.º e seguintes, distinguindo o caso de ser o rompimento em papeis ou effects relativos a individuo pronunciado ou accusado por crime de pena capital, o da Sardenha, art. 268.º, o das *Doas Sicílias*, art. 248.º, e o Hesp., art. 278.º, contemplando o crime no mesmo grau de gravidade, sem distincção alguma.

Este nosso art. considerou como elemento preponderante do crime a destruição de uma solemnidade constituída por ordem da auctoridade competente, que pôde dizer-se que não só se assimilha ao crime de *resistencia* qualificada no art. 186.º, mas ainda se pôde considerar um sacrilegio ou desacato social, cuja gravidade absorve todas as circumstancias mais ou menos aggravantes que resultem da qualidade d'esses papeis ou objectos.

Talvez foi n'este pensamento que este art., preterindo o exemplo do Cod. Fr., da Sardenha e das Duas Sicilias, seguiu antes o do Cod. Hesp. para constituir a incriminação sem fazer distincção.

Parece-nos todavia preferivel o exemplo dos tres primeiros Cod., porque, por muito inviolavel que deva ser o sello da auctoridade publica, muito mais inviolavel é tudo o que envolve ou segredos d'estado ou segredos de justiça; e muito mais tudo quanto possa prejudicar provas de defeza ou de accusação em causa crime: e este mal resultante do maleficio cresce tanto mais quanto maior é a gravidade da culpa a que respeitam os papeis ou objectos sellados.

Quanto á pena=*prisão maior temporaria*=parece-nos excessiva mesmo no caso especial do art. 251.º do Cod. Fr., porque, se a resistencia aos mandados da auctoridade publica, pelo emprego da violencia é punida com uma pena correccional, sendo aqui essa violencia commettida não contra a pessoa directamentê, mas sómente sobre o sello que exprime o respeito devido ao cumprimento de um d'esses mandados, não pôde ser considerada em igual grau, e menos superior de gravidade, embora se deva fulminar, alem de uma pena correccional, a demissão do emprego.

Assim foi avaliado o facto para a imposição da pena nos citados Cod., que nenhum pecca por excessivo em brandura.

Quanto ao § 1.º concorda o Cod. Fr., art. 253.º, punindo em geral sem distincção de delinquentes.

Este Cod. tambem não declarou a que qualidade de arrombamento se referia, e por isso têm os interpretes sido obrigados a recorrer já ao citado art. 395.º, já ao art. 396.º, para supprir o silencio do legislador. Assim, se os sellos são postos sobre uma porta exterior applicam o art. 396.º, e se sobre moveis que se guardam em um logar interior, o art. 395.º

Os Cod. da Sardenha, art. 271.º, e das Duas Sicilias, art. 249.º, contêem a mesma assimilhação, precisamente nos mesmos termos vagos e indefinidos.

O nosso § porém fugiu d'este defeito, punindo o crime determinadamente com a pena de trabalhos publicos temporarios, quanto aos empregados publicos.

Escusado é repetir que não approvâmos a penalidade em si mesma; especialmente, com relação aos empregados publicos, se deveria ter em conta que a mesma pena tem para elles diversos effeitos e mais graves do que para outros delinquentes, por isso que lhes importa, no systema do Cod., a perda dos direitos politicos, e n'esta vae envolvida a perda do emprego ou officio com inhabilidade perpetua absoluta para servir outro qualquer.

Com a determinação do § 2.º, concorda o Cod. Fr. no cit. art. 252.º, e com este os Cod. da Sardenha e das Duas Sicilias¹.

Este nosso §, referindo-se ás penas do roubo, imitou na remissão o Cod. Fr.; não é pois facil conhecer-se qual seja a pena correspondente, por isso que o Cod. não incriminou o roubo *in genere*, mas sim em cada uma das hypotheses que figurou.

Mas entendido este § pelo Cod. Fr., como a palavra=*roubo*=exprime a idéa da violencia, se considerarmos assimilhado o rompimento dos sellos ao *arrombamento interior*, teremos a applicar o disposto no art. 438.º, impondo as penas do art. 421.º como de *furto aggravado*, menos que os sellos não sejam postos em uma *parte exterior*, porque então a pena seria a do art. 434.º n.º 3.º, ou do art. 435.º n.º 1.º, segundo as circumstancias ali mencionadas².

¹ *Punido* não tem n'este § substantivo do seu genero e numero com quem concorde. A redacção parece-nos que ficaria mais clara e mais perfeita se fosse: «Se alguma outra pessoa commetter *algum* dos crimes declarados n'este «art. e no § 1.º, será punida, no primeiro caso com a prisão de um a tres «annos, e no segundo com as penas do furto aggravado, conforme ao art. 421.º, «ou do roubo, conforme aos art. 434.º n.º 3.º ou 435.º n.º 1.º, segundo as «circumstancias.»

² Veja-se o comment. ao art. 442.º

ARTIGO 311.º

Será punido com as penas do furto, segundo o valor da cousa ou do prejuizo causado, e com a declaração de incapacidade para servir officio algum publico, todo o empregado publico encarregado da guarda e conservação dos documentos e papeis guardados nos archivos, cartorios ou quaesquer depositos publicos, que subtrahir, supprimir ou desencaminhar alguns d'esses documentos ou papeis.

§ unico. Se aos empregados, de que tratam este art. e o antecedente, se imputar unicamente e provar negligencia, nos casos em que os crimes declarados nos mesmos art. forem commettidos por outra pessoa, a pena de negligencia será a suspensão até seis mezes.

Art. 2.º, 43.º, 424.º e ref.

Concorda o Cod. do Brazil, quanto á *incriminação*, art. 129.º, mas este Cod. não assimilou o facto ao do *furto*; qualificou-o em si mesmo como de *prevaricação*.

O moderno Cod. da Baviera, art. 438.º, tratando em geral da violação dos deveres do funcionario, praticada com premeditação, mas sem motivo de interesse pessoal, distingue se resultou ou não damno á causa publica ou a particulares.

O Cod. Hesp., art. 271.º, também na hypothese fez a distincção resultante do prejuizo causado ou não causado, quando elle seja grave: «siempre que del hecho resulte grave daño de tercero ó de la causa publica.»

O Cod. da Austria, art. 86.º e 87.º, contemplou também o mesmo facto em si mesmo, tendo em contemplação a importancia do damno.

O Cod. Fr., art. 173.º e 225.º, impõe em geral ao empregado publico, e sem distincção de damno causado, a pena

de *trabalhos publicos temporarios*; mas os interpretes, por analogia do que se dispõe no art. 439.º entendem que a *incriminação* não procede, quando se trata de papeis sem importancia, e de que portanto se não pôde inferir a intenção de causar damno=*intention de nuire*= É este um meio indirecto de se annullar na applicação o excessivo rigor da pena.

Os dois Cod. imitadores dos Cod. Fr., da Sardenha, art. 272.º, e das Duas Sicílias, art. 249.º, punem o facto, o primeiro com a reclusão, aggravada de um ou dois graus, e o segundo com a reclusão, sem esta aggravação, mas com a multa de sessenta a seiscentos ducados.

O Cod. de 1837, art. 191.º, também contemplava este facto em si mesmo, e o punia com a reclusão temporaria.

O mod. Cod. da Prussia, art. 323.º, pune, com a prisão com trabalho até dez annos e multa de cem a dois mil escudos, o empregado que no intuito de *alcançar luero* para si ou para outros «*damificar, destruir ou occultar documentos, que lhe forem, ou confiados ou accessiveis, officialmente.*»

Feita esta comparação, cumpre notar: 1.º, que este art. trata especialmente do crime, quando respeita a *documentos ou papeis guardados nos archivos, cartorios ou quaesquer depositos publicos*; dos papeis ou documentos que são sómente confiados ao empregado publico, em rasão do seu officio, trata o art. seguinte.

2.º Que suppõe sempre, para a imposição da pena, que o papel ou documento tem *um valor*, ou que do extravio *resultou um prejuizo*; do que se segue, que se o papel não tiver valor, nem importancia alguma, nem mesmo historica, por ser muito vulgar ou haver no deposito mais copias ou exemplares, falta um elemento essencial da *incriminação*. Mas, qualquer que seja a importancia ou nullidade de valor ou prejuizo, fica sempre a violação do dever do empregado.

3.º Que a palavra=*documentos ou papeis*=, tendo uma significação restricta, não se pôde applicar por identidade, nem maioria de rasão, que o art. 18.º prohibe, aos livros, medalhas, productos chimicos e outros do reino animal ou vegetal, guardados nas bibliothecas, museus, laboratorios e outros estabelecimentos publicos; do que resulta uma grave omissão, aliás

prevista no Cod. Fr., art. 264.º, nas palavras: «... papiers, registres, actes et effets, contenus dans des... dépôts publics»¹.

4.º Que nenhum dos Cod. citados assimilou este crime ao furto, e com razão, porque o elemento essencial d'este crime é que a subtracção recaia sobre uma cousa *util em si mesma*, ou que tenha pelo menos um valor na opinião commum dos homens; quando no crime, de que se trata, o legislador deve abstrahir d'esse valor, para só contemplar como elementos da incriminação: 1.º, a violação do dever de officio commettida por um empregado publico; 2.º, o ser praticada em estabelecimento ou casa de deposito publico.

O maior ou menor valor da cousa é uma circumstancia mais ou menos aggravante, assim como o nenhum valor só deve reputar-se uma circumstancia attenuante e nunca dirimente.

5.º Que a demissão, com declaração de incapacidade para servir officio algum publico, envolve duas penas; uma desigual, como temos ponderado, segundo a natureza e duração dos empregos; a segunda é sempre perpetua, e como tal gravissima em relação ao desvio de um papel ou documento, facto que não pôde nem deve fazer desespearar a sociedade de que o delinquente lhe não possa prestar uteis serviços, principalmente quando o emprego o não faça ou torne depositario material de cousa alguma².

¹ Chauveau e Helie entendem que a lei só tem em vista os *deposits publicos* em que a *confiança é forçada*, e que assim repousam sobre a *fé social*: mas Sulpici e outros sustentam, que a palavra = *effets* = é muito generica para que possa ser restringida; e assim o tem julgado o trib. de cass. em Arestos de 9 de Abril de 1813 e de 25 de Março de 1819.

Os Cod. da Sardenha e das Duas Sicilias empregaram a mesma palavra = *effets* =, e o primeiro, alem da palavra generica = *deposits publicos* =, exemplificou = *as secretarias e bibliothecas* =.

² A inhabilidade especial, quando perpetua, firma-se na presumpção de que um homem julgado mau se presume sempre mau no mesmo genero de maldade. Mas, alem de ser uma cousa repugnante firmar penalidades em presumpções d'esta natureza, a de incorrigibilidade vae aqui mais longe, porque não só exclue toda a esperanza de emenda ou de arrependimento, mas parte de uma presumpção mais ampla, suppondo, contra a verdade moral e a experiencia de todos os dias e de todos os tempos, que quem uma vez abusou da confiança publica na qualidade de depositario não pôde mais merecer essa confiança em qualquer outro emprego postoque diverso. O Cod. Hesp., art. 271.º, como fica dito, só impoz a inhabilidade perpetua *especial*.

Quanto ao § un. concordam na punição da negligencia o Cod. Fr., art. 254.º, o das Duas Sicilias, art. 250.º, o da Sardenha, art. 274.º, e o da Baviera, art. 439.º

Outros guardam silencio a tal respeito, sem duvida porque todo o governo, independentemente da acção dos tribunaes, tem o necessario poder para empregar os meios disciplinares, unicos adoptaveis, quando, pela ausencia da intenção malefica, desaparecem os elementos essenciaes da criminalidade penitenciaria.

Isto basta para concluirmos que teria sido mais prudente e mais regular remetter-se o objecto da incriminação do § para os meios disciplinares, maxime attenta a natureza da penalidade que se escolheu.

Alem d'isso notámos que, sendo muito difficil provar a connivencia, por estar sempre a favor do empregado publico a presumpção exclusiva do dolo, tem elle o meio indirecto de perpetrar o crime quasi impunemente, simulando o abandono, o desleixo, para que outrem execute o crime.

O legislador portanto não devia ser facil em favorecer a negligencia dos empregados publicos, depositarios ou a quem foram confiados alguns documentos ou papeis.

Acresce n'este § a incorrecção da phrase ou da incriminação nas palavras = *a pena da negligencia* = que vae de accordo com a expressão do art. 2.º = *a punição da negligencia* =, mas que é um erro visivel de redacção. O que o Cod. quiz dizer foi que a pena do facto incriminado, não havendo dolo, mas sómente negligencia, seria sim punivel, apesar de fallear o *elemento moral*, mas attenuada a pena, nos termos que prescreve.

ARTIGO 312.º

Todo o empregado publico que voluntariamente des-encaminhar, destruir ou subtrahir quaesquer documentos ou titulos, cuja perda ou descaminho possa ser prejudicial a outra pessoa ou ao Estado, e que lhe tiverem sido confiados em rasão do seu officio, será punido com as penas de furto e demissão.

§ unico. As penas do furto serão applicadas no caso d'este artigo a qualquer pessoa encarregada da guarda dos documentos ou titulos n'elle referidos pela auctoridade legitima ou por commissão do empregado publico a quem houverem sido confiados.

Art. 43.º, 421.º e ref.

As concordancias da legislação estrangeira são as mesmas. E em verdade o presente art. mais parece uma repetição da incriminação do art. antecedente que uma nova disposição.

© crime é da mesma especie, mas com as differenças: 1.ª, de que abstrahе do *logar* em que foi commettido o crime, bastando que os papeis ou documentos tenham sido confiados ao empregado publico em rasão do seu officio; 2.ª, de que não requer a *realidade* de damno, bastando a sua *possibilidade*; 3.ª, de que ás penas do furto acrescenta sómente a *demissão simples*, quando no art. antecedente comminou a inhabilidade absoluta e perpetua.

O presente art. concebido em termos mais amplos podia dispensar o antecedente, porque as circumstancias aggravantes *especies* do *logar* e da quantidade do damno realiado ficavam para as regras geraes de aggravação.

A este defeito acresce: 1.º, a difficuldade da applicação da pena em quanto de assimilação ás do *furto*, porque estas determinam-se conforme aos art. 421.º e 430.º, e art.

antecedente, segundo o valor da cousa ou do prejuizo causado.

Seria preciso que o Cod., abstrahindo de qualquer valor, nos citasse o artigo ou artigos a que se refere. Não se tendo assim praticado, faltou-se a um quesito essencial da codificação, a clareza e *cognoscibilidade* da sua sanccão.

2.º A falta de coherencia em não se contemplar aqui a negligencia, como se contemprou no art. antecedente. O ser considerado menos grave o crime, é uma rasão de coherencia, mas não verdadeira na hypothese.

A falta de um archivo ou cartorio publico demanda da parte do depositario muito maiores cuidados, cautela e resguardo. Existindo portanto uma preterição de dever especial, mais qualificado, a omissão ou se torna injustificavel aqui, ou a disposição devia ali ser tambem dispensada, ficando a contemplação da negligencia em uma e outra hypothese reservada para as regras geraes de attenuação ou apreciação do *mal resultante do crime* na parte respectiva á imputação ou *causa moral*.

Quanto ao § un. do art. 312.º a penalidade, sendo a mesma de assimilação a furto, offerece as mesmas obscuridades; a impossibilidade de se impor a *demissão* ao delinquente não justifica a desigualdade da pena.

Qualquer outra pessoa constituida fiel depositaria por auctoridade ou commissão competente fica, em relação á inviolabilidade do deposito, na mesma linha e consideração que o empregado publico. Desde o momento em que um cidadão fica ao serviço do Estado ou exerce qualquer funcção que tenha o caracter de publica, pouco importa a qualidade do titulo, que equivale no seu objecto especial a um diploma de nomeação regia¹.

¹ Nestas circumstancias ficaria um advogado a quem se continuam os autos com vista para requerer ou minutar, um fiel de feitos a quem o escrivão os entregasse, ou um individuo que é feito depositario de autos, papeis, titulos ou documentos arrestados ou apprehendidos, etc.

SECÇÃO 6.^a

PECULATO E CONCUSSÃO.

ARTIGO 313.^o

Todo o empregado publico que em rasão de suas funcções tiver em seu poder dinheiro, titulos de credito ou effeitos moveis pertencentes ao Estado ou a particulares, para guardar, despender ou administrar ou lhe dar o destino legal, se alguma cousa d'estas furtar, maliciosamente levar ou deixar levar, ou furtar a outrem, ou applicar a uso proprio ou alheio, faltando á applicação ou entrega legal, será condemnado a trabalhos publicos temporarios:

1.^o Se a cousa levada ou furtada exceder o valor de 600\$000 réis;

2.^o Se igualar ou exceder o terço da receita ou deposito, tratando-se de dinheiros ou effeitos uma vez recebidos ou depositados;

3.^o Se igualar ou exceder a fiança, quando o emprego for sujeito a ella;

4.^o Se igualar ou exceder ao terço do producto ordinario de receita de um mez, tratando-se de receitas provenientes de entradas successivas e não sujeitas a fiança.

Art. 33.^o e ref.

Houve tempo em que entre os romanos os bois e os carneiros serviam de typo ou preço regulador, tanto em commercio, como nos rendimentos do Estado. Servio Tullio foi o primeiro que fez gravar sobre o cobre circulante a figura d'esses animaes.

D'aqui vem a origem da palavra=*peculato*=, usada em Roma e na antiga monarchia franceza, para significar o furto dos dinheiros do Estado praticado por aquelles que são seus depositarios ou gestores, expressão que caiu depois em desuso, assim como se não encontra no Cod. Hesp., no das Duas Sicias, no da Sardenha, no da Baviera e em outros. Acha-se eliminada tambem do art. 103.^o da Carta. Conserva-a porém o Cod. do Brazil, art. 170.^o

Entre nós a conservou tambem o Cod. de 1837, encontra-se em algumas leis modernas, e agora se nos resuscita para definitivamente dar nome a crimes contemplados n'esta secção.

Deixando a palavra, comquanto de origem barbara e antiquada, e subindo á materia contemplada n'este art., vê-se pela confrontação da sua disposição, que não só se teve presente a legislação patria, mas o Cod. Fr. e o Hesp., assim como o Cod. Fr., nos art. 169.^o e 170.^o, o Hesp., art. 310.^o, e as leis patrias, Ord. liv. 5.^o tit. 74.^o

Concordam o Cod. do Brazil, art. 170.^o, das Duas Sicias, art. 216.^o, da Sardenha, art. 281.^o, da Baviera, art. 362.^o, da Prussia, art. 324.^o, e outros muitos antigos e modernos¹.

Quanto á incriminação feita no art., vê-se que se confunde n'ella os dinheiros ou effeitos *publicos* e os dinheiros ou effeitos *particulares*, e que comprehende tanto o depositario ou

¹ O *peculato*, especialmente sobre dinheiros do Estado, foi sempre um crime que tem excitado graves clamores publicos de uma indignação geral. Os contribuintes não podem ver tranquillos, que uma parte dos impostos que pagam sirva para enriquecer e nutrir vicios dos seus exactores ou gestores. Mas a historia nos subministra muito poucos exemplos de castigo exemplar aos malversadores. O seu poderio e influencia lhes tem quasi sempre assegurado a impunidade.

No regimento do tribunal de contas, art. 10.^o, se acha providenciado, que se pelo exame e verificação das contas se conhecer que um responsavel commetteu no exercicio de suas funcções dolo, falsidade, concussão ou *peculato*, o tribunal deverá sem demora dar conta, a fim de que possa ser instaurada a acção criminal competente.

Mas sem a menor culpa nem imputação ao tribunal, animado do melhor zêlo e vontade pelos interesses da fazenda, os desvios apparecem, manifestam-se de diferentes maneiras, e os processos crimes ou não se instauram, ou são rarissimos ou ficam sem resultado. Analysar as causas d'este facto não é agora nosso intento.

thesoureiro, como o pagador ou administrador d'esses valores. Assim o elemento essencial do crime está no abuso das funções publicas, prevalecendo-se o delinquente do caracter legal, de que se achava investido, para commetter o furto, fazer o desvio, ou realizar a indevida ou fraudulenta applicação.

É este o ponto de contacto que faz assimillar o *peculato*, propriamente dito, á infidelidade do depositario do dinheiro ou effeitos *particulares*. O Cod. imitou por esta fórma o art. 169.º do Cod. Fr., imitado tambem pelo da Sardenha, mas não seguido nem pelo Cod. do Brazil, art. 170.º e seguintes, tratando sómente do dinheiro ou effeitos publicos, nem pelo da Austria, que nos art. 161.º e 162.º incriminou especialmente a infidelidade dos thesoueiros, nem pelo das Duas Sicilias, que no art. 216.º tratou particularmente dos exactores ou depositarios de dinheiros publicos, ou dos que têm a dar contas á auctoridade competente.

Todavia concorda na assimilhação o Cod. da Baviera, art. 362.º

Quanto á pena imposta no art., é tambem uma imitação dos *trabalhos temporarios* impostos no Cod. Fr.; mas nós preferimos a moderação do Cod. do Brazil, do da Austria, do da Baviera e do Hesp., não escolhendo mesmo dentre estes a mais suave¹.

¹ Em primeiro logar rejeitámos em todos os casos os *trabalhos publicos*, depois é preciso ter muito em conta.

1.º Que os exactores, gestores ou depositarios que gosem de fortuna e credito na sociedade, têm *de facto* o privilegio da impunidade, distraindo em seu proveito valores que lhes são confiados; porque a todo o tempo que se lhes exija o pagamento, entradas ou restituções, que devam fazer, depressa levantam fundos equivalentes.

2.º Que os gestores, recebedores ou depositarios infelizes, sem credito, nem garantias têm de passar por criminosos, enquanto os protegidos da fortuna passam por muito pontuaes e de grande reputação de probidade.

3.º Que estes pequenos gestores ou recebedores começam as mais das vezes por distrahir na esperança de restituir, e caminhando de abysmo em abysmo quasi sem o perceber, se acham a descoberto com alcances superiores ás suas forças, e sem amigos, nem parentes que lhes acudam.

4.º Que por mais severa que seja a pena, o temor de um mal remoto, e nunca certo, não pôde contrabalançar a força irresistivel da necessidade, que embrutece o coração e cega a intelligencia, para se não sentir, nem compre-

Os n.ºs 1.º e seguintes designam diversas circumstancias determinantes do maior rigor penal, e que são portanto sua condição essencial; e a primeira d'estas é uma imitação do art. 169.º do Cod. Fr.: «... si les choses détournées ou sous-«traites sont d'une valeur au-dessus de trois mille francs». Contém disposição analogá o Cod. Hesp. no art. 309.º

A quantia superior a 600\$000 réis considera-se legalmente de grande importância, e tanto que é este o termo para n'elle se fixar a jurisdicção definitiva das relações, exclusiva dos recursos de revista em causas civeis.

Todavia parece-nos esta uma base muito fallivel, para, segundo ella, se graduar a pena, porque é variavel e incerta. Não ha n'ella uma verdade moral, nem absoluta, mas sómente relativa.

A quantia de 600\$000 réis, que hoje se reputa avultada, poderá vir a ser insignificante ou de um valor muito maior, conforme a carestia ou a barateza do dinheiro, a maior ou menor abundancia do oiro ou da prata¹.

hender senão as urgencias do momento. Nenhuma penalidade pôde ter a virtude de sujeitar o homem ao supplicio de Tantaló.

5.º Que o mal do delicto n'estes casos vem originariamente da má organização e fiscalisação da fazenda publica ou fundos em deposito, que permite juntar ou conservar em poder de um só individuo sommas de consideração que lhe não pertencem, assim como da imprevidencia e insuficiencia das leis fiscaes e administrativas sobre taes assumptos.

6.º Que se o mal da impunidade agrava o mal do delicto, porque se não corrige o delinquente, e se animam outros a commette-lo, a pena severa n'este caso, e que tem de ser imposta por jurados, ficará sómente no papel, que é o que a experiencia tem mostrado em toda a parte, quando a qualidade ou é injusta em si mesma, ou em relação a outros culpados que, protegidos pela fortuna ou pelos padrinhos, ficam fóra da acção da lei, sem depender da omnipotencia do jury.

7.º Que assim como para se calcular a gravidade de um delicto se manda attender ás suas consequencias, tambem para se lhe proporcionar uma pena se deve tomar em consideração o mal resultante d'ella em seus effeitos legaes e inevitaveis.

Ora no caso de que se trata, alem da indemnisação ao thesouro ou aos particulares, tem o culpado de soffrer como consequencias do delicto e da prova a demissão do emprego.

A punição portanto temporaria ou mesmo o degredo seria uma pena mais que sufficiente, e mais util por ser de applicação mais infallivel, podendo ainda ser muito e muito modificada segundo as circumstancias, como notaremos aos n.ºs d'este art.

¹ Um alqueire de trigo, que na Ord. Manuelina. liv. 1.º tit. 15.º § 6.º,

A segunda circumstancia é ainda uma imitação litteral do Cod. Fr., art. 170.º:

«... quelle que soit la valeur des deniers ou des effets dé-tournés ou soustraits, si cette valeur égale ou excède... le tiers de la recette ou du dépôt, s'il s'agit de deniers ou effets « une fois reçus et déposés. »

Esta não tem os defeitos apontados, porque se accommoda a todas as variações do tempo e determinação de valores.

A terceira circumstancia é tambem copia litteral do cit. art. 170.º do Cod. Fr.:

«... si... égale ou excède... le cautionnement, s'il s'agit « d'une recette ou d'un dépôt attaché à une place sujette à « cautionnement. »

Por caução entende-se em França uma certa somma em dinheiro com que os nomeados para certos logares, officios ou empregos são obrigados a entrar no thesouro antes do juramento e posse¹. Mas por fiança entre nós se entende não só este meio, mas qualquer outro de garantia, como em bens de raiz, livres e desembargados, com hypotheca registada, ou em titulos de divida fundada, interna ou externa, depositados na junta do credito publico, e mesmo a de valor *indeterminado*,

valia 4 réis, é avaliado na Ord. Filipina, liv. 1.º tit. 18.º §§ 19.º e 20.º, em 40 réis.

Em 1568 para 1569, em tempo d'el-rei D. Sebastião, foi multado o mosteiro de Santa Cruz de Coimbra em 600\$000 réis, não só para gastos da alçada que, para reprimir a força que o mesmo mosteiro havia praticado, ali foi mandada, mas para o acabamento da obra dos arcos do encanamento destinado ao abastecimento das aguas da mesma cidade.

Quanto valiam pois 600\$000 réis então, e quanto valem hoje? Quanto poderão valer, se as minas da Australia, da California e outras inundarem o mundo?

Mas a liberdade do homem, os direitos da humanidade, o horror ao vicio, o premio á virtude, a dôr e os soffrimentos têm sempre o mesmo valor, e só o erro ou a tyrannia lh'os podem desconhecer ou sophismar.

O Alv. de 16 de Setembro de 1814, § 2.º, attendendo á *desproporção dos tempos no augmento dos valores*, ordenou que fossem elevadas ao *tresdobro as penas e multas a dinheiro* que se acham nas Ordenações. Foi diminuta esta providencia, e hoje o seria muito mais. Se um alqueire de trigo valia 40 réis, a multa de 20 cruzados elevada a *sessenta* ficaria tão proporcionada, como se o valor do alqueire de trigo se reputasse em 120 réis.

¹ Lei de 28 de Abril de 1816, Regul. de 9 de Outubro de 1832.

por termo assignado por fiadores idoneos e abonados que se responsabilisem a qualquer alcance ou prejuizo¹.

Cessa portanto entre nós a rasão do Cod. Fr. no cit. art. 170.º, e por isso nos parece mal importada a sua disposição.

Pelo contrario, quando a distracção iguala a fiança ou não a excede senão em pouco, deveria considerar-se esta uma circumstancia attenuante, porque o facto da distracção importa necessariamente o abandono da fiança para inteira ou quasi inteira reparação do damno causado; excepto quando se provasse que o responsavel pretendeu sonegar ou esconder um deposito, ou uma receita ou parte d'ella, não a escripturando ou não a dando em tabella; e ainda assim teriamos n'esta circumstancia accessoria do crime o caracteristico de uma *tentativa* ou de uma intenção *frustrada*.

O legislador carece de ser mais severo para com aquelle empregado publico que, ou não tem mais garantia que a do seu juramento, da sua lealdade e do seu dever de corresponder á confiança que n'elle se depositou, que para com aquelle que prestou, alem d'estas garantias *moraes*, a *garantia material* que vem da sua *fiança*, com a qual de antemão assegurou o reembolso ou restituição até determinada quantia.

Desconfiaríamos do peso que tem para nós estas considerações, se não podessemos auctorisa-las. Mas não acontece assim. O Cod. Hesp. vem reforça-las, no que diz no art. 310.º Se a reparação é possivel, a distracção não se considera ali como *absoluta*, e a pena se reduz á inhabilitação *especial temporaria*, e multa de 10 a 50 por cento da quantia distrahida; e se o uso indevido dos fundos teve logar sem damno nem entorpecimento do serviço publico, a pena ainda desce á suspensão e multa de 25 por cento da mesma quantia.

Finalmente, a quarta circumstancia tem a mesma fonte proxima:

«... si... égale ou excède... le tiers du produit commun

¹ Diversas providencias existem a similhante respeito na moderna legislação, taes como o Decr. de 16 de Maio de 1832, Decr. de 20 de Junho de 1842, Port. do ministerio da fazenda de 3 de Junho de 1839, Decr. de 12, 13 e 15 de Dezembro de 1842, Decr. de 16 de Agosto de 1844, Decr. de 10 de Novembro de 1849, e outros.

«de la recette pendant un mois, s'il s'agit d'une recette com-
«posée de entrées successives et non sujettes à cautionne-
«ment.»

O Cod. Fr. tem assim o defeito que lhe notam os com-
mentadores¹, de não declarar se a *receita* de um mez se en-
tende da receita *bruta* ou *liquida* dos vencimentos e percenta-
gens devidas ao responsavel. Por uma parte, pôde dizer-se
que a receita se compõe de tudo quanto se arrecada, e que
fallando a lei da receita *sem restricção*, o legislador entendeu
tomar essa palavra de uma maneira integral. Por outra parte,
pôde sustentar-se que o Cod. teve em vista punir a subtrac-
ção em prejuizo alheio, o que não se verifica se o responsa-
vel se paga do que é proprio.

O nosso Cod. adoptou a mesma disposição sem emendar
similhante defeito. No entretanto basta que haja rasão suffi-
ciente de se entrar em duvida, para n'este ponto se seguir a
opinião mais favoravel ao réu.

Tambem se pôde entrar em duvida se as palavras = re-
ceita de um mez = se devem entender de um certo e determi-
nado mez em que se fez o desvio, ou se deve calcular-se por
approximação em relação a um mez, dos doze de que se com-
põe o anno, dividindo-se a receita annual por duodecimos.
Esta ultima interpretação é a que mais se conforma com a ra-
são; aliás o responsavel buscaria a impunidade, fazendo as suas
subtracções por partes, em um, dois, tres ou mais mezes.

Deve notar-se mais: 1.º, que a disposição d'este n.º 4.º é
restricta á distracção das *receitas* provenientes de entradas *suc-
cessivas*, e não *sujeitas a fiança*, o que entre nós quasi que
não tem applicação alguma, por isso que todas as receitas rea-
lisadas por empregados publicos são sujeitas a fiança. Algumas
vezes se tem permittido, á falta de recebedores ou de thesou-
reiros afiançados, o exercicio do emprego interinamente sem
fiança, mas a *sujeição* a ella subsiste sempre, e sómente são
os gerentes *dispensados interinamente de a prestar*.

¹ Carnot, Sulpici e outros. Em França todavia é fóra de duvida que se
entende da *receita liquida*, por isso que os recebedores ou thesoureiros são
auctorizados a deduzir a importância de seus salarios e mais vencimentos le-
gaes.

Tambem quando a *uma receita composta de entradas suc-
cessivas*, que é a expressão de que se serve o Cod. Fr., é ad-
ditionada ou annexada uma nova receita, mandam as nossas
leis fiscaes que o responsavel reforçe, na proporção d'ella, a sua
fiança.

2.º Que o fixar-se para a aggravação da pena a distracção
igual ou excedente a um terço do producto de um mez vem
de que o legislador contemplou o perigo de ser irreparavel o
damno causado por falta de fiança. Mas, se esse damno não
chegou a 600\$000 réis conforme ao n.º 1.º, não merece tanta
consideração; e, se a falta de fiança aqui a mereceu para ag-
gravar a pena, a garantia da fiança devia merece-la como cir-
cumstancia attenuante para excluir a determinação do n.º 3.º

Assim as disposições do Cod. Fr., repellidas do Cod.
Hesp., mas importadas para este nosso art., carecem, a nosso
ver, e salvo o respeito á lei, de ser reconsideradas e emenda-
das, por serem ou fundadas em rasões estranhas, ou repugnan-
tes entre si, ou em desharmonia com a legislação patria, ou
acompanhadas de uma sancção penal exagerada, desigual e in-
justa.

ARTIGO 313.º

§ 1.º Quando o valor for inferior aos declarados n'este artigo, a pena será a de prisão maior temporaria.

§ 2.º Em todos os casos enumerados n'este artigo e §, será o réu condemnado tambem na multa de um a tres annos.

§ 3.º Se der o dinheiro a ganho ou o emprestar, ou pagar antes do vencimento, ou, se estando encarregado da arrecadação ou cobrança de alguma cousa pertencente ao Estado, der espaço ou espera ao devedor, será punido com a prisão de um a tres annos e multa correspondente.

§ 4.º Se der ao dinheiro publico um destino para uso publico, differente d'aquelle para que era destinado, será suspenso até seis mezes e condemnado em multa de 60\$000 réis.

§ 5.º As disposições d'este artigo e seus §§ comprehendem quaesquer pessoas que pela auctoridade legitima forem constituídas depositarios, cobradores ou recebedores, relativamente ás cousas de que forem depositarios publicos, cobradores ou recebedores.

Art. 34.º e ref., 41.º e ref., 38.º, 44.º, 101.º e ref.

A fonte proxima do § 1.º é ainda o mesmo Cod. Fr., no art. 171.º:

« Si les valeurs détournées ou soustraites sont au-dessous « de trois mil francs, et en outre inférieures aux mesures expri- « mées en l'art. précédent, la peine sera un emprisonnement de « deux ans au moins, et de cinq au plus, et le condamné sera « de plus déclaré à jamais incapable d'exercer aucune fonc- « tion publique. »

A circumstancia pois preponderante para a aggravação da pena é a do n.º 1.º, mas na falta d'esta são bastantes as contempladas nos n.ºs 2.º 3.º e 4.º

No § 2.º continua tambem a merecer as honras da adocção o Cod. Fr. A doutrina d'este § é a mesma que a do art. 172.º do mesmo Cod., quanto ao pensamento de em todos os casos se agravar a pena com a multa, com a differença que este Cod. é mais justo, por isso que determina que esta multa nunca possa exceder *vingte e cinco* por cento das restituições e indemnizações, nem ser inferior ao *duodecimo* d'ella.

Se como temos demonstrado, as penas principaes, em si mesmas e por seus effeitos, são excessivas e desiguaes, como ficam ellas aqui, aggravadas com esta accessoria assim ampliada?

Era mais simples imitar a legislação romana, impondo-se a interdicção *da agua e do fogo, e o confisco*.

Quanto ao § 3.º cumpre distinguir as suas disposições.

Dar dinheiro a ganho, empresta-lo ou pagar antes do vencimento, são tres factos diversos na gravidade. O primeiro é mais grave que o segundo, porque este não é como aquelle uma violação do dever com vistas de cobiça ou de interesse: —auront violé les devoirs de leur charge sans intention cupide ou méchante— como se exprime o Cod. da Baviera, no art. 438.º O segundo é mais grave que o terceiro, porque se a antecipação de pagamento não prejudicou, não entorpecou o serviço publico, nem prejudicou direitos de terceiro, não é mais que uma distracção temporaria que se repara e desaparece, virtual e materialmente, com a verificação do vencimento, poisque se não duplica chegado o dia d'elle.

Concorda, quanto ao segundo e terceiro facto, o Cod. do Brazil, art. 171.º

Concorda mais a nossa Ord. do liv. 2.º, tit. 51.º, pr. —não emprestem . . . nem paguem . . . antes do tempo—.

É mais assimilado n'este § a estes tres factos o de se dar espaço ou espera ao devedor; e em verdade essa concessão importa o empréstimo do dinheiro vencido para o thesouro, por tanto tempo, quanta for a demora concedida: especie prevista na mesma Ord., § 1.º

O Decr. de 16 de Maio de 1832, tit. 7.º art. 7.º, tratando dos recebedores geraes, que *adiantassem, retardassem* ou *directa ou indirectamente* negociassem com empregados a quem devessem pagar, ou que fizessem com elles ou com as partes qualquer transacção pecuniaria, impunha a pena, alem do perdimento de officio, de dez annos *de degredo* para os presidios da Africa.

Duas especies importantes previa assim este Decr. Se é justo punir o funcionario que paga antes do vencimento, não é menos justo puni-lo porque *retarda* esse pagamento, depois de vencido; pela presumpção de que, se assim o pratica, é porque tem feito applicações illegaes, e tambem porque a demora do pagamento reverte em prejuizo de terceiro e do Estado, em razão do credito ou do serviço publico.

Se é justo punir ainda o mesmo funcionario, porque *dá a ganho* os dinheiros publicos, tanto ou mais justo é puni-lo, quando se escuda com o seu emprego, e dependencia d'elle, para exercer a peor e mais reprehensivel de todas as agiotagens, seja com os credores, seja com os servidores do Estado.

Estes crimes são muito possiveis, tem sido e são talvez mesmo frequentes; não vemos pois razão por que devessem não ser *especialmente* mencionados no Cod. Pen., estando já assim prevenidos nas leis anteriores ao Cod.

O Cod. Hesp., art. 312.º, ainda previu especies de maior gravidade, qual foi: 1.ª, a absoluta recusa de um pagamento devido; 2.ª, a falta de cumprimento de uma ordem legitima para entrega de uma cousa confiada á guarda ou administração de um funcionario.

Esta segunda especie porém é prevista em termos geraes, no art. 303.º § 1.º

Por ultimo cumpre notar, que, postoque as palavras do art. = *applicar a uso proprio ou alheio* = comprehendam as d'este § = *dar dinheiro a ganho* ou *emprestar* =, e pareçam estas uma redundancia e uma contradicção com o art. quanto á pena, não acontece assim; por isso que a incriminação do art. é dependente da condição essencial = *faltando á applicação ou entrega legal* =.

Quando não houve alcancc, nem a menor interrupção nos

pagamentos ou entregas, o uso dos dinheiros do Estado, commo punivel, o é muito menos do que seria quando resultou esse damno. Assim o qualificou e incriminou o Cod. Hesp., no art. 310.º:

« Si el uso indebido de los fondos fuere sin daño, ni en « torpecimento del servicio publico. »

Mas se não houve falta no desempenho das funcções ou gerencia do empregado, commo se ha de provar que os dinheiros por elle emprestados ou dados a ganho não são seus, mas sim do Estado¹? É impossivel, porque ou o dinheiro não muda de cunho em poder do empregado, e se confunde com o seu proprio, ou se existe materialmente em cofre, tem mais que um claviculário, e o crime não pôde então existir sem *concerto*, o que lhe daria uma qualificação mais grave.

Quanto á materia do § 4.º se nos offerece ponderar que na Lei de 26 de Agosto de 1848, art. 52.º, 53.º, 54.º, 57.º e 63.º, se acham prohibições analogas. Os thesoureiros e recebedores não podem mesmo cumprir as ordens expressas do governo para distrahir as sommas destinadas á junta do credito publico. Os ministros d'estado não podem applicar um excedente de receita votada para um capítulo ás despesas de outros capitulos. Se desviarem as contribuições publicas da sua applicação legal podem ser processados e punidos commo réus do crime de peculato e concussão.

Estas disposições têm sido repetidas nas leis do orçamento.

No art. 12.º § 1.º do Acto Adicional foi consignado expressamente que = as sommas votadas *para qualquer despeza publica* não podem ser applicadas para outros fins senão por uma lei que auctorisze a transferencia =.

Este § pois contém a sancção penal de similhante prohibição.

