

COMMENTARIO

AO

CODIGO PENAL PORTUGUEZ

POR

LEVY MARIA JORDÃO,

DOUTOR EM DIREITO.

TOMO III.



LISBOA.

TYPOGRAPHIA DE JOSE' BAPTISTA MORANDO,
RUA DO MOINHO DE VENTO N.º 59.

—♦—
1854.

CODIGO PENAL.

TITULO III.

DOS CRIMES CONTRA A ORDEM E TRANQUILLIDADE PUBLICA.

(Continuação.)

CAPITULO 7.º

DA VIOLAÇÃO DAS LEIS SOBRE INHUMAÇÕES, E DA VIOLAÇÃO
DOS TUMULOS, E DOS CRIMES CONTRA
A SAUDE PUBLICA.

SECÇÃO 1.ª

VIOLAÇÃO DAS LEIS SOBRE INHUMAÇÕES, E VIOLAÇÃO
DOS TUMULOS.

JA' temos repetido por varias vezes que não ligamos uma grande importancia ás questões de classificação em relação á lei, mas não podemos deixar de reclamar contra a falta de methodo e de systema.

Que ligação haverá entre a violação das leis sobre inhumações e a violação dos tumulos, para serem inseridas ambas na mesma Secção? O codigo francez é verdade que seguiu este systema; e Chauveau, procurando justifical-o, dizendo que a lei pretende com ambas estas incriminações proteger os restos mortaes do homem, é o primeiro que reconhece

differirem ellas já por seu character moral, já pela sua gravidade, já pelos factos que as constituem.

Deixando porem esta questão de methodo, passamos a examinar o delicto de violação das leis sobre inhumações no

Artigo 246.º

Aquelle que tiver feito enterrar um individuo, contravindo as leis ou regulamentos, quanto ao tempo, ao lugar, e mais formalidades prescriptas sobre as inhumações será condemnado em mulcta conforme a sua renda de seis mezes até dous annos.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Vide o commentario.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 358.º; etc.

COMMENTARIO.

A disposição deste art. é muito importante, pois é certo que dos factos incriminados póde resultar gravissimo prejuizo á causa publica, como facilmente se deprehenderá examinando cada um delles, como passamos a fazer.

1.º *Contravir as leis e regulamentos quanto ao tempo do enterro.* — O Reg. de Saude de 26 de Novembro de 1845 determina no art. 82.º, seguindo o disposto no art. 77.º do codigo civil francez, que ninguem será enterrado senão vinte e quatro horas depois da morte, excepto se o facultativo, que a ti-

ver verificado, não antecipar ou retardar a hora p̄-
 los motivos declarados no § un. desse art. Esta dis-
 posição é justissima pois tende a nada menos do que
 prevenir o perigo das inhumações precipitadas, mo-
 tivadas por morte apparente; e por isso aquelle que
 contravir esta disposição preventiva não póde deixar
 de ser punido.

2.^o *Quanto ao lugar.* — E' sabido que já des-
 de a lei das XII taboas existia entre os romanos a
 prohibição de enterrar na cidade, medida que foi dic-
 tada por considerações hygienicas como attesta Isi-
 doro no seu livro *das origens*¹; e o imperador Adria-
 no impôz a multa de quarenta aureos aos contraven-
 tores desta determinação, segundo refere Ulpiano na
 L. 3 § 5 Dig. *de sepulchro viol.*

Com a vinda do Christianismo não deixou de
 ser observada a medida pelos christãos tanto em Ro-
 ma, como nas outras terras. Não tardou porem a
 ser permittida nas cidades a sepultura dos Apostolos
 e Martyres, á roda dos quaes se formavam Igrejas, e
 era tal este uso já no seculo X, que os fieis por um
 piedoso impulso tinham começado a obter licença para
 serem enterrados juntos a essas Igrejas da parte de
 fóra, nos adros; prohibindo porem os concilios (e
 entre elles o nosso Braccharense do seculo IX) que
 os enterramentos se verificassem dentro dos Templos.

Não obstante isto, apar de taes prohibições, a
 Igreja começou a consentir que os Bispos, sacerdo-
 tes, e até seculares de vida notavel por seus mereci-

¹ *« Ne factore ipso corpora vicentium contracta infi-
 cerentur. » — XV. 11.*

mentos fossem sepultados dentro dos Templos; esta concessão abriu a porta a todos os abusos, porque dentro em pouco toda a gente era enterrada nas Igrejas, como ainda hoje succede entre nós em algumas terras.