Mas ella é inutil, nem corresponde á importancia que as

¹ O Cod. do Brazil, nos art. 148.º e 149.º, prohibindo o commercio *directo* aos presidentes, commandantes de armas das provincias, magistrados vitalicios, parochos e todos os officiaes de fazenda, dentro do districto em que exercerem funcções, resalva expressamente esse commercio *quando sejam produções de seus proprios bens, emprestimos de dinheiro* ou participação em acções de banco ou companhias publicas.

ditas leis têm ligado a similhante infracção. As transferencias de fundos, quando não tiverem logar, como ordinariamente acontece, senão por ordenamentos do governo, a *suspensão* do cargo de ministros d'estado até seis mezes, e multa de 60\$000 réis, é irrisoria e inconstitucional.

Depois, conforme ás mesmas leis de orçamento, o governo é auctorisado a representar em titulos de credito temporarios e remiveis um ou mais ramos de receita publica. Representados estes valores, o governo subroga licita ou impunemente as especies que têm uma applicação especial, como obras publicas e outras.

Não ha distração, mas apropriação de especies que o governo toma assim como supprimento ou emprestimo; e por esta operação virtual, chamada de thesouraria, a applicação se legitima, porque se verifica entre esta e a receita no cofre especial a mesma operação.

Chega-se ao mesmo fim, mas por meios indirectos e guardadas as formulas fiscaes. E pois inutil a sanção da lei penal, porque o ministro d'estado não tem necessidade de commetter abuso algum de poder quando tem os meios ordinarios e auctorisados á sua disposição.

Se se trata dos outros funcionarios, agentes do governo, ou a transferencia é ordenada pelo mesmo governo ou não. Se o é, a obediencia ao ministro os desculpa, e nem este daria licença para que fossem processados; se o não é, ou o ministro approva ou releva o excesso do empregado, e fica-se no mesmo caso; ou não confirma nem desculpa, e não póde suppor-se que o ministro espere para fazer justiça que um processo suspenda um empregado que perdeu a sua confiança.

Isto nos leva a concluir que o cit. § 1.º do art. 12.º do Acto Adicional não tem mais do que uma força moral que não póde ter utilidade *alguma pratica* quando a infracção se torna do dominio do Cod. Pen., e que a disposição penal d'este § é portanto outro lindo nada dos muitos que se encontram no Cod., mas que todavia é para lamentar que não seja, ou não possa por enquanto ser, uma realidade.

Quanto ao § 5.º, não tem este § a menor difficuldade, e é sem contestação a justiça da sua declaração.

Estas pessoas são verdadeiros depositarios publicos ou ex-actores, comquanto não tenham um titulo que os constitua funcionarios do Estado. Assim as considerou tambem o Cod. do Brazil, art. 172.º, e nos reportámos ao que ponderámos ao art. 312.º, com o qual todavia fica este § em desharmonia de apreciação.

ARTIGO 314.º

Todo o empregado publico que extorquir de alguma pessoa, por si ou por outrem, dinheiro, serviços ou outra qualquer cousa que lhe não seja devida, empregando violencias ou ameaças, será punido com os trabalhos publicos por toda a vida.

§ unico. Esta pena porém poderá ser attenuada, substituindo-se-lhe a pena de prisão, mesmo a correccional, segundo as circumstancias.

Art. 33.º, 38.º e ref.

A incriminação feita n'este art. é de um facto gravissimo, porque n'elle se dão os caracteres essenciaes do=*roubo*=ou appropriação de cousa alheia *com violencia e ameaça*, nos termos do art. 432.º n.º 1.º À pena portanto deveria ser, em harmonia com a estabelecida no art. 437.º, a prisão maior temporaria com trabalho, substituída com o degredo aggravado, nos termos do art. 99.º, applicada com todo o rigor por ser o delinquento um funcionario publico, conforme á regra estabelecida em o n.º 9.º do art. 19.º, e § 4.º do art. 78.º

Este art. porém escolheu outra penalidade superior á do art. 437.º e immediata á de morte, qual a dos trabalhos publicos *por toda a vida*, quer seja muita quer seja pouca essa vida que reste ao delinquento; mas annulla desde logo esta disposição no § un., permittindo a substituição pela prisão, *mesmo a correccional*, segundo as circumstancias.

Quer isto dizer que de *tres dias* de prisão se pôde caminhar até aos trabalhos publicos *por toda a vida*. É um poder discricionario de tal ordem o que n'este caso se concede aos juizes, que não tem exemplo em todo o Cod. É precisamente, ou ainda mais absurda, que a punição *arbitraria* da Ord.

Não podemos pois, salvo o respeito devido á lei, conformar-nos com semelhante disposição¹.

Ou se considere a qualidade e quantidade das cousas ou serviços extorquidos, ou a gravidade das violencias ou ameaças, entendemos que o art. e seu § laboram em gravissimo defeito e imperfeição por não distinguir esses casos, e não escolher para cada um, com seu maximo e minimo, a pena correspondente, restringindo-se, do modo possivel, tão extraordinario arbitrio.

Os juizes podem mesmo deixar impune o crime, quando não passar de mera tentativa, se entenderem que lhe corresponderia, se consummado ou frustrado fosse, a prisão correccional, e muito legalmente por applicação da regra estabelecida no art. 8.º!! É isto quando no *furto simples* a tentativa é sempre punivel, segundo o art. 421.º § 2.º!!

Abstemo-nos de comparar esta disposição com as dos Cod. estrangeiros, porque em nenhum encontrámos modelo, nem analogia, nem tanto era moralmente possivel.

¹ Tivemos presentes mais de um processo em que pobres miseraveis entraram em uma casa de dia, ausente o seu morador, introduzindo-se n'ella por uma janella, e levando algumas quartas de milho e farinha, para matar a fome.

O ser commettida a expoliação por meio de escalamento e em casa habitada, nos termos do art. 434.º n.º 3.º, forçou os juizes em um d'estes processos á imposição da pena de trabalhos publicos *por toda a vida e no ultramar*, por serem dois os participantes do crime; e a ausencia d'esta ultima circumstancia em outro processo, por ser facto semelhante praticado por um só, forçou os mesmos juizes, nos termos do n.º 1.º do art. 435.º, á imposição da mesma pena *temporaria*.

Debalde estremeceram de cumprir a lei, não encontraram motivo legal para a attenuação, na primeira hypothese; e na segunda, só poderam fugir do maximo que podiam levar a quinze annos. Se por um lado estava a exiguidade do damno, de outro estava o desprezo legal d'essa causa de attenuação, porque se tratava de *roubo*, em que a *violencia*, tanto *real* como *pessoal*, é preponderante sempre, como elemento constitutivo do crime.

Não lhes aconteceria o mesmo nos casos de concussão contemplados no presente art. O empregado publico, que entrar *violentamente* na casa do cidadão, para lhe extorquir dinheiro ou qualquer outra cousa, não só não soffre a pena de trabalhos publicos no ultramar, mas pôde ainda ficar quite, por alguns annos, mezes e até dias de prisão a arbitrio dos juizes. E comtudo os crimes communs, quando praticados por um empregado publico, são dignos de maior castigo, como estabeleceu o art. 19.º § 9.º

Se o legislador tremeu da exaggeração da sua penalidade n'este art., por que razão não tremeu da mesma exaggeração nos citados art. 434.º e 435.º? Está escripto, e se o não estivera não o acreditaríamos. E não será palpante o absurdo que assim reclama a prompta reforma do Cod.?

ARTIGO 315.º

Todo o empregado publico que, sem auctorisação legal, impozer arbitrariamente uma contribuição, receber por si ou por outrem qualquer importancia d'ella com destino ao serviço publico; e bem assim todo o empregado publico encarregado da cobrança ou arrecadação de impostos, rendas, dinheiro ou qualquer coisa pertencente ao Estado ou a estabelecimentos publicos, que receber com o mesmo destino o que não for devido ou mais do que for devido, sendo d'isso sabedor, será punido com a suspensão de um a tres annos e multa correspondente.

§ 1.º Os propostos ou encarregados da cobrança por comissão dos empregados publicos de que trata este artigo, se commetterem o crime enunciado no mesmo artigo, serão punidos com a multa de um a tres annos.

§ 2.º Se as cousas indevidamente recebidas forem convertidas pelo criminoso em seu proprio proveito, a pena será a de trabalhos publicos temporarios e a multa de um a tres annos.

§ 3.º Se o valor das cousas indevidamente recebidas e convertidas pelo criminoso em seu proprio proveito for inferior a 200\$000 réis, a pena será a de prisão temporaria e multa correspondente a tres mezes.

Art. 41.º, 44.º, e ref., 33.º, 34.º e ref.

Este art. tem por fonte proxima o art. 174.º do Cod. Fr. quanto á incriminação.

Concorda o Cod. da Sardenha, art. 290.º e 291.º

Este Cod., cit. art. 290.º, definiu perfeitamente o que devia entender-se por concussão, nos termos seguintes:

« Il y a concussion, lorsque par dol on perçoit, on exige, « ou l'on ordonne d'exiger ce qui n'est pas dû ou plus qu'il « n'est dû, par droits, taxes, revenus, ou salaire ou traitement. »

Comprende assim tanto a concussão praticada em proveito do publico, como a que é feita com vistas de interesse pessoal. Mas é singular que o Cod. das Duas Sicilias não tivesse, no art. 196.º, incriminado o facto da concussão, senão sempre ligado a uma intenção interesseira da parte dos exactores—*qui aurent exigé pour leur profit particulier*—, de sorte que releva de antemão como excesso de zêlo a concussão, quando desinteressada, e só em proveito do fisco. Mesmo n'este caso a pena se reduz á interdição de funcções publicas de seis a dez annos!

O Cod. da Sardenha, imitando e aperfeiçoando o Cod. das Duas Sicilias, eliminou esta condição restrictiva, assim como, qualificando melhor o facto, aggravou a penalidade.

O Cod. do Brazil tambem foi benigno a semelhante respeito, porque se contentou, no art. 135.º § 1.º part. 1.ª, de comminar a pena de suspensão do emprego de seis mezes a dois annos. Disposição bem pouco conforme ao respeito devido á propriedade do cidadão, e ao espirito liberal que respira em geral nas determinações do mesmo Cod.

O Cod. Hesp., art. 317.º, imitou o Cod. do Brazil.

O Cod. da Baviera, no art. 449.º, qualificou semelhante facto, quando no interesse do Estado, como nascido de um zêlo inconsiderado—*par un zèle mal entendu*—.

Segundo a nossa Carta, art. 103.º, a concussão dos ministros d'estado é collocada a par do crime de peita e de suborno, e do peculato; e o mesmo se verifica, no art. 124.º, com relação aos juizes e officiaes de justiça.

Entre os romanos, segundo as Leis das Doze Tábuas, a pena d'este crime era a capital¹; depois foi o *desterro* ou confisco; LL. 1.ª e 2.ª D. de *concuss.*; L. 1. D. *ad leg. Jul. repetund.*; L. 1. 6. de *rustic.*

Em França, em tempo de Filippe o Bello, Luiz X e Carlos VII,

¹ Conforme á Lei Cornelia podia impor-se ao delinqüente a interdição da agua e do fogo.

se punia o crime com a pena de morte. Modificada depois a pena, assim mesmo o cardeal de Richelieu conseguiu fazer conduzir ao patibulo o marechal Marillac.

Conforme ao antigo direito da Allemanha a pena era *arbitraria*, e se applicava a prisão, multa, privação do emprego, e em casos mais graves os trabalhos publicos¹.

Alguns Cod. antigos e modernos guardam silencio sobre este crime. Os governos se têm reservado impor a pena *arbitraria* de demissão ou de desterro.

O Cod. da Austria não contém disposição alguma, assim como a não contém as nossas antigas leis². Pelo contrario, e sob o imperio dos foraes, os grandes senhores e donatarios, abusando do *mero e mixto imperio* que tinham, convertiam em direito as extorsões aos povos sem titulo *preconstituído* em foral, mas só pela *posse immemorial* que el-rei D. Manuel mandou respeitar e manter na reforma dos mesmos foraes, salvas as modificações constantes da Ord. liv. 2.º tit. 27.º

Por esta determinação se pretepeu fixar um prego na roda das concussões, a fim de que se não podessem levar direitos roaes n'estes reinos senão por foraes authenticos ou por *posse immemorial* que tivesse analogia ou similhaça com outros foraes. Mas esta determinação, apesar das providencias da Ord. liv. 2.º tit. 45.º, ficou quasi morta; e é por isso que as *concussões* continuaram: e foi *principalmente* para destruir o estado permanente de vexame que ellas haviam creado que o Decr. de 13 de Agosto de 1832 e Lei de 22 de Junho de 1846 vieram abolir os direitos ou prestações, com fundamento em foraes ou outro *titulo generico*, como é o de tão viciosa posse, dita *immemorial*.

Antes d'estas leis, nem a Ord. do liv. 2.º tit. 32.º, tão previdente em incriminar e punir os actos de concussão, quando praticados em favor dos donatarios da corôa, nem outra alguma fez menção da concussão, quando praticada em favor da mesma corôa³; e comtudo no Cod. dos Wisigodos, L. 1. liv. 2.º

¹ Meisteri, part. 2.ª liv. 1.º cap. 19.º § 238.º

² Não esquecen ao Cod. Pen. da China, aonde com toda a clareza e distincção são contemplados similhantes factos e punidos com bastante severidade: secç. 352.ª

³ Mello Freire, Jur. Cr., tit. 8.º § 16.º not.

tit. 1.º eram os funcionarios punidos em tal caso com a demissão e multa:

«Si quis judicium hanc nostram transcenderint constitutio-
«nem, honore privatus, x libras auri fisco nostro coactus re-
«solvat.»

É sabido que o Cod. dos visigodos regeu em Portugal por muito tempo, desde os principios da monarchia¹.

Na presença d'esta legislação e d'estes exemplos praticos cumpre igualmente, para se apreciar a criminalidade do facto, segundo os dictames da verdade moral, ver se a incriminação feita no presente art. se acha garantida com uma penalidade justa e correspondente.

A nossa opinião, salvo o respeito á lei, e para que seja emendada, é completamente negativa.

O facto, de que se trata, importa um *abuso de poder*, porque exigindo-se do cidadão aquillo que a lei não permite ou mais do que ella estabelece, toma o delinquente o lugar do legislador, usurpando attribuições que só competem ás côrtes com a sancção do rei; importa um furto ou antes rapina mais ou menos aggravada, segundo o grau de violencia empregada para se fazer a extorsão ou expoliação; importa *alevosia* pelo *abuso de confiança* que o delinquente commette, prevalecendo-se da que a lei n'elle poz pela collação de officio ou cargo publico.

No *peculato* dá-se tambem *abuso do cargo* ou *emprego*, furto ou usurpação de direitos e abuso de confiança. São quasi os mesmos caracteres, e a differença essencial consiste em que ali se furta ao Estado, aqui se furta para o Estado; isto quando no *peculato* ha furto, pois quando o não ha, como nos casos do § 3.º do art. 313.º, a concussão é crime muito mais grave.

Se abusando do seu emprego ou auctoridade, o funcionario, que prejudica directamente um cidadão, não diminue os direitos do thesouro, o que prejudica o thesouro não offende a propriedade do cidadão senão indirectamente. No *peculato* os sacrificios resultantes d'esse prejuizo entram como *avaricia grossa* repartidos *por toda a sociedade*, não ha uma determi-

¹ Vid. nosso Rep. comm. sobre foraes, tom. 1.º a pag. 162. .
VOL. VI.

nada pessoa lesada; pelo contrario na concussão todo o peso de damno recae sobre designado individuo ou individuos.

A concussão pois não é crime menos grave que o peculato; e assim como a concussão póde apresentar em alguns casos um caracter de menor imputação, tambem no peculato se podem imaginar outros muito inferiores em gravidade.

Se estes crimes se tocam, se assimilham, se mesmo tantas vezes se confundem, os meios de repressão deviam ser da mesma natureza, da mesma gravidade.

Não acontece porém assim. A pena do peculato, segundo o art. 313.º, na sua maior aggravação é a de trabalhos publicos com os extensissimos effectos perpetuos, que esta pena comporta. Aqui reduz-se a pena á suspensão do empregado e multa! Tudo a favor do fisco, quasi nada ou nada para se abrigar e proteger o cidadão contra as extorsões ou exigencias illegaes dos agentes do fisco!

O Cod. Fr., assim como o da Sardenha, comquanto mais severos contra o peculato, consideraram de pouca importancia penal a concussão; o Hesp. menos severo que estes sobre o peculato, comquanto mais justo, foi muito mais que moderado sobre a concussão.

O nosso Cod., adoptando toda a severidade do Cod. Fr. sobre o peculato, preferiu-lhe o Cod. Hesp. sobre a concussão. Assim ficou mais defeituoso que o Cod. Hesp. No art. 313.º ha pois excessivamente de mais na penalidade, como no presente art. ha excessivamente de menos.

Nenhum Cod. encontrámos a este respeito mais perfeito n'este ponto que o nosso de 1837. Ambos os crimes ali foram assimilados, art. 189.º e 192.º, poisque os réus de um e outro sexo ali foram declarados incursores nas penas do furto alheioso.

Acresce, que a suspensão do emprego, alem dos defeitos que temos indicado em outros logares, tem mais, em serviço fiseal, uma repugnancia directa com o disposto no Decr. de 16. de Maio de 1832, tit. 2.º art. 3.º n.ºs 1.º e 7.º e art. 7.º Se o ministro da fazenda é declarado responsavel no n.º 7.º do art. 3.º, por punir ou deixar de punir arbitrariamente, sem intervenção do poder judicial, os empregados accusados de culpa

ou crime; ao mesmo ministro se attribue no art. 7.º a faculdade de *demittir* ou *transferir*, para outra applicação, sem intervenção de culpa formada, os empregados que têm desmerecido a confiança que n'elles se depositou; assim como em o n.º 1.º do art. 3.º é declarado responsavel *por não destituir os que forem incapazes*, logo que essa incapacidade lhe for conhecida.

Temos portanto, segundo nos parece, demonstrado que a incriminação feita n'este art. se não acha garantida com a penalidade conveniente; e que deveriam ter-se evitado a semelhante respeito os defeitos dos Cod. do Brazil e Hesp., preferindo-se o Cod. Fr., o da Sardenha, e com especialidade a excellente disposição do nosso Cod. de 1837¹.

E que diriamos nós da pena, se o principal auctor do crime fosse o proprio ministro d'estado? Se elle ordenou, auctorisou ou confirmou a cobrança illegal? Elle não póde ser suspenso, mas sómente demittido, e *livremente* por acto do poder moderador, como é expresso na Carta, e como temos ponderado em outros logares; e comtudo é muito difficil que taes actos se commettam, sem co-participação ou cumplicidade, por um ou outro modo, dos ministros d'estado.

No mesmo systema de indulgencia contra estes criminosos, o Cod. no § 1.º adopta sómente a multa, em quanto o Cod. Fr., no cit. art. 174.º, alem da multa estabelece a prisão de dois a cinco annos.

O Cod. da Sardenha, cit. art. 290.º, declara positivamente que as mesmas penas se applicuem aos propostos ou commisionados, podendo só diminuir-se um ou dois graus, segundo as circumstancias².

¹ O Cod. tambem omitiu aqui uma especie muito importante de concussão, que contemplou o Cod. do Brazil no art. 135.º § 2.º Póde haver excessos não que se exige, mas no modo por que se exige. O emprego de meios mais gravosos, do que os permitidos na lei, e as injustas vexações, entram *essencialmente* no crime de concussão, no rigor mesmo da etymologia da palavra. Esta disposição honra o Cod. do Brazil.

² O Cod. das Duas Sicilias, art. 196.º e 197.º, e o antigo da Prussia, art. 337.º, 413.º, 421.º, 422.º e 425.º, ferem com uma pena uniforme os exactores publicos e os seus propostos. Em these o direito penal deve fugir das generalidades, porque é punir com a mesma pena dois delictos designaes. A dif-

Tambem não podemos portanto, salvo o respeito devido á execução da lei, justificar a disposição d'este §, quanto á excessiva atenuação da pena.

Se o ministerio publico não mostra que o proposto ou commissionado teve ordem verbal ou por escripto para fazer a indevida cobrança, o cobrador é só o condemnado, que pôde estar de intelligencia com o seu committente sobre interesses e damnos. A pena não pôde *em caso algum* passar da pessoa do delinquente, segundo as provas da accusação.

Na incriminação especial do § 2.º concorda o Cod. Hesp., art. 317.º, equiparando o facto ao do peculato, e punindo-o portanto com referencia ao art. 309.º

O Cod. das Duas Sicilias, art. 196.º, faz, como notámos, d'esta circumstancia o elemento e condição essencial da *concussão* — *qui aurent exigé pour leur profit particulier* —, aggravada a pena nos casos de *extorsão*, art. 197.º, e de *attentado* á liberdade individual, art. 198.º

Em geral tambem concorda o Cod. da Austria, art. 85.º e 87.º, como notámos ao presente art.; e bem assim os Cod. da Prussia, da Baviera e outros¹.

Assim a concussão sómente se approxima do peculato na gravidade, quando o fisco não foi mais que um pretexto da indevida exacção, e a realidade estiver na apropriação do delinquentemente para si mesma. O furto alveivoso, se é feito para o

ferença que separa as pessoas de uns e outros é manifesta. Um, *abusa da auctoridade* que lhe é propria, o outro, *abusa da confiança* com que recebeu a delegação; Chauv. e Hel.

Comtudo a oppressão que resulta contra o cidadão é sempre a mesma, e se o funcionario é mais reprehensivel, o commissionado não deve ser relevado ou desculpado a tal ponto, que a pena se reduza á quasi impundade, quando se trata de crimes de similhante natureza.

º O mod. Cod. da Turquia, art. 5.º, contém precisamente uma incriminação analogá á do nosso §, e a sanciona com a pena de *demissão*, perda da *somma extorquida* e *tres annos de galés*. Dá-se n'este art. como razão justificativa da incriminação estarem actualmente todos os ulémas, vizirs, officiaes militares, dignitarios e mais funcionarios e empregados do imperio, sem distincção de classe nem de nação, sufficientemente retribuidos pelo governo, e *não terem por isso pretexto algum para praticarem actos de concussão*. Se os concussionarios são empregados de fazenda, aggravava este Cod., no art. 6.º, a penalidade, impondo a demissão e as galés por cinco annos, qualquer que seja a condição ou categoria do criminoso.

Estado, atenua a pena, e tanto como é a distancia que vae da suspensão e multa, para os trabalhos publicos temporarios e multa¹.

E note-se que o Cod., fazendo esta distincção, é omisso acerca de uma outra hypothese, e é a de quando o exactor illegalmente cobrou, não em proveito proprio, nem do Estado, mas de um terceiro².

Mas em verdade o auctor do crime, quando consente na applicação a favor de um terceiro do que arrecadou illegalmente, faz uma como doação d'esse producto, o que importa a previa apropriação virtual, porque ninguem pôde materialmente entregar o que materialmente não adquiriu ou possui³.

Finalmente no § 3.º se faz uma ampliação ao § antecedente, para se considerar como subsistente a maior gravidade da incriminação, ainda que as quantias extorquidas não passem de 200\$000 réis. Se forem inferiores, a modificação se reduz á prisão maior temporaria e multa de tres meses.

Para effeitos analogos tomou-se quanto ao peculato, no art. 313.º, uma quantia *não superior* a 600\$000 réis, aqui to-

¹ Approximámo-nos assim do mod. Cod. da Prussia, que contém sobre todo este objecto sómente a seguinte disposição:

«O empregado publico encarregado de cobrar para um cofre publico contribuições directas ou outros impostos que scientemente receber os não devidos pelo contribuinte, *se não escripturar ou tiver escripturado sómente em parte o que recebeu illegalmente*, será punido com a *prisão simples*, ao menos de tres mezes, e tambem poderá ser declarado incapaz temporariamente do desempenho de empregos publicos.»

O crime pois não está na *concussão*, mas na falta da *escripturação d'ella*. O Estado attribue o facto a um *excesso de zelo*, quando pela escripturação se mostra o desinteresse pessoal. O Estado quer ou aproveitar o fructo do crime, ou reservar-se a facultade de restituir.

Expoljar o cidadão em beneficio dos cofres publicos não é crime! Não commettámos esta disposição; a nossa moral é outra.

² O Cod. Pea. da China, secç. 353.^a, declarou expressamente que em taes casos a natureza do delicto ficava a mesma:

«Dans ces cas, que le coupable des exactions susdites en ait employé le produit à son propre usage, ou qu'il en ait fait des dons à d'autres, une telle différence ne changera point la nature du délit.»

³ O Cod. da Austria, no art. 85.º e 87.º, incrimina em geral e sempre o facto d'aquelle funcionario que se prevalece do seu emprego por motivos de interesse pessoal, para causar um prejuizo a terceiro; pena, prisão dura de um a cinco annos, que pôde ir de cinco a dez, segundo o grau de criminalidade e a importancia do prejuizo.

mou-se uma *inferior* a 200,000 réis. De 600,000 réis *para cima*, por maior que seja o excesso, os dois crimes ficam inteiramente assimilados para a pena, conforme ao § antecedente; mas esta assimilhação desaparece na concussão, qualificada n'estes dois §§, quando de 200,000 réis *para baixo*. Parece portanto que o legislador considerou mais grave a criminalidade d'este facto, por isso que basta menos de um terço da quantia estabelecida no n.º 1.º do art. 313.º, para que o delinquente soffra o maior rigor da penalidade, e contudo por uma notavel incoherencia, a prisão maior temporaria é aqui acompanhada da pena accessoria de multa imposta por modo *indivisivel*, na quantia fixa de *tres mezes*, em quanto que, assim na *aggravação* como na *attenuação* da penalidade, o art. 313.º §§ 2.º e 3.º foi constante em conservar a mesma multa *divisivel* entre *um a tres annos*.

Tudo isto nos parece injusto por ser desigual, arbitrario, sem verdade moral, sem rasão sufficiente, e contradictorio.

O Cod. Hesp., no art. 318.º, salvou-se completamente de todas estas incoherencias, incriminando sim o facto como se qualifica no § antecedente, mas não dispendo quanto á penalidade, senão referindo-se inteiramente ao que havia estabelecido para o peculato:

«Si el empleado cometiere en provecho proprio las exacciones expresadas en el articulo anterior, será castigado con «arreglo a lo dispuesto en el art. 309.º»¹

Por ultimo notaremos que o Cod. Hesp. contém sobre este objecto, no art. 317.º, a seguinte disposição:

«Cuando la exaction *hubiere sido resistida por el contrario, como illegal*, y se hiciere efectiva empleando la fuerza «publica, las penas seran inhabilitacion temporal especial, y «multa de 10 al 50 por cento.

Não approvámos a determinação d'este Cod. quanto á penalidade, por isso que esta não quadra á natureza do crime. A exacção é não já um *furto aleivoso*; converte-se pelo emprego da *força material* em rigoroso *roubo*, a que, nos termos

do art. 434.º d'este nosso Cod., correspondem os trabalhos publicos por toda a vida; e a que deve corresponder sem duvida uma pena das mais severas, em rasão da violencia qualificada.

Se ha differença é para tornar mais aggravante o facto, por ser commettido por aquelles que têm o dever especial de proteger em logar de opprimir os cidadãos; e pelos incalculaveis perigos que de taes violencias se podem seguir para a tranquillidade publica, minando e abalando a existencia da sociedade até aos seus alicerces.

Reparámos porém nõ direito de resistencia, absoluto, legal e material que o Cod. Hesp. ali expressamente reconhece existir a favor dos cidadãos contra as exacções illegaes.

Entre nós existe o art. 12.º do Acto adicional, estabelecendo que os impostos são votados annualmente e que as leis que os estabelecem obrigam sómente por um anno; assim como existem as disposições da Carta, garantindo a propriedade dos cidadãos e tornando dependente das côrtes, com iniciativa exclusiva da camara dos deputados da Nação, o estabelecimento de qualquer imposto. O Cod., no art. 377.º n.º 2.º, auctorisca toda a sorte de defeza contra os auctores de roubo com violencia material.

A questão pois não é do direito, é da proficuidade da resistencia que os cidadãos possam empregar para o exercicio d'esse direito. Se não podem resistir, cedem á força maior, como cederiam em logar ermo a uma quadrilha de salteadores armados. O Cod. devia, a nosso ver, não deixar em silencio uma similhante circumstancia, como não deixaram tambem os Cod. do Brazil, da Sardenha e das Duas Sicilias.

¹ «No deven, no pueden ser en effecto menores, que las de malversacion «de los caudales publicos.» Pacheco, ao cit art. 318.º

ARTIGO 316.º

Os empregados publicos não auctorisados pela Lei, para levar ás partes emolumentos ou salarios, e bem assim aquelles que a Lei auctorisa a levar sómente os emolumentos ou salarios por ella fixados, se levarem maliciosamente por algum acto de suas funcções o que lhes não é ordenado ou mais do que lhes é ordenado, posto que as partes lh'o queiram dar, serão punidos com a demissão ou suspensão, segundo as circumstancias, e multa de um mez até tres annos, salvas as penas da corrupção, se houverem logar.

Art. 41.º, 43.º 44.º e ref., 318.º e seg.

Este facto se achava punido na Ord. do liv. 5.º tit. 72.º com distincções semelhantes ás que o Cod. Hesp. faz no *peculato*.

O Cod. Fri. no cit. art. 74.º, não distingue, e com justa razão, esta especie de concussão, antes a colloca a par da que tem por objecto a exigencia de uma contribuição ou imposto.

O facto é da mesma natureza e especie que os contemplados nos §§ 2.º e 3.º do art. antecedente; e o vexame ainda é maior, pois causa maior escandalo, tolerando o povo mais facilmente os *excessos*, quando revertem directamente em *utilidade publica*, como se pondera em Resol. R. de 19 de Abril de 1792, e como se contemplou com demasiada exaggeração no art. antecedente.

O Cod. Hesp. todavia, no art. 319.º, é indulgente com este crime, poisque sómente o pune com o *duplo* ou *quadruplo* dos direitos ou salarios percebidos, e com a inhabilitação temporaria para funcções publicas.

Na Turquia acha-se hoje adoptado como principio geral que todos os funcionarios devem ser sufficientemente retri-

buidos pelo governo, e por essa rasão, expressa nos art. 5.º e 6.º do Cod., a todos é prohibido qualquer acto de concussão.

Concorda com o presente art. o mod. Cod. da Prussia, no § 326.º, punindo com a multa até 100 éscudos e prisão até um anno, alem da inhabilitação especial *temporaria e facultativa*.

Na Constituição da Pensylvania, secç. 26.ª, se acha consignado o principio de que todos os officiaes de justiça devem receber salarios moderados, mas *proporcionados a seus serviços*; e que, se elles se arrojam directa ou indirectamente a perceber outros ou maiores que os determinados na lei, incorrem na *inhabilitação perpetua para qualquer emprego do Estado*¹.

As palavras do nosso art.—*postoque as partes lh'o queiram dar*—são de impossivel ou quasi impossivel applicação. Em tal caso, que é ou se approxima do crime de corrupção, a lei é impotente e nulla. O facto passado entre duas pessoas, das quaes uma é o corrupto e outra é o corruptor, não pôde

¹ Seria para desejar que o estado de nossas finanças consentisse que, como na Turquia, todos os funcionarios tivessem um ordenado fixo pago pelo thesouro, ou pelo menos que todos os emolumentos que as partes particularmente pagam por occasião de qualquer negocio, despacho ou pendencia, entrassem em cofre especial, como já se está verificando nos tribunaes superiores do reino, nas secretarias d'estado, nas alfandegas e outras repartições publicas.

O mesmo systema se deveria fazer extensivo a todos os empregados de justiça de uma comarca judicial, distribuindo-se mensalmente ou de quinze em quinze dias por todos os juizes e empregados de justiça na proporção da lotação dos seus cargos ou officios, tendo-se attenção áquelles que nenhum vencimento percebem, pago pelo thesouro publico.

Em primeiro logar, a administração da justiça criminal muito soffre, porque nos processos dos indiciados e accusados os escrivães se acham sem subsistencia, e alem d'isso forçados a adiantar, sem preparo algum pecuniario por parte do ministerio publico, tempo, trabalho e papel; em segundo logar, porque é pessimo habituar o funcionario a receber directamente das partes, ainda que muito licitamente seja, o salario correspondente ao seu serviço; é uma especie de *simonia social* que vae corroendo a moralidade e desinteresse dos funcionarios, e é portanto a mesma lei que os impelle insensivelmente a exigir ou a receber a quantia illegal que julgam mais adequada ao seu trabalho ou de que precisam; em terceiro logar, porque todo o cidadão que carece de captar a boa vontade do empregado, para que este se entregue a um trabalho mais arduo ou mais prompto, e que vê e sente os apuros do mesmo empregado ou da sua familia, tem duplicados motivos para ser generoso, o do seu proprio interesse e o da beneficencia.

patentear-se em processo criminal. A execução da lei que marca a quantidade do salario não tem então outra garantia mais do que o sentimento da propria dignidade, a rectidão, a virtude, o pejo do empregado.

O Cod. do Brazil, que tantas vezes pecca por sua demasiada brandura nas penas, no art. 135.º § 5.º qualificou o facto da concussão, na hypothese d'este nosso art., nos termos seguintes:

«Julgar-se-ha commettido este crime... pelo empregado «publico... que, para cumprir o seu dever, *exigir* directa ou «indirectamente gratificação, emolumento ou premio não de-«terminado por lei.»

«Penas—perda do emprego, prisão por dois mezes a quatro annos, e de multa de 5 a 25 por cento do valor *exigido*, «que restituirá, se o tiver recebido.»

Este Cod. incrimina assim o facto da *exigencia*, quer seja seguida de effeito quer não, emquanto que este nosso art., usando da palavra=*levarem*=, que é empregada na Ord. cit. do liv. 5.º tit. 52.º, torna duvidoso, se a disposição é applicavel ao caso de se não ter verificado o recebimento.

Quanto á penalidade=*suspensão ou demissão*=labora nos defeitos e incompatibilidade que temos muitas vezes notado, e que portanto se deve substituir por outra da competencia do Cod. e dos juizes para a condemnação. A prisão, embora correccional, era indispensavel.

Todavia o art., resalvando as penas da *corrupção*, se houverem logar, modifica um pouco a sua indulgencia, auctorizando os juizes a ser severos, quando qualifiquem o facto nos termos do art. 318.º e seguintes, o que será bem difficil que aconteça.

ARTIGO 317.º

Todo o empregado publico que em cousa ou negocio, de cuja disposição, administração, inspecção, fiscalização ou guarda estiver encarregado em rasão de suas funcções, ou em que do mesmo modo estiver encarregado de fazer ou ordenar alguma cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento, tomar ou aceitar por si ou por outrem algum interesse por compra ou por qualquer outro titulo ou modo, será punido com a prisão de um a tres annos, e multa correspondente.

§ 1.º O mesmo se observará a respeito d'aquelle que, por commissão ou nomeação legal do empregado publico ou da Auctoridade competente, for encarregado de algum dos objectos de que trata este artigo.

§ 2.º As mesmas penas serão impostas aos peritos, avaliadores, arbitradores, partidores, depositarios nomeados pela Auctoridade publica; e bem assim aos tutores, curadores, testamenteiros que violarem as disposições d'este artigo a respeito das cousas ou negocios em que deverem exercer as suas funcções.

Art. 38.º, 41.º e ref.

Concorda o Cod. Fr., art. 175.º

No caso especial de pagamento, encarregado a um funcionario, providencia o Cod. do Brazil no art. 135.º § 3.º

A analyse d'este art. e seus §§ não offerece, a nosso ver, difficuldade alguma importante.

O Cod. não reproduz aqui mais que disposições analogas ás que se encontram em nossas leis. O Decr. de 16 de Maio de 1832, art. 7.º do tit. 7.º, impunha contra os recebedores geraes por malversações semelhantes, alem do perdimento de officio, dez annos de degredo.

Todavia sobre as palavras = *tomar* ou *aceitar por si* ou *por outrem* algum interesse por compra ou por qualquer outro titulo ou modo = póde suscitar-se questão, se, para constituir o delicto, basta o facto material da *compra* ou de *qualquer outro titulo* ou *modo*, independentemente de *fraude* ou *lesão*.

Com Chauveau e Helie, Sulpici e outros ao Cod. Fr., pensámos que não; mas tambem que o facto material induz presumpção de fraude. e esta presumpção constitue obrigação de demonstrar tanto a boa fé, como a ausencia de prejuizo.

Se o funcionario compra pelo seu justo valor, não se pode dizer que *toma* nem *aceita interesse*; o dinheiro ou cousa que dá em troca era susceptivel de produzir um interesse equivalente.

O mesmo acontece com o tutor, que para remir uma execução vae pagar a divida, ficando-lhe vendida a propriedade, a que se não encontraram licitantes, e que teria de ser adjudicada ao credor com o abatimento legal em prejuizo do tutelado; com o presidente ou fiscal, em acto de publica arrematação, que para evitar um conluio de praça, ou para animar esse acto por mais um concorrente, dá instrucções a uma terceira pessoa para licitar até determinado valor, e a quem se abandona o ramo por ser o ultimo e o maior lanço; com um ministro de fazenda, que para animar uma empresa que contrahou em nome do Estado, dá o exemplo de credito na compra de acções ou titulos d'ella, subscrevendo por um certo numero mais ou menos avultado.

Todos estes e outros exemplos que se poderiam figurar estão longe de se poder considerar reprehensíveis e antes se deviam considerar dignos de louvor. Sem dolo não ha crime.

SECÇÃO 7.ª

PEITA, SUBORNO E CORRUPÇÃO.

ARTIGO 318.º

Todo o empregado publico que commetter o crime de peita, suborno e corrupção, recebendo dadia ou presente, por si ou por pessoa interposta com sua autorisação ou ratificação, para fazer um acto de suas funcções, e este acto for injusto, e for executado, será punido com a pena de prisão maior temporaria, e multa correspondente a um anno; se este acto porém não for executado, será condemnado em suspensão de um a tres annos e na mesma multa.

§ 1.º Se o acto injusto e executado for um crime, a que pela Lei esteja decretada pena mais grave, terá logar a pena que segundo a Lei dever ser imposta.

§ 2.º Se for um acto justo, que o empregado seja obrigado a praticar, será suspenso até um anno e condemnado na multa correspondente a um mez.

§ 3.º Se a corrupção teve por fim a abstenção de um acto das funcções do mesmo empregado, a pena será a de demissão, ou a suspensão de um a tres annos e multa correspondente, segundo as circumstancias.

§ 4.º A aceitação de offerecimento ou promessa será punida, observando-se as regras geraes sobre a tentativa; mas sempre havera logar a pena de demissão, se o acto for injusto e executado.

§ 5.º Se o empregado repudiou livremente o offerecimento ou promessa que aceitára, ou restituiu a da-

diva ou presente que recebêra, e livremente deixou de executar o acto injusto, sem que fosse impedido por motivo algum independente da sua vontade, cessará a disposição d'este art.

§ 6.º As disposições d'este art. e seus §§ terão lugar tambem nos casos em que o empregado publico, arrogando-se dolosamente ou simulando attribuição de fazer qualquer acto, aceitar offerecimento ou promessa, ou receber dadiva ou presente para fazer esse acto ou não o fazer; salvas as penas mais graves da falsidade, se houverem lugar.

§ 7.º São igualmente applicaveis aos arbitros as disposições d'este art. e seus §§.

§ 8.º As penas determinadas nos art. antecedentes são applicadas aos peritos, e a quaesquer outros que exercêrem alguma profissão a respeito dos seus actos, que forem segundo a Lei requeridos para o desempenho do serviço publico, excepto quando a Lei os auctorisar a regular com as partes o seu salario.

§ 9.º Nos casos dos dois ultimos antecedentes §§ a pena de demissão, ou a de suspensão, será substituída pela suspensão do exercicio da profissão, ou pela suspensão dos direitos politicos não inferior a dois annos, salvo o disposto no art. 241.º, e sem prejuizo da pena mais grave em que possam ter incorrido por motivo dos referidos actos.

Art. 40.º, 41.º, 43.º, 44.º, 88.º e ref.

As tres palavras que se encontram na epigraphe d'esta secção se resumem na ultima — *a corrupção!* — *A corrupção* nos funcionarios publicos é a maior peste moral da sociedade; os *corruptos* e os *corruptores* são mais perniciosos que os *publicos ladrões e assassinos*.

Desgraçadamente é este um cancro, dos mais profundos,

que corroe e enferma as sociedades modernas. Os Cod. Pen. que temos presentes assim o demonstrám. A solicitude dos legisladores prova a existencia do mal.

A sêde e a importancia das riquezas, e a affluencia indizível de pretendentes a empregos publicos, desde os mais elevados até ao mais infimo, têm levado as sociedades a um estado que cumpre combater, para que não pereçam moralmente.

Todo o homem deveria ser geralmente estimado, procurado, festejado, independentemente da sua fortuna. Seus titulos unicos deveriam ser a sua probidade, nobreza de character e bondade do coração, illustração e profundos conhecimentos. Hoje estima-se geralmente pela fortuna; bem ou mal adquirida, pouco importa. Desprezo, tedio e vergonha são os satelites constantes da pobreza¹.

A historia nos offerece um Themistocles, diz elegantemente um escriptor moderno, preferindo para sua filha um esposo pobre, mas virtuoso, a outro rico; Aristides não deixando por sua morte com que pagar nem o seu funeral; Manlius Curius Dentatus, vencedor dos Samnitas, recusando os presentes dos seus inimigos, assim como Hypocrates havia recusado os d'Artaxerxes; a filha de Paulo Emilio gloriando-se da pobreza de seu marido.

Mas estes exemplos, que admirámos, longe estamos de os querer imitar. E que serie de males não têm nascido d'esta ambição abjecta e sordida que tudo reporta ao ouro! Que escandalos não está ella todos os dias patenteando perante os tribunaes! Quantas existencias não têm apparecido feitas em pedaços pelos attentados os mais horriveis, sómente porque se prezam mais os bens que a honra, a fortuna que a vida, porque não ha resignação alguma a favor da mediocridade!

¹ Houve tempo em que, na desmoralisação de costumes entre os romanos, um cidadão rico estava certo de que, por maior que fosse o seu crime, não era possivel soffrer uma condemnação. « *Pecuniosum hominem, quamvis sit nocens, neminem posse damnari.* » Longe estamos d'esse estado, mas para lá nos dirigimos a passos de gigante, se o imperio das leis e a acção dos tribunaes nos não embargar na carreira.

A grandes males, grandes remedios!

Salvas pois sempre as numerosas excepções, porque a virtude luta sempre com o vicio, a desmoralisação, e portanto o estado de insegurança, é geral aonde não chegam os cuidados de uma policia armada e vigilante.

Entre porém todos os corruptos e corruptores se distinguem, como mais prejudiciaes, os funcionarios publicos; e sobre estes ainda ficam em relevo os da ordem judiciaria.

Este crime importa da parte do funcionario o desprezo do que deve á sociedade como cidadão, á administração do Estado como seu agente, e a si mesmo como sujeito ás leis da equidade; mas da parte de um juiz é o attentado mais vil de que um homem pôde manchar-se sobre a terra.

Todos podem, diz Pastoret, com referencia a palavras do orador perante o corpo legislativo na apresentação do Cod. Pen., todos podem até certo ponto defender-se dos attentados de um assassino ou de um saltador, mas não podemos oppor a menor resistencia aos de um juiz que nos fere com a espada das leis, que nos degola sem sair do seu gabinete ou da sede do seu tribunal.

Justa pois é a severidade do legislador, e n'ella concordam os Cod. Fr., art. 171.º, Hesp., art. 305.º, do Brazil, art. 130.º e 131.º, da Sardenha, art. 293.º, das Duas Sicilias, art. 199.º, os mod. Cod. da Allemanha, Chauv. e Hel., comm. pag. 577, da Austria, art. 88.º, applicando as penas pecuniarias *para a caixa dos pobres do logar em que se commetteu crime*, da Baviera, art. 355.º e 356.º, e da China, secç. 365.ª e outros.

O mod. Cod. da Prussia pune a corrupção nos §§ 309.º e 310.º com bastante moderação, mas foi inexoravel nos §§ 312.º e 313.º contra os juizes é jurados, assimilhando aos corruptos os seus corruptores.

A nossa Ord., abstrahindo da justiça ou injustiça do acto, e de se ter ou não executado, punia no liv. 5.º tit. 71.º § 1.º este crime em tres graus: com degredo temporario, perpetuo e morte, alem do perdimento de officio e confisco em todo o caso.

O Cod. de 1837, art. 190.º, abstrahindo tambem da justiça ou injustiça do acto, punia o crime com a reclusão tem-

poraria que importava por tres a doze annos a interdicção de todos os direitos politicos¹.

Conforme ao nosso art., para proceder a incriminação, é preciso: 1.º, que haja effectiva tradição ou *recebimento* directo ou indirecto da dadiwa ou presente; 2.º, que o acto que se peitasse seja injusto.

Em relação á penalidade é preciso distinguir, se esse acto injusto foi ou não foi executado.

Na primeira hypothese parece-nos que se devia ainda distinguir: 1.º, o juiz, ou officiaes de justiça, do funcionario administrativo; 2.º, a qualidade e natureza do acto injusto; 3.º, a quantidade da peita.

Na mesma hypothese, para o juiz, cujo officio é perpetuo, ou mesmo para um escrivão que tem mercê vitalicia, a mesma quantidade da pena é mais grave comparativamente aos magistrados administrativos que forem de pura commissão. O juiz não deve ser confundido com os mais funcionarios. Para elle, como pena principal, é sobremaneira *afflictiva* e adequada

¹ Segundo as leis inglezas, um official inferior de justiça é punido com a multa e prisão; mas se é um juiz, este crime tem sempre sido considerado de tal enormidade, que um chefe de justiça, Thorpe, foi enforcado por essa causa sob o reinado de Eduardo III. Um Estatuto (11 de Henr. IV) determina que todo o juiz ou official do rei que for convencido de corrupção, alem da multa do *triplo* da peita, fique perpetuamente expulso do serviço, e seja punido á vontade do rei. Blakstone, liv. 4.º cap. 10.º § 17.º, Cod. Cr., cap. 12.º § 17.º, Laya, Cod. Pen. Angl., art. 13.º Os empregados fiscaes são punidos conforme a Estatutos diversos e muito variados: id.

No Oriente é costume que todo o requerimento dirigido a um superior, mesmo ao principe, vá acompanhado de um presente para se alcançar justiça.

O novo Cod. Pen. da Turquia, sendo expresso a respeito dos actos de concussão, não diz palavra sobre a peita.

As antigas leis de Athenas puniam severamente tanto o corrupto, como o corruptor, e assim o aconselha Plafão, para a sua Rep. ideal, de leg. 1. 12.

Entre os romanos encontram-se diversas leis repressivas, a das doze tábuas, a Calpurnia ou Cecilia, a Junia, Scrvilia, Acilia, Cornelia, e emfim a Julia, *de pecuniis repetundis*.

A lei 1.ª, Cod. ad L. Jul. *repet.* reduziu a pena ao *quadruplo* da peita, mas tinha logar, segundo as circumstancias, a extraordinaria da deportação, ou do desterro, L. 7.ª § 3.º D. cod., e até da morte, dita lei § fin., e 36.ª § 10.º D. *de pæn.*, e comtudo por uma indulgencia singular e repugnante permittia esses presentes, comtanto que não excedessem em cada anno uma certa somma. = Non plus . . . quam quod sit aureorum centum =, Blakstone, liv. 4.º cap. 10.º § 17.º, Cod. Cr. cap. 12.º art. 17.º, e Mathei, *de crimin.*, liv. 48.º tit. 8.º cap. 2.º

a *deposição* do seu logar por sentença, assim como o *degrede temporario* nunca inferior a *dez annos*, ou *indefinido* aggravado ou *simples*, e mais ou menos, segundo as *circumstancias* do *damno* causado.

É preciso tirar da presença e da proximidade do tribunal o juiz que manchou e que envergonhou com a sua venalidade o respeitavel corpo da magistratura a que pertencia. O legislador, impondo-lhe o *degrede*, é humano, porque poupa ao magistrado *decaído* e riscado do serviço a *affronta* que lhe ha de resultar da presença dos *homens* e dos seus *collegas*. A morte seria para *similhantes desgraçados* um castigo preferivel; muitos a procurarão, e os *desgostos* a apressarão. É preciso ter em conta as *habilitações* do juiz, que seguiu a carreira da *universidade*, que sabe avaliar toda a *importancia* do direito e dos *deveres*, e que por isso, em *consequencia* da *infamia* resultante do seu castigo, não pôde deixar de *soffrer* moralmente mais e mais¹, que outro cidadão que, ou tem uma *instrucção* superficial, ou não chegou a obter um *emprego publico*, senão pela *intriga*, pelo *patronato* ou por *serviços* meramente *politicos* de *revolução* ou *eleitoraes*.

A multa de um anno aqui imposta não se compadece com a *equidade*, porque: 1.º, é *indivisivel*.

2.º Porque se, nos termos do art. 323.º, tem sempre de ser perdidas a favor do Estado as *cousas* recebidas por *effeito da corrupção* ou do seu valor, a multa de um anno é uma segunda pena *pecuniaria* que se *accumula*, e que assim como pôde ser inferior, pôde ser igual, dupla, tripla, quadrupla ou mais da primeira, segundo a sua maior ou menor *quantidade* ou *qualidade*.

3.º Porque se, como pena principal ou como *effeito* d'ella, o juiz perde o seu logar, n'essa perda vão *envolvidos* todos os seus *rendimentos*, se outros não tem que os *resultantes* do seu logar; é então *repugnante* condemnar-lo em *rendimento*

¹ Bem o tinha entendido assim o nosso insigne mestre Mello Freire, quando no seu *Ens. de Cod. Cr.*, tit. 44.º § 5.º, lhes impoz a *remação com infamia* do seu logar, e multa do dobro da *dadiva* se *julgaram bem e directamente*; aliás, § 8.º, seriam elles mesmos reputados *infames* e sujeitos a pagar em dobro o *damno* que causassem, salva a pena do *delicto commum* aggravada, § 8.º, a que todos os crimes dos *funcionarios* se podem reduzir.

correspondente a um anno, quando a mesma lei lhe estanca essa fonte de rendimento.

4.º Porque, se o juiz tem uma familia, a multa vae aggravar a situação de sua mulher ou de seus filhos que têm de a pagar ou remir, e assim temos o *confisco* e a pena a *passar da pessoa do delinquente*, contra os *preceitos* da Carta e do mesmo Cod., art. 102.º

Quanto á segunda *hypothese*—se o *acto injusto* não foi *executado*—acresce, que, sendo a pena principal sómente a de *suspensão*, e não podendo esta exceder a tres annos, como determina o art. 44.º, ou tem esta de *ampliar-se* virtual e *indirectamente* a mais um anno em *prisão* para pagamento da multa, nos termos do art. 101.º § 4.º, ou tem o juiz de voltar ao *exercício* do seu logar, tendo logo como *impedimento* á *practica* da *virtude* o que lhe resulta do *desembolso* que fez ou do *empenho* que contrahiu para pagamento, que equivale a *exigir-lhe* serviço leal e honrado sem *retribuição* por espaço de um anno!

O absurdo é palpavel! Quando a necessidade bate á porta, foge a *virtude* pela *janella*!

Para que a lei seja severa em exigir *desinteresse* e *limpeza* de mãos da parte dos *funcionarios* é necessario que, dando-lhes *honestas* *subsistencia*, lhes tire assim o menor *pretexto* para se deixarem *corromper*, como é expressamente *consignado* nos art. 5.º e 6.º do Cod. Pen. da Turquia¹.

Acresce mais que, feita a *distincção* da *qualidade* e *natureza* dos *empregos*, a *suspensão* é *inadmissivel* a respeito dos de *comissão*, que, *ipso facto et ipso jure*, se deve reputar *extincta*, não tendo portanto mais a pena *objecto* sobre que *recair*; e se é um juiz ou um *empregado publico* *vitalicio* pôde *atenuar-se-lhe* uma outra *penalidade*, mas nunca a do *perdimento* do seu logar, para que mais não pôde voltar, *perdida* inteiramente a *força moral* em *virtude* da *condenação* e do castigo por crime de *peita*². A *circumstancia* de não se

¹ O art. final d'este Cod. declara que elle foi *confecionado* e *redigido* de *commum* accordo pelos *funcionarios civis e judiciaes* e membros do *supremo* conselho de justiça, cujos nomes se *transcrevem*.

² O Cod. do Brazil, art. 130.º, impõe em todo o caso a pena de *per-*

haver executado o acto injusto muito pouco influe para a apreciação da moralidade do facto; ou o empregado fez quanto estava ao seu alcance para que essa execução tivesse logar, e temos o crime frustrado em seus efeitos e fim, ou a mesma execução foi impedida por causas estranhas á vontade do criminoso, e temos a tentativa punivel d'esse crime, ou a temos não começada ou começada, mas impedida por determinação e resolução voluntaria do mesmo criminoso.

Em todo o caso temos como preponderante o crime consummado da *peita* ou *corrupção*, com a circumstancia aggravante, no primeiro, de ser acompanhado do crime frustrado do acto injusto; no segundo, da tentativa punivel do mesmo crime; e no terceiro, apparece um novo crime tambem consummado, que consiste na conversão da peita em furto feito com alevosia, má fé e abuso de confiança para com o peitante ou corruptor, para quem a peita ficou sendo um crime *frustrado*.

Se queremos pois que esta incriminação tenha uma realidade pratica em sua determinação penal, cumpre, a nosso ver, que seja radicalmente alterada e emendada. Muito mais poderiamos ponderar n'este mesmo sentido; mas parece-nos bastar o que levámos dito.

O § 1.º é abundante na presença do art. 87.º Temos a accumulção do *acto injusto* com o da *corrupção* ou *peita*, e applicada portanto aquella das penas que for preponderante em gravidade.

O Cod. da Baviera, art. 358.º, faz a mesma declaração especial.

A mesma idéa faz objecto do art. 178.º do Cod. Fr., e os seus commentadores, como Carnot, Chauveau e Helie e Sulpici, apontam para exemplo, quando a *corrupção* teve por objecto um crime de falsidade, em que este predomina, e aquella não fica sendo mais que circumstancia accessoria.

A modificação determinada no § 2.º é admittida no Cod. Hesp., art. 305.º

O Cod. da Baviera, art. 446.º, limita a pena ao perdi-

dimento de logar. e só manda que não tenha logar a pena de prisão, quando o acto, em respeito ao qual se recebeu a peita, se não tiver effectuado. É mais um acerto que registámos em favor d'este Cod.

mento do logar=*revocation*=, alem do confisco da dadiva, art. 444.º, que sempre tem logar a favor da caixa dos pobres.

O Cod. da China, secç. 364.ª, tambem distingue, para a imposição da pena, a legalidade ou illegalidade do acto.

Repellem porém similhante distincção o Cod. Fr., art. 177.º, o Cod. do Brazil, art. 130.º,=*acto de officio contra ou segundo a lei*, excepto quanto ao juiz de direito, de facto ou arbitro, art. 131.º, proferindo sentença=, o Cod. da Sardenha, art. 292.º, o das Duas Sicilias, art. 200.º, e o da Austria, art. 83.º

Tambem a desconhecia a nossa Ord. do liv. 5.º tit. 72.º E em verdade a injustiça do acto sómente deve ser considerada para se impor a maior pena correspondente; mas, salva esta modificação, a *venalidade* das funcções publicas é em si mesma um crime independente da justiça ou injustiça do acto.

A pureza, o decoro das funcções publicas, assim como da classe a que o funcionario pertence. não consentem que, em razão da justiça do acto, se leve a tal ponto a indulgencia sobre o crime da peita, como se faz n'este §.

Assim mesmo a pena é injusta, por isso que, alem de depender o respectivo processo da auctorisação do governo, se for um funcionario publico administrativo, a suspensão até um anno em harmonia com a multa *fixa* e *indivisivel* pôde ficar muito inferior ou muito superior á quantidade da peita. Esta multa podia ser proporcional, embora se fixasse um minimo, alem do qual não podesse descer, como praticou o Cod. da Sardenha, no cit. art. 292.º

Quanto ao § 3.º, o Cod. Fr., art. 177.º, considera expressamente na mesma linha de imputação e criminalidade a *acção* e a *omissão*: «... est applicable à tout fonctionnaire... «qui... se sera abstenu de faire un acte».

O Cod. do Brazil, art. 130.º, segue a mesma doutrina =*praticar ou deixar de praticar algum acto de officio*=.

Concorda o Cod. Hesp., art. 305.º, o da Baviera, art. 355.º e 444.º; e o da Austria, art. 86.º, independentemente da *corrupção*, considera a *omissão* por inducção, como *abuso de poder*, que pune, art. 87.º, com *prisão dura* de um a cinco an-

nos, ampliavel a dez, conforme o grau de criminalidade e a importancia do prejuizo.

O nosso Cod. de 1837, art. 196.º, adoptou a mesma idéa do Cod. Fr.:—para fazer ou deixar de fazer algum acto do dever do seu cargo—.

Nos projectos do novo Cod. Belga, tanto de 1834, art. 177.º, como no de M. Haus, art. 142.º, é conservada n'este mesmo sentido a disposição do Cod. Fr.

Quando a abstenção é praticada por um juiz em prejuizo da causa publica ou de terceiro, temos simulado na omissão um facto positivo de *denegação de justiça*: Ref. Jud., art. 1:241.º e 1:242.º A intenção do corruptor não pôde ser senão tirar partido d'essa abstenção.

Assim um juiz que simula uma suspensão, uma doença, uma ausencia, ou toma outro pretexto para se abster de julgar, tirá o seu voto, favoravel ou contrario, a quem de direito pertence; e pôde causar um damno immenso, fazendo por esta forma que o negocio passe a ser decidido ou vencido por outro magistrado, de facil accesso, mais parcial, ou cujo voto é contado com segurança por ser de antemão conhecido.

Em relação pois aos juizes não vemos razão sufficiente n'este caso para se fazer a distincção¹.

Quanto á pena, por ser a principal, a da demissão ou suspensão, sendo grave com relação aos empregados inamoviveis, não tem importancia alguma em relação aos de pura commissão.

Quanto ao § 4.º, o Cod. da Baviera, art. 355.º, é explicito em considerar consummada a peita desde que ha aceitação de offerecimento ou promessa.

¹ A Ord. Affonsina, liv. 3.º tit. 128.º § 3.º, determinava que a sentença dada, tendo-lhe precedido a peita, ficasse nullo, ainda contra o peitante, ou antes que ficasse suspenso ou como embargado o seu transito, enquanto não fosse revista: «Mandamos que o dito feito seja revisto perante Nós, para o desembargarmos com direito», porque, diz o legislador, «muito de presumir a he, que pois o dito official deu a dita sentença contra elle, havendo d'elle recebido seu aver, que a nom dava, salvo avendo da outra parte maior al-guão, do que recebeu daquelle, contra quem julgou.»

Vehementissima é por certo esta presumpção da lei, assim como é muito judicioso e plausivel o seu fundamento; mas tanto este como aquella se des-
taca pela denuncia previa, em segredo, como propomos.

Effectivamente o crime não está no *acto material da tradição* da dadiva ou presente, mas sim no *acto moral da aceitação*.

N'esta transacção infame ha um rigoroso contrato de *venda*—prestação de obras por dinheiro—. O crime é mesmo qualificado como de *venalidade*. Portanto desde que ha *accordo no preço* e no *acto*, objecto da venda, o pacto illicito é consummado.

É preciso porém distinguir sempre os crimes: o crime *causa* e o crime *effeito*. Na concorrência de ambos, ou prepondera o crime *causa*, e temos a applicar sómente as penas de corrupção, ou prepondera o crime *effeito*, e, conforme ao § 1.º, temos a applicar as penas mais graves correspondentes ao acto praticado com offensa dos deveres do cargo.

Em outros termos, a peita é um *acto preparatorio*, que, nos termos do art. 10.º, o Cod. pune por excepção á regra geral. É a pratica de um *meio illicito*, para se conseguir um *fim licito* ou *illicito*; ora é expresso n'esse mesmo art. 10.º que os actos d'esta natureza nunca podem ser considerados como *tentativa* de outro crime. Ou existem ou não existem, ou têm ou não têm relação com esse outro crime: não ha meio termo.

A tentativa nos actos preparatorios em si mesmos, quando elles dependem ou antes consistem substancialmente de *accordo* de dois criminosos, é impossivel. É esta a doutrina do Cod., nos art. 142.º, 144.º, 165.º § un., 172.º, 176.º, 263.º, 273.º, 282.º e 283.º É pois repugnante, ou ao menos parece-nos assim, que as *regras geraes sobre a tentativa* possam ser applicadas, quando não chegou a haver *tradição*. O crime consiste na *aceitação*, e ficou consummado por ella.

É esta, na especie, a doutrina do Cod. Fr., art. 177.º: «Tout fonctionnaire public... qui aura agréé des offres ou promesses ou reçu des dons ou présents.» Concordam os Cod. da Sard., art. 292.º, das Duas Sicílias, art. 200.º, Hesp., art. 305.º, do Brazil, art. 130.º, da Austria, art. 88.º, da Baviera, art. 355.º e 443.º, e o nosso de 1837, art. 196.º: «... que receber dinheiro ou offertas, ou promessa de ambas as cousas»¹.

¹ Comtudo deparámos com a concordancia d'este nosso § no Cod. da China, secç. 347.ª, assim concebida:

Quanto á disposição do § 5.º é justa. Assim se abre a porta ao arrependimento do funcionario publico. O mal está no crime e nunca no arrependimento. Aquelle que se arrepende de boa fé está mais longe do mal, que o que nunca o conheceu. Se o funcionario abstendo-se livremente de praticar o acto injusto, que d'elle se pretendia obter, ao mesmo tempo ou repudia a offerta que aceitára, ou restitue a dadia ou presente que recebêra, é elle mesmo quem annulla e que frustra o crime da peita e seus effectos, que obsta á injustiça, á consummação do crime; e que destroe a existencia do *acto preparatorio* que a lei incriminára. O serviço é pois relevante; a defeza é dirimente.

Mas que tempo é dado ao funcionario para se arrepen-

«Tous officiers du gouvernement et toute autre personne ayant un emploi officiel, qui accepteront par contrat des présents pour faire un acte quelconque légal ou illégal, mais qui ne les auront pas encore reçus, seront punis conformément à la loi rendue contre ceux qui en ont reçu pour un pareil objet, sur l'évidence suffisante de ce délit; mais les cas capitaux seront exceptés relativement à ceux dans cette circonstance, et la peine qu'on leur infligera aura un degré de moins que celle établie par la loi citée. Cette peine réduite ne passera, en aucun cas, cent coups et le bannissement pour trois années.»

Por esta fórma, em harmonia com o Cod. Pen. da China, mas em opposição com todos os Cod. do mundo civilisado, resuscitámos neste § a disposição da Ord. do liv. 5.º tit. 71.º § 3.º:

«E tendo cada um de todos os sobreditos aceitado a promessa de alguma cousa, não a tendo recebido, perderá o officio e pagará o tresp dobro da promessa que tiver aceitado, para a corôa de nossos reinos.»

Mas nem o Cod. Pen. da China, nem a nossa Ord. do liv. 5.º, comquanto não deva ser desprezada, nos parecem auctoridade bastante para contrabalançar, independentemente das considerações feitas, a que resulta dos exemplos praticos dos supracitados Cod.

Era já tambem a disposição da lei romana, 1.ª § 2.º Cod. de pœna judicis = qui accepit vel promissionem suscepit =.

«Et en effet, diz Chauveau e Helie, il importe peu que le fonctionnaire se soit laissé entraîner hors de son devoir par des présents ou des espérances auxquelles il a ajouté foi; son crime est le même.»

A difficuldade toda está em que as promessas ou offercimentos são mais difficês de provar que o effectivo recebimento de um presente ou de um donativo. Os encargos da accusação tornam-se mais penosos; porque ella deve não só allegar e provar a existencia das promessas ou offercimentos, mas tambem, alem da aceitação d'estas, a influencia que exerceram, ou que deviam exercer, sobre a determinação da vontade do accusado. Mas por isso mesmo que a prova é difficilissima, em lugar de uma razão de menos, ha uma razão de mais, para que a lei penal seja severa e exemplar, sempre que os factos se podérem provar.

der? Todo o que decorre até ao momento em que poderia ou deveria praticar o acto, e comtanto que esse arrependimento não seja tardio por ser forçado. Assim tornado publico o facto da peita, ou depois de estar denunciado á auctoridade competente, o arrependimento não se poderia reputar nem livre, nem sincero.¹

Pelo que respeita ao § 6.º, sem duvida procede a assimi-

¹ Esta disposição assenta na opinião de Farinaceo, quest. 111.ª n.º 179.º e 181.º, Chauveau e Helie, Sulpici e outros.

Cumpre-nos aqui tocar uma especie importante, que pôde acontecer muitas e muitas vezes; e é de que, sendo de grave perigo e altamente inconveniente a propalação do voto ou opinião de um juiz em um negocio qualquer civil ou criminal, que demande segredo até á decisão final, um magistrado pôde dissimular, fingir aceitar a promessa, receber mesmo o presente para evitar maiores importunações a elle e a outros dos seus adjuntos, e não constituir o peitante na desconfiança de hostilidade ou de opinião adversa aos seus desejos, o que equivale á referida propalação do voto, por um modo indirecto.

A lei impõe aos juizes o dever de ouvir e de tratar com affabilidade as partes; elles devem ter a maior reserva e prudencia em suas palavras. Não podem dar-se facilmente por offendidos, sem que desde logo as partes os não considerem seus inimigos em rasão da offensa; e sem que elles mesmos se não declarem suspeitos ou se não sujeitem a uma suspeição.

Uma parte arrojada e astuciosa, que conhece a susceptibilidade e melindre de um juiz, pôde mesmo tentar perante elle o meio de corrupção, quando o intento d'ella seja conseguir pelo menos que elle se abstenha de julgar. A lei será justa, será providente, se der a necessaria força ao juiz em taes circumstancias, armando-o contra simillhantes manobras.

Assim o fez o legislador a respeito das injurtas e offensas de que tratou a Ord. do liv. 3.º tit. 24.º §§ 25.º e 26.º Assim se deve, com tanta ou mais rasão, praticar na hypothese que figurámos. D'ella nos dá idéa o comment. offic. ao art. 445.º do Cod. da Baviera. Exige-se contudo ahi que o magistrado denuncie immediatamente o facto, para que não possa elevar-se a menor duvida sobre a sua sinceridade.

Adoptámos esta idéa modificando-a, para que: 1.º, a denuncia seja feita ao superior legitimo na ordem hierarchica; 2.º, que ella fique em segredo até depois da consummação dos actos a que respeitava a peita; 3.º, que no caso do recebimento, depois d'essa consummação, o juiz faça entrar em algum asylo ou estabelecimento de caridade a cousa, ou a sua importancia se for corruptivel; 4.º, que os actos functionaes referidos se mostrem praticados, ou deixados de praticar, com justiça e imparcialidade.

Depois a declaração judicial jurada do funcionario não corrompido deve ser bastante para a condemnação do corruptor, se esse testemunho for corroborado por alguma outra presumpção particular, e não houver objecção seria contra a fé e credito devido ao mesmo funcionario, como estabeleceu o cit. art. 145.º do Cod. da Baviera.

Em nossa opinião, uma simillhante disposição afastaria as tentativas de corrupção, e seria portanto a melhor providencia preventiva a estabelecer contra o mal resultante da corrupção,

lhação, com a differença resultante da *falsidade*, cujas penas, sendo mais graves, se mandam impor, porque então a circumstancia *accessoria* se converte em *principal*, preponderante sobre a peita e como elemento constitutivo mais forte de crime de *falsidade*.

Assim atalhou o legislador a duvida que em França se tem suscitado sobre a applicação do art. 177.º á hypothese de que se trata, considerando-se essencial que o acto, objecto da corrupção do empregado, pertença ao exercicio *legal* de funcções. Vid. Chauveau e Hélie.

Tambem quanto aos §§ 7.º, 8.º e 9.º, não póde baver a menor contestação sobre a ampliação. Toda a profissão ou exercicio de actos que assumam um caracter *publico*, por virtude da lei, reveste os individuos que os praticam do mesmo caracter, e ficam portanto, ainda que precaria, temporaria ou momentaneamente, constituídos na mesma linha de igualdade que os funcionarios publicos; porque esse caracter lhes vem da natureza e qualidade das funcções que exercem, e em relação á criminalidade do facto se dá a mesma violação do dever, com abuso de confiança, excesso de poder ou de auctoridade.

Concorda n'esta declaração o Cod. Hesp., art. 305.º; e quanto aos arbitros, o art. 131.º do Cod. do Brazil, assim como entre os romanos a lei das doze tábuas—*Si judex aut arbiter*—.

ARTIGO 319.º

Os juizes e jurados que forem corrompidos para julgarem ou ordenarem ou pronunciarem em materia criminal a favor ou contra alguma pessoa, antes ou depois da accusação, serão condemnados a trabalhos publicos temporarios e multa de 1:000\$000 réis, distribuida por todos os co-réus.

Art. 33.º, 41.º e ref.

A disposição do art. antecedente e seus §§ é generica, e comprehensiva portanto assim dos funcionarios administrativos, como judiciaes. O presente art. e o seguinte trata dos juizes e jurados, mas sómente com relação a casos de julgamento em feito crime preparatorio ou de accusação, ficando todos os mais actos dos juizes comprehendidos na referida disposição geral.

Concordam os Cod. Fr., art. 181.º, Hesp., art. 305.º, da Sardenha, art. 297.º a 299.º, das Duas Sicilias, art. 200.º, do Brazil, art. 131.º¹.

Posto isto, e sendo certo que este nosso art. comprehende geralmente na mesma incriminação e debaixo da mesma penalidade: 1.º, quanto a delinquentes, assim os juizes como os jurados; 2.º, quanto aos juizes, tanto os ordinarios como os letrados; 3.º, quanto aos letrados, tanto os de primeira como os de segunda instancia, como os do supremo tribunal de justiça; 4.º, quanto ao processo, tanto o preparatorio como depois os da accusação, e assim, tanto em grau de appellação como de revista; 5.º, quanto ás sentenças ou despachos, tanto os justos como injustos; 6.º, quanto aos effeitos da sentença, tanto os que são contra como a favor do réu, tanto os execu-

¹ Este Cod., cit. art. 131.º, declara que em todos os casos a sentença dada por peita fique nulla. Concorda o nosso Decr. de 19 de Maio de 1832, art. 5.º

tados como os não executados; 7.º, quanto á natureza da condemnação, tanto os casos leves e levissimos, como os correcionaes e criminaes; 8.º, quanto á importancia da peita, tanto a minima, como de grande valor; 9.º, e tanto as promessas aceitadas, como as dadivas ou presentes recebidos: o art. ou seja porque fere o principio de que a lei penal não deve abranger em uma synthese especies distinctas e diversas, ou seja pela repugnancia com outras distincções estabelecidas no art. antecedente e n'outros logares do Cod., não pôde deixar de laborar em grande injustiça e absurdos relativos.

Alem d'este defeito radical, que nos dispensa de maior analyse, acresce a severidade da pena=*trabalhos publicos*=qualquer que seja o caso, e uma multa desmesurada=*1:000\$000 réis*=fixa e indivisivel e só repartivel, se houver mais de um réu. A multa é assim tanto mais suave, quanto maior for o numero dos juizes ou de jurados co-participantes da peita!

Omittimos uma infinidade de considerações que o art. offerece, porque são obvias...

Pois não ha de ter-se em contemplação se a condemnação recafu ou não sobre um innocente? Se a sentença, comquanto condemnatoria ou absolutoria, não foi mais que a applicação do direito ao factio declarado provado ou não provado pelos jurados? Se o suborno ou peita de um, dois ou tres jurados podia ou não influir para a unanimidade ou maioria da decisáo do jury, que á excepção d'aquelles um, dois ou tres jurados não foi peitado nem subornado? Não resta para essa contemplação senão o estreito circulo que fica nos trabalhos publicos entre tres e quinze annos. Quanto á multa o Estado ha de lucrar por este crime sempre *1:000\$000 réis*, sejam muitos, sejam poucos ou um só o delinquente!!!

ARTIGO 320.º

Se por effeito da corrupção houver condemnação a uma pena mais grave que a declarada no artigo antecedente, será imposta ao juiz ou jurado que se deixar corromper essa pena mais grave, excepto se for pena de morte e não tiver sido executada, porque n'este caso terá logar a prisão por toda a vida; e em todo o caso, a multa declarada no art. antecedente.

Art. 34.º, 41.º e ref.

No art. antecedente abstrahiu-se *da condemnação mesmo executada*, para se considerar em si mesmo o *acto preparatorio da corrupção*, e determinar-se a pena fixa de trabalhos publicos e multa; aqui, *se por effeito da corrupção* houve condemnação a pena mais grave, *postoque não executada*, será esta a *mesma* que deve ser imposta.

A *effectiva execução* sómente é tomada em contemplação nos casos de condemnação *á pena de morte*.

N'este art. se manifesta assim uma imitação desgraçada do Cod. Fr., importando-se, como em outras disposições caducas, sem verdade alguma theorica nem pratica.

Dizemos caducas, porque laborando no mesmo vicio de importação o Cod. do Brazil¹, aliás tão philosophico e judicioso a tantos respeitoos, assim como laboram os Cod. da Sardenha e das Duas Sicilias, foram repellidas dos Cod. Hesp., da Baviera, da Austria e de todos os da Allemanha modernos, incluindo o da Prussia, que nos art. 312.º e 313.º incrimi-

¹ Art. 131.º «Se for criminal condemnatoria soffrerá o peitado a mesma pena que tiver imposto ao que condemnára, menos a de morte, quando o condemnado a não tiver soffrido, caso em que se imporá ao réu a *prisão perpetua*».

nou a corrupção em si mesma com abstracção dos effeitos proximos ou remotos da corrupção.

Sem duvida que estavam presentes aos redactores do Cod. da Prussia as rasões com que M. Haus, na sua revisão do Cod. Fr. para os estados da Belgica, estigmatiza o mesmo Cod., que são de todo o peso, admittida mesmo a *justiça de talião*.

Os absurdos resultantes d'esta disposição são tantos que mal se podem enumerar e descrever¹.

Diremos succintamente: 1.º, que a *justiça de talião*, por isso que é justiça material e barbara = *dentem pro dente, oculum pro oculo* = exige essencialmente que a compensação de = *mal por mal* = seja completa, e que deixa de o ser quando ao perigo sómente de um mal se contrapõe a realidade do mesmo mal.

¹ Muito preferivel considerámos o systema do Cod. da China, secção 344.ª, que é o da nossa Ord., liv. 5.º tit. 71.º, graduando-se a pena sempre conforme á quantidade da *peita*. E em verdade desde que a administração da justiça, ou as funções publicas se tornam uma mercadoria, a quantidade da *peita* deve corresponder como *prego* á importancia da *venda*.

Se a *peita* não corresponde por insignificante e o acto é gravissimo, é preciso buscar em outro logar as causas impulsivas do crime ou abuso do poder. É preciso punir esse abuso em si mesmo com as penas especiaes que lhes corresponderem. Se o acto é notoriamente injusto, se o juiz expoliou um cidadão por meio de uma sentença ou dos bens ou da liberdade ou da honra ou da vida, procedeu de mero facto com premeditação, com alevosia, com abuso de poder.

As penas ordinarias, que correspondem a esses crimes communs, são as que lhes devem ser impostas, com attenção ás circumstancias especiaes de que são revestidas. Se a pena correspondente á *peita* é inferior á que corresponde aos mesmos crimes, cessa porque não se accumulam, e só fica sendo, como é na realidade, um acto preparatorio ou circumstancia accessoria aggravante, que vae dar maior vulto ás outras aggravantes, com as quaes concorre.

Se o Cod. tivesse seguido este caminho, teria conseguido duas grandes vantagens: 1.ª, de ser inexoravel na observancia do principio de igualdade da lei penal; 2.ª, de ficar em perfeita harmonia com as regras que estabeleceu nas disposições geraes.

Não é nova esta doutrina, porque nós a encontrámos consignada por Mello Freire, Eus. do Cod. Cr., art. 44.º § 34.º:

«E porque todos os crimes proprios dos officiaes e pessoas publicas ou «particulares, commettidos nos seus officios publicos e occupações, participam «dos communs e a elles se podem reduzir, declarámos que sempre se devem «castigar com as penas ordinarias dos delictos, que se aggravarão a arbitrio «do juiz pela particular obrigação que elles contrahiram em razão dos mes- «mos officios.»

2.º Que a *justiça da vindicta publica* não póde ir a mais do que o legislador permitiria que fosse a *justiça da vindicta privada*, auctorizando-a em tanta quantidade de mal, quanto foi o que se quiz causar e causou.

3.º Que, quanto a jurados, a disposição é completamente illusoria, e de impossivel applicação pratica, porque póde provar-se que um, dois ou muitos foram corrompidos, mas nunca nos termos do art., que = *por effeito da corrupção* = foram respondidos affirmativamente os quesitos propostos ao corpo collectivo do jury, a quem só Deus póde pedir contas do peso que deram em suas consciencias ás provas do processo.

4.º Que, quanto a juizes, á sua condemnação precede a declaração do jury, e se os de primeira instancia applicarem mal a lei ao facto, o excesso ha de ser remediado, ou em grau de appellação ou em grau de revista, sempre officiosa por parte do ministerio publico; e assim não sendo causas directas, immediatas da condemnação, nem lhes póde ser graduada a pena pelo resultado, nem lhes deveria ser imposta com relação á condemnação, mas sómente á *diferença* quanto ao *excesso*, quando por qualquer principio podesse, na hypothese, justificar-se a pena de talião.

5.º Que os juizes de primeira instancia corruptos, não sendo assim *causas determinantes* da condemnação pelo facto da confirmação da sentença em grau de appellação ou de revista, demonstram que foi a disposição da lei e a prova apreciada pelo jury o que deu força á condemnação, não sendo a corrupção mais que um acto inutil.

6.º Que nas relações e supremo tribunal, se não se deu attenção ao recurso, e se provar a corrupção, a incriminação só procede quando se provar que todos os que julgaram foram corrompidos, ou a respeito de algum ou alguns d'elles, tomada a decisão por maioria absoluta ou relativa, por modo que o voto de um ou de dois, contra os quaes se provar o crime, tenham influido na decisão final.

7.º Que finalmente, e para dispensar outras observações, nos casos de condemnação á morte, determinando-se no art., que, se a execução não teve lugar, se imponha a *prisão perpetua simples*, não se attendeu a que se a condemnação foi a

de trabalhos publicos perpetuos e mesmo aggravados, se commina esta mesma pena, isto é, pune-se um attentado de corrupção *contra a vida* do homem com uma pena mais benigna, que o mesmo attentado *contra a sua liberdade!*

Paremos aqui. *Abysus abyssum invocat.* Um absurdo conduz a outros absurdos.

ARTIGO 321.º

Qualquer pessoa que corromper por dadas, presentes, offerecimentos ou promessas, qualquer empregado publico, solicitando uma injustiça, comprando um voto, ou procurando conseguir ou assegurar pela corrupção o resultado de quaesquer pretenções, será punido com as mesmas penas que forem impostas ao empregado corrompido, com a declaração de que as penas de demissão ou suspensão serão substituidas pela suspensão dos direitos politicos, não inferior a dois annos.

§ unico. Quando o suborno tiver logar em causa criminal a favor do réu, por parte d'elle mesmo, do seu conjugue, ou de algum ascendente ou descendente, ou irmão, ou assim nos mesmos graus, a pena será a de multa de um a seis mezes.

Art. 41.º, 43.º, 44.º e ref.

Concorda o Cod. Fr., art. 179.º, o do Brazil, art. 132.º, o da Austria, art. 88.º a 91.º, o da Sardenha, art. 300.º, e o das Duas Sicilias, art. 203.º

O Cod. Hesp., no art. 307.º, tambem é remissivo ás regras sobre a cumplicidade; o que, em conformidade com o art. 63.º, importa diminuir a pena de um grau.

Muitos Codigos e leis criminaes de povos antigos e modernos confundem a cada passo a *concussão* com a *corrupção*. É n'este sentido sem duvida que o Cod. da Turquia, no art. 5.º e 6.º, abrange ambos os crimes debaixo do termo = *concussão* =.

O mod. Cod. da Baviera, art. 44.º, afasta-se quasi inteiramente do systema seguido em todos os referidos Cod.

Distingue duas hypotheses: 1.ª, se o corruptor não conseguiu corromper o funcionario; 2.ª, quando obteve por tal

meio da parte d'este uma acção ou omissão contraria ás leis, aos direitos de terceiro ou a deveres evidentes do cargo.