Este estado era lastimoso, e podia trazer consigo graves prejuizos á saude publica, como é incontestavel em vista dos principios da hygiene publica. Foi por isso que entre nós o Dec. de 21 de Setembro de 1835 determinou que os enterramentos só tivessem lugar em cemiterios, cujos locaes mais apropriados já haviam sido designados em Port. de 18 de Junho de 1833, nesse mesmo Dec., em Port. de 15 de Junho de 1837, e 15 de Julho de 1840, e mais legislação referida no *Repertorio* do Sr. J. J. d'Andrade e Silva, v.º *Cemiterios*.

Estas disposições foram renovadas pelo Reg. de Saude o qual determinou no art. 66.º que em cada Concelho haveria pelo menos um cemiterio publico, e prohibiu expressamente no art. 73.º que se enterassem os cadaveres dentro de qualquer Igreja ou Capella da Freguezia ou Concelho, onde houvesse cemiterio publico, ou fóra deste.

Com razão pois são punidos pelo Codigo aquelles que violam semelhantes disposições, cuja não observancia póde ser de grande damno á saude publica, como a experiencia está mostrando naquellas terras aonde não existem cemiterios. Note-se que o citado Dec. de 21 de Setembro de 1835 impõe aos Parochos ou Ecclesiasticos beneficiados, que consentirem os enterramentos dentro dos Templos, ou em quaesquer lugares que não sejam os referidos cemiterios, a pena de

perdimento do beneficio e inhabilidade para outro.

Mas ficará por isto inhibida a Igreja do direito de negar a sepultura em lugar sagrado (como são os cemiterios) nos casos estabelecidos por direito canonico, e que refere Gmeiner, tom. 2 § 455? julgamos que não, porque nenhum acto é criminoso, diz o Codigo no art. 14.º n.º 5, quando fôr auctorizado por lei, e praticado por pessoa competente.

Quanto ás formalidades prescriptas. — Taes são, as certidões do facultativo que attesto a morte e outras que se acham determinadas no Reg. de Saude art. 78.º e seg., pois todas tem por fim já evitar inhumações precipitadas, já mortes suppostas etc., o que é por certo para reccar na sociedade, e devia ser prevenido por uma disposição repressiva.

Artigo 247.º

Aquelle que commetter violação de tumulos, ou sepulturas, praticando antes ou depois da inhumação quaesquer factos tendentes directamente a quebrantar o respeito devido á memoria dos mortos, será condemnado na pena de prisão de um mez até um anno, e multa correspondente.

§ unico. Em todos os casos declarados nesta Secção, se houver lugar pena mais grave por outro crime, accumular-se-ha a pena de multa que se acha decretada, se não o estiver conjunctamente com essa pena mais grave.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Vide o commentario.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 138.^o; de França art. 360.^o; das Duas Sicilias art. 262.^o; etc.

COMMENTARIO.

« A lei, que protege o homem desde o seu nascimento até á sua morte, não o abandona no momento em que elle deixa de viver, e quando da sua pessoa apenas restam seus despojos. »

Era assim que no corpo legislativo de França se justificava o art. 360.^o do codigo penal; mas considerada por esta fórma a incriminação, não devia parecer tão grave como realmente é, porque apenas se olhava o facto por um lado, quando é certo que elle é criminoso por diversos principios; não só por atacar a memoria dos mortos, mas tambem a moral publica e a religião, cujo dogma da immortalidade da alma se acha universalmente traduzido no religioso respeito que todos os povos tem sempre guardado para com a morada dos mortos.

Já daqui se vê que envolvendo a violação das sepulturas o quebrantamento desse religioso respeito não podia deixar de ser severamente punido em todas as épocas e lugares; e essa é a razão porque grande parte das legislações consideram este facto como um crime contra a religião. Entre os romanos assim o declara expressamente o imperador Gordiano na L. 1 Cod. *de sepulchro violato*; e, para não trazer outros exemplos, a mesma idéa seguiu o codigo hespanhol: mas o nosso, considerando-o como crime con-

tra a tranquillidade publica, adoptou a peor classificação que imaginar se pôde ; pois se elle declara que a essencia deste delicto é o quebrantar o respeito á memoria dos mortos, se este anda intimamente ligado com o dogma da immortalidade da alma, ensinado pela Igreja, como deixar de considerar a violação das sepulturas como um ataque á Religião ?