Nenhum dos Cod. que impõem a multa e a regulam pelo valor da peita preveniram o caso de não terem as offeras ou dadas valor venal ou apreciavel, como, por ex., um titulo, uma condecoração, uma collocação, um valimento, uma protecção, etc. O Cod. da Baviera previu e precaveu esta especie fixando então a multa em 50 a 300 florins, *sempre em beneficio da caixa dos pobres.*

O mesmo se havia já praticado em o nosso Cod. de 1837, art. 196.º Ao passo que o funcionario era punido com a *reclusão*, ao corruptor se impunha a *prisão* correccional.

Nós seguiriamos antes o systema e moderação do Cod. da Baviera. O corruptor offende, corrompendo, menor somma de deveres que o funcionario cedendo á corrupção.

O corruptor commetteu um crime: o corrompido commetteu mais o do abuso das funcções. O primeiro consummou um *crime preparatorio*, e o segundo perpetrou o *crime definitivo*. Um foi causa mediata e remota, outro foi causa immediata e proxima.

A assimilhação portanto decretada no presente art. nos parece mal cabida.

Quanto ao disposto no § un., encontra-se a idéa d'esta declaração no art. 203.º do Cod. das Duas Sicilias, e no Hesp., art. 307.º

O nosso Cod. contém disposições analogas, no art. 197.º § 3.º, nos casos de acoutamento a malfeteiros; e nos de suborno de testemunhas, art. 240.º § 2.º

A mesma disposição deve ter logar na hypothese do suborno, para a tirada e fuga de presos; e contudo a excepção não foi resalvada no art. 190.º § 1.º, com singular incoherencia e injustiça relativa.

O presente §, adoptando a disposição do cit. art. 307.º do Cod. Hesp., a alterou, determinando a multa não pelo valor da dada, mas pelo do rendimento, e entre um maximo e minimo.

N'esta modificação se aggravou o defeito ou extrema indulgencia do legislador hespanhol para com os proximos conjun-

tos do criminoso favorecido pela peita; porque a multa, calculada aqui segundo o systema geral do Cod., estabelecido no art. 41.º, e limitada de um a tres mezes, equivale á impunidade.

Esta penalidade não deve merecer approvação, no caso presente, porque lhe faltam aqui os caracteres essenciaes a toda a pena. Não é nem exemplar, nem preventiva, nem repressiva. A multa vem a ser assim o direito fiscal da venda do empregado, como a siza é o direito fiscal da venda nas compras e vendas de bens de raiz. O comprador sabe, calcula de antemão que o preço do suborno é donativo para o empregado e multa para o Estado.

Com a differença que o direito fiscal adicional ao preço não cresce na proporção do mesmo preço, como nas sizas e transmissões de propriedade, mas tem um maximo alem do qual não sobe, qualquer que seja o preço, como acontece nos direitos fiscaes do sello ou ditos de mercê.

O corruptor que quer, que deseja, salvar um pae, um filho, um esposo, um irmão da imposição da pena capital, degredo ou prisão, que lhe importa a multa e multa semelhante?

A sancção pois adoptada n'este § equivale á impunidade.

Respeitámos o pensamento do legislador. Considerações de elevado interesse publico exigem que se relevem os actos de semelhante natureza, quando elles são uma consequencia dos vinculos de sangue ou dos laços de familia que o Estado não interessa em quebrar nem afrouxar. O legislador não podia desconhecer tambem que a opinião publica não confundiria o corruptor em taes circumstancias com um corruptor criminoso; e antes chamaria dedicacão ou consideraria como nascido de impulsos de moralidade o facto que a lei qualificasse crime.

Mas então é preferivel á imposição de uma pena quasi nominal e sem effeitos alguns reaes, preventivos nem repressivos, a declaração franca e generosa de que a lei exime de toda a pena os auctores da peita, quando desculpaveis a esse ponto; como determinou o Cod. na hypothese do cit. art. 197.º, não adoptando ahi a legislação dos romanos, que n'esse caso só mitigavam as penas ordinarias do crime.

ARTIGO 322.º

Se o empregado publico aceitar por si ou por outrem offerimento ou promessa, ou receber dadiva ou presente de pessoa, que perante elle queira desembargo ou despacho, ou que tenha negocio ou pretensão dependente do exercicio de suas funcções publicas, ser-lhe-hão applicadas as disposições do art. 318.º e seus §§

A nossa Ord. do liv. 5.º tit. 71.º pr., prohibindo que os funcionarios recebessem dadivas ou presentes de pessoa alguma—*postoque com elles não traga requerimento de despacho algum*—lhes impunha a pena do perdimento do officio e vinte vezes o valor da dadiva, e contra o presenteante, o confisco, perdimento de qualquer officio ou mercê da corôa, e degredo por cinco annos.

Duas excepções continha a mesma Ord.: 1.ª, quando os doadores fossem descendentes, ascendentes ou transversaes até ao segundo grau *inclusivê*, contado por direito canonico; 2.ª, quando as cousas doadas fossem: «*pão, vinho, carnes, fructas e outras cousas de comer, que entre os parentes e amigos se costumam dar e receber das pessoas que com elles tiverem rasão de parentesco, ou cunhadio até ao quarto grau, ou que tiverem com elles tão estreita amisade ou outra rasão, por onde com direito não possam ser juizes de suas causas.*»

A fonte proxima d'esta Ord. é quasi textualmente a Ord. Man., no tit. 55.º pr. Não se encontrava na Ord. Affonsina, liv. 3.º tit. 128.º, em que foram resumidas e reformadas as leis de D. Diniz, D. Affonso, D. Pedro e D. Fernando, e artigos de côrtes geraes em harmonia com as disposições dos interpretes do direito romano, como declara a mesma Ord. no § 1.º

Este nosso art. restabelece pois o direito da Ord. Affonsina, poisque estabelece, *como condição essencial*, que o presenteante ou offerente, com abstracção da corrupção, tenha requerimento, despacho ou negocio, pendente das funcções ou attribuições legaes do empregado.

A *coincidência* portanto da dadiva com a *pendencia* do negocio faz nascer no espirito do legislador a *presumpção de corrupção*, entendendo-se que tacitamente o presenteante ou offerente manifesta a idéa de captar a benevolencia e parcialidade a seu favor, assim como a aceitação da parte do presenteado lhe faz suppor a adhesão ou annuencia ás vistas do mesmo presenteante ou offerente.

O legislador considera então o facto da mesma natureza que a peita, e lhe manda coherentemente applicar as mesmas penas, conforme ao art. 318.º e seus §§. Não foi porém n'esta assimilhação tão longe, que mandasse tambem applicar as penas dos art. 319.º e 320.º, sem duvida porque a gravidade d'essas penas o fez recuar para não assentar um similhante grau de criminalidade na mera *presumpção* de corrupção.

Posto isto tornam-se evidentes os defeitos d'esta incriminação:

1.º Porque na sua letra permite ao funcionario aceitar offeras ou dadivas de qualquer pessoa, se *ao tempo da acção* não houver pendencia de negocio.

Mas tanto a offerta ou dadiva feitas *antes* podem ser um acto de corrupção disfarçada, como as feitas *depois* podem ser a retribuição illicita dos serviços prestados. Se o presenteante não tem pendencia em materia civil ou criminal, pôde vir a tê-las.

2.º Porque se não é justa a assimilhação nos casos do art. 319.º e 320.º, tambem não pôde considerar-se tal nos casos do art. 318.º e seus §§; e se justa é a aggravacão da pena nos casos dos dois citados art., dispensar essa aggravacão na hypothese do presente art. é punir crimes diversos com pena desigual, e portanto com manifesta injustiça.

3.º Porque a mesma rasão que faz repellar a *presumpção do legislador* nos casos dos mesmos art. 319.º e 320.º, procede para se rejeitar nos casos do art. 318.º Toda a inducção moral de criminalidade ou de sua aggravacão deve assentar em

facto material ou em circumstancia de facto sensivel que seja conclusente. Se esse facto ou circumstancia tem ou póde ter uma interpretação *equivoca*; se a circumstancia tanto póde ser innocente, como criminosa, tanto póde ser connexa com o facto principal, como existir independente d'elle; concluir-se contra o réu é um sophisma e uma injustiça, porque sem a *certeza moral* de crime não deve este ser imputado a alguem, e menos a um funcionario que não deve ser infamado sem provas evidentes.

Portanto o facto de que se trata, se se não prova a corrupção, deve ser considerado em si mesmo, e só como offensivo da delicadeza e da independencia em que convém que o funcionario se mantenha, tanto em respeito aos que têm, como aos que tiverem ou podem vir a ter, pendencias perante elle. A coincidência das pendencias sómente agrava a imprudencia do funcionario, para lhe tornar mais reprehensivel um esquecimento, sujeito ás penas disciplinares.

Asperas e absurdas eram as penas da Ord., liv. 5.º tit. 71.º pr.; deviam ser eliminadas: mas entendemos que não devia ser extinta toda e qualquer criminalidade fóra dos casos da pendencia dos negocios. A caduca disposição da Ord. Affonsina não a podemos preferir á da Ord. Man., fonte proxima da legislação que por tantos seculos se achava em vigor.

Todavia não se encontra disposição que prohiba por direito civil aos empregados publicos adquirir a propriedade das cousas uteis á vida, e entre os modos licitos de haver o dominio e posse d'ellas são sem duvida os do titulo gratuito. É um *direito natural* do homem, que em rigor o *direito social* não póde restringir, e restricção é prohibir *em termos absolutos* aos funcionarios que nas terras da sua jurisdicção ou em que exercem funcções recebam ou aceitem presentes ou donativos¹.

¹ Nesta capital, ha poucos annos, falleceu um homem rico que em sua vida teve diversas pendencias administrativas, judiciaes e politicas, e que em seu testamento contemplou altos funcionarios e juizes com importantes legados.

Estes legados, que são donativos, não só não foram recusados pelos beneficiados, mas nem a opinião publica os censurou. Fosse a gratidão, fosse a amisade, sentimento que d'esta se deriva naturalmente, a causa impulsiva do

O Cod. reconhece esta proposição, e por isso só incrimina a aceitação qualificada pelas relações que tem com o exercicio de funcções, mas incoherentemente dispensa a demonstração d'esse *elemento essencial* da incriminação, substituindo-lhe a *prova legal* da presumpção, contra o fundamento intrinseco da segunda parte do preceito consignado no art. 18.º, que exige a *verificação* dos elementos constitutivos da incriminação.

Esta incoherencia não se observa no Cod. Fr., porque no art. 177.º, unico sobre o objecto, estabelecc como condição substancial que os donativos tenham por fim mover o funcionario a fazer ou não fazer = *un acte de sa fonction ou de son emploi* =

testador, seria em realidade absurdo que a lei prohibisse a aceitação, *consequencia accidental de um facto não só licito*, segundo o mesmo Cod., regra 2.ª do art. 14.º, mas louvavel.

O testador quiz assim ou mostrar que reconhecia a *rectidão* d'esses funcionarios ou dar-lhes um *premio* e não uma *retribuição*.

Se isto é crime, nós nos accusámos réus da mesma culpa, poisque tendo sido agraciados com a Gran-Cruz da Ordem de S. Thiago da Espada, recebemos dos accionistas do banco de Portugal as respectivas insignias, entre as quaes se comprehende o crachá, no reverso do qual se lêem gravadas as seguintes palavras: = *Os Accionistas do Banco de Portugal a Ferrão* = *rectidão reconhecida*.

Alludem ao relevante serviço que fizemos ao mesmo banco, não por lh'o fazer, mas em cumprimento de um dever de moralidade e de justiça. Ao nosso voto e resistencia deveu elle o alivio de um pesado encargo, e em logar da aniquilação da sua existencia, tem hoje a sua rehabilitação e prosperidade, consequencias remotas, mas primeiras do nosso proceder.

Concluamos portanto que o que um Cod. póde moralmente incriminar é a *venalidade*, isto é, as relações immediatas, proximas de causa e effeito, que constituam a torpeza da *venalidade* = *do ut facias* =.

ARTIGO 323.º

Serão sempre perdidas a favor do Estado as cousas recebidas por effeito da corrupção, ou o seu valor.

Não é uniforme a legislação estrangeira sobre este ponto. O Cod. Fr., art. 177.º, impõe em lugar do confisco uma multa igual ao dobro das *cousas recebidas*, ampliada ao valor das que se não receberam, mas foram sómente promettidas. O Cod. Hesp., art. 308.º, adoptou a mesma doutrina do nosso Cod.: *—en todo o caso caeran las dadas en comiso—* excluindo assim o valor das *promessas*¹.

São conformes com o mesmo systema os Cod. da Sardenha e das Duas Sicilias.

O Cod. da Baviera, art. 444.º, cumula como o Hesp. o confisco da peita ou presente *em beneficio da caixa dos pobres* com a multa, e quer que esta seja igual ao *dobro da cousa dada ou offerecida*.

O Cod. da Austria, art. 87.º e seguintes, limitou a sua disposição a obrigar o funcionario a depositar a *dadiva* ou o seu valor na caixa dos pobres, sem lançar mão em caso algum da *multa*.

O Cod. do Brazil seguiu o systema do Cod. Fr., impondo a multa do *tresdobro* da peita.

O nosso art. cingiu-se á idéa do Cod. Hesp., prevenindo porém o caso de já não existir a *cousa recebida*, e acrescentando por isso as palavras *—ou o seu valor—*.

Não preveniu porém, como no antecedente, o caso de não

¹ A mesma rasão de *igualdade*, nota Pacheco, que se dá para *confiscar* aquellas ou o seu valor, se dá para *confiscar* o valor d'estas; mas o legislador se absteve, diz elle, d'este segundo confisco, em rasão dos *inconvenientes praticos* que encontraria a disposição da lei. Mas tanto faz *confiscar* a promessa, como o seu valor. Se procedem os *inconvenientes praticos*, a que allude o commentador hespanhol, elles se dão igualmente na liquidação do valor da promessa, quando n'esta consistiu a peita.

serem as *cousas recebidas avaliaveis*, para se exigir o seu valor, especie esta acautelada no art. 444.º do Cod. da Baviera *—si l'objet donné... n'est pas evaliable en argent—*.

Nos casos em que a pena do crime importa a demissão ou a suspensão do emprego, alem da multa, a perda da *cousa recebida* é uma accumulção de multa pecuniaria a duas penas, uma das quaes é tambem pecuniaria, e a terceira envolve em seus effeitos outro mal pecuniario.

O complexo d'esta penalidade é pois o *confisco*, que a Carta prohibe, e ainda mais que confisco, por isso que uma das penas, alem da *hypotheca* nos bens do condemnado transmissivel a seus herdeiros, se substitue pela prisão correspondente, se não for remida pelos parentes ou amigos do delinquente.

SECÇÃO 8.ª

DISPOSIÇÕES GERAES.

ARTIGO 324.º

Todo o empregado publico será considerado cúmplice e punido segundo as regras geraes sobre a cumplicidade, no caso em que, sabedor de um crime committido por empregado subalterno, que lhe deve directamente obediencia, não empregar os meios que a Lei lhe faculta para que seja punido.

Art. 26.º e ref.

O Cod. do Brazil, art. 156.º, debaixo da epigraphe=*falta de exacção no cumprimento dos deveres*= contém a seguinte incriminação:

«Deixar de fazer effectivamente responsaveis os subalter-
«nos que não executarem cumprida e promptamente as leis,
«regulamentos e ordens, ou não proceder immediatamente
«contra elles no caso de desobediencia.»

O Cod. da Baviera, art. 447.º, com relação ao crime de *corrupção*, determina:

«Les fonctionnaires supérieurs sont obligés, sous leur pro-
«pre responsabilité, de veiller sévèrement à ce que leurs su-
«bordonnés restent incorruptibles; ils *doivent dénoncer à l'au-*
«*torité* compétente tout ce qu'ils pourraient apprendre à cet
«égard.»

E em geral, com relação a crimes committidos no exercicio das funções publicas, determina no art. 53.º:

«Les chefs ou employés supérieurs qui, sciemment et vo-
«luntairement, *laisseront commettre* par leurs subordonnés des
«crimes *fonctionnels* seront punis comme leurs subordonnés
«eux-mêmes.»

A Ref. Jud., no art. 891.º, estabelece:

«Toda a pessoa que presencear algum crime publico, ou
«d'elle tiver noticia, *poderá* participa-lo...»

O art. 895.º «Qualquer... auctoridade, que no exercicio de suas funções descobrir algum crime publico, *dará logo* «parte d'elle...»

Posto isto, cumpre examinar o alcance da incriminação feita n'este art. Trata-se aqui de uma omissão da parte do empregado superior em respeito ao criminoso seu subordinado.

A omissão consiste na preterição *voluntaria* do dever, que a lei impõe ao funcionario chefe, de empregar os meios legaes, para que o crime não fique impune.

Estes meios são principalmente os da *participação*, ordenada no cit. art. 895.º da Ref. Jud.; o emprego d'esses meios, que o art. 891.º da mesma Ref. só fez *facultativo* a todo o cidadão, é aqui *preceptivo* para o empregado superior que tem conhecimento da perpetração do crime, por um de seus subordinados.

Mas quaes são os crimes de que trata o art.? Dos crimes *communis* ou de crimes *espectaes*?

O art. não o diz. Os seus termos porém=*algum crime*= são absolutos; e parece portanto que os empregados immediatamente superiores de um empregado que se tornou auctor de crime, seja de que natureza for, são obrigados á denuncia ou participação competente.

A ser esta a intelligencia do art., poderá defender-se a intenção do legislador em toda a sua generalidade, suppondo-se que desejou remover perpetua ou temporariamente das funções publicas o empregado que se manchou com qualquer crime, ou que se lhe dê occasião de se purificar ou de se justificar da imputação.

Mas, em primeiro logar, similhante encargo ou dever, imposto aos empregados superiores a respeito de todo e qualquer crime, os colloca em uma situação desairoza e injusta; porque os obriga a ser denunciantes, contra membros da mesma repartição, talvez contra amigos, como devem suppor-se em regra os que se acham ligados pelos vinculos de frequencia nos mesmos logares e de homogeneidade de serviço.

Em segundo logar, a honra da classe póde exigir, que o superior occulte, e não que descubra o crime, se entende que o empregado subalterno póde continuar no serviço sem in-

conveniente, ou se considera os seus bons precedentes, o seu arrependimento, ou no facto antes uma desgraça que um acto de perversidade.

Em terceiro logar, é preciso, para que exista a necessidade da denuncia ou participação, que seja incompatível a continuação de serviço do criminoso, porque o crime importa, como pena principal, ou como accessoria ou effeito, a inhabilidade absoluta ou especial: art. 62.º, 63.º e 58.º¹

Em quarto logar, não basta que o empregado publico seja sabedor de um crime commettido por um empregado seu subalterno, é preciso que possa subministrar as evidentes provas em juizo; aliás corre o risco de ver qualificar de falsa ou de calumniosa a sua participação ou denunciação, nos termos do art. 245.º Esta consideração o fará hesitar entre as penas da cumplicidade aqui comminadas, e as da falsidade ali impostas; e a hesitação sómente deve cessar na presença do mal maior, se as da cumplicidade forem mais graves.

Estas ponderações tornam muito dura e ingloriosa a obrigação que este art. impõe aos empregados superiores, e repugnante mesmo, quando d'elles exclusivamente depender a perda e a infamia de um empregado subalterno, e com ella a desgraça e a miseria de uma familia. A piedade, a compaixão, são então motivos da omissão, que a attenuam por tal forma que as penas da cumplicidade se tornariam inteiramente barbaras e inapplicaveis. A lei social, por mais que queira não deixar de reprimir o crime, não pôde prescindir das leis da natureza, e desconhecer os impulsos da humanidade. O dever dos legisladores é pelo contrario fortifica-las, porque mesmo fortificando-as, moralizando os homens, reprimem-se os crimes. Temos um exemplo em materia analogo no § 3.º do art. 197.º, no § 2.º do art. 240.º e no § un. do art. 321.º

Em taes termos, cumpre ao menos lançar mão das regras de interpretação doutrinral para não abstrahir este art. do cap.

¹ O Cod. da Baviera estabeleceu como regra, no art. 351.º, com applicação do art. 23.º, que sempre que ao crime *communis* do empregado publico correspondesse pena de prisão em *casa de força ou de trabalho*, a *demissão do emprego* seria inseparavel. Fóra pois dos casos graves, a punição de crimes *communis* não tem relação com o serviço publico.

em que se acha collocado, e que tem por epigraphe = *Dos crimes dos empregados publicos, no exercicio de suas funcções* =, e portanto entender que o mesmo art. se refere exclusivamente aos crimes *especiaes* em que, alem da qualidade *subjectiva* do agente publico, o acto criminoso considerado *objectivamente* deve ter sido por elle praticado *no exercicio* ou *por occasião do exercicio* de funcções publicas, e portanto que a omissão do superior deve prender essencialmente com a regularidade do serviço que elle tem por dever manter e fazer manter.

Assim ficará dispensado de ser o promotor do castigo dos seus subalternos, a respeito dos crimes *communis*. O art. podia ser mais explicito sobre esta circumstancia, mas pôde, sem se forçar a sua letra, ser entendido assim. Crime de empregado publico é o crime *especialmente* incriminado, como de abuso ou falta commettida no exercicio ou por occasião do exercicio do emprego, que assim mais confirma a redacção do art. subsequente.

Porém, mesmo não devendo ser outra a intelligencia do art., a sua sancção parece-nos injusta: 1.º, porque se devem ter em consideração como exclusivas de dolo e má fé as rasões ponderadas.

2.º Porque, não se dando senão uma *sciencia posterior*, não pôde a omissão, de que se trata, reputar-se *cumplicidade* de um crime que foi commettido *anteriormente*.

3.º Porque a assimilhação da cumplicidade assenta em um argumento negativo, tirado do silencio ou inacção do empregado superior, para firmar a presumpção legal de approvação ou assentimento posterior ao crime alheio, quando as penas devem assentar em factos positivos e nunca de uma imputação equivocca.

4.º Porque em nenhum dos factos de participação no crime, de que tratam os seis n.ºs do art. 26.º, se mostra comprehendido, expressa nem virtualmente, o facto negativo aqui incriminado.

5.º Porque esse facto negativo só poderia com justiça ser assimilhado ao crime dos que *encobrem* um criminoso, conforme ao art. 197.º § 2.º

6.º Emfim, porque, por mais rigorosos que sejam os deveres impostos a um empregado publico, para reprimir e fazer punir os crimes especiaes dos seus subalternos, é preciso considerar sempre a preterição do dever *em si mesma*, para que as penas especiaes do crime não passem da pessoa do delinquente.

Por isto se mostra a justa rasão com que o Cod. Hesp. distinguio cuidadosamente os *auctores* dos *cumplices*, e os *cumplices* dos *encobridores*: art. 12.º e 14.º

Effectivamente o dever que alguém pôde ter de *impedir* um crime futuro é mais forte, é mais imperioso, que o de *denunciar* um crime consummado. O mesmo Cod. reconhece esta differença, por isso que, incriminando como acto de cumplicidade, no art. 26.º § 5.º, a omissão d'aquelles que não obstem, podendo, á perpetração do crime, em parte alguma pune a omissão d'aquelles que, tendo conhecimento da perpetração do crime, não fazem a participação á auctoridade publica, convertendo em preceito incriminado o que só é uma *pura faculdade*, conforme ao art. 891.º da Ref. Jud.

O Cod. da Baviera contém, no art. 87.º, uma determinação similhante á do nosso art.

«Quiconque, ayant connaissance d'un crime commis ou des auteurs de ce crime, omettra de communiquer ce qu'il sait à l'autorité, lorsqu'il y était obligé par sa profession, sera puni comme les complices du troisième degré, et en outre de la dégradation ou du retrait d'emploi.»

Mas a pena ordinaria d'este terceiro grau de cumplicidade é, nos termos do art. 78.º, a da *censura publica*, ou segundo as circumstancias, a prisão de um dia a um mez. A perda do emprego nunca tem logar, mas sómente a do vencimento da *actividade*, = *retrait d'emploi* = ou a de baixar em *gradação* sem sair do serviço.

Em conclusão pois, sem desconhecer a responsabilidade dos empregados superiores em taes casos, consideraríamos a omissão de que trata este art. como objecto da exclusiva competencia das leis e regulamentos disciplinares, estranho ao Cod. Pen., e como inteiramente inadmissivel por injusta, e contraria aos bons principios a applicação das penas de cumplicidade.

ARTIGO 325.º

Nos casos em que a Lei não decretar especialmente as penas dos crimes de qualquer natureza, commettidos por empregados publicos, será imposta a pena do crime aggravada ao empregado publico que por qualquer dos modos declarados no artigo 26.º for cumplice de um crime que elle esteja encarregado de velar, e obstar a que se commetta, ou de concorrer para que seja punido.

Art. 19.º n.ºs 8.º e 9.º, 25.º, 26.º, 78.º, 79.º e 465.º

O presente art. é conforme ás regras geraes do Cod., no art. 19.º n.ºs 8.º e 9.º, art. 21.º e 26.º, 78.º, 79.º e 88.º

Concorda na materia o Cod. da Sardenha, art. 321.º, o das Duas Sicilias, art. 246.º, que seguiram o art. 198.º do Cod. Fr., com a differença que este minuciosamente estabelece as penas em relação a delictos de policia correccional e a crimes mais ou menos graves, e, em conformidade com a revisão de 1832, a todos os mais casos de inferior gravidade.

A regra estabelecida n'este nosso art., da applicação das penas da cumplicidade aggravadas, é muito mais simples e conforme a verdade moral do facto.

Se a participação porém do empregado, em taes circumstancias, não for a da cumplicidade, mas directa e principal, nos termos que descreve o art. 25.º, qual deverá ser a pena? O Cod. nada aqui nos diz.

A resposta porém é facil. Temos então a pena ordinaria do crime, applicada com aggravação, segundo as regras geraes dos art. 78.º e 79.º, e attenta a circumstancia aggravante, em rasão da pessoa do delinquente, conforme á regra dos art. 21.º e 19.º n.ºs 8.º e 9.º

Mas o mesmo argumento podia e devia fazer-se nos casos da cumplicidade propriamente dita, em presença dos art. su-
pracitados.

A disposição portanto d'este art. tem dois defeitos, um de ser omisso, e outro de ser superfluo. Ambos seriam evitados pela supressão.

ARTIGO 326.º

Em todos os casos não designados n'este capitulo, nos quaes as Leis ou Regulamentos de cada um dos empregados publicos decretarem penas correccionaes ou especiaes pela violação ou falta de observancia de suas disposições, applicar-se-hão essas penas com as seguintes declarações:

1.ª Havendo sómente negligencia não se imporá pela contravenção a pena de demissão, e será esta pena substituida pela de suspensão;

2.ª Verificando-se em qualquer caso e em qualquer tempo segunda reincidencia, o empregado que duas vezes tiver sido condemnado será demittido;

3.ª As disposições antecedentes applicam-se aos factos da competencia da jurisdicção disciplinar.

Art. 43.º, 44.º, 45.º e ref.

Alem das penas correccionaes ou especiaes, pela violação ou falta de observancia das leis ou regimentos de cada um dos empregados publicos, quer-se, 1.º, n'este art., que, havendo sómente *negligencia* se não imponha a *demissão*, mas a *suspensão*, e isto tanto na primeira como na segunda contravenção.

É claro que se allude assim a leis ou regimentos em que se commine a *demissão* pela primeira ou segunda falta, e então temos não só uma modificação n'essas leis ou regimentos, mas uma ampliação, acrescentadas as penas disciplinares, legaes ou regimentaes, com a suspensão.

Quer-se, 2.º, que, verificando-se *em qualquer caso* e *em qualquer tempo* segunda reincidencia, isto é, uma terceira falta,

comquanto heterogeneas sejam todas tres, e praticadas todas a longos intervallos, no espaço de dez, vinte, trinta ou mais annos, tenha logar a demissão.

Quer-se, 3.º, que estas disposições se observem, mesmo que se trate de casos meramente *disciplinares*, nenhum dos quaes seja caracterizado crime.

Quer-se, 4.º, que para os effeitos da *demissão*, a *negligencia* não seja uma excusa ou causa de attenuação, se a falta de observancia de obrigações *em geral* se der pela terceira vez.

Isto é inadmissivel e impraticavel.

Em primeiro logar não ha justiça alguma nem verdade moral em se confundirem na mesma linha de gravidade os factos culposos ou de negligencia, ainda que sejam terceiros, quartos ou quintos, com os factos directamente voluntarios¹.

¹ Se justa parece á primeira vista a declaração primeira, emquanto tende a modificar uma pena perpetua, e que é *um maximo* no seu genero, não pôde considerar-se a mesma justiça a respeito da segunda, quando as duas primeiras condemnações forem mais leves que outras intermediarias. até se chegar ao extremo da penalidade especial, qual é a *demissão*.

O empregado negligente que pela primeira vez soffreu uma reprehensão simples e severa, e pela segunda vez soffreu a perda de vencimento de um mez, ou anda de alguns dias, se commette uma terceira falta, não deve em razão da segunda reincidencia soffrer a demissão, porque a *demissão* é um salto muito grande.

Antes da demissão ainda está a suspensão do emprego de um a tres annos, e estaria ainda acima d'esta em muitos casos a baixa de graduação.

Mais precedente e mais justo é o Cod. da Baviera nas especies em questão. O art. 439.º explica-se nos termos seguintes:

« Le fonctionnaire qui commettra des imprudences dans l'exercice de ses fonctions, ou qui, par paresse ou légèreté, négligera les devoirs de sa charge, ou qui par une conduite immorale, se montrera indigne de son emploi, sera *trouvé devant les tribunaux, lorsqu'après trois peines disciplinaires il se sera rendu coupable d'un nouveau délit semblable, et dans ce cas, il sera puni de l'abaissement de grade, ou de la destitution.* »

Por esta fórma, em logar de duas condemnações, aquelle Cod. exige tres, não permite que o empregado venha aos tribunaes, para n'elles soffrer condemnação até essas tres vezes; e ainda a final, á quarta vez, trazido em razão da sua incorrigibilidade aos mesmos tribunaes, a pena não é logo o maximo da demissão, mas ainda se offerece ao juiz a escolha entre esta pena e a da baixa na graduação. Alem d'isso exige que todas essas quatro faltas sejam similha-

Em segundo logar não ha conveniencia alguma, e portanto competencia no Cod. Penal, para estabelecer regras invariaveis e abstractas de suspensão ou de demissão dos empregados publicos.

É, na presença das necessidades do serviço por que é responsavel o superior legitimo, que este, e sómente este, deve avaliar quando e como os seus subalternos hão de ser corrigidos, suspensos ou despedidos como relapsos.

Em terceiro logar, não ha justiça alguma nem verdade moral em se considerar a reincidencia, quando a falta foi de diversa natureza das antecedentes. O empregado que advertido se emenda, não tornando a commetter faltas similiaes, não é reincidente. Só lhe fica a nota de ter sido admoestado ou corrigido uma ou duas vezes; mas d'ahi só pôde resultar uma razão de aggravação, se outras circumstancias attenuantes não concorrerem que provoquem a indulgencia.

Em quarto logar, nas contravenções é circumstancia exclusiva da reincidencia o lapso de um anno de abstenção de novas violações de regulamentos, e dez annos em casos crimes, segundo o disposto no art. 85.º e seu § 2.º; aqui, por uma aberração d'essas regras, ainda que os factos sejam todos de contravenção, contam-se *em qualquer tempo* para a qualificação da primeira e segunda reincidencia e consequentes effeitos da demissão.

É esta uma aberração injustificavel, não só em presença do cit. art. e §, mas porque, ao passo que uma longa serie não interrompida de bons serviços fez esquecer a falta ou faltas anteriores, attenua qualquer falta subsequente, para ser considerada em si mesma, poisque os empregados são homens, e os mesmos justos caem sete vezes por dia, como disse o Salvador do mundo.

Em quinto logar, querendo o art. que não só os *delictos* e as *contravenções*, mas as *faltas*, só dignas de censura sim-

tes = *délit semblable* =. Effectivamente, diz o comment. offic. aodit. art. 439.º, o legislador não deve ostentar de leve uma severidade excessiva, porque antes de a empregar lhe cumpre bem verificar a pertinacia no mal; e é sempre cousa muito grave qualificar o empregado de incorrigivel, assim como a deliberação de o fazer eliminar dos quadros do serviço publico.

ples ou severa, passem pela segunda reincidencia a ser reprimidas pela *demissão*, dá-se um salto de aggravação na penalidade tão excessivo, que nada pôde relevar, em presença do art. 29.º n.ºs 1.º, 2.º e 3.º, porque entre a demissão e a censura, mesmo a severa, se mette de permeio a suspensão que, nos termos do art. 44.º, podia percorrer até um maximo de tres annos.

Isto se torna mais repugnante com relação aos magistrados judiciaes de que tratou a Lei disciplinar de 16 de Abril de 1849¹.

Os juizes não podem perder os seus logares senão *por sentença*, nos termos da Carta Const. da Mon., art. 122.º, e só *pelos abusos de poder e prevaricações*, pelas quaes a mesma Carta os declarou responsaveis, ou *pelos delictos e erros de officio*, de que tratou no art. 131.º § 2.º; e a *sentença*, a que se refere o art. 122.º, não pôde ser senão a proferida *em juizo criminal*, como se acha regulamentado na Nov. Ref. Jud., e não a dos conselhos disciplinares.

Logo a disposição do presente art., declaração 2.ª e 3.ª, não pôde por *inconstitucional* ferir os juizes, nem ampliar-lhes por tal fôrma os factos da *competencia da jurisdicção disciplinar*, de que resulta que as mesmas declarações, alem de

¹ A Lei de 10 de Abril de 1849, tratando dos juizes, declara expressamente, no art. 1.º, que a jurisdicção disciplinar tem por fim advertir e corrigir as faltas commettidas dentro ou fóra do exercicio das funcções que, *não tendo a qualificação de crimes ou erros de officio*, mostram comtudo esquecimento e desprezo da dignidade da magistratura e do zeloso cumprimento de seus deveres.

Segundo a mesma Lei, art. 13.º, a pena da *primeira reincidencia*, se tiver sido applicada a *censura simples*, é uma nova censura *publicada no Diario do Governo*; se a censura for severa, a pena da mesma reincidencia é a *suspensão de um a dois mezes* de ordenado.

Ora, pela disposição d'esta nossa declaração 3.ª, applicada aos juizes a declaração 2.ª, têm elles pela *segunda reincidencia* de soffrer a demissão; e isto sem remissão nem distincção, de maneira que tanto se salta de suspensão de um a dois mezes de vencimento de ordenado á perda do logar, como se dá maior salto da publicação de censura em um papel chamado *Diario do Governo* á mesma demissão!

Felizmente que tamanha injustiça, ainda que inconstitucional, se não fosse a disposição, ficaria só no papel. Não terá utilidade alguma pratica. Nenhum juiz pôde nem deve acreditar na possibilidade moral da sua execução.

antinomicas, injustas e exorbitantes, ficam *inexactas*, nos termos geraes e absolutos com que são redigidas.

Em sexto logar, mesmo abstrahindo-se dos juizes e outros empregados inamoviveis, mal poderíamos conceber a possibilidade de ver escripta a declaração 3.ª do presente art. A jurisdicção disciplinar ou é puramente administrativa, ou é exercida sem fôrma alguma de processo criminal ou correcional. A disciplina, diz Morin, distingue-se da repressão propriamente dita por seu objecto, fim e penas. A acção disciplinar é distincta a todos os respeitoes da acção criminal.

ARTIGO 327.º

Para os effeitos do disposto n'este capitulo considera-se empregado publico todo aquelle que, ou auctorizado immediatamente pela disposição da Lei, ou nomeado por eleição popular ou pelo Rei ou por auctoridade competente, exerce ou participa no exercicio de funcções publicas civis de qualquer natureza.

Art. 19.º n.º 9.º e 465.º

Na Baviera existe uma boa lei, a que se chama = *Pragmatica dos serviços publicos* =. Por esta lei os empregados ou são simples agentes ou de comissão, sem as vantagens que ella confere. Podem ser demittidos administrativamente sem direito de pedir contas ao governo dos seus motivos; ou são os *funcionarios do Estado* propriamente ditos, que têm duas especies de vencimentos. Um *fixo* ou de *disponibilidade*, e outro *accidental* ou de *actividade*. Este póde ser-lhes tirado administrativamente; aquelle só o podem perder por virtude de sentença proferida em competente processo judicial. A mesma distincção se faz sentir na lei do processo, 2.ª parte, art. 434.º e seguintes.

Mas apesar d'isso o Cod. Pen. da Baviera abstrahê, como praticou o nosso Cod., de semelhantes distincções; pois ampliou as suas disposições, tanto aos funcionarios propriamente ditos, aos agentes precarios, como aos empregados permanentes ou ordinarios, retribuidos ou gratuitos, politicos, administrativos ou judiciaes.

Esta confusão seria sem inconveniente, se nos delictos especiaes commettidos pelos funcionarios publicos o Cod. da Baviera, assim como o nosso Cod., não adoptasse como um dos elementos principaes da penalidade a *demissão* ou a *suspensão* dos mesmos funcionarios.

No systema da nossa legislação e das determinações da

Carta Constitucional sobre a divisão dos poderes politicos do Estado, é cousa repugnante o conferir á auctoridade judiciaria a facultade de conservar ou de demittir os agentes da auctoridade administrativa, e consequentemente de tornar a demissão ou suspensão, e portanto a conservação do emprego, um objecto sujeito ás disposições de um Cod. Pen., como temos sustentado em diversos logares.

A legislação franceza, que é analogá politicamente á nossa, não consente que a demissão ou suspensão dos empregados prevaricadores se considere senão como um effeito da sentença, *ipso jure*, e independentemente da condemnação principal.

A destituição, a exoneração, a degradação, a suspensão, impostas por um Cod. Pen., para serem applicadas pelo juiz em processo criminal regular, sómente *por excepção* podem ter logar a respeito dos empregados inamoviveis, que por lei especial sómente podem perder o seu logar por sentença.

A repugnancia, quanto aos empregados amoviveis e de pura comissão, se torna mais sensivel, attentas as disposições do Cod., que tolhem a respeito d'elles a acção do poder judiciario, tornando-a dependente do beneplacito do poder administrativo. D'este modo aquelle não póde demitti-los nem suspende-los, senão quando este quizer ou julgar conveniente dispensar-se d'essa tarefa, tornando os juizes instrumentos subordinados á vontade de um ministro d'estado.

Alem d'isso, *na generalidade* dos termos do Cod. Pen., agora bem manifestamente indicada no presente art., os ministros d'estado parecem comprehendidos, como indicamos no art. 143.º § un.: 1.º, porque « *empregado publico*, diz o mesmo « art., é *todo aquelle que... nomeado... pelo rei... exerce ou « participa no exercicio de funcções publicas civis de qualquer « natureza »*; 2.º, porque sempre que o legislador teve a intenção de não comprehender os ministros d'estado *n'esta generalidade*, mencionou-os *especialmente*, tanto objectiva como subjectivamente, como se demonstra em presença do art. 143.º § un. e art. 181.º § 1.º, a que se refere o art. 183.º; 3.º, emfim porque no repertorio alphabetico que acompanha a edição official do mesmo Cod., que foi portanto auctorizado

pelo governo, seu originario auctor *por adopção*, á palavra = *ministro d'estado* = se lê = vid. *empregado publico, injuria, interesses, rebellião, etc.* =¹.

Todavia sendo assim, segundo a letra do Cod., torna-se absurda em geral a sua applicação por *impossivel politicamente*, quando as disposições penaes contidas nas secc. e art. do presente cap. são de *demissão* ou de *suspensão*.

Suspensão, porque nunca póde, em these geral, ser admissivel para ministro da corôa; *demissão* porque esta é de attribuição *exclusiva e livre* do poder moderador, até com exclusão da previa audiencia do conselho d'estado, como é expresso na Carta.

Estas e outras idéas, identicas ou semelhantes, que aqui reproduzimos ou imitamos, demonstram que o presente art. ou não póde ser tomado na sua generalidade, e por consequencia que é preciso restringi-lo, offendendo-se a sua disposição expressa e clara, para distinguir empregados que elle não distinguui, exceptuar o que elle não exceptuou; ou que se deve considerar só como fugitiva a disposição do § un. do art. 143.º, concluindo-se, para se evitar o absurdo, que, fóra d'esse caso especial, o Cod. não satisfaz, nem foi sua intenção satisfazer, a uma das necessidades mais urgentes do systema representativo, a fim de se poder fixar o grau e natureza da penalidade que é applicavel aos ministros da corôa, quando responsáveis, segundo o art. 133.º da Carta, por traição, peita, concussão, abuso do poder, etc.

Ajuda esta segunda conclusão o que dispõe a mesma Carta no art. 104.º:

«Uma lei particular especificará a natureza d'estes delictos e a maneira de proceder contra elles².»

¹ Este argumento de auctoridade cresce de força, attendendo-se a que este repertorio foi confeccionado por algum ou alguns dos collaboradores do mesmo Cod., que melhor que ninguem conhecia o espirito d'elle, se bem que muito e muito enfraquece a mesma auctoridade na presença do erro ou equívoco, que ali á mesma palavra se encontra, com referencia ao art. 171.º § 3.º Este art. menciona *especialmente* os ministros d'estado, não como agentes do crime de excitação á rebellião, mas como *pacientes* do mesmo crime, contra o exercicio das suas facultades constitucionaes.

² A fonte proxima d'este art. da Carta é o art. 134.º da Constituição

Assim contradizemos a este art., o que no art. 143.º nos pareceu dever-se concluir das determinações do Cod., ficando agora questionavel e de uma extrema ambiguidade, se o Cod. é ou não applicavel aos ministros d'estado?

Acresce que, nos termos da definição dada n'este art., se póde ficar entendendo quem seja = *empregado publico para os efeitos da disposto n'este capitulo* =, mas fica-se por esta restrição na incerteza de quem deva ser considerado empregado publico para os efeitos do disposto em outros capitulos e logares do Cod., especialmente no art. 19.º n.º 9.º Ha portanto no Cod. a similhante respeito uma lacuna, ou n'este art. um grande defeito de redacção.

do Imperio do Brazil, e por isso o seu Cod. Pen. nas suas disposições geraes, art. 308.º § 1.º, expressamente declarou que não comprehendia:

«Os crimes de responsabilidade dos ministros e conselheiros d'estado, os quaes serão punidos com as penas estabelecidas na lei respectiva.»

TITULO IV.

DOS CRIMES CONTRA AS PESSOAS.

CAPITULO I.

DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE DAS PESSOAS.

SECÇÃO 1.^a

VIOLENCIAS CONTRA A LIBERDADE.

ARTIGO 328.^o

Todos os que sujeitarem a captivo algum homem livre serão condemnados em prisão maior temporaria, e no maximo da multa.

Art. 34.^o, 41.^o e ref.

Concorda o Cod. do Brazil, art. 179.^o, aonde em lugar das palavras *algum homem livre*, se encontram as *— pessoa livre, que se achar em posse de sua liberdade —*¹.

Tanto este como o nosso Cod. supõem *que de facto* e *de direito* pôde haver *peçoas* que não sejam *livres*, e o do Brazil ainda mais, que d'entre as *peçoas livres* as pôde haver que tenham *perdido a posse* da sua liberdade.

Mas de que liberdade tratam estes Codigos? Da natural, da civil ou da politica? Não fazem distincção. Mas da natural, a distincção entre *homem livre* e *homem escravo* é impossivel. Todos os homens enquanto vivos são livres, moralmente fallando. Todos nascem e morrem livres. A existencia é

¹ Pôde ver-se mais nas leis do Brazil a de 7 de Novembro de 1831, e Port. de 21 de Maio do mesmo anno.

incompativel com a perda da liberdade. A liberdade é a vida; sem uma o que resta da outra?

Será da liberdade civil? Mas esta o que é, a que se reduz, senão ao exercicio da liberdade natural no estado de sociedade? Logo a escravidão civilmente fallando é incompativel com os direitos naturaes do homem cidadão. Existir na sociedade, mas existir escravo, é impossivel, civilmente fallando, porque é um paradoxo, o composto de duas idéas repugnantes, o ser e o não ser ao mesmo tempo.

Será da liberdade politica? Certamente não; porque esta, se as leis politicas a dão, as leis politicas a tiram.

Será do complexo de todas estas liberdades? Assim parece; porque a lei penal, considerando a parte objectiva da sua incriminação, com relação a um homem na sociedade, contempla esse homem offendido nos seus direitos naturaes, civis e politicos, pelo facto da oppressão e suas consequencias directas ou indirectas.

E, contudo este impossivel, este absurdo existiu por muito tempo entre os povos: O facto tem desmentido o direito, ou o direito civil tem desmentido o direito natural, atropellando os imprescriptiveis direitos da humanidade.

A expressão do nosso art. *— homem livre —* em contraposição a *— homem escravo —*, assim como a do Cod. do Brazil *— pessoa livre que se achar em posse da sua liberdade —*, é um resto de barbaridade, exprime uma distincção, um estado de cousas, que um dia deve sómente ficar nas negras paginas da historia.

Interesses creados fazem ainda hoje em alguns logares do mundo moderno tolerar direitos dos senhores, como de propriedade; as vistas dos legisladores têm sido limitadas a cohibir por meios indirectos, mas energicos e perseverantes, a importação e exportação ou trafico vergonhoso sobre as peçoas dos africanos.

Todavia, apesar das mais rigorosas prohibições, tem havido muito quem tenha concorrido para esse infame commercio, e com elle enriquecido.

O que mais tarde se fez no imperio do Brazil, depois de proclamada a sua independencia, havia feito para o reino o

Alv. de 19 de Setembro de 1761, prohibindo *para o futuro*, e passado certo praso, a importação de escravos.

A mesma lei, para tornar mais eficaz a sua disposição, determinou que a todas e quaesquer pessoas que *vendessem, comprassem ou retivessem* na sua sujeição e serviço *contra suas vontades*, como escravos, os pretos ou pretas *que chegassem a estes reinos*, se impozessem as penas *por direito* estabelecidas contra os *que fazem carcerees privados e sujeitam a captivoiro os homens que são livres*¹.

As ultimas palavras d'este Alv., confrontadas com as do nosso art., demonstram que foi esta a sua fonte proxima. O Alv. empregou as palavras *—homens livres—*, porque só teve ostensivamente por fim remover, como diz, *os excessos e devassidão*, a que tinha chegado o referido commercio, mas conservou a escravidão no reino a respeito dos negros já n'elle existentes.

Mas depois que o Alv. de 16 de Janeiro de 1773 ordenou, quanto ao preterito, que sómente os pretos nascidos escravos, em razão de seus paes e avós, continuassem na escravidão perpetua, e que pelo beneficio da lei cessasse a d'aquelles que derivassem a mesma escravidão de bisavós, assim como quanto ao futuro, que todos os que nascessem d'ahi em diante *nascessem livres*; não pôde a distincção de *homem livre e homem escravo* ser mais admittida nas nossas leis.

Os escravos que no reino foram conservados em escravidão durante a sua vida, já morreram; talvez já não exista um só. Hoje todos os indigenas de côr preta nasceram livres, como os de côr branca. Quaes foram os paes, se pretos, se brancos, se livres, se escravos ou libertos, é questão inutil.

¹ Perseverantemente tem sido promulgadas depois muitas e diversas providencias para pôr um termo por todos os modos directos e indirectos ao commercio da escravatura, sobresaíndo entre ellas dois tratados com a Gran-Bretanha de 21 de Janeiro de 1815, 28 de Julho de 1817 e 3 de Julho de 1842, assim como o Decr. de 10 de Dezembro de 1836. Veja-se o Rep. de F. Thomás e o do sr. José Justino. Com este mesmo pensamento se acham hoje identificados todos os governos da Europa, e já desde a declaração solenne, feita em 8 de Fevereiro de 1815 em Vienna d'Austria pelos plenipotenciarios das diversas nações da Europa, signatarios do Tratado de Paris de 30 de Maio de 1814. Vid. esta declaração em *Watson, Droit intern.*, tom. 2.º pag. 360, e o que dissemos ao art. 162.º, vol. 5.º, pag. 273.

Nós supprimiriamos pois a palavra *—livres—*, porque ou é superflua, ou é offensiva dos direitos da humanidade. Assim como a *vida* exprime a idéa da *liberdade*, bástaa pronunciar *—homem—* para significar *—livre—*.

É certo que o estado em que as nossas possessões ultramarinas se conservam sobre a escravidão é peor que aquelle em que o reino se conservava por effeitos do Alv. de 16 de Janeiro de 1761; mas o estado especial das nossas colonias não podia auctorisar o emprego da dita expressão, *repugnante* em um Cod. Pen., como lei *geral e permanente* que é em todo o reino: o estado anormal e excepcional das mesmas colonias regula-se por leis *especiaes*, como é expresso na Carta e Acto Adicional.

Sobre o objecto da incriminação, com relação ao reino, o *captivoiro* de um homem pôde ter lugar por *fraude, alienação ou violencia*. Este crime anda essencialmente ligado a outro, que é o do commercio e exportação do homem, como se fosse um animal irracional ou mercadoria; e como essa exportação é prohibida, temos tambem em seguida o crime de *contrabando* e o de *rapto —enlevement—*.

Sem que o rapto seja seguido d'estes effeitos, o crime reduz-se a *carcere privado* e á punição da fraude ou das violencias n'elle empregadas, nos termos do art. 330.º e 331.º, e assim o qualificava o cit. Alv. de 1761.

Omittimos fallar da escravidão *gleba* ou *adscripticia*, porque desde muito que se acha abolida entre nós pela Ord. Manuelina, liv. 2.º tit. 46.º, fonte proxima da actual Ord., liv. 4.º tit. 42.º, como *—especie de captivoiro que é contra rasão natural—*.

Tambem omittimos fallar da *escravidão da pena*, cuja existencia Mello Freire negava existir entre nós¹: *—servos pœnæ nullos etiam agnoscimus—*, adduzindo entre outras provas, como a mais capital, a Ord. do liv. 4.º tit. 81.º § 6.º, emquanto, sem prejuizo dos direitos do fisco, permittia a fallidade de testar até aos condemnados ao ultimo supplicio.

¹ *Instit. Jurid. Publ.*, liv. 2.º tit. 1.º § 11.º

² De que é fonte proxima a *Man.*, liv. 5.º tit. 94.º

Esta opinião não a temos por verdadeira, salvo o respeito que tributámos ao nosso mestre, porque essa mesma Ord. não reprova, antes admite *expressamente* as doutrinas do direito romano sobre o *captivo da pena*; e esse argumento desaparece hoje na presença do Cod. Pen., art. 52.º, que, mais inexorável que a Ord. Man., arrebatava ao condemnado a morte a propriedade, posse, administração e disposição de bens feita ou a fazer.

E que outra cousa são em seus effeitos as penas perpetuas que o Cod. admite, dos trabalhos publicos, da prisão, da perda dos direitos politicos, sujeição á vigilancia especial de policia, senão o *captivo* ou *servidão da pena*?

Mas esta servidão, justa ou injusta, não é *facto do homem individual*, mas *da sociedade*, sujeito sómente ás *leis moraes da justiça social* e ás *consequencias penaes* que d'essas leis resultam contra os verdadeiros interesses das nações. Emquanto a civilização ou o conhecimento do erro não penetra na intelligencia ou no coração do legislador, a humanidade geme a despeito das leis da natureza = *dura lex, sed lex* =.

O magistrado dorme somno socegado, quando condemnou *injustamente* no sentido moral, mas foi fiel observador da lei!

Tambem não tratámos do *captivo*, como resultado da guerra. Por muito tempo foi admittido pelo direito das nações em harmonia com o direito romano; mas desde o seculo XIII¹ ninguem mais sustenta a sua legitimidade².

Resta-nos pois a *servidão legal* e a *arbitraria*. A primeira ou é *tolerada* ou é *penal*; a segunda é um attentado, um abuso da liberdade de um individuo contra a liberdade de outro individuo. Sómente esta faz o objecto do presente cap.

Os meios se reduzem ao *rapto*. Este crime deveria ser qualificado em si mesmo, por ser moralmente illicito qualquer que seja o seu fim.

No Cod. da Baviera temos o modelo d'esta incriminação, assim como a sua especial definição, como se vê do art. 197.º

Já existia entre os romanos:

«*Fraudulenta suppressio liberi hominis vel servi alieni.*»
Era o crime denominado = *plagium* =, comquanto se applicasse sómente ao rapto verificado sem violencia = *sine vi, clam et obscure* =; e assim como o Cod. incriminou, no art. 395.º, o *rapto* violento sem distincção de pessoas nem de idade, como *crime preparatorio* de satisfação de gosos *genericos* ou contrarios ao pudor, tambem o devia contemplar com relação a outros crimes não menos graves, como é o da sujeição ao *captivo*, e como seria para ligar o raptado ao serviço militar ou maritimo de uma nação estrangeira, caso previsto no referido Cod. da Baviera, art. 199.º n.º 1.º¹

É certo que o nosso Cod., no art. 342.º e seguintes, trata d'esta especie de *rapto*, quer por *violencia*, quer por *fraude*, mas não considerou o crime em si mesmo, e só em relação á circumstancia da menoridade da pessoa ratada, não estendendo a sua protecção alem dos menores de vinte e um annos, tendo por fim immediato, não tanto defender a *liberdade* ou impedir o *captivo*, como proteger a auctoridade dos paes e dos tutores.

Parece-nos pois evidente a deficiencia do Cod. Não foram omissos os Cod. da Allemanha.

Segundo estes, o *rapto* em geral *de qualquer pessoa*² verifica-se sempre que alguém se apodera d'ella por astucia ou violencia, de maneira *que ella não possa mais invocar a protecção do Estado*.

O Cod. da Austria tambem seguiu este caminho, qualificando semelhante factio como delicto de *violencia publica*: art. 75.º e 76.º

Era convenientissima uma semelhante incriminação, porque temos o crime de escravatura preparado e promovido entre nós com immoralidade e escandalo publico, até sem a necessidade de se empregar a violencia ou a seducção nas costas da Africa.

E temos tanto a escravatura branca, como a preta ou mes-

¹ Vid. Mello Freire, no log. cit., § 6.º

² Aussi bien cet opprobre de l'humanité est-il heureusement banni de l'Europe: Watel, Dr. des Gens, § 152.º

¹ Mathei, de Crmin., lib. 48.º, Dig., tit. 12.º de plagio.

² É a mesma expressão que emprega o Cod. da Baviera.

tiça. A primeira realisa-se pela alliciação para o Brazil, principalmente nas ilhas dos Açores e nas provincias do norte do reino. A esperança de enriquecer, a passagem gratuita, seduzem incautos de todas as idades. Chegados ao seu destino, em lugar do paiz *d'el dorado* que esperavam encontrar, só partilham pela maior parte, em logares do interior do paiz, trabalho rude, castigo, as doenças, o tormento, a miseria junto de outros escravos, a par d'elles e com elles, sem mais meios nem protecção para poderem reverter à mediocridade e privações que soffriam na sua patria, e que os constituia em situação comparativamente mais feliz. É *de facto* a escravidão branca.

Em relação á segunda escravatura de gente preta ou mestiça, mas *livre* como é toda a de côr entre nós, procedem as mesmas rasões, e realisa-se, principalmente n'esta capital, por um modo bem escandaloso.

Conforme aos dados que podêmos colher existem na capital approximadamente quinhentos pretos de ambos os sexos. Ora que estes, pela reproducção da especie e attendendo á miseria em que vivem na maior parte, se multipliquem em qualquer proporção que se imagine, deveriam encontrarem-se pretos e mulatos de todas as idades até aos quatorze ou vinte annos. Mas não acontecé assim...

Muito antes de chegarem ao estado de puberdade desaparecem como por encantamento!... Pretos e pretas de maior idade, encontram-se a cada passo; molques dos oito annos para cima, são rarissimos!... Qual é o seu sorvedouro? Quem os recruta, quem os allicia? Que é o que protege os alliciadores?... Não serão os proprios *paes e mães* os que vendem, os que entregam os seus filhos, muitas e muitas vezes? Que horror!

A este crime preparatorio do rapto, por violencia ou seducção, se segue outro que nos parece a lei penal devia tambem incriminar especialmente como elle merece, e é o do pacto immoral da *venda* ou da *revenda*, quer se faça a titulo de *preço*, quer se dislarce em *gratificação*. Se o primeiro factó é punivel, este o é muito mais: 1.º, porque se dá n'elle a monstruosa conversão do homem em cousa ou mercadoria, e

se insulta a especie humana assimilando-a aos irracionais; 2.º, porque se dá n'esse contrato uma *lesão enormissima*, porque a liberdade é de tão subido valor, que não tem preço em dinheiro que lhe corresponda; 3.º, porque considerado começo de execução do crime consummado, que o presente art. contemplou, é esse factó mais proximo d'ella que o antecedente.

Em conclusão pois, o presente art. parece-nos deficiente, porque só incrimina o factó da *sujeição a captiveiro*. É certo que os captadores e vendedores ou compradores de escravos podem ser punidos como cúmplices do crime; mas para tanto é preciso que o captiveiro se realice. Aliás só teremos ou crime *frustrado* ou *tentativa* d'elle, suspensa por vontade estranha á do criminoso.

Quanto á pena determinada no art., parece-nos digna de attenção no presente caso a idéa do Cod. da Baviera supracitado, a fim de que seja melhor fixado o arbitrio do juiz, quanto á duração da prisão. Alem d'isso a prisão simples não corresponde á gravidade do mal causado. Quem priva a outro da vida aproxima-se d'aquelle que o reduz á escravidão.

Sobre a multa fixa no seu *maximo*, tem o grande defeito de não ser divisivel, e assim não se poder graduar, segundo as circumstancias objectivas ou subjectivas, que tornem o factó mais aggravante, como temos ponderado e demonstrado em casos similhantes.

Depois, se a multa se pôde aqui admittir como analogo ao crime, deve proporcionar-se ao interesse provavel ou presumido, embora com aggravação de duplo ou triplo do interesse illicito que o delinquento tirou do trafico ou negociação. Acresce que esta multa, depois de assim ser injusta por desigual, relativamente ao mesmo crime com diversas circumstancias, é especialmente repugnante, em rasão de sua applicação para o fisco, segundo as regras geraes do Cod.

Que no contrabando de generos ou mercadorias as multas tenham esta applicação, pôde em regra concordar-se; porque o contrabando prejudica os direitos fiscaes, e pôde então reputar-se uma indemnisação ao thesouro ou attenuação do prejuizo que lhe resulta.

Mas do contrabando, de que se trata, o prejuizo principal e directo recae todo sobre a pessoa da victima. Pelo menos a applicação devia ser outra. Com justa rasão a Lei do Brazil de 7 de Novembro de 1831 quiz que n'este caso as multas fossem applicadas a expostos e hospitaes; mas só no remanescente do que ficasse liquido do resgate e outras despesas feitas com os captivos¹.

Uma similhante determinação penal, combinada com a do Cod. da Baviera, nos daria sobre a penalidade, no presente caso, uma conclusão justa e aperfeiçoada.

O legislador deve ser solícito em punir os crimes; mas a punição não é uma *vindicta* publica, nem uma fonte de rendimento para o fisco; é o remedio que se applica para remover, quanto é possivel, o mal resultante do delicto. Punir o delinquente e salvar a sua victima, á custa d'elle mesmo, deve ser aqui todo o objecto e fim da pena.

¹ Sobre este objecto vejam-se as Port. de 6 de Novembro de 1838, 2 de Setembro de 1839, 19 de Agosto de 1842, 11 de Maio de 1843 e 7 de Março de 1849. Clamam contra este abuso, e assim provocaram uma providencia especial no Cod. Pen.

ARTIGO 329.º

Todo o individuo particular que, sem estar legitimamente auctorizado, empregar actos de offensa corporal para obrigar outrem a que faça alguma cousa, ou impedir que a faça, será condemnado a prisão de um mez a um anno, podendo tambem ser condemnado na multa correspondente.

Art. 38.º, 41.º e ref.

O Cod. do Brazil, art. 180.º, incrimina:

« Impedir que alguém faça o que a *lei permite*, ou obrigar a fazer o que a lei não manda.»

É portanto este art. do Cod. do Brazil a sanção do art. 179.º da Constituição do imperio, a que corresponde nos mesmos termos o art. 145.º § 1.º da Carta.

O presente art. porém abstrahê do art. da Carta e da disposição da lei negativa ou positiva, com relação ao acto exigido ou impedido. As palavras — *legitimamente auctorizado* — não se referem ao *acto*, mas á *pessoa* do delinquente. A incriminação respeita exclusivamente a um *individuo particular*¹. Nos meios de coacção não se comprehendem senão os de *offensa corporal*; exclue portanto os de alliciação, seducção por temor incutido ou *ameaça* que não seja assimilhada a offensa corporal, nos termos do art. 363.º

¹ A mesma rasão que teve o legislador para assimilar os empregados publicos aos individuos particulares no crime do *carcere privado*, committido fóra do exercicio de suas funções, como se vê do art. 333.º, havia para aqui se fazer a mesma declaração, como praticou o Cod. do Brazil. Estas incoherencias são sempre prejudiciaes, porque tornam ambigua e obscura a disposição da lei.

Preferimos pois a doutrina e redacção do Cod. do Brazil, porque é igual para todos os delinquentes; cingê-se á letra da lei fundamental, e não distingue meios de coacção.

Sobre a segunda parte do art. concorda o Cod. das Duas Sicílias, art. 166.º, mas exige que o cidadão seja impedido no exercicio licito das suas faculdades.

Um cidadão pôde querer praticar um crime ou uma acção a que a lei se oppõe; ser preciso segurar o mesmo cidadão corporal e materialmente: e a lei não poderia então incriminar esse facto de violencia, se ella foi justa e não excedeu os devidos limites.

Todavia as palavras=*legitimamente auctorizado*= se podem entender em sentido amplo e em harmonia com os principios de justiça e de ordem publica que se manifestam em outras disposições do Cod., como é a do art. 14.º n.º 3.º, que não considera criminalidade na legitima defeza de si ou de outra pessoa; a do n.º 8.º do art. 19.º, que considerando aggravante a *obrigação especial* de obstar ao crime, suppõe a *obrigação geral*, e portanto o direito a todos os cidadãos, comquanto o não uso d'esse direito se não torne punivel fóra dos casos do n.º 5.º do art. 26.º; e os mais do Cod. que auctorisam a prisão em flagrante delicto por qualquer individuo particular.

O Cod. da Austria, art. 78.º, vem em confirmação d'esta doutrina nas palavras:

«... n'ayant, aux termes de la loi, aucun pouvoir sur «un individu, ni motif fondé de le réputer delinquant, nuisible ou dangereux, le tient renfermé de sa propre autorité «ou empêche d'une manière quelconque l'exercice de sa liberté «personnelle.» Concorde o mesmo Cod. do Brazil, art. 190.º, nas palavras=*sem urgentissima necessidade*=.

Por ultimo devemos notar que a redacção d'este art. é viciosa, por ser preciso para se evitar o absurdo restringir a sua disposição litteral, fazendo distincções que n'elle se não encontram. O legislador não quiz a mesma pena quando o crime=*meio*= ou a=*offensa corporal*= ou crime=*fim*= tivesse pena mais grave, e todavia outro é o sentido que resulta das palavras do art.

Não é este um defeito que se não possa vencer facilmente pela confrontação dos art. 359.º e seguintes, assim como em vista das regras geraes sobre cumplicidade; mas a clareza pedia outra redacção menos ampla, ou a resalva das penas mais graves em harmonia com outras resalvas semelhantes feitas em outros logares, tão necessarias ou superfluas ahí, como aqui.

SECÇÃO 2.^a

CARCERE PRIVADO.

ARTIGO 330.^o

Todo o individuo particular que fizer carcere privado, retendo por si ou por outrem, até vinte e quatro horas, alguém como preso em alguma casa, ou em outro logar onde seja reteúdo e guardado em tal maneira, que não seja em toda a sua liberdade, postoque não tenha nenhuma prisão, será condemnado a prisão de um mez a um anno.

§ 1.^o A simples retenção por menos tempo é considerada como offensa corporal, e punida conforme as regras da lei em taes casos.

§ 2.^o Se a retenção durar mais de vinte e quatro horas, será condemnado o criminoso a prisão de tres mezes a tres annos.

§ 3.^o Se dentro de tres dias o criminoso der liberdade ao retido, sem que tenha conseguido qualquer objecto a que se propozesse com a retenção, e antes do começo de qualquer procedimento contra elle, a pena será attenuada.

§ 4.^o Se a retenção porém durar mais de vinte dias, a pena será o degredo temporario e o maximo da multa. Art. 20.^o n.^o 11.^o, 34.^o, 35.^o 41.^o e ref.

O crime de que trata a presente secç. é qualificado = *carcere privado* =, segundo os francezes = *chartre privée* =¹.

¹ Esta palavra vem do latim = *carcer* = synonymo de = *prisão* =. Por isso se dizia da prisão de S. Diniz = *Saint-Dinis de la Chartre*. Significa

D'elle tratava a Ord. do liv. 5.^o tit. 95.^o, qualificando o crime no caso de ser retida alguma pessoa contra sua vontade por vinte e quatro horas. Se a retenção se verificasse por menos tempo, ordenava sim que se não considerasse carcere privado, mas que a violencia fosse punida com qualquer outra *pena publica*, a arbitrio do juiz, segundo a qualidade das pessoas e *tempo*. A fonte proxima d'esta Ord. é a Man., no mesmo liv. tit. 65.^o

O presente art. alterou e ampliou esta Ord., porque, para effeitos penaes, esta só distinguia a retenção arbitraria por mais ou menos de vinte e quatro horas, e effectivamente não variava a pena, se a violencia fosse por mais tempo.

Agora temos a retenção diversamente punida em quatro hypotheses ou graus distinctos:

1.^a *Por menos de vinte e quatro horas*, que é a do § 1.^o, excluindo-a, como a Ord., da qualificação de = *carcere privado* =, mas mandando-a punir como *offensa moral*, segundo as regras da lei.

Dois defeitos notámos n'esta incriminação. É o 1.^o auctorisar a incriminação nos casos da retenção de alguns minutos ou quartos de hora, poisque não designa minimo; 2.^o, tornar a punição dependente da accusação do retido, em crime que é por sua natureza publico.

Outra era a disposição da Ord. cit., segundo a qual, § 1.^o, nada tinha com a queixa da parte pela injuria a acção da justiça.

O Cod. Fr. não tomou para elemento constitutivo da sua incriminação a duração da violencia, excepto para aggravar a pena, se passasse de *mez*, art. 341.^o e 342.^o O mesmo praticou o das Duas Sicilias, reduzindo porém o tempo para a aggravação a *vinte dias*, art. 169.^o e 170.^o, o da Sardenha, que segue o Fr., art. 237.^o e 238.^o, e o da Austria, aggra-

tanto a prisão illegal como o logar illegal da detenção. Dalloz, Jur. Gén., Dict. Univ. par Bescherelle.

Este crime que os romanos qualificavam entre os de lesa-magestade foi ali punido pela Ord. de 1670, tit. 2.^o art. 10.^o, depois pelo Cod. do anno iv brum., lei pluv. anno ix, Cod. de Instr. Cr., art. 615.^o, e Pen., art. 341.^o a 344.^o Vid. Morin.

vando a pena, se a retenção excedesse a *tres dias*. O Cod. Hesp., art. 395.º e 396.º, imitou plenamente n'esta parte o Cod. das Duas Sicilias.

Os Cod. da Allemanha, extr. em Chauveau e Helie, consideram a detenção por *mais* ou por *menos* de um *mez* ou de *tres* ou de *anno*. Com os citados Cod. da Allemanha concorda o mod. Cod. da Prussia, § 240.º, simplicissimo no seu dizer, e como tal digno de imitação.

O Cod. do Brazil abstrahiu da questão do tempo para a sua incriminação, como se vê do art. 189.º, comminando a prisão de tres mezes a quinze dias de prisão, nunca porém inferior á que soffreu a pessoa offendida. Justiça que parece de talião, mas que o não é pelas razões que logo havemos de ponderar.

Assim a incriminação por menos de vinte e quatro horas é uma imitação da nossa antiga legislação, agora porém com o vicio da vindicta privada, a que fica sujeita a execução da lei penal, conforme ao art. 359.º

A 2.ª, por *vinte e quatro horas*, de que se trata no art., tem por fonte proxima a mesma Ord., com a differença de modificação quanto á pena, substituida a de degredo pela prisão correccional.

A expressão do art. =*atē*= é visivelmente um erro de redacção, porque se exprimisse a idéa do espaço que decorre até ao complemento de vinte e quatro horas inclusivamente, esse complemento era uma disposição antinómica em relação ao que no § 1.º se determina, quanto á primeira hypothese.

A 3.ª, por *mais de vinte e quatro horas*, de que se trata no § 2.º, é um desvio da Ord., convertendo em minimo de elemento de nova incriminação o que era pela mesma Ord. maximo e minimo.

Estas tres distincções ou graus = *da menos, até* ou por *mais* = em questão de hora fixa, em que um minuto ou minutos, apreciados para mais ou para menos, são tão imperceptíveis e de difficil demonstração, não offerece base solida para legitimar os tres graus distinctos de penalidade, com tão pronunciado salto, como é a prisão de tres a trinta dias, de um *mez* a um *anno* e de tres mezes a tres annos.

Acresce quanto á terceira hypothese, comparada com a segunda, a possibilidade legal de ser punido o crime mais aggravante da retenção por *mais de vinte e quatro horas*, ou até *vinte dias*, sómente com o triplo da pena do segundo grau ou *tres mezes* de prisão, emquanto que o crime menos aggravante, que durou *sómente um dia*, pôde ser punido com o *maximo* da respectiva penalidade = *um anno* =.

Como são diversos os juizes e a maneira de apreciar os factos, as desigualdades relativas ficam inevitáveis.

A 4.ª, conforme ao § 4.º = *por mais de vinte dias* =, que teve por modelo o Cod. Hesp., art. 396.º § 1.º¹, offerece um absurdo moral e penal ainda mais sensível, comparada com a 3.ª. A retenção por *vinte dias* dá lugar á prisão de *tres mezes a tres annos*; se for por *vinte e um dias* ou por mais uma hora ou um quarto de hora, a pena será a de degredo temporario de *tres a quinze annos*, e ainda por cima a multa, e esta *indivisível*, no seu *maximo*, qualquer que seja o excesso nos vinte dias.

Isto é tão repugnante a todos os principios e tão saliente que nos dispensa de mais analyse. Muito melhor e preferível é a especie de talião estabelecida no cit. Cod. do Brazil, art. 189.º, que pôde justificar-se na hypothese, porque tem por fim, não a troca de mal por mal, mas o de fazer passar o criminoso pela instrução pratica e penitenciaria, que lhe ensine a bem avaliar a liberdade individual, a conhecer a extensão do mal que causou, a excitar-lhe os remorsos, e a cimentar-lhe o proposito de respeitar melhor essa liberdade para o futuro.

Assim a prisão simples é a unica penalidade analoga n'este crime, quando despidido de outras circumstancias, e por isso com toda a sabedoria foi a unica admittida por este Cod., e melhor ainda no cit. Cod. da Prussia, mandando-a aggravar com *trabalho*, se o retido soffreu incommodos graves. O degredo pois é *vicioso*, e, aggravado com a multa e esta no seu *maximo*, fica abaixo de toda a critica.

Ao menos a nossa Ord., livre o criminoso = *peão* = dos *açoutes*, continha pena mais justa. Avaliava o attentado mais

¹ Este Cod. absteve-se do degredo, comminando a reclusão temporaria.

nas suas relações sociaes que individuaes; julgava o crime committido pelo lapso de vinte e quatro horas: mas comminava um degredo nunca excedente a cinco annos. E a multa ali admittida para a chancellaria real, em pequena quantia e só para os *escudeiros*, havia tambem caducado, para que a penalidade ficasse igual para todos os delinquentes.

Assim, comquanto defeituosa, a legislação do reino em vigor ao tempo da promulgação do Cod. era menos viciosa que a que ora temos n'esta 4.^a hypothese por virtude do Cod.

Quanto ao que o art. dispõe no § 3.^o, é uma imitação, no seu dizer, do Cod. Fr., art. 343.^o, com a differença que a redução penal tem logar, quando a soltura é verificada dentro de dez dias em logar de tres, e de não tornar dependente o favor da lei senão da condição de ainda não se haver instaurado procedimento algum.

Considerámos preferivel esta disposição. É mais adequado o espaço de dez que de tres dias, para se dar logar ao arrependimento; e não tendo o delinquente interesse algum, passados tres dias, em relaxar os soffrimentos da sua victima até vinte dias, a lei, em logar de a acompanhar da sua protecção, a abandona, comprometendo mesmo a sua existencia.

A outra condição devia ser omittida: 1.^o, porque o carcere privado pôde não ser *meio* de se conseguir outro *objecto* mais que o mesmo *carcere privado*, como acto de *vindicta privada* ou de *intenção malefica* abstracta.

2.^o Porque, se foi *meio* de assim se facilitar e consumir outra *violencia*, esse factio, como illicito e incriminado em algum dos art. do Cod., deve ter ali a sua penalidade correspondente, e ser punido portanto segundo as regras geraes de concurso de crimes, em que um d'elles toma o logar de accessorio ou de principal, conforme á gravidade comparada entre as duas penas respectivas.

Acresce que, determinando-se no mesmo § simplesmente que a pena será attenuada, é uma disposição inutil em presença das mesmas regras geraes, art. 20.^o n.^o 11.^o e art. 83.^o

ARTIGO 331.^o

Em qualquer dos casos em que se verifique o crime de carcere privado, a pena será a de trabalhos publicos temporarios:

1.^o Se o criminoso commetter o crime simulando por qualquer modo auctoridade publica;

2.^o Se o crime tiver sido acompanhado de tortura corporal ou ameaças de morte.

Art. 33.^o e ref., 19.^o n.^o 2.^o, 17.^o, 22.^o e ref.

O Cod. da Austria tambem contemplou esta especie, assim como o da Baviera, art. 194.^o

O mesmo Cod., tendo assim distinguido esta especie, lhe assimilou outra, no art. 195.^o:

« Il en sera de même lorsque le coupable aura commis le « crime de séquestration sur la personne de ses père et mère « ou autres individus auxquels il devait un respect particulier. »

Assim o praticou tambem o mod. Cod. da Prussia, no § 210.^o n.^o 3.^o

Este factio era na verdade muito digno de ser considerado como da mesma gravidade; e não teriamos duvida em seguir o exemplo, comquanto por outras disposições do Cod., tanto geraes como especiaes, as circumstancias aggrávantes tiradas da qualidade da pessoa do offendido devam influir para aggravação da pena. Mas d'esta consideração resultaria que pelo mesmo fundamento poderia bem dispensar-se todo este art.

A primeira hypothese de aggravação da pena contemplada n'este art., encontra-se no Cod. Fr., art. 344.^o n.^o 1.^o, no Hesp., art. 396.^o n.^o 1.^o, e no da Sardenha, art. 238.^o n.^o 2.^o

Os Cod. da Austria, do Brazil e da Baviera são omissos. Essa omissão não seria tambem aqui de grande inconveniente, porque a circumstancia da aggravação é crime em si mesma,

com relação a todos os casos especialmente incriminada no art. 236.º

Quanto á segunda hypothese, concorda na aggravação o mesmo Cod. Fr., no cit. art., distinguindo porém as *ameaças de morte*, das *torturas corporaes*.

Não approvámos, segundo os principios que temos adoptado, nem a perpetuidade, nem a qualidade e natureza das penalidades d'este Cod.; mas a sua distincção parece-nos fundada.

O legislador, punindo o particular que se arroga um acto de poder publico, não pôde com justiça deixar de distinguir como mais aggravante esse mesmo acto, quando acompanhado de vias de facto, que a mesma auctoridade legitima não poderia praticar sem offensa das leis e da constituição do Estado.

O Cod. Hesp., cit. art. 396.º n.º 2.º, assim como o das Duas Sicilias, art. 17.º, também confundem debaixo da mesma penalidade as duas hypotheses; mas o Cod. da Sardenha, art. 241.º, excluiu a mais grave do art. 238.º, e passou a contemplar esta no art. 241.º para a punir mais severamente.

ARTIGO 332.º

Se aquelle que commetter o crime de carcere privado não mostrar que deu a liberdade ao offendido, ou aonde este existe, será condemnado a trabalhos publicos por toda a vida.

Art. 33.º e ref.

Para se não seguir um grande absurdo, parece-nos que este art. se reduz essencialmente a mostrar que o delinquente não assassinou, nem reduziu a captiveiro, crime previsto no art. 328.º, a pessoa de que se apoderou. A prova de que deu a liberdade, ou do logar em que o offendido existe, é exemplificativa e não taxativamente mencionada, como meio que não exclue qualquer outro de se chegar á mesma demonstração.

O retido pôde ter sido posto em liberdade por um outro individuo, pôde ter fugido do carcere privado, pôde depois ter-se escondido, emigrado para logar distante, mudado de nome, morrido naturalmente, etc.

A falta de prova de alguma d'estas circumstancias é um argumento puramente negativo, de inducção incerta, sujeito a erro e que não offerece nem sombra de certeza moral, quando não apparecem vestigios de outro crime commettido sobre a pessoa do retido, de natureza a faze-lo desaparecer violentamente da face da terra. Sobre base tão debil o legislador não faz mais que assentar uma suspeita, converte-la em presumpção legal, e, dando vida a um *talvez*, que pôde ser uma chimera, punir, como se tivesse um facto decisivo e materialmente demonstrado.

E punir como? com os trabalhos publicos por toda a vida!

O facto, como se qualifica n'este art., reduz-se á presumpção *de rapto de homem*, a respeito do qual determina o Cod. da Baviera, no art. 200.º:

« Si au moment de l'expiration de la peine, la personne « enlevée n'est pas encore découverte ou rendue à la liberté, « le coupable sera retenu dans l'établissement pénal, et il ne « pourra être statué sur sa demande en grâce tant que la vic- « time n'aura pas été retrouvée ou délivrée ».

Uma disposição analoga nos parece que seria mais justa; mas com tres modificações: 1.^a, que esta prolongação da pena tenha um limite, decorrido mais um certo numero de annos depois de expirada a pena imposta na sentença; 2.^a, que a mesma prolongação cesse logo que o delinquente termine a idade de sessenta annos; 3.^a, quando comecem as probabilidades do fallecimento do retido, provando-se que teria a mesma idade, se fosse vivo; 4.^a, em qualquer tempo em que, embora depois da condemnação, o delinquente possa fazer a prova que se lhe exige antes d'ella. Veja-se o que ponderámos ao art. 344.º § 2.º

¹ Esta pena, alem dos seus essenciaes vicios, que temos notado, offerece aqui uma exaggeração injustificavel, por ser precisamente a mesma pena que no art. 349.º se acha estabelecida contra o homicidio voluntario.

A qualidade da pena e a sua perpetuidade são condições intrinsecas da comminação, que se voltam contra a sociedade, produzindo resultados ou negativos ou contrarios á intenção do legislador.

A França tem, especialmente desde poucos annos, preferido as applicações penitenciaras e temporarias de outra ordem, e todavia os maleficios, longe de augmentarem, têm diminuido.

O *Monitor* acaba de publicar o relatorio da justiça criminal do anno de 1855, comparado com o de 1854, e offerece uma diminuição de treze por cento, com relação aos maleficios mais graves = *crimes* =; e aos menos graves = *delictos* =, de oito por cento. Assim com a mais viva satisfação se pôde notar que o augmento de criminalidade dos annos anteriores não provinha da moderação das penas, mas de outras causas, cujo complexo o legislador deve combater.

ARTIGO 333.º

As disposições dos artigos antecedentes são applicaveis aos empregados publicos que commetterem este crime fóra do exercicio de suas funcções.

Art. 19.º n.º 9.º

Este art. não tem a menor difficuldade na sua declaração. O empregado publico fóra do exercicio das suas funcções é um particular como qualquer outro.

O Cod. da Baviera, art. 351.º, em materia de *crimes communs* determina que o criminoso, se for funcionario publico, soffra, alem da pena ordinaria do crime, a demissão, se aquella for de prisão aggravada. Mas esta disposição não é mais que a applicação do art. 23.º do mesmo Cod., segundo o qual toda a condemnação a uma pena criminal produz *ipso jure* a perda de honras, empregos e dignidades.

Nos termos do nosso Cod., as penas declaradas nos art. antecedentes, ou são *maiores* ou *correccionaes*. Se *maiores*, produzem a perda dos direitos politicos, se *correccionaes*, a suspensão dos mesmos direitos, comprehensiva a primeira da inhabilidade absoluta, a segunda da suspensão do empregado: art. 53.º, 54.º, 57.º, 58.º e 63.º

Portanto, punido o empregado publico com a pena correspondente a um *crime commum*, como é o de que se trata, vem a ser punido mais fortemente em razão da maior realidade dos effectos legais da mesma pena; e são estes tanto mais prejudiciaes, quanto mais firme for o direito constituido para o exercicio de funcções publicas.

Vem assim a ter logar uma aggravação virtual de verdadeira penalidade *como mal*, a que ainda pôde acrescer a que resulta do cumprimento do art. 19.º n.º 9.º Isto é injusto.

Pelo contrario, para a determinação da pena *commum* nos empregados publicos, e visto que a suspensão ou a demissão

acompanha necessariamente a execução da pena commum, a igualdade não existe. O legislador assim o sentiu no art. 321.º, procurando equilibrar a penalidade entre uns e outros delinquentes.

Todavia, segundo o art. 19.º n.º 9.º, é ou parece ser sempre uma circumstancia aggravante a qualidade de empregado publico, ainda que o crime seja commum.

ARTIGO 334.º

Salvos os casos em que a Lei permite aos individuos particulares a prisão de alguém, todo aquelle que prender qualquer pessoa para a apresentar á auctoridade será punido com a prisão de tres a trinta dias.

Art. 38.º e ref.

A fonte proxima d'este art., quanto á incriminação, é o Cod. Hesp. no art. 397.º:

«El que fuera de los casos permitidos por la ley aprehendiere á una persona para presentarla á la auctoridade.»

O Cod. do Brazil, art. 181.º, é mais explicito:

«Executar a prisão *sem ordem legal escripta* de legitima auctoridade, *exceptuados os militares ou officiaes de justiça*, «que *incumbidos da prisão dos malfeitos* prenderem algum *individuo suspeito* para o apresentarem directamente ao juiz, *«exceptuado tambem o caso de flagrante delicto.»*

O caso não é de *carcere privado*, mas de *apprehensão illegal*. O art. 145.º da Carta, § 9.º, estabelece a excepção do flagrante delicto¹.

Com justa razão o art. attenua a pena, reduzindo-a á prisão de tres a trinta dias: 1.º, porque sendo remissivo ás excepções auctorizadas por lei, os terminos vagos do art. não consentiriam maior severidade; 2.º, porque a apresentação á auctoridade, que é o juiz da legalidade da apprehensão, remove para ella toda ou a maxima parte da responsabilidade, ou para

¹ V. comm. aos art. 188.º § un.; 190.º § 3.º e 191.º Em verdade fóra do caso de flagrante delicto, e do de soccorro prestado na apprehensão de um condemnado que foge á justiça, que se comprehende no mesmo flagrante delicto, no mesmo facto da fuga, nenhum particular póde fazer o officio gratuito de official de policia ou de justiça, quando não tem incumbencia de prevenir crimes ou prender malfeitos.

fazer cessar a violencia, se é infundada, ou para a ratificar em caso contrario ¹.

Quanto aos casos em que é permittida a prisão, exprime-se o mod. Cod. da Prussia nos termos seguintes, § 211.º:

«A privação da liberdade não existe quando alguém for «provisoriamente apprehendido ou preso em flagrante delicto, «ou quando for perseguido na occasião de perpetrar um acto «punível, se, tomando a fuga, se tornar suspeito, ou se, em «tal caso, havia motivos de receiar que a identidade da pessoa não se poderia verificar de outro modo.»

Em todo o caso se determina n'este § a obrigação da immediata apresentação do preso á auctoridade competente, o que se amplia como precaução a tomar a respeito de alguém em estado de alienação mental.

¹ Cumpria resalvar os casos de prisão feita em *arruido*, em que qualquer do povo pôde prender sem distincção de offensivas e offendidos, e sem mesmo poder apelar o que só compete ao juiz, em vista das provas do sumario, como era expresso no art. 65.º da Ord., liv. 1.º § 38.º:

«E achando pelo dito sumario conhecimento que não é culpado, então «o solte logo... quando lhe o alcaide ou meirinho, ou qualquer do povo trouxer algum preso, pelo acharem em algum maleficio.»

Para se determinar o que se entenda, segundo o direito do reino, por *flagrante* em relação ao acto do crime, cumpre ter presente a definição que se encontra na Lei de 25 de Setembro de 1603. Nem a Ref. Jud., art. 1.º 20.º, nem o Cod. Pen. introduziram alguma a este respeito. Vid. a Ref. Jud. edição do sr. Neto, ao cit. art., nota 5.º

ARTIGO 335.º

Nos casos em que a Lei permittê aos individuos particulares a retenção de alguém, se empregarem actos de violencia, qualificados crimes pela Lei, serão punidos esses actos de violencia com as penas correspondentes.

Art. 359.º e seg.

A redacção d'este art. deveria, a nosso pensar, ser feita em presença da que foi adoptada nos art. 190.º § 1.º, 191.º, 293.º, 299.º, 14.º n.º 3.º, e 26.º n.ºs 2.º, 3.º, 4.º e 5.º

A lei não só *permittê*, *obriga* os particulares, em certas circumstancias, como são as do flagrante delicto e as de impedir a fuga de um criminoso ou a perpetração de um crime, ou as de defender o injustamente aggreddido, a praticar a prisão ou retenção.

O particular então, e com relação ao acto legal, tem o character de funcionario ou de auctoridade publica, a que não é licito *resistir*, sem que nasça o direito da repressão—*vim vi repellere*—, como sancionam os art. 190.º § 1.º e 191.º

Depois convinha tambem ter presentes na redacção d'este art. os casos em que as leis do reino não só permittem a retenção, mas tambem durante ella o emprego de *violencias como correccionaes*. A Ord. do liv. 5.º tit. 95.º, tratando da mesma materia de que trata a presente secção, declarou no § 4.º que a disposição da lei penal se não devia entender a respeito do pae que *encarcelava seus filhos... pelos castigar e emendar de más manhas e costumes*; e a Ord. do mesmo liv. tit. 36.º releva a qualquer pessoa o *castigo* em tal caso, assim como nas pessoas de sua mulher, discipulo ou creado, *enquanto estiverem sob seu mandado*.

O poder paternal de correção sobre os filhos menores de quatorze annos é reconhecido virtualmente pelo mesmo Cod. no art. 73.º, auctorisando, ou a reclusão em casa de corre-

ção, ou a entrega a seus paes ou tutores. É um direito da natureza que as leis não podem, não devem prejudicar. Assim o exigem os mesmos interesses do Estado, porque a primeira e a mais segura garantia da sua segurança e tranquillidade é o respeito e obediencia á jurisdicção dos chefes de familia; e o poder paterno (não a *patria potestas* dos romanos) é o melhor auxiliar do poder publico, e tanto mais indispensavel, emquanto nos faltarem casas de educação ou de correccão para delinquentes de menor idade.

Era pois este o logar adequado para estabelecer, como bases de excepção á penalidade sobre o carcere privado, em harmonia com a distincção feita no cit. art. 73.º e seg.: 1.º, que o poder paterno correccional ou tutelar deve consistir, tanto no direito de retenção, como no castigo, salvas quanto a este as maiores violencias de que trata o art. 360.º (depois de emendado, como ahí notaremos), a respeito dos menores de quatorze annos (que ampliariamos aos dezeseis) que não forem mettidos em processo crime.

2.º Que na mesma hypothese lhes pertence esse poder, se, declarados os ditos menores sem discernimento, lhes forem entregues por virtude do cit. art. 73.º

3.º Que a respeito dos maiores de quatorze annos (aliás dezeseis) até aos vinte e um cumpridos, o poder paterno de correccão se reduza á retenção até tres dias, podendo *requisitar* da auctoridade publica a prolongação d'ella, ou em casa de trabalho adequada, se forem do sexo feminino, ou cadeia publica, mas em quarto isolado, de um a seis mezes, podendo o juiz correccional, ou ainda a auctoridade de policia, em presença das razões que lhe devem ser presentes, restringir o tempo da duração reclamado, ou mesmo recusar essa prolongação, se a considerar infundada.

Assim teriamos alguma determinação importante sobre este objecto, analogo á que se acha definida nos art. 375.º e seg. do Cod. Fr., e no Cod. Pen. da Austria, part. 2.ª art. 4.º e 32.º, e Cod. da Baviera, art. 98.º; reconhecendo o da Austria o direito de correccão paterno exclusivo, mesmo em crimes, quanto aos menores de onze annos, e o da Baviera quanto aos menores de oito annos.

Nos casos previstos pelo Cod. Civ. Fr. (que não são os *criminosos* de que tratam estes dois Cod. e o cit. art. 73.º) quanto aos menores do sexo feminino existe em Paris a bella instituição das damas da caridade, ditas *de refugio de S. Miguel*, que recebem em reclusão os ditos menores á ordem de seus paes ou dos conselhos de familia, homologada a mesma ordem pelo magistrado competente: Decr. de 30 de Setembro de de 1807¹.

Não temos instituição alguma semelhante, o que é uma rasão dé mais para dar força ao poder paternal. Os termos absolutos em que se acha concebido o presente art. parecem ao contrario restringi-la, e pelo menos ficou muito duvidoso se o direito do reino, comquanto pouco definido a este respeito, continua ou não a vigorar.

A nossa opinião é pela affirmativa, e pelas seguintes considerações: 1.ª, de que o Cod., no art. 113.º, tornou os paes responsaveis pelo damno causado por seus filhos menores, que vivam em sua companhia, quer puberes, quer impuberes com discernimento, salva a prova de que *lhes foi impossivel impedir o damno*.

2.ª Porque o Cod. Pen. se deve entender de modo que não modifique, sem uma declaração explicita, o que *especialmente* se acha sancionado pelos nossos costumes, com origem no *direito natural*².

3.ª Porque antes se deve suppor que este art. não teve em vista comprehender as *regras consuetudinarias e disciplinares* do poder domestico ou de familia, que não são mais que uma consequencia d'aquelle direito preconstituído, anterior a toda a lei humana.

Todavia estas considerações não destroem toda a rasão de

¹ Duranton, liv. 1.º tit. 9.º n.º 353.º, nota.

² « Que la puissance paternelle soit fondée sur la nature, cela n'est certes point contestable. C'est Dieu lui-même, qui en confiant aux père et mère le soin de l'éducation de leurs enfants, a placé les enfants sous l'autorité de leurs père et mère, et qui a mis dans le cœur des uns et des autres ces sentimens de protection et d'obéissance sur lesquels elle repose. La puissance paternelle dérive donc du droit naturel; et dans l'interprétation de la loi positive, il faudra tenir grand compte de cette origine. »

C. Demolomb, de la paternité, tit. 9.º n.º 255.º

duvidar; porque não sendo menos certo que a lei deve acautelar os casos em que a auctoridade paternal se torne tyrannica e cruel; e sendo, como fica dito, absolutos e geraes os termos d'este art., estes são ou inadmissiveis e repugnantes, ou deficientes e omissos¹.

¹ Na Baviera sentiu-se bem a necessidade que havia de no Cod. Pen. se estabelecer alguma providencia a este respeito; e por isso no projecto que serviu de base ao Cod. actual, se propunha limitar a encarceração permitida em virtude do direito de correccão.

Mas bem meditada essa materia, assentou-se que por uma parte não convinha enfraquecer a auctoridade dos paes e mestres, obrigando-os a dar conta publicamente dos factos pertencentes ao segredo do lar domestico; e por outra parte que a menor ou maior duração da encarceração não era sempre uma medida exacta do seu rigor.

Em consequencia adoptou-se o alvitre de tomar por criterio d'esse rigor o damno causado á saúde das pessoas subordinadas, como se pondera no comm. off.

N'esta conformidade tomou-se no Cod. actual como incontestavel o direito de correccão domestica, e passou-se a actuar sómente o seu abuso, nos termos seguintes:

«Quiconque abusera du droit de correction à lui appartenant, au point de porter atteinte à la santé de son subordonné, sera soumis, dans les cas prévus par les art. 179° à 182°, aux peines des lésions corporelles, e de plus, si la lésion rentre dans la catégorie des art. 180°, 181°, 182°, il sera privé de la puissance légale en vertu de laquelle il exerçait le droit de correction.»

«Toutefois le juge devra examiner, dans chaque espèce, si le coupable n'a franchi les limites de son droit que dans la chaleur irréfléchie de sa colère, ou s'il avait au contraire l'intention arrêtée de causer à la santé de son subordonné l'atteinte éprouvée par celui-ci: suivant l'un ou l'autre de ces cas, la peine sera celle de l'art. 183° ou des art. 179°, 182°, contre la violence avec préméditation.»

Esta determinação, comquanto seja em parte remissiva, não é vaga e generica como a do nosso art., mas positiva e directa aos respectivos artigos, que completam a disposição penal. Depois não incrimina as violencias sem resalvar o direito de correccão; reconhece este e só pune o abuso, deixando em silencio a simples retenção. E enfim apreciando justamente o facto, como de ordinario costuma acontecer em taes circumstancias, não permite ao juiz que o confunda, quando produzido em um momento de irreflexão de quando foi premeditado.

As conveniencias publicas, a philosophia do direito, o conhecimento do coração humano, a vida domestica, a moralidade do facto, as regras de imputação, tudo ali faz presente ao legislador. Propomos para modelo este exemplo!

Finalmente é digna de ser tomada em consideração a disposição do art. 12.º do mod. Cod. da Turquia, permitindo *em geral* o castigo dos subordinados, contanto que o superior instaure previamente exame sobre a veracidade e importancia das faltas que corrige:

«Il ne sera plus permis à personne de châtier aucun de ses subordonnés sans un examen préalable de sa conduite.»

CAPITULO II.

DOS CRIMES CONTRA O ESTADO CIVIL DAS PESSOAS.

SECÇÃO 1.ª

USURPAÇÃO DO ESTADO CIVIL E MATRIMONIOS SUPPOSTOS E ILLEGaes.

ARTIGO 336.º

Aquelles que dolosamente usurparem o estado civil de outrem, ou que para prejudicar os direitos de alguem usurparem os direitos conjugaes por meio de falso casamento, ou que para o mesmo fim se fingirem casados ou usurparem quaesquer direitos de familia, serão condemnados a degredo temporario.

Art. 35.º e ref.

Concorda o Cod. do Brazil, art. 255.º, quanto ao fingimento no casamento, distinguindo para a pena se o fingimento é só de um dos conjugues, ou se é de accordo entre ambos. O Cod. Hesp., art. 384.º, concorda quanto á usurpação do estado civil de outrem.

Estes dois Cod. parece haverem estado presentes na redacção d'este art.

A usurpação é um *acto preparatorio* de outro crime, porque é á sombra da falsa qualidade que o delinquente pretende obter certas e determinadas vantagens em damno alheio. A quantidade e qualidade portanto d'esse damno real ou possivel, mas sempre intencional, deve ser aqui a justa medida na graduação da pena.

Esta consideração nos move a reputar injusta a pena do art., por demasiadamente severa.

Quem effectivamente *usa de falso nome* ou *de falsa qualidade* e *defrauda por esse meio* a outrem, é punido no art. 451.º

com a prisão correccional de um a tres annos, emquanto aqui é punido sómente, em presença do facto preparatorio da *usurpação*, com o degredo de tres a quinze annos.

Sem duvida que a usurpação do *estado civil* de outrem comprehende tudo o que respeita á condição social da pessoa, como é o seu nome, os seus direitos e obrigações de familia, a sua posição no estado e na sociedade.

É tambem certo que a ordem publica, o interesse geral, exige que nas relações de estado civil dos cidadãos entre si, ou para com a sociedade, não haja nunca senão a verdade.

Mas não é menos certo que a importancia social dos delinquentes e suas esperanças podem ser de tão pequena consideração na sociedade, que o damno resultante da usurpação não deva ter a mesma qualificação, e para a qual, como acto *preparatorio* de crimes indefinidamente, a pena comminada no cit. art. 451.º ainda ficaria muito severa; e pôde acontecer que a intenção do usurpador seja tão conhecida e determinada com relação a um unico e determinado fim, como o de receber um legado, uma divida, que assim ainda fique de menor gravidade que o facto bulroso, qualificado no mesmo art. 451.º; porque se reduz essencialmente á tentativa d'elle, que não é punível, segundo a regra geral do art. 8.º

Demais, a usurpação não pôde ser punida senão, ou pela descoberta do crime ou pela manifestação do *acto preparatorio*, se este foi seguido de execução ou de *começo de execução* do crime ou *fim* intencional.

Em taes termos, a pena de degredo de tres a quinze annos, applicada em todo o caso aos réus d'este crime, é desigual, por isso que fere delinquentes em diversas hypotheses, distinctas em gravidade.

Pôde dizer-se que o mesmo Cod. auctorisa o juiz a descer ainda, substituindo o degredo pela prisão correccional; mas, dado mesmo que o juiz faça bom uso d'esse arbitrio, o minimo da attenuação são *dois annos* da mesma prisão, emquanto que o minimo da prisão, na hypothese do art. 451.º n.º 1.º, é de um anno a tres dias.

Salvo pois o respeito devido á lei, não podemos conformar-nos com a doutrina do presente art. O Cod. do Brazil,

cit. art. 255.º, é menos complexo na sua incriminação, e não sem plausivel fundamento, porque considerou acautelados os males resultantes de semelhantes simulações, ou pela incriminação dos actos de falsidade, art. 167.º e 168.º, ou dos de uso de nomes suppostos e titulos indevidos, art. 301.º e 302.º, sem necessidade de *especialisar* a usurpação do estado civil e outros fingimentos, erigindo em crime um meio *de habilitação*, preparatorio de outros crimes aliás previstos no mesmo Cod.

Especialmente quanto á usurpação dos direitos conjugaes, explica-se este Cod. nos termos seguintes:

«Fingir-se o homem marido de uma mulher contra a vontade d'esta, para usurpar direitos maritae; ou fingir-se a «mulher casada com um homem para o mesmo fim.—Penas: *prisão com trabalho por um a seis annos*, e multa correspondente á metade do tempo.»

Caro pois ha de custar no Brazil ao usurpador o seu arrojado e astucia; e, ao mesmo passo que a lei assim vela, na ausencia prolongada de um marido, sobre a honestidade das esposas contra a simulação, tambem protege a liberdade da viuva, que nem por surpresa quereria cessar de respeitar a memoria das cinzas de seu marido, ou ver offendida a sua propria honestidade, que nas viuvias é tanto ponto de honra, como nas donzellas.

ARTIGO 337.º

Todo o homem ou mulher que contrahir segundo ou ulterior matrimonio, sem que se ache legitimamente dissolvido o anterior, será punido com a prisão maior temporaria, e o maximo da multa.

Art. 34.º, 41.º e ref.

A unidade do matrimonio é a base da familia¹. O facto pois é justamente incriminado, porque, alem de abalar essa base, destroe os alicerces das sociedades modernas, repugna aos costumes publicos, aos preceitos da religião, ás leis, e, se reprimido não fosse, seria causa de escandalos, discordias e confusão.

Comtudo a *monogamia* tem sido mais ou menos modificada, segundo a diversidade dos tempos e dos logares.

A *polygamia* era praticada entre os antigos povos da Grecia, assim como entre os parthos, os egypcios e os persas. Ainda existe hoje no Oriente.

A religião de Mahomet a permite. Comtudo, entre muitas mulheres, a uma só compete o nome de esposa e de mulher legitima².

Entre os romanos a polygamia foi sempre severamente prohibida, liv. 2.º Cod. *de incestis et inutil. nupt.*, e os bigamos eram declarados infames; liv. 18.º Cod. *ad leg. Jul. de adult.*; e até punidos com a morte, assimilhados aos adúlteros: Nov. 117.ª liv. 30.º Cod. *ad dict. leg.* modificada pela auct. e annexa³.

Em França foi antigamente punida tambem com a morte. Houve ali condemnados ao supplicio da forza por sentenças de 1565, 1567, 1583 e 1626, sendo este ultimo o barão

¹ Bousquet, Dicc. de Dr.

² O Cod. da China é omisso, assim como o da Turquia.

³ Morin, Dicc. Jur. Cr.

de Saint-Angel. Depois se reduziu á exposição dos bigamos com tantas rocas á ciata, quantas as mulheres, e das bigamas com tantos chapéus quantos os maridos, seguida de galés temporarias ou banimento para aquelles, e tambem de banimento ou de reclusão em caso de força para estas.

O Cod. de 1791, tit. 2.º secç. 2.ª art. 33.º, modificou a penalidade. A definição de bigamia dada n'este Cod. passou para o de 1810, art. 340.º, não alterado pela Lei de 28 de Abril de 1832.

Na Allemanha, a Const. da Carolina que ali fazia o antigo direito criminal commum, e ainda hoje rege em alguns Estados, foram assimilhados no art. 121.º aos adúlteros, como entre os romanos, e com mais que justa rasão, porque a *bigamia* é o *adulterio qualificado* ou mancebia adulterina, com as circumstancias aggravantes do dolo deliberado e de fraude, com violação das leis civis e religiosas sobre o matrimonio¹.

Na Toscana, pelo Cod. de 1786 de Leopoldo, art. 96.º, a bigamia tambem é collocada a par do adulterio, da bestialidade e da sodomia.

Na Austria, Cod. de 1803, art. 185.º a 187.º, se distingue, se o culpado occultou ou não o seu estado á pessoa com quem contrahiu segundas nupcias. Esta distincção é justa, tanto porque o crime se agrava pela fraude, como porque sem a fraude não poderia o culpado encontrar quem quizesse com elle contrahir nupcias.

O novo Cod. da Baviera, art. 297.º, imitou este na distincção, mas com aperfeiçoamento na penalidade. No art. 298.º considera como causa de aggravação a circumstancia de serem os contraheutes já ambos ligados a outro matrimonio.

Os seis modernos Cod. da Allemanha, extractados no Comm. de Chauveau, a pag. 559, distinguem tambem a bigamia em *dobrada e simples*.

Os mesmos Cod. punem o esposo bigamo que simulou estar livre.

São circumstancias attenuantes, segundo alguns d'estes Cod.: 1.º, a *nullidade* do primeiro matrimonio; 2.º, a *não*

¹ Meisteri, cap. 22, § 280.º

consummação do segundo; 3.º, a longa ausencia do conjuge legitimo, se havia fundados motivos para se acreditar o seu fallecimento.

O Cod. de Darmstad considera esta ultima circumstancia como dirimente.

Na Italia são mais rigorosos, tanto o Cod. da Sardenha, art. 529.º, como o das Duas Sicilias, art. 331.º

Ambos resalvam as penas mais fortes em caso de *falsidade*, acrescentando o das Duas Sicilias, que nunca então essas penas possam ser applicadas no seu *minimo*.

Na Hespanha o direito antigo punia o crime por modo muito singular. O *Fuero Juzgo* impunha aos bigamos a *escravidão*, como pena em favor do conjuge legitimo. O *Fuero Real* impunha pena pecuniaria, metade em favor do mesmo conjuge, e metade para o rei = 100 *maravedis* ¹.

O mod. Cod. Hesp. reduz toda a materia sobre *bigamia* ao art. 385.º:

« El que contraere *segundo ó ulterior* matrimonio sin haberse legitimamente dissuelto el anterior. »

Nas leis inglezas (acto 9.º, Geor. IV, cap. 31.º § 22.º) tanto os culpados, como seus cúmplices, são punidos como réus de crime de *felonia*. É ali considerada como no Cod. Hesp. de 1822 dirimente a circumstancia da falta de noticia em caso de ausencia de sete annos cumpridos, assim como a da declaração de nullidade do matrimonio anterior ².

Nos Estados Unidos, Estatutos da Nova York, tit. 5.º art. 2.º § 8.º, se permite para punição d'este crime a prolongação da prisão estabelecida até dois annos na lei ingleza.

No Cod. do Brazil, art. 249.º, se impõe a *prisão com trabalho de um a seis annos* e multa correspondente á metade do tempo.

Entre nós foi D. Diniz o primeiro que ³, afastando-se das leis de Hespanha, e seguindo as dos romanos, puniu por uma

¹ Encontram-se recopilados os textos em Pacheco, Comm. ao Cod. Hesp.

² Blackstone, Laya, Chauveau, etc.

³ Na Man. se lê = *casou com a segunda sem saber certo que era a primeira viva* =. Na Filipina se emendou = *casou com a segunda sem se saber certo que era a primeira morta* =.

Lei de 11 de Agosto de 1340 este crime com a pena de morte, que pareceu excessiva a D. Duarte, e por isso mandou, sem a revogar, que a execução se não fizesse sem se lhe dar parte.

D'aqui foi tirada precisamente a Ord. do liv. 5.º tit. 19.º pr. e § 1.º; e Man., mesmo liv. tit. e §:

« Todo o homem, que sendo casado e recebido com uma « mulher, e não sendo o matrimonio julgado invalido *per juizo da igreja*, se com outra casar *morra por isso*... E esta mes, « ma pena haja toda a mulher... o que tudo haverá logar, ora « ambos os matrimonios fossem invalidos *per direito*, ora um « d'elles. »

Assim não admittia, nem como razão justificativa, nem como razão atenuante, a allegação da illegalidade dirimente de qualquer dos matrimonios, emquanto no juizo ecclesiastico se não pronunciasse sobre a nullidade do sacramento.

É esta uma das leis que ha muito se achava como abrogada pelo não uso, consentido tacitamente pelos mesmos principes, por dever ser comprehendida quanto á pena entre as injustas e atrozes ¹.

Estabelecido o tribunal da inquisição, assentou-se, ouvido o mesmo tribunal, que o caso era = *mixti fori* =, tendo por isso logar a prevenção: concorrendo o mesmo tribunal pelo fundamento de que os bigamos se deviam tambem considerar réus de *heresia*, como *suspeitos na fé por sentirem mal do sacramento do matrimonio*, como se pondera no Decr. de 26 de Maio de 1689. Todavia a competencia d'aquelle tribunal se tornou exclusiva, porque só elle fazia apprehensão nos bigamos, sem que a justiça secular se intromettesse ².

O Cod. de 1837, art. 341.º, estabeleceu:

« O homem ou mulher casada, em matrimonio celebrado

¹ *Quæ quidem, ad penas quod attinget, injustæ sunt et atroces, ne dicam crudeles, vix enim debitam servant proportionem.* Mell. Fr., Jur. Cr., tit. 1.º § 29.º

² Nota (f) do Repert à Ord., tom. 1.º pag. 78 col. 2.ª, ed. Vicent. — A Ord. do liv. 5.º cit. tit. 19.º, admittia para prova subsidiaria do crime a confissão judicial, e para se obter o emprego de *tormento*, não tendo o delinquento *qualidade que o escusasse d'elle!*... Era ao tribunal da inquisição que se confiava a prisão dos réus, instrução e julgamento de taes processos!... Mell. Fr., Inst., liv. 2.º tit. 5.º § 12.º, e Jur. Cr., tit. 10.º § 9.º

«segundo o prescripto na lei civil, que, sabendo estar vivo o outro conjuge, tornar a casar, será punido com a reclusão temporaria.»

Parece-nos que no estado actual da nossa legislação se deve abrançar não só o caso da dissolução do primeiro matrimonio por morte de um dos conjuges, mas por qualquer outro que o invalide: — *donec certum nuntium recipiant de unius morte et firma certitudine constet, quod ab hac vita migraverit*: cap. 2.º e 10.º de sponsal.; e — não sendo o matrimonio julgado invalido per juizo da Igreja: — cit. Ord.

O presente art. quanto á sua incriminação, vertida em harmonia com o cit. art. 385.º do Cod. Hesp, comprehende ambas estas idéas, e por isso satisfaz plenamente. Não podemos porém deixar de considerar digna de emenda a penalidade que estabelece.

Parece-nos que conviria fazer distincção a este respeito entre homens e mulheres. Para os homens deve a pena ser de degredo, não excedente a sete annos, como se permite na lei ingleza. O estado e falta de prisões, que difficilmente viremos á ter adequadas, e a necessidade de mandar para as nossas colonias os delinquentes que ali podem moralisar-se, fixar-se, e ser uteis a si e ao Estado, preferindo aquelles que, como no caso presente, sem ser culpados de roubo nem de assassinato, são de outros crimes, como tanto graves, são considerações que o legislador deve ter em vista, como de justiça, de necessidade e de boa politica.

Quanto ás mulheres não ha outro remedio senão a prisão; mas entendemos que é excessiva, quando temporaria não é definida. O maximo deve reduzir-se tambem, conforme á legislação ingleza ampliada pelo Estatuto da Nova York supracitado, a cinco annos. A pena deve tornar-se moralisadora pelo trabalho, e por isso deve ter logar em casa penitenciaria ou de força, e em quanto não tivermos d'estes estabelecimentos, em qualquer dos existentes em que provisoriamente se possa aggravar no soffrimento, na razão directa da attenuação na duração. As mulheres devem sequestrar-se por algum tempo da sociedade, para que a sua reversão sómente se verifique quando a expiação possa ter neutralisado o escandalo publico, causado

pela sua conducta criminoso; e tambem porque propensas á prostituição, se deve esta prevenir, conservando-se em logar em que se lhes tornem impossiveis outros actos de deshonestidade e de infidelidade conjugal.

Depois, passado algum tempo do cumprimento da pena em satisfação do tributo prestado á offensa da moral publica, por exemplo um terço, deve ser permitido ao verdadeiro conjuge offendido, homem ou mulher, fazer cessar o cumprimento da pena, uma vez que ambos declarem que consentem em continuar juntos no desempenho das obrigações contrahidas pelo seu matrimonio.

Se a pena não deve passar da pessoa do delinquente, se é um acto de virtude perdoar as injurias, se os direitos conjugaes são uma propriedade sagrada e inviolavel como outra qualquer, se o vinculo é indissolavel, se o conjuge ultrajado é n'este caso o melhor juiz da sua propria causa e das suas conveniências pessoas e domesticas, a sua reclamação deve ser attendida.

O contrario seria uma tyrannia, uma injustiça. — *Quod Deus conjunxit homo non separet.* —

O *Fuero Juzgo* da Hespanha fazia mais, como vimos, pois tornava o esposo offendido senhor absoluto dos destinos dos offensores. A escravidão encobria aqui um pensamento justo, comquanto imposta por um modo absurdo, barbaro e exagerado.

Demais, se os effeitos da condemnação cessam inteiramente nos casos de adulterio pela reconciliação do marido com a mulher, como é expresso no § un. do art. 402.º, a mesma disposição deve ter logar nos casos de bigamia, que são de *adulterio qualificado*, pelo abuso do matrimonio, a não ser complexa de algum outro crime mais grave que prepondera para a imposição de maior pena. Passado algum tempo de expiação em razão da qualificação que a distingue, como propomos, a offensa do bigamo fica na mesma linha que a do *adulterio simples*. E note-se que nem por isso entendemos que seja nem deva ser consequencia a suspensão da pena quanto ao cumplice do bigamo, como adiante exporemos ao cit. art. 402.º

É esta uma razão a acrescentar para se conservar em re-

cato, e como em deposito, na reclusão a mulher bigama. É preciso remover os escrúpulos, fazer nascer a compaixão resultante da expiação, promover a união das famílias, e não a dificultar, expondo a mulher esquecida dos seus deveres á tentação de novas injurias.

Escusámos acrescentar que qualquer que seja o bigamo, homem ou mulher, a multa é absolutamente destituida de fundamento que a faça toleravel. Não tem a menor analogia com o crime, e participa do vicio commum ás penas indivisiveis, por ser aqui mandada impor no seu maximo!

O que temos ponderado sobre a penalidade nós o vemos confirmado no mod. Cod. da Prussia, § 139.º:

«O conjuge que contrahir novo matrimonio antes de dis-
«solução de seu casamento, e a pessoa solteira que contrahir
«matrimonio com pessoa casada, sabendo que esta o é, será
«punida com prisão de trabalhos forçados até cinco annos.»

O mesmo Cod. submete á mesma penalidade o ministro da religião ou empregado civil cúmplice da celebração do novo matrimonio.

Se o homem ou mulher que contrahir matrimonio tiver conhecimento de que é casada a pessoa com quem o contrahir, será punido pelas regras da cumplicidade.

Art. 26.º, 88.º, 79.º § 1.º, e 82.º

O conjuge, homem ou mulher, livre de anterior enlace, commette um crime, que muito pouco se distingue do da bigamia, por isso que ambos os criminosos concorrem essencialmente, e por igual, para a consummação do facto criminoso. *Erunt duo in carne una.* Tornou-se solidario nas consequências do crime, porque sem a sua cooperação não teria logar a perpetração. Commette crime de adulterio, ajuda a commette-lo com as circumstancias aggravantes do abuso do contrato civil, o mais respeitavel na sociedade, assim como da religião do reino, pela sacrilega profanação de um sacramento inseparavel do contrato. O facto é tambem acompanhado do maior grau de premeditação que se pôde imaginar, porque lhe precede *concerto* para o crime, e lhe segue o estado de reincidencia permanente.

Por isso alguns dos Cod. citados não fazem distincção; outros porém, como os da Allemanha, attenuam a pena. É certo que, por muito grave que seja o attentado do co-réu n'este crime, só pôde dizer-se *bigamo* ou *polygamo* o que materialmente praticou o facto de casar mais de uma vez sem ter liberdade para o poder fazer, emquanto se não achassem rotos os laços anteriores. A obrigação de respeitar esses laços, comquanto extensiva ao homem ou mulher livres, é mais restricta, mais rigorosa a respeito do homem ou mulher casados anteriormente. Adequada portanto nos parece aqui a applicação das regras da cumplicidade.

O esposo livre para se evadir a ellas não carece de fazer

prova alguma da sua *ignorancia*, porque o dolo nunca se presume, a boa fé *sempre*, quando com esta presumpção legal não collidam outras que a contradigam ou enfraqueçam.

Assim nenhum dos esposos, que tivesse contrahido o matrimonio com violação das leis prohibitivas da *clandestinidade*, que tem por objecto dar a este acto solemne uma salutar publicidade, poderia allegar a *ignorancia* sobre o estado de casado do seu consorte sem o provar¹.

ARTIGO 339.º

As disposições especiaes que as Leis existentes estabelecem a respeito de matrimonios illegaes e de contravenções aos Regulamentos sobre os actos do estado civil, observar-se-hão em tudo o que não se acha decretado n'esteCodigo.

Art. 3.º, 4.º, 15.º n.º 1.º, 205.º, 216.º n.ºs 1.º a 5.º, 218.º n.ºs 1.º a 4.º, 219.º, 226.º, 234.º, 237.º, 309.º, 341.º, 348.º, 451.º n.º 1.º, e 487.º a 489.º

Matrimonio illegal é o contrahido sem precederem as habilitações que a lei requer. São pois todos os *clandestinos sem proclamas* ou não celebrados *in facie Ecclesiae*. O Cod. do Brazil, art. 248.º, pune os delinquentes com a prisão de dois mezes a um anno.

A *bigamia* de que tratam os art. antecedentes respeita á essencia do matrimonio; a *clandestinidade* respeita á *solemnidade* e *authenticidade*. A *bigamia* nunca póde deixar de ser acto nullo e criminoso; a *clandestinidade* póde ser auctorizada e justificada em muitos casos. O que a lei pune não é, nem n'um nem n'outro crime, a violação das leis canonicas, mas a das mesmas leis, como civis, pela adopção no direito temporal, em rasão do contrato, materia do sacramento¹. A preterição de solemnidades, ainda que muito respeitaveis, nunca se póde reputar crime igual, e menos superior em gravidade, ao da fraude, na usurpação dos direitos conjugaes.

Matrimonio illegal é tambem o do bigamo, porque é illegal tudo o que se faz com infracção das leis; mas assim como se julgou conveniente e competente o tratar especialmente da bigamia no Cod. Penal, se devia praticar o mesmo a res-

¹Solon, Théorie, sur la nullité des actes, tom. 2.º pag. 185 e seguintes.

¹ V. comm. ao § 2.º do art. 136.º

peito de clandestinidade; porque o degredo *perpetuo*, comminado na Lei de 13 de Novembro de 1651, é exorbitante, comparado com a pena *temporarii* do facto *mais grave* contemplado no art. 338.º

Igualmente não deviam ser omittidas outras especies, e tal é a dos matrimonios contrahidos por clerigo, freira ou outra pessoa ligada por votos *solemnes* de celibato ou de castidade.

Estes criminosos são, e com justa razão, equiparados aos bigamos no art. 383.º do Cod. Hesp.:

«En igual pena incurrirá el que contraere matrimonio «estando ordenado *in sacris*, ó ligado con voto *solemne* de «castidad.»

Assim o pedia o dever social de prestar força á religião do reino, e o de se evitarem escandalos que offendem a moral publica. O facto se tornava mais digno de repressão, quando committido por um ministro da religião, occultando o seu estado a mulher livre, fazendo a sua desgraça e a dos filhos, a que o Estado deve protecção.

O voto *solemne* que prestam as religiosas as inhabilita igualmente. Dizemos *solemne*, porque, se o não for, a repressão do crime pertence ao fóro interno, e não póde ser objecto das leis penaes ¹.

Da mesma forma se poderia contemplar em regra geral aquelle que contrahisse matrimonio, sabendo que para isso lhe obstava algum impedimento legal dirimente ou impediende.

Assim o praticou o Cod. da Austria, part. 2.ª art. 252.º, e o Cod. Hesp., art. 386.º e 387.º, fazendo a distincção entre os impedimentos dispensaveis e os não dispensaveis.

O Cod. é pois deficiente a estes respeito, e foi por isso que precisou ser remissivo, para que se não tornasse duvidosa a subsistencia das determinações existentes sobre as especies omittidas. Assim se safu da difficuldade, que aliás nos parece não era tão grande que justificasse a omissão, principalmente em vista dos exemplos apontados.

Esta deficiencia com remissão ás leis existentes leva a conclusões absurdas, comparadas com outras disposições do Cod.

Comparando-se este art. com o § 2.º do art. 136.º, com relação aos matrimonios clandestinos, resulta que o ecclesiastico que receber clandestinamente os esposos soffre a pena de prisão correccional de um a tres annos e multa de um mez a um anno, tendo sido então, com abuso de suas funções religiosas, o executor e instrumento do mesmo crime, emquanto que os falsos esposos, nos termos do cit. Alv., têm de soffrer o degredo perpetuo com a comminação de morte!

Pelo Cod. do Brazil o ecclesiastico e os contratantes são punidos com a prisão de dois mezes a um anno; mas o ecclesiastico soffre mais a multa correspondente a metade do tempo. Entre nós é hoje n'este caso o inverso. Deve punir-se o maior culpado com pena levissima em comparação da quem de ser imposta aos menos culpados!

Outras repugnancias poderíamos notar, em resultado da comparação d'este art. com outros do Cod.; mas esta basta para fazer ver os graves inconvenientes que se derivam necessariamente da codificação incompleta e precipitada, de que tem de seguir-se depois anomalias e contradicções que ferem principios da equidade e da justiça distributiva.

A mesma deficiencia se encontra no Cod. quanto ás contravenções sobre os actos do *estado das pessoas*, não tanto por se referir aos respectivos regulamentos, como por se restringir, em conformidade com a epigraphie do cap., aos actos do *estado civil*, deixando em silencio os do *estado politico*.

As *questões de estado* no das sociedades em que a escravidão se tolera podem ser, se um homem é livre, se escravo; no das do governo representativo, se tem voto ou não, ou se, tendo-o, é ou não elegivel; e, em geral, se é cidadão ou estrangeiro; se é casado, solteiro ou viuvo; se é filho legitimo ou natural; e se, sendo natural, é de coito damnado ou punivel; ainda hoje entre nós se é filho de homem nobre ou plebeu; se é ou não sujeito a patrio poder, tutela ou curadoria ¹; condemnado ou liberto; contribuinte ou proletario, rico ou pobre, empregado publico, civil ou militar; se tem ou não ordens ou votos de religião.

¹ Pacheco, no cit. art. do Cod. Hesp.

¹ Foulhier, tom. 1.º n.º 179.º

SECÇÃO 4.ª

PARTOS SUPPOSTOS.

ARTIGO 340.º

A mulher que, sem ter parido, der o parto alheio por seu, ou que tendo parido filho vivo ou morto, o substituir por outro, será condemnada em degredo temporario.

§ 1.º A mesma pena será imposta ao marido que for sabedor e consentir.

§ 2.º Os que para este crime concorrerem serão punidos como auctores ou cúmplices, segundo as regras geraes.

Art. 25.º, 26.º, 35.º e ref.

A nossa Ord. do liv. 5.º tit. 55.º, pr., dizia o seguinte:

«O crime do parto supposto é acompanhado de muitos outros, e em grande damno da republica. Portanto mandámos que toda a mulher que se fingir ser prenhe, sem o ser, e der o parto alheio por seu, seja degradada para sempre...»

O Cod. do Brazil, art. 254.º, exprime-se do seguinte modo:

«Fingir-se a mulher prenhe, e dar o parto alheio por seu, ou sendo verdadeiramente prenhe, substituir a sua por outra creança; furtar alguma creança, occulta-la ou troca-la por outra.—Penas: prisão de quatro mezes a dois annos, e multa de metade do tempo.»

Os Cod. Fr., art. 345.º, das Duas Sicilias, art. 346.º, e da Sardenha, art. 548.º, punem este crime com a reclusão.

Este nosso art. os imitou, quanto á incriminação, mas não quanto á pena, porque em nenhum se encontra a de degredo, que é inadequada, injusta n'esta hypothese especialmente, quando applicada ás mulheres, e muito mais ás mulheres casadas.

A prisão é a unica pena que os bons costumes, o simples bom senso, aconselham a respeito das mulheres casadas.

Separa-las de seus maridos, e pelo degredo simples, como aqui se determina virtualmente pela imposição da pena, escandalisa a moral publica, a ponto que excede e muito o escandalo que resulta da offensa, que é causa da mesma pena.

Se a pena é impropria por sua qualidade, em relação á pessoa do delinquente, mais digna de censura se torna ella quanto á sua duração. Emquanto o Cod. do Brazil adopta a prisão correccional por quatro mezes a dois annos, este nosso art. commina o degredo temporario, que é de tres a quinze annos!

Isto em geral e com relação a todas as especies comprehendidas n'este art.; mas estas considerações se aggravam logo que estas especies se distinguam. Umas são muito, outras nada criminosas.

O primeiro defeito d'este art., em que labora tambem o Cod. do Brazil, e os mais supra indicados, é o de se incriminar o facto material, sem se curar do fim a que esse facto se dirige, e de quaes serão as suas consequencias necessarias, effectivas ou mesmo possiveis.

A primeira especie é a da mulher que, sem ter parido, diz o art., dá o parto alheio por seu.

A Ord. do Reino no cit. liv. 5.º tit. 55.º, assim como o Cod. do Brazil, tornam essencial para esta incriminação a simulação da gravidez. O facto material, sem ser precedido d'esta longa premeditação, não tem importancia alguma, porque ninguém o acredita. Cae por si mesmo, porque lhe falta a menor sombra de verosimilhança.

A simulação mesma, constante por sete ou nove mezes, ainda quando ella possa coincidir com o augmento de volume, nascido de uma suppressão de menstruação, e a diminuição do mesmo volume, em rasão de uma superveniente hemorragia a termo preciso de parto, é tão debil e são tão especiaes e tão exclusivos os symptomas do parto, que só póde ter alguma importancia, quando o facto não seja examinado de prompto.

§ 4.º A sciencia tem regras seguras, indicios numerosos e physicos, que poucas vezes falham, quando recentes, e que os com-

petentes peritos podem applicar com segurança, para demonstrar a falsidade. Não deveria pois bastar para a incriminação a *simulação do parto*, era preciso a *simulação da gravidez*. D'esta é que pôde resultar maior perigo, assim como demonstra um mais extenso grau de premeditação. Acertados pois nos parecem os termos em que n'esta parte se achava redigida a Ord., que o Cod. do Brazil imitou. De accordo ficava assim com os principios proclamados pelos auctores da medicina legal¹.

Quando a *simulação do parto* é precedida da *simulação da prenhez*, a verosimilhança afasta as primeiras suspeitas, e consequentemente os necessarios exames na primeira semana, nos primeiros dez ou quinze dias depois do supposto parto. Decorrido mais tempo o crime necessariamente fica *imparne*, porque não ha pena possível, prova legal sufficiente para a formação de um corpo de delicto concludente.

A sciencia é verdade que ainda então offerece, como objecto de exame, alguns indicios. Mas elles são taes que a sua ausencia demonstra, que não pariram as mulheres que realmente pariram.

« Ces caractères, diz Orfila, ne permettent point d'affirmer que l'accouchement a eu lieu; ils peuvent seulement le faire présumer; leur absence au contraire sert à établir que la femme n'est jamais accouché. »

Se a sciencia pois se confessa fallivel e impotente, a lei penal deve vir em seu soccorro para a prevenção do crime, que sem auxilio da sciencia a lei não pôde castigar. E este soccorro só pôde ser o de se reprimir severamente o acto preparatorio da *simulação da gravidez*; e prevenindo-se assim as ultteriores consequencias se evitam os exames tardios e estereis, em presença dos quaes fallece a base legal da incriminação.

Este art. porém, quanto á supposição do parto, não contém sómente o defeito de preterir, como elemento constitutivo, a *simulação da gravidez*, reúne sobre todos o mais im-

¹ Vid. Capuron, des accouchemens, part. 1.ª § 7.º; Devergie, Méd. Leg., tom. 1.º, cap. 8.º pag. 184.º; e sobre todos largamente Orfila, Traité de Méd. Leg., tom. 1.º pag. 240 e seguintes.

portante, que é o de abstrahir da intenção ou do maior, menor ou nenhum dolo que no mesmo facto pôde existir.

A amante que, desejando reter pelos vinculos do amor paternal o amante, cuja afeição sente afrouxar, accusa o estado da gravidez, e que depois, para não attrahir o abandono, perder as esperanças de um casamento, e de rehabilitar por elle a sua honra, finge esse estado até ao termo do parto, como no exemplo apontado por Capuron e reproduzido por Orfila;

A mulher casada, que vendo-se maltratada por seu marido, afflicto por falta de successão, premedita pela *simulação da gravidez e pela do parto o nascimento de um filho*, como no exemplo apontado por Devergie;

A mulher que, sendo casada em primeiras ou segundas nupcias, não tem filhos nem esperanças de os ter, e não tem bens, cuja successão como de viúvelo ou de praso familiar, tenha de recair em pessoas de familia, a ninguém prejudica fazendo a educação e a fortuna d'um ente que veiu ao mundo no maior desamparo;

A mulher solteira que, abrazada em caridade, e tendo alguns meios de fortuna ou de industria, para, alem da sua propria subsistencia, cuidar de crear e educar uma creança abandonada ou pobre, consegue que seus paes lh'a entreguem, e que satisfaz a este dever sagrado que assim contrahe;

A mulher casada ou solteira que é arrastada a este fingimento para evitar de um modo ostensivo e claro um acto licito de exclusão de parentes que não são seus herdeiros necessarios, a que pôde preferir um estranho, dos quaes tem recebido affrontas e injurias, e teme alguns actos de vingança e resentimento, se a verdade lhes fosse patente;

A mulher que, sem prejuizo de seus proprios filhos, para salvar a honra de uma filha unica, e com o seu consentimento, ou não tendo filhos, para salvar a honra de uma irmã, de uma amiga, enquanto estas occultam o seu verdadeiro estado, aquella as acompanha na *simulação* para a final as livrar da crise, dando o parto por seu;

A mulher que a este motivo nobre e generoso acrescenta, como é de presumir, o de poupar a exposição, o infanticidio

ou o aborto committido pela propria mãe, ou seus parentes ou amante:

Todas estas mulheres podem ser accusadas e condemnadas nos termos litteraes do Cod. O fingimento, a mentira, têm motivos nobres, não prejudiciaes a terceiro, uteis a uma innocente creança; são motivos de caridade, de necessidade bem ou mal entendida, preventivos de grandes crimes; constituem um acto de generosa dedicação. . . Embora; essas mulheres têm de ser punidas com o degredo temporario em rasão do facto material.

Nenhuma d'estas circumstancias pôde ser attendida, se não para se descer até ao minimo de tres annos de degredo, art. 82.º, e quando muito nos termos do § un. d'este mesmo art., se os juizes considerarem o numero e importancia das mesmas circumstancias, poderão usar do arbitrio que lhes é concedido, para reduzirem a pena a prisão correccional, não descendo de *dois annos*.

Dois annos de prisão correccional, *minimo extraordinario*, cinco vezes maior que o *minimo ordinario* do Cod. do Brazil!! Aqui ha erro por força e gravissimo. Tão desvairadas determinações penaes demonstram, que um dos legisladores se illudiu na apreciação dos factos.

Não temos aqui nem crime nem delicto, mas sómente *contravenção* pela violação material de uma lei preventiva, independentemente de toda a *intenção malefica*, nos termos do art. 3.º, isto é, de causar prejuizo=*intention de nuire*==, que possa com a menor sombra de justiça ser punida com uma das penas graves¹.

Sem duvida que não foram estas as intenções do legislador. Uma preocupação o predominou, e foi a que se acha na nossa Ord. cit. =o crime do parto supposto é *acompanhado* de muitos outros, e em grande damno da republica==, que não tem por fonte, nem o Cod. Man., nem o Affonsino, nem alguma lei extravagante. A legislação do reino era omissa. Devemos esta novidade aos filippistas, assim como tantas outras que nasceram do seu pouco cuidado e precipitação, que

teve por fim politico acreditar a dominação dos Filippes pela promulgação de um novo Cod., quando o anterior não havia chegado nem sequer ao estado da adolescencia.

Os filippistas supprimiram esta omissão, segundo o direito romano, que viu n'este crime o de *falsidade* = *quia qui partum supponit falsum committit* =, e se approximaram do rigor do mesmo direito, substituindo a pena de morte com o degredo perpetuo e confisco.

Mas da consideração = *é acompanhado* = á do = *pôde ser ou foi acompanhado de outros crimes* = vae grande distancia. A primeira consideração, como temos feito ver nas hypotheses figuradas, não é verdadeira; a segunda pôde ter ou *possibilidade* ou *realidade*. Pôde ficar em crime *frustrado* ou *consumado*.

N'estes dois casos, e sómente para elles, devia ter logar a incriminação, excepto para no primeiro caso se contemplar a simples *contravenção*.

Em outros termos é preciso contemplar sempre o concurso *real* ou pelo menos *ideal* de outros crimes. Por isso o mod. Cod. da Baviera se absteve de incriminar o parto supposto, e sómente depois de incriminar em geral a fraude no art. 256.º, para alguem procurar a si ou a outrem uma vantagem *illicita* ou em *prejuizo de terceiro*, no art. 280.º se contentou com declarar que sejam punidas as fraudes que *põem em perigo ou prejudicam o estado das pessoas*, e que a pena, que é a de *prisão com trabalho*, se agrave conforme ao *damno causado ou beneficio colhido*.

Nós podiamos tambem com mais justiça contemplar sómente dois factos: 1.º, o crime de *falsidade* nos casos de falsa declaração ou producção de attestados ou documentos falsos, para prova do parto; 2.º, o prejuizo causado ou que se pretendia por taes meios causar a um terceiro; e no Cod. se encontrariam para todos esses casos as penalidades correspondentes, sem precisão de se recorrer, nem mesmo á disposição do art. subsequente, como'ahi notaremos.

A segunda parte da incriminação feita n'este art. é inteiramente distincta da primeira. Não houve a necessidade da premeditação ou fingimento da gravidez, porque effectivamente

¹ Chauveau e Helie, tom. 4.º pag. 360, ed. de 1852.

houve parto. Esta mesma segunda parte se subdivide em duas hypothèses distinctas.

A delinquente ou pariu filho *vivo* ou *morto*.

Se pariu o filho *morto*, a supposição do parto pôde ter motivos dignos da contemplação do legislador, como nas hypothèses figuradas, em relação á que não pariu.

Tambem pôde ter por fim a occultação de um parto abortivo ou de um crime de infanticidio; mas então inutil é a incriminação, porque devem preponderar as penas d'esses crimes. A substituição do parto só deve então ser considerada como circumstancia aggravante.

Se pariu o filho *vivo*, não é possível imaginar a substituição de accordo entre duas mães, senão ou porque uma quer por motivos de interesse substituir um a outro sexo, ou adoptar uma creança que nasceu mais robusta ou sem os defeitos physicos de aleijão ou deformidade de seu proprio filho. O consentimento da outra pôde ser obtido ou á custa de donativos ou promessas, ou ter alguma desculpa na pobreza e na contemplação das vantagens que o amor maternal faz desejar a seu filho em poder alheio.

Ambas estas mães postergam os sentimentos mais sagrados da natureza, e prejudicam ou fazem o interesse de um dos filhos á custa do outro.

Portanto parece-nos que especies tão distinctas não deviam ser comprehendidas, e menos confundidas no presente art. debaixo da mesma incriminação e penalidade; e em todo o caso o *damno ideal* resultante do crime devia dar logar a pena menos grave que o *damno real*.

Por ultimo notaremos a repugnancia que resulta quanto á penalidade do presente art., comparado com o art. 344.º Substituir uma por outra creança é trocar um menor por outro menor de sete annos, de que ali se trata. Temos portanto o mesmo crime ali punido em geral com trabalhos publicos temporarios, enquanto aqui se pune com degredo temporario com especial relação á mãe, pae e co-auctores da troca ou substituição.

Este art. portanto é absurdo na sua complexidade, excessivo na sua penalidade, contendo n'ella uma rigorosa antinomia.

ARTIGO 341.º

Será punida com os trabalhos publicos temporarios a falsa declaração dos paes de um infante, feita ou com consentimento ou sem consentimento d'elles perante a auctoridade competente, e com o fim de prejudicar os direitos de alguém; e bem assim a falsa declaração feita perante a mesma auctoridade e com o mesmo fim, do nascimento e morte de um infante que nunca existiu.

Art. 33.º e ref.

Este art. contém duas incriminações debaixo da mesma penalidade.

A primeira, apesar do seu defeito de redacção, poisque se não trata de declaração *dos paes*, mas da *de filiação*, deve entender-se a respeito de toda e qualquer declaração, seja negativa ou affirmativa, a respeito do nascimento ou morte de um infante, ou de quaesquer outras que prendam com a questão da paternidade, identidade entre dois infantes, tempo, logar e outras circumstancias que a auctoridade publica precise saber para proceder conforme a direito.

Mas produziu essa declaração a usurpação do estado de pessoa, ou prejudicou os direitos de alguém?

O art. nos seus termos absolutos ou antes vagos deve ser tomado em toda a sua generalidade.

Assim se contenta o legislador com o prejuizo *intencional* ou *possivel*, e portanto consummado ou não consummado o fim de que o facto é meio incriminado, a pena é sempre a mesma.

Quanto á segunda, restricta á falsa declaração de *nascimento e morte* de um infante que nunca tinha existido, o caracter especial e principal do crime é tambem o da falsidade em prejuizo de terceiro. A gravidade do crime é a mesma. A pena portanto não devia ser diversa.

De resto são applicaveis a este art. as observações que aduzimos ao art. antecedente, com a differença que n'este art. a incriminação é sempre subordinada ao prejuizo de terceiro, *real ou ideal*, o que tambem justo era que ali se tivesse feito ou pelo menos distinguido, para se proporcionar a penalidade¹.

¹ Deve tambem notar-se a imperfeição de redacção d'este art., comparada com a dos art. seguintes. Duas vezes emprega o legislador a palavra =*infante*= sem nos dizer até quando deve um menor ser considerado =*infante*=.

A *infancia* ou idade *infantil* costuma contar-se, diz Moraes, Dicc., desde o nascimento do homem até aos sete annos da sua idade. Mas se assum fosse, o Cod. se servira da expressão =menor de sete annos= como nos art. seguintes.

Querem outros que signifique a idade que se estende até aos quatorze annos ou da adolescencia: Bluteau, Dicc.; *enfant* exprime a idade até aos doze annos, Dicc. da Academ. Fr. Esta expressão tanto pôde comprehender os meninos, emquanto não fallam, como emquanto não têm uso da razão.

Se consultámos a etymologia da palavra, assim grega como latina, tanto pôde exprimir a idade de *sete* como a de *oito* annos: Vicat, Vocab. Jur.

Tempo houve em que a palavra *infante* se applicava na religião de S. Bento aos monges novos ou de poucos annos de professos, que depois se chamavam *choristas*: Santa Rosa de Viterbo, Elucid.

Outros precisam a idade da infancia emquanto os meninos não fallam: Costa e Sá, Dicc. seguindo a auctoridade de Plumo.

Não sendo pois bem segura e definida a significação da palavra =*infantes*=, que é o que pretendeu exprimir aqui o legislador? mais, menos ou tanto que a idade dos sete annos? Era essencial que o declarasse para que a incriminação não ficasse incerta e ambigua a respeito de um dos seus elementos constitutivos.

SECÇÃO 3.ª

SUBTRACÇÃO E OCCULTAÇÃO DOS MENORES.

ARTIGO 342.º

Aquelle que por violencia ou por fraude tirar ou levar, ou fizer tirar ou levar um menor de sete annos da casa ou logar em que, com auctorisação das pessoas encarregadas da sua guarda ou direcção, elle se achar, será condemnado a prisão maior temporaria.

Art. 34.º e ref.

O Cod. do Brazil, art. 254.º, considera este crime =*furtar alguma creança*= na mesma linha que o do *parto supposto*: prisão por *quatro mezes a dois annos*.

O Cod. Fr., art. 354.º, trata *em geral* do rapto de *menores* =*enlèvement des mineurs*=.

Concorda o Cod. da Sardenha, art. 536.º

O Cod. da Austria, art. 75.º, ainda é mais generico. Não só não distingue graus de minoridade, mas nem idade alguma; pune em geral o rapto de qualquer pessoa.

O Cod. da Baviera, art. 197.º e 202.º, trata do rapto de homens para serem conduzidos fóra das fronteiras do reino; do de menores de quinze annos com seu consentimento; e do de menores de doze annos, com ou sem seu consentimento.

O Cod. Hesp., art. 398.º e 400.º, faz distincção entre menores de sete annos, e outros quaesquer menores maiores de sete annos.

A combinação do Cod. Fr. com o Hesp. produziu a incriminação de que trata o presente art.

Todavia as palavras =*enlever ou fait enlever*= do Cod. Fr., assim como a palavra =*sustration*= do Cod. Hesp., tanto cit. art. 398.º, como na epigraphie do cap., que esta sec-

ção conserva, são mais explicitas que as de *levar, tirar* ou *fazer tirar* ou *levar*.

O que constitue a criminalidade d'este facto é a intenção de *subtrahir* o menor de sete annos á auctoridade de seus paes, tutores ou pessoas encarregadas de o guardar ou proteger; pensamento que o Cod do Brazil bem exprimiu, empregando as palavras = *furtar alguma creança* =.

O mod. Cod. da Prussia, depois de distinguir no § 204.º o rapto em geral de um homem, para o expor ao estado de desamparo, *conduzir* á escravidão ou entregar ao serviço militar ou de marinha estrangeiro; e no § 205.º, de pessoa de um ou outro sexo, para fim moralmente illicito; passou no § 206.º a considerar em si mesmo, com abstracção de qualquer circumstancia qualificada, o rapto de *menor* sem determinar a idade:

«Quem por violencia ou fraude tirar *um menor* do poder «de seus paes ou tutores, será punido com a prisão simples «ao menos de um anno.»

O presente art. labora pois em defeitos que não tem o Cod. da Prussia: 1.º, porque restringe a sua disposição protectora dos menores e dos direitos de tutela natural ou legal á menoridade de sete annos: os maiores de sete annos carecem da mesma protecção; 2.º, porque a penalidade corresponderia, se no rapto houve fim immoral, como se fez no mesmo Cod. da Prussia, dito § 205.º, mas de modo algum com abstracção d'esse fim.

O rapto em proveito do mesmo menor, ou para o subtrahir a maus tratos corporaes, á brutalidade dos tutores ou encarregados da sua guarda e educação, não offerece no attentado caracteres alguns de perversidade. É uma infracção das leis de ordem publica por acto de arbitrio privado, mas que não póde passar os limites de contravenção, quando o Cod., no art. 14.º § 3.º, tornou legitimos e não puniveis os actos de violencia praticados em defeza de outra pessoa.

A disposição portanto do presente art., nos termos absolutos e indistinctos em que se acha concebido, alem de ser deficiente, não assenta em verdade moral com que possa justificar-se.

Quanto á deficiencia, não a supprime a disposição do art. 343.º, porque é o mesmo Cod. que, 1.º, no art. 73.º reconhece a possibilidade da falta de discernimento nos maiores de sete, mas menores de quatorze annos; 2.º, estabelece no art. 391.º § un., 394.º § un., 395.º § 1.º, 399.º n.º 1.º, a presumpção legal da violencia em favor dos menores de doze annos.

Acresce por esta fórma ao que fica ponderado uma notavel incoherencia e antinomia virtual, que tornam urgente e indispensavel a reforma do presente art.

ARTIGO 343.º

Aquelle que obrigar por violencia ou induzir por fraude um menor de vinte e um annos a abandonar a casa de seus paes ou tutores, ou dos que forem encarregados de sua pessoa, ou a abandonar o logar em que por seu mandado elle estiver, ou o tirar ou o levar, será condemnado a prisão correccional, sem prejuizo da pena maior do carcere privado, se tiver logar.

§ unico. Se o menor tiver menos de dezeseite annos, a pena será o maximo da prisão correccional.

Art. 38.º e ref., 330.º e seg.

Este art. comprehenderea, tanto o *rapto simples*, *subtracção*, como o *rapto qualificado* ou *violento* para fim *deshonesto*, se d'este se não tratasse especialmente nos art. 395.º e 396.º

É elemento essencial d'esta incriminação: 1.º, a intenção de subtrahir o menor á auctoridade dos paes ou tutores; 2.º, a falta de *consentimento* da pessoa raptada. Tanto a violencia, coacção physica, como a coacção moral, excluem o consentimento: «Sera coupable d'enlèvement quiconque s'emparera d'une personne contre sa volonté, par ruse, fraude ou violence...» diz o Cod. da Baviera no art. 201.º

Segue-se d'aqui: 1.º, que o consentimento dos paes ou tutores não destroe a criminalidade do facto; 2.º, que pela mesma razão, a recusa ou falta de consentimento da parte d'estes não constitue a criminalidade se o menor, sem violencia nem fraude, se evadiu para poder estranho; 3.º, que o crime se constitue ou o menor exista no domicilio legal de seus paes ou tutores, ou em qualquer outro logar, em que se ache por ordem ou auctorisação d'estes; 4.º, que a violencia ou a fraude constituem a mesma criminalidade, ainda que taes meios se não empreguem directamente sobre a pessoa do menor, mas de seus paes, tutores ou pessoas a quem esteja confiado, se por obediencia seguir o raptador passivamente, e sem deliberação nem vontade propria.

A pena pôde parecer diminuta para uns casos, excessiva para outros. Se a criminalidade do facto está aqui na intenção de subtrahir o menor, o *fim* da subtracção pôde ser mais ou menos grave, e em rasão do *fim* merecer maior ou menor pena.

Pôde mesmo ter um fim util ao menor, como de o salvar de uma vida errante, da mendicidade, da corrupção, da prostituição ou de maus tratos.

Em rasão do mesmo fim, pôde ser momentanea ou transitoria, com a *intenção da restituição*, ou pôde ter um caracter de permanencia que desvança toda a idéa de reversão.

Pôde ser seguida da sua completa e não coacta resignação, porque a nova situação lhe convenha e em que não se acharia sem esse facto.

Cada uma d'estas hypotheses faz variar a criminalidade. Attentado enormissimo em umas, quasi que se annulla em outras, como na hypothese do art. antecedente. O nosso art. porém não as distingue: considera a subtracção, quer furto, quer roubo; quer por *fraude*, quer por *violencia*; com abstracção sempre do *fim* de que ella é *meio* incriminado.

O art. é verdade resalva as penas mais *graves do carcere privado*, mas estas só têm logar, conforme ao § 4.º do art. 330.º, se a violencia durou por mais de vinte dias; declaração que era desnecessaria, porque é facto posterior á subtracção tambem incriminado, ou antes segundo de tentativa proxima de outro crime de que a subtracção foi primeiro acto de execução.

Com justa razão pois o Cod. da Baviera não abstrahi do fim a que se dirige o rapto, para segundo elle graduar a pena. No art. 198.º se lêem as seguintes palavras:

«Les coupables seront punis, selon la gravité de leurs des-seins criminels, le danger ou le dommage auquel la victime a été exposée ou soumise.»

O mesmo pensamento se encontra no Cod. da Austria, art. 76.º, mandando aggravar o maximo da pena até ao dobro:

«Si la personne maltraitée a été en danger de perdre la vie ou de ne pas recouvrer sa liberté.»

As penas são criminaes e não correccionaes, em ambos estes Cod. e, se applicadas estas em certas circumstancias, po-

dem ser excessivas, a correccional do nosso art., em outras circumstancias, é deficientissima.

Entendemos portanto, que o art. deverá emendar-se para menos generico, distinguindo-se e caracterisando-se as diferentes especies em tres graus, como no cit. art. 330.º se praticou a respeito do carcere privado.

Quanto á disposição do § un., annulla os termos legaes da pena correccional, constituindo o juiz na dura necessidade de não poder descer do maximo, se o menor subtrahido não tiver completado dezeseite annos.

A razão da distincção feita n'este § é visivelmente porque a lei presume a violencia, a que não pôde resistir o menor, ou a falta de seu discernimento, para distinguir ou conhecer a fraude.

Mas esta distincção pugna com o disposto no art. 23.º n.ºs 2.º e 3.º, e art. 71.º, 72.º e 73.º, segundo os quaes sómente os menores de sete annos têm a presumpção legal e indestructivel de falta de discernimento; os de quatorze a da *possibilidade* d'esse discernimento; os de dezeseite a presumpção contraria, que unicamente os livra das penas de morte e trabalhos publicos.

O Cod. da Baviera, art. 202.º, sómente deixa de attender para a attenuação da pena o consentimento do menor, quando não tenha completado doze annos:

«L'enlèvement d'une personne mineur de douze ans, quoi-
«que avec son consentement, sera puni comme enlèvement
«commis contre la volonté de la personne enlevée.»

Todavia o §, se não remediou completamente, remediou em parte o defeito do art. 400.º do Cod. Hesp., que equiparou com *erro manifesto*¹ a seducção feita a um maior de sete annos á feita a um menor de vinte e cinco.

O Cod. Fr., art. 355.º, não menciona especialmente esta circumstancia, senão a respeito do menor de dezeseis annos completos, quando do sexo feminino; salvo porém o caso em que com a idade do mesmo menor concorrer: 1.º, o seu consentimento; 2.º, ser o raptador tambem um menor de vinte e um annos: art. 356.º

¹ Assim o qualifica Pacheco no seu Comment., tom. 3.º pag. 255.

ARTIGO 344.º

Aquelle que occultar ou fizer occultar, ou trocar ou fizer trocar por outro, ou desencaminhar ou fizer desencaminhar um menor de sete annos, será condemnado a trabalhos publicos temporarios.

§ 1.º Se for maior de sete annos e menor de dezeseite, será condemnado a prisão maior temporaria com trabalho, salvas as penas maiores do carcere privado, se houverem logar.

§ 2.º Em todos os casos até aqui enunciados n'esta secção, aquelle que não mostrar onde existe o menor, será condemnado a trabalhos publicos por toda a vida.

§ 3.º O que, achando-se encarregado da pessoa de um menor de sete annos, não o apresentar aos que têm direito de o reclamar, nem justificar o seu desaparecimento, será condemnado a prisão maior temporaria com trabalho.

Art. 33.º e ref., 34.º, 99.º, 330.º e seg.

Este art. já não tem por fim punir a *subtracção* do menor, mas a sua *ocultação*, *troca* ou *descaminho*.

É essencial, para que n'este facto se dê crime, que elle seja precedido da *subtracção* do menor com *intenção* malefica e animo de a consummar. Se a *ocultação* cessa, se a *troca* se desfaz, se o menor desencaminhado apparece, o que fica a punir, nos termos do art., é a *subtracção*, salvas as penas maiores que correspondam ao carcere privado ou ás violencias commettidas.

O crime, para ter a gravidade com que é punido n'este art., é preciso que consista em se *sumir* o menor, de tal modo que temporariamente não restem vestigios, e que sejam baldadas as diligencias que se fizerem para se encontrar até á instauração do processo crime.

As palavras *ocultar* ou *trocar* devem ser tomadas com a mesma força e significação da palavra *desencaminhar*, que se lê no art., e que manifesta a intenção do legislador.

Entendido por esta fôrma é applicavel tanto ao que subtrahiu o menor, como a um terceiro que o auxiliou no crime, *sumindo* o menor subtrahido. Entendido de outro modo, a applicação da disposição penal=*trabalhos publicos*=a quem, depois de subtrahir o menor, o retém e guarda, annullaria completamente o crime da *subtração*, por isso que o deposito do menor em outro lugar, sua guarda e retenção, é a existencia e consummação do mesmo crime da *subtração*; e, se se applica a quem guarda ou conserva em recato por mandado de quem subtrahiu, temos um *encobridor*, e o art. ficaria repugnante com o que se dispõe no art. 463.º a respeito d'aquelle que, sabendo que qualquer cousa foi *subtrahida* por meio de um crime, a *oculta*.

Com justa rasão pois o Cod. do Brazil, no art. 254.º, considerou a *ocultação*, *troca* ou *furto*, de uma creança como um e mesmo crime, assim como o Cod. Fr., art. 354.º, considerou o *descaminho* de um menor «*entraîner, détourner ou déplacer.*» Nos demais Cod. se não distingue, considerando-se unicamente o crime da *subtração*, como fez o Hesp., no art. 398.º

Nada diremos sobre a justiça d'esta pena que em these condemnâmos, e na hypothese sempre, bastando para isso que não pôde ser applicada ás mulheres, art. 72.º, vindo assim a dar-se uma desigualdade que a Carta reprova.

Quanto ao § 1.º devemos ainda notar que se acha redigido com deficiencia grammatical, porque lhe falta o agente da segunda oração que, ou é preciso ir buscar ao art. antecedente ou na primeira oração, para que o sentido da segunda fique perfeito, e assim pôde resultar ambiguidade.

De qual dos individuos trata este § em suas disposições? do menor desencaminhado ou de quem o desencaminhou? A respeito de quem e de qual d'elles se contempla a idade para a atenuação da pena?

Estas perguntas não são ociosas. O art. 356.º do Cod. Fr. considerou a concorrência das duas menoridades do agente a

do paciente, para o mesmo effeito, como notámos ao § un. do art. antecedente.

Bem certos estamos, pela confrontação do § com o art. antecedente, que se devem ter aqui como reproduzidas todas as palavras do mesmo art.; mas então o § devia desaparecer e seguir a sua doutrina em continuação do mesmo periodo, como fez o Cod. em outros logares. Desde que se constituiu em separado um §, a sua redacção devia ficar independente da do art. findo.

Quanto ás penas maiores do crime de carcere privado, existe uma sómente, a do art. 331.º, nas hypotheses dos n.ºs 1.º e 2.º, e é a *dos trabalhos publicos temporarios*. A expressão *maiores* é aqui tomada como synonyma de=*superiores, mais graves* ou *mais fortes*=comparativamente com a prisão maior temporaria, que o Cod. commina. Isto é tambem um defeito, porque, alem da inexactidão pelo emprego que se faz no plural, é certo que se o Cod., no art. 29.º, adoptou a expressão=*maiores*=em contraposição a penas=*correctionaes*=, nunca mais no Cod. se deveria ella encontrar na significação commum, mas sómente na technica ou juridica. Este defeito se encontra em muitos outros logares. A clareza, a jurisprudencia e a coherencia exigem o contrario d'isto.

Quanto ao § 2.º analogia disposição se encontra no art. 332.º, tanto pelo que respeita á incriminação, como á penalidade.

Reportámo-nos ao que ali dissemos, e acrescentaremos que a pena de trabalhos publicos por toda a vida, a nosso ver, peor que a morte, assentando na presumpção de assassinato, deve cessar ou reduzir-se, se em qualquer tempo o menor apparecer. É atroz firmar uma penalidade d'esta ordem sem provas directas e positivas do crime a que corresponde, mas ainda é mais inqualificavel fechar as portas á rehabilitação, quando supervenientes provas demonstrem a não existencia d'essa mesma presumpção puramente legal e arbitraria.

O Cod. Fr. impõe a pena de reclusão; o Hesp. impõe os trabalhos publicos temporarios.

Quanto enfim ao § 3.º, é tirado cumulativamente do art. 345.º do Cod. Fr., e do art. 399.º do Cod. Hesp.

A pena do nosso § é um meio termo entre as dos dois

Cod., mas de impossivel execução *por ora*, tendo por isso de ser substituida nos termos que previu o art. 99.º

O Cod. Fr. serve-se da expressão = *enfant* = e comprehende portanto os menores até dez ou ainda até doze annos¹.

O Cod. Hesp. emprega simplesmente a palavra = *menor* =. O commentador Pacheco nota que esta expressão é deficiente se se restringe aos menores de sete annos, por isso que a mesma hypothese se verifica nos menores de dez e doze annos; e é excessiva se se amplia até aos menores de vinte e cinco annos, conforme á intelligencia legal da mesma expressão.

Segundo a opinião do mesmo commentador os mancebos de vinte annos não são menores, que possam com facilidade ser roubados ou subtrahidos, e que por isso muito conviria que o legislador tivesse marcado uma *idade media* entre um e outro extremo.

Este nosso §, que podia n'esta parte corrigir, não corrigiu os defeitos de ambos os Cod., antes os aggravou, restringindo expressamente a sua disposição aos menores = *de sete annos* =, e adoptando assim a disposição com essa modificação.

Por esta fórma emquanto o auctor do crime, previsto no presente §, soffre uma pena gravissima se o menor tem de idade seis annos, onze mezes e vinte e nove dias, não incorre na comminação penal, se o mesmo menor tem sete annos completos, ou d'ahi para cima até aos doze ou dezeseite!

Este defeito é tanto mais sensivel, quanto que para a gradação da pena se contemplou no art. 342.º em primeiro grau o menor de sete annos; em segundo grau, no art. 343.º § un., o menor de dezeseite annos; em 3.º grau, no mesmo art., o menos de vinte e um annos.

Se o presente § é uma lei de protecção aos menores e aos direitos dos seus administradores legais, a lei não podia, nem devia ser restricta como foi aos menores de sete annos. A mesma razão que houve para se fazer a menção e a distincção nos citados art. procedia aqui.

Participa assim este § em grande parte dos mesmos defeitos que notámos ao art. 342.º e 343.º

¹ Dicc. da Acad. Fr. = *enfant se dit d'un garçon ou d'une fille en bas âge, et jusqu'à l'âge de dix ou douze ans* =.

SECÇÃO 4.ª

EXPOSIÇÃO E ABANDONO DOS INFANTES.

ARTIGO 345.º

Aquelle que expozer e abandonar, ou fizer expor e abandonar algum menor de sete annos em qualquer logar, que não seja o estabelecimento publico destinado á recepção dos expostos, será condemnado a prisão de um mez a tres annos e multa correspondente.

§ 1.º Se a exposição e abandono for em logar ermo, será condemnado a prisão maior temporaria.

§ 2.º Se for committido este crime pelo pae ou mãe legitimos ou tutores ou pessoa encarregada da guarda ou educação do menor, será aggravada a pena com o maximo da multa.

§ 3.º Se com a exposição e abandono se poz em perigo a vida do menor, ou se resultou alguma lesão ou a morte, a pena será o maximo da prisão maior temporaria com trabalho.

Art. 34.º, 38.º, 41.º, 99.º e ref.

A fonte proxima d'este art. parece haver sido o Cod. de 1837, no art. 305.º, combinado com os Cod. Fr. e Hesp., como se vê das palavras:

«Aquelle que expozer um *recemnacido* na rua, ermo ou «n'outro logar que não sejam os *asylos publicos destinados para esse fim*».

A lei romana, 4.ª tit. 3.º liv. 25.º *D. de agnosc. et al. lib.*, considerava um grande crime a exposição de uma creança recémnacida ou de idade infantil:

«*Necare videtur, non tantum is qui partum perfoecat, sed*

« et is qui publicis locis, misericordiae causa exponit, quam « ipse non habuit. »

Em França um edicto de Henrique II comminava a pena de morte contra os paes que praticassem similhante acção.

Mas o Cod. Pen. de 1791 guardou silencio, não contendo disposição alguma penal a similhante respeito.

Este era tambem o estado da nossa legislação. Para a punição do crime sómente era invocada a Ord. do liv. 5.º tit. 35.º sobre homicidio commum, combinada com a do liv. 1.º tit. 73.º § 4.º, emquanto mandava que a policia vigiasse sobre a conta que davam do parto as mulheres antes conhecidas no estado de prenhez—se andando alguma prenhe, se suspeite mal do parto, não dando d'elle conta—.

A severidade da pena não evitava o crime, tornava mais cautelosos os delinquentes, e a deshonra das mães ou a pobreza dos paes, tornando uma triste necessidade o sacrificio ou a exposição do recém-nascido, fazia com que fossem effeitos da mesma comminação contra o abandono, ou o aborto ou o infanticidio ou a exposição em logar deserto, pouco frequentado e a horas mortas, para que não ficassem vestigios do delicto, nem dos delinquentes, em grave detrimento da vida e saúde do exposto.

Assim o crime ficava impune. Comtudo a infancia, cercada d'estes perigos, carecia da protecção das leis ou preventivas ou repressivas, ou de umas e outras. A administração publica e os tribunaes não podiam ficar de braços cruzados na presença d'este crime. Punindo-o sem prevenir as causas que o produziam, dava logar a maiores crimes. As penas não eram penas, porque em logar do remedio contra o mal do delicto, agravavam esse mal, eram contra-producentes.

Fizemos portanto com justo motivo, e por um principio de caridade, aquillo que a boa politica aconselhava, e foi adoptarmos a medida preventiva dos estabelecimentos dos expostos e das rodas.

Sobre a conveniencia d'estes estabelecimentos diversas são as opiniões, assim como os exemplos praticos das nações.

Umavez predomina a idéa preventiva dos referidos crimes, outras a de não facilitar as exposições, de não augmen-

tar os encargos publicos resultantes, a relaxação dos costumes, e o numero de cidadãos sem nome e sem familia.

D'aqui tem vindo ou o incremento das rodas e hospicios, ou a sua redução e abolição mesmo. O certo é porém, que por ora em muitas nações se conserva o primeiro systema, como é na França, Hespanha, Suissa, Baviera, Austria e Russia. Na Belgica se acha proposta, por uma commissão que deu o seu parecer em 1847, a extincção dos asylos de expostos sem se abolir a instituição da roda, confiando-se a criação dos mesmos expostos á população das aldeias, e a educação aos municipios¹.

A nossa administração se approxima d'estes systemas, e o Cod. n'este art. mantem solememente o estabelecimento das rodas, fechando os olhos completamente sobre o facto da exposição, quando praticada no estabelecimento publico destinado á recepção dos expostos.

Facilitada por este modo a exposição na roda, o abandono em outro logar não pôde ser desculpavel, e a pena do art. é moderada, emquanto se reduz á prisão de um mez, miuimo que ainda se pôde reduzir, nos termos do art. 83.º, a sómente alguns dias. Não dizemos outro tanto pelo que respeita ao maximo de tres annos da mesma pena, por ser excessivo; e menos ainda quanto á multa.

Se o legislador teve, como nem podia deixar de ter, em consideração, que a pobreza das mães é muitas vezes causa da

¹ Veja-se o mod. Dicc. de Écon. Polit., tom. 1.º pag. 696.º, por Ch. Coquelin, donde esta materia vem largamente tratada; e outrosim, Morin, Dicc. de Jur. Cr.—*abandon d'enfant*—pag. 4.

Tem-se ha muito notado que a religião influe na diferente maneira de apreciar esta grave questão de beneficencia. Nos paizes protestantes em que a religião desenvolve energeticamente o sentimento do dever e da responsabilidade individual, as leis e os costumes repellem tudo o que tende a facilitar o abandono das creanças. Nos paizes catholicos, pelo contrario, em que a Igreja se substitue em certo modo ao individuo, e assume a missão de cumprir os deveres que o individuo repudia, facilmente se concorda em não ver na adopção dos filhos expostos ou abandonados senão um acto de pura caridade, que a lei anima e protege.

Veja-se tambem o Alv. de 18 de Outubro de 1806; alem das providencias que contém, dignas de toda a contemplação, são notaveis as palavras—um dos... mais dignos... e dos mais recommendaveis á caridade christã, e proprios do instituto das misericordias—.

exposição, agravar-lhes o castigo com uma pena accessoria, que de antemão se conhece lhes será impossivel satisfazer, é agravar-lhes a pena principal de prisão, em desigualdade com as mães ricas, que pelo oiro podem remir uma parte d'essa mesma pena, e melhor occultar o seu crime.

Tambem não podemos deixar de notar o silencio do artigo a respeito da exposição fóra da roda nas terras e logares em que a não houver, ou em que fique tão distante que lá não possam ser levadas facilmente, e com o segredo que acompanha esse acto, as creanças recém-nascidas.

Assim o facto da exposição fóra da roda é, por indesculpavel, mais aggravante nas terras e logares em que ha roda, do que n'aquellas em que a não ha. Mas, se esta circumstancia, quando positiva, constitue o fundamento essencial da incriminação, a mesma circumstancia, quando negativa, é necessariamente attenuante.

Igualmente nos parece deficiente a disposição do art. em não distinguir um termo medio na menoridade dos sete annos, para tornar tanto mais aggravante a exposição, quanto mais proxima do nascimento do exposto. Mas se esta maior proximidade do ponto do nascimento agrava o facto da exposição, a maior proximidade do termo da menoridade attenua a culpa.

Effectivamente a uma creança que se move e que falla é mais facil buscar um asylo e uma protecção, que a outra que só tem vida para gemer e soffrer.

Outrosim nos parece diminuto o termo da menoridade dos sete annos. O menor de oito, de nove e mesmo de dez annos pôde estar nas mesmas circumstancias que o de sete annos, e em tal atrazo de desenvolvimento de faculdades physicas e moraes, que o abandono lhe produza o mesmo resultado que produziria se fosse um menor de tres, de quatro ou de cinco annos¹.

¹ Devemos notar que conquanto nos tenhamos servido das palavras *expor* e *abandonar na roda*, em harmonia com a expressão do legislador, reco-nhecemos a impropriedade da mesma expressão. Quem mette na roda ou ahi leva um menor de sete annos, só pôde dizer-se que o abandona, se for pessoa que esteja obrigada ao sustento e criação, mas não que o *expose*. Pelo contrario entregando-o á tutela da auctoridade publica pela entrada no hospicio,

Quanto ás concordancias, temos entre outros, os Cod. Hesp., art. 401.º, Fr., art. 352.º, da Sardenha, art. 550.º, e da Austria, art. 133.º a 135.º

O Cod. da Baviera, art. 174.º e seguintes, trata da exposição nos termos seguintes:

«*Les parents qui abandonneront ou délaisseront hors de*

busea-lhe soccorro, talvez o que em suas circumstancias lhe é possivel prestar, e é por isso que o legislador não incrimina aqui esse facto.

Os meninos cuja educação é confiada pela lei á caridade publica são: 1.º, os *achados* (enfants trouvés); 2.º, os *abandonados*; 3.º, os *orphãos* de paes e mãe.

Os *achados* (trouvés) são aquelles que, nascidos de paes desconhecidos, foram encontrados *expostos* em um logar qualquer ou levados aos estabelecimentos destinados a recebe-los. É a definição da Lei franceza de 19 de Janeiro de 1811, art. 9.º

Os *abandonados* são aquelles que, nascidos de paes conhecidos, e desde o seu nascimento creados por elles ou por pessoas a quem foram confiados, se acham desamparados, ignorando-se o que é feito dos paes, ou sendo impossivel recorrer a elles.

É a definição da mesma lei, no art. 5.º

Assim os meninos que entram nos hospicios, cessam de ser *expostos* ou *abandonados*, se o foram. Se foram directamente á roda, nunca foram *expostos*. A *exposição* e *abandono* são dois factos distinctos que se não dão conexos, juridicamente fallando, ou pelo menos podem existir independentes. O *abandono* pôde conceber-se sem a *exposição*. Em todo o caso a *entrada* na roda ou no hospicio não se confunde com a *exposição* nem com o *abandono*.

A *exposição* já era bem definida e caracterisada na lei romana supracitada, como sendo o facto d'aquelle = qui *publicis locis*, misericordiae causa *exponit*, quam ipse non habuit. = Este nosso art. porém imitou na sua redacção o Cod. de 1837, art. 305.º, nas palavras já transcriptas = aquelle que expozer... n'outro logar que não sejam os asylos destinados para esse fim =.

Não são destinados a esse fim, mas sim á *recepção* dos *expostos*, *engeitados*, *orphãos* ou *desamparados*.

A roda ou hospicio não é um logar que para este effeito se deva considerar *publico*. São dignas de aqui ser transcriptas as palavras de Lamartine:

«*Qu'est-ce qu'une tour? Une ingénieuse invention de la charité chrétienne «qui a des mains pour recevoir et qui n'a pas d'yeux pour voir, point de bouche pour révéler. Institué pour protéger un acte nécessaire quoique déplorable, inventés pour couvrir la honte, la pudeur, le scandale qui se cache, «ils ont pour objet, pour merite le secret. Ils sont un voile sur les fruits du «désordre »*

Portanto as palavras do art. = *expor* e *abandonar*... no estabelecimento *publico* destinado á recepção dos *expostos* = merecem ser corrigidas. A recepção não é a *exposição*, porque ou a evita ou a segue, e n'esta hypothese é precedida de actos intermedios que são os da *achada* e da apprehensão, como principio de soccorro.

Cumpra todavia advertir que o art. unindo os dois termos = *expor* e *abandonar* = em concordancia com o Cod. Fr. = *exposer et délaisser* =, torna

« tout secours leur *enfant incapable, par son âge ou son état* de maladie ou de infirmité, de se secourir lui-même, comme aussi toutes autres personnes qui commetteront une semblable action envers *des enfants, des malades ou des infirmes, dont ils sont tenus d'avoir soin*, se rendront coupables du *crime d'exposition*, dans les cas suivants... »

essencial que as duas circumstancias se dêem conjuntamente como elemento constitutivo do crime. Assim o deposito de uma creança em um lugar qualquer, mas vigiado pelo deponente até se assegurar de que alguém toma conta d'ella, não pôde dizer-se acompanhado do *abandonamento*. Um dos defeitos que os commentadores do Cod. Fr. notam na sua jurisprudência criminal a este respeito, é não haver sido por ella fixado em termos precisos o sentido da palavra = *délaissement* = que n'este art. e nos seguintes foi vertida na de = *abandonamento* =; e este mesmo defeito se encontra aqui reproduzido. Vid. Chauv. e Helle, tom 4.º cap. 53.º pag. 376, Sulpici e outros.

Mas como no estylo do legislador não ha palavras que devam reputar-se ociosas, não bastará provar-se o facto material da *exposição*, cumpre que alem d'elle se torne evidente a intenção do abandono. As provas exclusivas d'essa intenção importam a defeza dirimente dos culpados. Existem n'este sentido muitas decisões do tribunal de cassação de Paris.

Em summa na punição d'este crime é preciso nunca ter em conta o facto material da *exposição*, com abstracção da intenção de seus auctores.

« Os paes e mães, diz Gouveia Pinto, expõem e engeitam os filhos por um de tres motivos: 1.º, pelo perigo que corriam se fossem conhecidos, como acontece nas uniões clandestinas, em que ha todo o interesse em occultar os partos; 2.º, pela summa pobreza dos paes; 3.º, pela sua perversidade, que soffoca em seus corações os sentimentos do amor paternal, e lhes faz consistir a criação dos filhos como um peso de que procuram aliviar-se. »

A intenção qualificada na primeira e segunda hypothese tem direito á maior indulgencia do legislador. A sua severidade seria deslocada, perigosa e offensiva da opinião geral, firmada no sentir de todos os homens.

Mas na terceira hypothese a sua indulgencia só pôde ser a suspensão da espada da justiça para cortar com todo o rigor sempre que da *exposição* resulte damno ao engeitado.

Por ultimo, quanto á versão da palavra franceza = *délaisser* = pela palavra = *abandonar* = não sabemos a razão por que se não havia de conservar a palavra = *engeitar* = que é propria, adequada, antiquissima e juridica no objecto de que se trata.

« Engeitar é lançar de nós com desamor, com despeito, com desagrado o objecto que já tínhamos em nosso poder, que já tínhamos acettato ou que estava á nossa disposição. » Moraes, Dicc.

Para exprimir todo o odioso do crime ao delinquento deve pois ser conservada a expressão *engeitar*, emquanto para se attenuar esse odioso em relação á innocente victima é conveniente conservar a palavra = *exposto* = com quanto tenha sómente sido *engeitado* na roda, e na phrase commun e vulgar o estabelecimento da roda se chame = *roda dos engeitados* =. O mesmo Cod. não repudiou a palavra = *engeitar* =, porque fielmente a conservou da Ord. do reino, a respeito da recusa da moeda legal, no art. 214.º

Concorda este Cod. com o da Austria em não marcar idade alguma, e sómente a situação precaria do exposto, e indo mais longe para comprehender os enfermos, entrevados, cegos ou paralyticos.

Os seis modernos Cod. da Allemanha, extract. no Comm. de Chauveau e outros, concordam n'estas idéas, comprehendendo os menores, sem precisar a idade, e qualquer outra pessoa, que por enfermidade ou caducidade carece para se mover e existir de socorro dos outros.

A nossa legislação, na Ord. do liv. 1.º tit. 73.º § 4.º, como já notámos, só obrigava as mães a dar *conta do parto*, e para esse fim mandava vigiar as que andavam prenhes. Sem duvida que não era para as punir pelo facto da *exposição*, omisso em a nossa legislação, mas pelo de homicidio culposo ou voluntario, se das averiguações resultassem provas; e esta Ord. foi suscitada pelo Alv. de 14 de Outubro de 1806, § 8.º¹

Este mesmo Alv. antes quiz prevenir, que punir este cri-

¹ Entre nós em tempos mais remotos, sempre que pelo modo da *exposição* das creanças se conhecia a intenção do infanticidio, como em logar ermo ou aonde as feras e animaes os podiam devorar facilmente, ou quando appareavam mortas, de proposito ou por accidente, o magistrado respectivo procedia á formação de corpo de delicto e a summario. Depois ainda que as nossas leis não fallassem expressamente de *exposição*, nem de infanticidio, recortia-se á lei 4.ª ff. de *agnosc. lib.*, que equiparou á morte dos filhos não só o *aborto* provocado, mas tambem a *exposição d'elle nos logares publicos*; bem como á l. un. Cod. de *his qui pat. vel fil. occid.*, que punia em taes casos, os paes como *parricidas*.

Era este o *direito* usado e applicado, e na classe dos crimes assim se reconhece, como se vê a pag. 309, comquanto não só se não invocem as ditas leis romanas, mas se citem Ord. que vêm arrastadas, por não conterem nem a incriminação nem a assumilhação adduzidas.

Depois em tempos mais proximos, na presença da Carta, e já antes, depois da Lei de 18 de Agosto de 1769, não havia logar a recorrer-se a direito estranho, para se supprir a deficiencia das nossas leis criminaes.

Nem havia essa delicencia nos casos mais graves, que cumpria não deixar impunes. O *infanticidio* é um caso de morte violenta; a *exposição*, se é feita na intenção de deixar perecer ou de *arriscar* a vida dos filhos, é *homicidio* consummado, provocado ou tentado, segundo os seus resultados. Devia pois d'elle tirar-se *deusasa*, segundo a antiga legislação na Lei de 15 de Janeiro de 1652, posto se não seguisse a morte; e, extincidas as deusas especies, instaurar-se segundo a moderna legislação o processo preparatorio ou de investigação que lhes succedem.

Veja-se Cod. Admin., art. 133.º n.º 3.º, nota do conselheiro Neto, e a legislação e providencias ahi apontadas.

me a ponto de mandar que se prestasse soccorro, com o maior segredo, aos partos secretos; e ainda mesmo, sendo os paes abastados, ordenou que pagassem a creação na roda, mas que as justiças se houvessem n'isso = com toda a discrição e segredo, para evitarem qualquer má consequencia =, e que se não fizesse = acto algum judicial d'onde se podesse seguir a diffamação =.

É na verdade uma questão gravissima a de se resolver qual seja mais conveniente, se a punição do crime da exposição simples, se o silencio do legislador.

Os recém-nascidos estão muito e muito protegidos pelas leis e sentimentos da natureza, pelos impulsos da caridade christã, pela tendencia que nos arrasta a soccorrer os nossos semelhantes, pelo desenvolvimento da civilisação e melhoramento nos costumes, pelo estabelecimento e segredo das rodas, pela activa vigilancia, tão recommendada ás auctoridades policiaes, e seu soccorro, não só aos expostos e engeitados, mas, com todo o resguardo, aos partos clandestinos.

Causas muito poderosas, que vem ou de um grau de perversidade inconcebivel, ou de uma necessidade absoluta ou de um desespero e allucinação momentanea, que exclua ou perturbe o uso da razão, e suffoque os sentimentos naturaes, a par das faltas de policia, são as que unicamente podem tornar esteril essa protecção. Para taes casos o castigo ou é inutil, ou é contraproducente, ou é injusto.

O estado pois da nossa legislação anterior ao Cod. era eminentemente moral, philosophico e politico; em presença do que já nos não admira que, percorrendo o Cod. do Brazil, ahi não encontrassemos o menor vestigio do crime de exposição e abandono dos filhos, incriminando o mesmo Cod. sómente o *infanticidio*, nos art. 197.º e 198.º

Quanto á circumstancia incriminada especialmente no § 1.º, concordam os Cod. Fr., art. 349.º, da Austria, art. 134.º, da Sardenha, art. 351.º, Hesp., art. 401.º, assim como o das Duas Sicilias, art. 403.º, e o da Baviera, art. 174.º e seguintes; tambem se encontra em outros Cod. da Allemanha.

A circumstancia da exposição em logar *ermo*, se o menor for soccorrido, sómente ficaria digna de contemplação, para se

graduar a pena dentro do maximo e minimo estabelecido no art. 345.º, que ainda ficaria muito superior á estabelecida no cit. Cod. da Sardenha, e mesmo sem excluir as circumstancias *attentantes*, que possam preponderar segundo as regras geraes.

O legislador não pode deixar de ter em vista, que é natural n'este crime que a exposição se faça de modo que não seja presentida por alguem no momento de se fazer. A deshonra da *virgem illegitima*, a vergonha de ser conhecida a pessoa que expõe ou que manda expor, o perigo de ser capturada em flagrante delicto, e outras circumstancias analogas *acompanham* de ordinario este facto.

Se o § faz abstracção do damno, porque nenhum resultado ao menor, ou antes bem, porque lhe evitou a destruição por meio violento, ou a morte lenta por effeitos de pobreza e mau trato, o *mal* do delicto desaparece ou se *attenua* a tal ponto, que a exposição em logar *ermo* não fica sendo uma circumstancia gravissima para effeitos penaes, independente do facto principal.

Por esta razão certamente uns Cod. desprezaram semelhante circumstancia, outros a incriminaram levemente, e outros, para a punição de facto, consideraram sempre o damno resultante e nunca a sua possibilidade desmentida pela realidade.

Alem d'isto a aggravação da pena não pôde ter effeitos preventivos contra os auctores de semelhantes crimes. Chegada a necessidade de serem praticados, seus auctores não deliberam para escolher d'entre duas penas a menor. O que pretendem é *consummar* o facto impunemente. Se a Providencia salvou o menor, apesar de exposto em logar *ermo*, foi a Providencia quem salvou o proprio *delinqüente* do maior castigo e responsabilidade em que deveria incorrer se algum damno proviesse d'essa circumstancia.

A consciencia e a moral pública se comprazem em pensa-lo assim; e cessa ou se *attenua* o alarme da sociedade, sem o qual não pôde haver justiça em qualquer pena, quando imposta pelas leis sociaes.

Acresce que a expressão = *logar ermo* = é muito vaga,

assim como é a do Cod. Fr.—*lieu solitaire*—. Póde o logar ser *frequentado*, e comtudo estar *deserto* no momento da exposição, e pelo contrario ser *ermo* e achar-se *frequentado* n'esse momento; póde mesmo o auctor do facto ter justa razão de saber ou esperar que esse logar ermo tem de ser trilhado por pessoa ou pessoas que salvem o exposto.

Por isso o Cod. da Baviera, art. 176.º, com toda a sabedoria fallou de *logares e circumstancias*, de cuja combinação possa resultar, se não uma certeza, pelo menos uma probabilidade, de que o individuo exposto seria ou não promptamente soccorrido.

Admittida a doutrina do §, em harmonia com os Cod. Fr. e da Sardenha citados, postoque immensamente inferiores na penalidade, segue-se que no facto da exposição em uma *rua publica* que não é logar *ermo*, não tem applicação o mesmo §; assim o julgou o trib. de cass. de Paris em Arr. de 6 de Julho de 1838, e comtudo a exposição feita a horas mortas, em uma noite de frio, póde demorar e tornar inutil o soccorro, que em logar ermo, ás mesmas horas, podia talvez apparecer.

Quanto á circumstancia da pessoa do agente, o Cod. Fr., art. 350.º, não distingue este facto, senão a respeito dos tutores ou pessoas encarregadas da guarda ou educação do menor. Não especializou o pae e mãe, porque são esses os auctores ordinarios do crime que expõem ou mandam expor os menores seus filhos.

O Cod. Hesp. tratou em geral dos delinquentes do crime, o Cod. da Baviera, art. 177.º, também não distinguio os paes, senão para logo lhes assimilar—*qualquer outra pessoa*—. Todavia concorda com o nosso art. o Cod. da Sardenha, art. 556.º

Esta assimilhação porém não nos parece justa, por isso que, se os paes podem ter motivos que lhes façam suffocar os sentimentos da natureza, os tutores e mestres praticam sempre um *abuso de confiança*, que nunca lhes póde ser attenuado.

Quanto á pena, quando fulminada contra os paes ou mães, consistindo na aggravação pela multa, tem os defeitos gravissimos que temos indicado em logares analogos; por ser, assim imposta no seu maximo, um confisco real, comquanto indire-

cto, por ser desigual conforme ás diversas circumstancias de fortuna dos delinquentes; por ser atrocissima as mais das vezes, se estes forem pobres, e em rasão da pobreza tiverem de soffrer a commutação da multa em prisão, porque equivale a prolongar-lhes a pena principal, em rasão d'essa mesma pobreza, como se esta circumstancia fosse aggravante do crime!

Por ultimo notaremos: 1.º, que a disposição d'este §, pela sua collocação, não comprehende senão os factos incriminados no art. e § antecedente, devendo comprehender como disposição commum os factos incriminados no § 3.º Se elle contém uma circumstancia aggravante, tirada da pessoa do delincente, tanto póde concorrer com as aggravações tiradas da pessoa do offendido e do logar da offensa, como com as resultantes da maior ou menor extensão do *mal do delicto*.

Assim o praticou o Cod. da Sardenha, art. 556.º:

«Lorsque les crimes et délits prévus par les art. 351.º, 352.º, 353.º et 555.º, auront été commis par les pères et mères, tuteurs ou instituteurs des enfants abandonnés ou exposés, la peine, dans les cas respectivement énoncés aux dits articles, sera augmentée d'un ou deux degrés; en égard aux circonstances et à la qualité des personnes.»

2.º Que o presente § no seu additamento, quanto aos paes, restringiu a aggravação aos *legitimos*. O Cod. de Bade, tratando da mãe *natural*, não só não aggrava, mas reduz a pena a metade.

A primeira das obrigações e a mais sagrada, resultante do casamento, é a procreação e educação dos filhos; mas a mãe *natural* que expõe seu filho tem a seu favor a presumpção de que a vergonha ou a deshonra lhe suffocaram os sentimentos da natureza. Este pensamento, singular entre todos os Cod., é digno de ser meditado pelo legislador.

O Cod. de Darmstad acrescenta a seguinte disposição, que merece a mesma contemplação:

«O pae ou mãe que, tendo em vista um *interesse pecuniario*, ou para se subtrahirem ao encargo de alimentar seus filhos de *menor idade*, os dedicarem á *mendicidade* ou ao *vadiismo*, ou os abandonarem a saltimbancos errantes, serão punidos com *tres annos* de casa de força ou de trabalho.»

Estas disposições podem não se limitam n'estes Cod. aos paes *legítimos*, como se faz n'este §. E com justa razão, porque, ou não se devem especialisar os paes, ou se devem comprehender tambem na aggravação da pena os *concubinarios*, teúdos e manteúdos. Já não é pouco que o Cod. lançasse um denso véu sobre o concubinato; ao menos é justo, é necessario que não augmentem os concubinarios o escandalo publico pelo abandono dos filhos.

A consciência publica avalia com desfavor o desprezo dos vinculos sagrados do matrimonio, que constituem a familia, base da sociedade; mas é mais inexoravel para com aquelles que depois não tomam conta dos fructos da sua união irregular, desprezando os filhos, como desprezam aquelles vinculos.

A hypothese do Cod. de Bade é diversa; trata-se unicamente da *mãe natural*, e portanto de filho que, ou não tem pae conhecido, ou não o tem ostensivo. A *mãe*, quando expõe seu filho, já o expõe orphão de pae ou por elle abandonado; já o expõe, desamparada e desconhecida ella mesma por este, ou no estado de incerteza de quem elle é, ou para occultar a propria deshonra, ou para declinar o comprometimento de ambos. São estas circumstancias a favor só da *mãe*. Mas os *concubinarios* patentes e conhecidos não merecem favor algum.

A restrição pois d'este § aos paes *legítimos* redundando n'esta parte em protecção ao concubinato e em desvantagem do matrimonio, por isso que, tornando mais indispensavel o cumprimento dos encargos *legitimamente* contrahidos, confunde os paes *naturaes* com outro qualquer delinquente. Esta não foi certamente a intenção do Cod.; não passa de uma irreflexão que cumpre remediar na sua revisão.

Quanto ás circumstancias especialmente incriminadas no § 3.º d'este nosso art. é a amalgamação irreflectida das determinações dos dois Cod. Fr. e Hesp. firmadas em pensamentos diversos.

Por esta confrontação se vê que a concorrência dos §§ 1.º e 3.º d'este nosso art. é a amalgamação irreflectida das determinações dos dois Cod. Fr. e Hesp. firmadas em pensamentos diversos.

Alem d'este defeito não pequeno, outro de não menor gra-

vidade se encontra n'este §, e é o de se collocar na mesma linha de penalidade o perigo de vida, a lesão e a morte do menor. O mal do delicto é diminuto na primeira hypothese, como se reconhece no § 1.º, cuja penalidade fica antinómica em relação á penalidade d'este §. Na segunda hypothese, em que não só *ha dano ideal*, mas *real*, o mal do delicto excede muito e muito consideravelmente o da primeira. Na terceira hypothese temos o infanticidio, e então o mal do delicto fica tão distante da segunda, como a segunda fica da primeira.

Assimilhadas portanto estas tres hypotheses, temos o remedio da pena applicado com desproporção enorme.

Temos assim n'este § redundancia, antinomia, confundidos elementos de criminalidade distinctos, e repugnância com os exemplos praticos dos referidos Cod. Resta aos juizes conciliar a intenção da lei com a verdade e com os principios de justiça, recorrendo ao arbitrio que lhes fica entre o maximo e o minimo da pena.

Este § ainda se mostra repugnante com o disposto no § un. do art. 356.º Ahí se pune o infanticidio directo, feito com decidida intenção de matar, com a *prisão maior temporaria*, quando praticado pela mãe para occultar a deshonra, ou pelos avós maternos pelo mesmo motivo; e essa mesma mãe e avós que, arrastados da mesma deploravel necessidade, preferem a exposição e abandono, na esperanza de salvar a honra sem assassinar o menor, são punidos com a mesma pena, *mas no seu maximo e aggravada com trabalho*, que tem de ser substituido pelo de grado de *quinze annos* aggravado, conforme ao disposto no art. 99.º

Se o temor da pena ou da maior pena tivesse poder para em taes occasiões suffocar os sentimentos da natureza e da compaixão, seria aqui a mesma lei penal que daria a coragem necessaria para segurar o golpe para preferir um a outro crime, ao mal de incerto evento outro mal certo.

Fazemos pois votos para que na revisão do Cod. se reformem e emendem estas disposições, e para este fim nos Cod. da Austria e da Baviera se encontram modelos dignos de ser imitados.

O Cod. da Austria, nos art. 134.º e 135.º, agrava a pena

no caso de se haver seguido á exposição a morte do menor; mas distingue o lugar não frequentado do frequentado. No primeiro caso a pena de prisão dura de um a cinco annos se eleva de cinco a dez; no segundo a pena de prisão simples de seis mezes a um anno se eleva de um a cinco annos.

O Cod. da Baviera, nos art. cit. 175.º, 176.º e 177.º, toma o lugar e outras circumstancias como indicadoras do perigo de vida.

Se attentas essas circumstancias não havia perigo algum de vida, se comtudo a victima succumbiu, a pena é de um a quatro annos de casa de trabalho.

Se havia perigo de vida, mas a exposição foi feita em lugar e circumstancias que davam, se não certeza moral, pelo menos a probabilidade de prompto soccorro, e este teve lugar; a mesma pena. Se comtudo a morte se seguiu, quatro a oito annos.

Finalmente, se tanto o lugar como todas as mais circumstancias são exclusivas de toda a verosimilhança de salvação, a pena é a ordinaria do crime, como de homicidio consummado ou tentado.

Comtudo para attenuar a applicação d'este §, nos casos occorrentes, se deverá ter em consideração que é preciso: 1.º, que o mal do crime provenha d'elle necessariamente, e não de outras causas; 2.º, que a doença do infante seja tão grave que resulte o perigo de vida, a lesão=*l'enfant est demeuré mutilé ou estropié*=, Cod. Fr., art. 351.º, o que exclue as doenças de sua natureza curaveis ou transitorias; 3.º, que no caso de morte se entenda, como entendem os comment. ao Cod. Fr., que a incriminação especial procede sómente contra aquelles que não tiveram a intenção de dar a morte ao infante, mas a tiveram de a arriscar¹.

Quanto á pena, maior é a difficuldade; todavia os juizes deverão gradua-la ao menos entre maximo e minimo, tendo em contemplação a maior ou menor gravidade das hypotheses indicadas.

Deve tambem não se perder de vista que este § demons-

tra que é sómente, como todas as disposições do art., restricto ao prejuizo resultante da exposição de um menor de sete annos, e por consequencia de um individuo que contou horas, dias, mezes ou annos de vida antes da exposição, e que conservou a mesma vida por algum tempo depois.

Sem esta circumstancia, no caso de morte, o facto pôde ter est'outra causa, por se verificar antes do parto, no acto do nascimento ou depois d'elle, e então a exposição do parto que não chegou a ter vida externa, ou do recém-nascido, mas reduzido a cadaver, pôde constituir quando muito uma infracção aos regulamentos policiaes e sanitarios, mas nunca=*par ce seul fait*= um crime, se não existem os de aborto ou de infanticidio, que são independentes.

Em todo o caso como nos de exposição com ou sem perigo de vida ou de ferimentos e contusões, ou mutilação do exposto ou engeitado, é sempre necessário mostrar a identidade do parto e o resultado da exposição, recorrendo-se aos exames dos competentes peritos, e segundo as regras de medicina legal, que não é aqui nosso objecto, mas que se podem ver nos respectivos auctores, e principalmente em Devergie, tom. 1.º cap. 8.º pag. 183¹, com a distincção de que se se trata de um recém-nascido, o officio do medico versa sempre tanto sobre a questão da identidade, como sobre os resultados materiaes da exposição; mas se se trata de um engeitado de seis mezes ou de dois annos, etc., a identidade fica fóra do alcance d'esses exames, por unicamente depender da prova testemunhal e de outras coincidencias.

¹ Ed. de Bruxellas, 1837. Póde tambem ver-se mais largamente Orfila, tom. 1.º pag. 273 e seguintes, edição de Paris, 1848.

¹ Chauveau e Hélie, Sulpici e outros

ARTIGO 346.º

Aquelle que achando exposto em qualquer logar um recém-nascido, ou que encontrando em logar ermo um menor de sete annos, abandonado, o não apresentar á auctoridade administrativa mais proxima, será condemnado a prisão de um mez a tres annos.

Art. 38.º e ref.

Esta disposição preventiva de abandono, para protecção e soccorro, é quasi inutil, porque nunca ou quasi nunca se poderá provar em juizo a omissão de que se trata.

Sobre os elementos materiaes, base de indução para essa prova, ou não ha testemunhas presencias, e a certeza moral é impossivel, ou existem essas testemunhas, e então ou estavam tão perto do recém-nascido que lhe deviam prestar soccorro, e são assim culpadas do mesmo crime, ou estavam a maior distancia, e os seus dítos não merecem o menor credito, porque não podiam affirmar de um modo seguro a passagem e o reparo do delinquente junto do logar em que se achava exposto o mesmo recém-nascido.

Concorda todavia com esta determinação o Cod. Civ. Fr., art. 58.º, acrescentando a obrigação de acompanhar a apresentação do exposto com os vestidos e objectos que lhe fossem encontrados, assim como a de declarar todas as circumstancias do tempo e do logar da exposição.

A sanção d'estas obrigações se encontra tambem no Cod. Pen., art. 347.º, impondo a pena de seis dias a seis mezes de prisão e multa de 16 a 300 fr.

Mas o nosso art. contém duas grandes differenças a semelhante respeito; a primeira é a da extraordinaria exaggeração da pena de prisão em comparação com a do Cod. Fr., trocando o minimo de seis dias por um mez, e o maximo de

seis mezes por tres annos; a segunda consiste na omissão da importante restricção que ali se encontra:

« Cette disposition n'est pas applicable à la personne qui « aurait consenti à se charger de l'enfant, et aurait fait sa déclaration à cet égard à la municipalité du lieu où l'enfant « aurait été trouvé. »

Além d'isso o Cod. Fr. não estabelecea praso, dentro do qual a apresentação deve ser feita. É uma falta que os interpretes suppram, recorrendo ao espirito da lei, para que a mesma apresentação se faça o mais breve que seja possivel, e para que, mesmo depois de instaurados procedimentos criminaes, possa ser substituida a obrigação imposta pela declaração feita perante a auctoridade pelo delinquente que toma conta do enfeitado¹.

O nosso art. porém, adoptando a determinação do Cod. Fr. não só sem prover á sua lacuna, mas sem adicionar a modificação que n'elle se encontra, aggravou o defeito notado, destruindo a parte da determinação que servia de explicar a intenção do legislador.

Os Cód. da Sardenha, das Duas Sicilias, da Austria, da Hespanha, da Baviera e outros da Alemanha, foram concordantes em rejeitar a incriminação do Cod. Fr. Não obstante estes exemplos praticos *negativos*, que muita contemplação nos merecem, a incriminação se acha aqui adoptada com aggravação da pena corporal, quanto á duração, elevando-se a cinco vezes o minimo e a seis vezes o maximo!

O pensamento do legislador é digno de louvor, porque tem por fim o soccorro d'estes infelizes. Mas os deveres que impõe a caridade não têm nem devem ter senão a sanção moral. Se o premio está no céu, o castigo não está na terra.

« Tanto a caridade é doce, diz um insigne escriptor², quando do ella se offerece ao desgraçado, como é amarga quando « é preciso implora-la e de algum modo força-la. »

Por ultimo notaremos que o Cod. de 1837, no art. 307.º, não confundia, como faz o nosso art., a achada do menor em

¹ Carnot, Sulpici, e outros.

² Bastos, Coll. de Pens.

logar *ermo*, com a achada em logar *povoado*; pelo contrario distinguia, punindo no primeiro caso com a prisão, e no segundo sómente com a multa das contravenções. A justiça e acerto da distincção é mais que manifesta, e é a mesma que justifica a do art. antecedente, § 1.º, com o qual vem assim este nosso art. a ficar em desharmonia.

Por ultimo, e tanto em relação a este art., como ao antecedente, e 248.º, torna-se digna de ser notada a simplicidade e acerto com que o legislador do mod. Cod. da Prussia comprehendeu toda a materia da exposição e suas consequências, em um unico §, em tres hypotheses:

« § 183.º Quem engeitar uma creança menor de sete annos ou expozer ao desamparo uma pessoa enferma ou *entre-vada*, ou quem abandonar a mesma creança ou pessoa, estando debaixo de sua protecção, será punido com a prisão simples, não menos de tres mezes.

« Se do facto resultar a morte da creança engeitada ou da pessoa *exposta*, o culpado será punido com a prisão de trabalhos forçados até dez annos.

« Se a acção for commettida com o *designio de matar*, serão applicaveis as penas *communs de assassinio, ou de infanticidio, ou da tentativa d'estes crimes.* »

ARTIGO 347.º

Aquelle que tendo a seu cargo a criação ou educação de um menor de sete annos, o entregar a estabelecimento publico ou a outra pessoa sem consentimento d'aquelle que lh'o confiou ou da auctoridade competente, será condemnado a prisão de um méz a um anno, e multa correspondente.

Art. 38.º, 41.º e ref.

Concorda com a determinação d'este art. o Cod. Fr., art. 348.º, o da Sardenha, art. 550.º, e o das Duqs Sicilias, art. 402.º

Tambem concorda o Cod. Hesp., art. 482.º, de que o nosso art. é precisamente a traducção, e nos fica assim constituindo a sua fonte proxima:

« El que teniendo á su cargo la crianza, ó la educacion de un menor, lo entregare á un establecimiento publico, ó á otra persona, sin la anuencia de la que se lo hubiere confiado, ó de la autoridad en su defecto, será castigado con una multa de veinte a doscientos duros. »

Duas emendas porém se fizeram no art.: 1.ª, a de restricção aos menores de *sete annos*, em harmonia com os tres outros Cod. citados; 2.ª, a da rejeição absoluta da pena pecuniaria para se lhe substituir exclusivamente a prisão, em harmonia com o Cod. da Sardenha, mas com mais severidade e arbitrio para o juiz, porque conservando o mesmo minimo, eleva o maximo ao dobro.

O commentador hespanhol diz que esta disposição, sancionada como está, sómente com o castigo pecuniario, não pôde, quanto ao fundo, ser censurada; porque quem se encarrega de um menor, deve restitui-lo a quem lh'o confiou, e quando haja motivo, que lhe obste, recorrer á respectiva auctoridade para ficar isento de toda a responsabilidade.

Todavia: 1.º, sempre que se não trate senão de adimplemento de um mandato, a lei moral não deveria intrometer-se a tornar mais obrigatória a obrigação, do que comportam as forças d'ella; a extensão dos direitos resultantes é, n'esse caso, mais objecto do direito civil, do que do direito criminal.

2.º Que se nenhuma pessoa, nos termos do art. 345.º é criminosa, se entrega o menor no estabelecimento publico destinado á recepção dos expostos, e se esta disposição generica comprehende não só os tutores ou pessoas encarregadas da guarda ou educação do menor de sete annos, mas ainda o pae e mãe legitimos, como se vê do § 2.º do mesmo art., é altamente repugnante que sejam criminosos na mesma hypothese esses tutores, guardadores ou educadores, e ficam estas disposições litteralmente antinomicas, a não se entender que este art. desdiz e destrõe as conclusões que se derivam do art. 315.º e seus §§.

3.º Sendo justo que a lei exija para a entrega do menor no estabelecimento publico, que a essa entrega preceda a participação previa ou posterior do facto, á pessoa que confiou o menor, ou no caso de não ser possível ás auctoridades que *supplem* a falta d'essa pessoa, não é justo incriminar um facto, que apenas se reduz a uma contração, em que sómente deveria ter logar a multa leve, como no Cod. Hesp. se praticou.

4.º Esta injustiça cresce, se a entrega se faz a uma *outra* pessoa, que de bom grado e com melhores meios, dedicação e vontade quer tomar conta do menor. O pretendido delinquente cumpre melhor então a sua obrigação, e presta um serviço, um beneficio ao menor, a seus paes e á sociedade.

5.º Finalmente o art., exigindo o consentimento da pessoa que *confiou* o menor, ou da *auctoridade competente* na *situação* do delinquente só pelo facto = *de ter a seu cargo a criação ou educação* =, sujeita aquelle que teve a imprudencia, não por mandato ou dever, mas por impulsos de caridade, de prestar os primeiros soccorros ao menor, a continuar no caminho da beneficencia, excepto se consentir a auctoridade publica. Não se assumirá pois de leve similhante responsabilidade, e a lei portanto se torna contraproducente no seu fim protector.

Em vista d'estas considerações o art. não nos parece sustentavel, nem quanto á forma, nem quanto ao fundo, nem quanto á pena.

Se a entrega se faz do menor para o reduzir a captiveiro, para uma escola de corrupção, para uma companhia de salimbancas, para seguir um cego ou um mendigo, então haveria *abuso* punivel, e que o Cod. pune effectivamente.

Mas nenhuma d'estas circumstancias se dá, quando a entrega se realisa no estabelecimento publico, ou a pessoa não suspeita, nem perigosa aos interesses physicos ou moraes do menor.

Ao menos o legislador do Cod. Fr., depois de restringir claramente a sua determinação aos contraventores que depositassem no hospicio o menor que lhe tivesse sido confiado = *qui leur aurait été confié* =, declarou:

«*Toutefois aucune peine ne sera prononcée, s'ils n'étaient pas tenus, ou ne s'étaient pas obligés de pourvoir gratuitement à la nourriture et à l'entretien de l'enfant, et si per-sonne n'y avait pourvu.*»

Esta declaração foi conservada, como correctivo da mesma disposição, nos Cod. da Sardenha e das Duas Sicilias. A mesma apreciação da sua conveniencia e justiça se mostra feita nos projectos do Cod. Belga de 1834 e no de M. Haus, art. 335.º O nosso Cod. omitiu-a!

Tambem no Cod. Hesp., que imitámos, se praticou a mesma omissão. Mas o Cod. Hesp., reduzindo a sua penalidade á multa, não offerce os mesmos inconvenientes. Melhor fôra pois que a imitação tivesse sido completa.

Os modernos Cod. da Allem., *Etud. de leg. comp.*, e especialmente os da Austria e da Baviera, nada contêm de similhante. O mesmo silencio guardava o Cod. de 1837.

O nosso insigne mestre Mello Freire, *Ensaio do Cod. Cr.*, tit. 31.º §§ 38.º e 39.º, em lugar de penas pelo afrouxamento n'estes deveres, quando de beneficencia, considerou mais acertado consignar, como materia connexa, aindaque impropria da materia criminal, o direito á indemnisação, assim como o estimulo do premio!

«O que crear e recolher os expostos poderá repetir do

« pae as despesas da criação, tendo elle com que as pagar, e
 « *fazendo-as com esse animo*, o qual *não se presume* sem se
 « *provar.* »

« Todo aquelle que crear e salvar a vida e educar como
 « lhe for possível algum exposto *por sua devoção* ou obrigação
 « pela justiça, será livre e escuso de todos os encargos do con-
 « celho e de trabalhos nas obras publicas, e das mesmas ron-
 « das de policia. »

ARTIGO 348.º

Os paes legitimos, que tendo meios de sustentar os
 filhos os expozerem fraudulentamente no estabeleci-
 mento publico destinado á recepção dos expostos, se-
 rão condemnados na multa de um mez a um anno.

Art. 41.º e ref.

Para que tenha logar pois a applicação da pena pecunia-
 ria contra os paes que metterem seus filhos na roda, é pre-
 ciso: 1.º, que sejam *legitimos*; 2.º, que tenham meios de os
 sustentar; 3.º, que assim o pratiquem *fraudulentamente*.

Aqui reproduzimos quanto á primeira circumstancia o que
 ponderámos ao § 2.º do art. 345.º Os *concubenarios* que vi-
 vem como casados publicamente estão em circumstancias me-
 nos dignas de favor que os paes *legitimos*. A obrigação da na-
 tureza é a mesma; a lei penal devia reforça-la¹.

Quanto á segunda circumstancia, ella se justifica por si
 mesma.

Quanto á terceira, parece-nos justa, mas diminuta a pe-
 nalidade, se houve occultação e manifesta intenção de se pou-
 parem os paes legitimos ás despesas da criação e sustento do
 filho. O facto envolve então um furto em prejuizo do estabe-
 lecimento e de outros expostos por motivos de necessidade, e
 se agrava pelo proveito resultante a outros filhos, nascidos ou
 que nascerem.

Se ha *fraude* assim qualificada, o *mal* do delicto e a *in-
 tenção malefica* apresenta todos os caracteres de criminalidade
 para se lhe estabelecer uma pena correspondente, poisque sáe

¹ Assim o havia entendido o Alv. de 18 de Outubro de 1806, § 8.º, nas
 palavras: «Sou servido determinar que as justiças effectivamente obriguem
 « as mulheres solteiras... a crearem o filho sendo possível, ou a todo o tempo
 « que souberem dos paes, a pagarem a criação e tomarem conta de seus filhos. »

do circulo das contravenções puniveis só com a multa, como pena leve de admoestação ou de censura.

Assim no art. antecedente pune-se como *delicto* o que sómente e quando muito se devia considerar contravenção, e n'este art. se pune como contravenção o que essencialmente é crime, e que offerece muitos pontos de analogia com os factos incriminados e punidos com pena *maior*, segundo a expressão do Cod. nos art. 340.º, 341.º e 344.º

FIM DO VI VOLUME.