Temos a examinar os elementos do delicto e a sua penalidade, porque ambos offerecem campo á observação, e á critica.

Elementos do delictos. — Da simples leitura do art. se vê que existe o delicto da violação de sepultura, logo que alguém *praticar quaesquer factos (anteriores ou posteriores á inhumação) tendentes a quebrantar directamente o respeito devido á memoria dos mortos.*

Os factos *anteriores* á inhumação pelos quaes se pôde quebrantar o respeito devido á memoria dos mortos são entre outros, os seguintes — 1.º despojar o cadaver de quaesquer vestidos ou roupas em que fôr envolvido, ou de quaesquer objectos que o ornem, como anneis etc. ; — 2.º espancal-o, feril-o, ou cortar-lhe algum membro ; — 3.º impedir o seu enterro, ou a sua inhumação ; — 4.º roubal-o ou subtrahil-o para qualquer fim que seja ; etc.

O direito romano já reputava estes factos como violadores da memoria dos mortos ; como a respeito do 1.º se vê na L. 3 § 7 Dig. *de sepulch. viol.*, do 2.º na L. 38 Dig. *de relig. et sumpt.*, do 3.º na L. 5 Dig. *de sepulch. viol.* e Nov. 115 Cap. 5 § 1, e do 4.º nas LL. 8 Dig. e 4 Cod. *hoc. tit.*

Os factos *posteriores* podem dizer respeito ou ao

proprio cadaver ou ao sepulchro em que este se acha. São relativos ao cadaver — 1.º subtrahil-o ou roubal-o; — 2.º exhuma-o¹; — 3.º despojal-o das roupas em que se acha envolvido ou dos objectos que o ornã; — 4.º espancal-o, feril-o, ou mutilal-o etc. São relativos ao sepulchro quebrar o tumulo, ou destruil-o por qualquer fórma em todo ou em parte etc.

Tambem o direito romano reputava estes factos como violação do respeito devido aos mortos; dos relativos ao cadaver, o 1.º, 3.º, e 4.º pelas leis já citadas, e o 2.º pelas LL. 8 pr., 14, 39 Dig. e 10 Cod. *de religios.*; e os relativos ao tumulo, pelas LL. 4 Dig., e 4, 5 Cod. *de sepulch. viol.*

Uma duvida se pôde apresentar, e vem a ser se as injurias proferidas sobre um sepulchro, ou sobre um cadaver devem ser consideradas como facto sufficiente para constituir a violação de tumulos. Chauveau faz distincção entre as injurias que consistem em simples palavras; e as que consistem em gestos injuriosos; dizendo que estas constituem violação de tumulo, mas não aquellas, porque não ha neste caso

¹ E' notavel a este respeito a questão que se agitou sobre uns Corsos que tinham desenterrado um bandido, morto n'uma lucta, e enterrado fóra do cemiterio, para lhe fazerem certas honras funebres; sendo accusados, o tribunal de Bastia absolueu-os em 20 de Dezembro de 1844 por não ter sido a exhumação com o intuito de vingança, lucro, ou desprezo; mas o Tribunal de Casação por acordão de 10 de Abril de 1845 julgou, seguindo a doutrina de Merlin e de Carnot, que a exhumação era criminosa, porque a lei para a incriminar não attendia á causa que a motivára.

a violação material, que a lei (ou pelo menos o seu espirito) exige para a incriminação. Em vista disto julga que as injurias verbaes são punidas segundo a regra geral das injurias, devendo só tomar-se em consideração a circumstancia aggravante do lugar¹.

O nossoCodigo parece ter-se inclinado á opinião do criminalista francez, e talvez a palavra *directamente* sirva para excluir as simples injurias verbaes.

Penalidade. — O direito romano punia este delicto pela maneira seguinte; a subtracção ou exhumacção dos corpos ou ossos do seu tumulo era punida, segundo a condição do delinquente, com a pena capital ou com a deportação (L. ult. Dig. *hoc. tit.*); a espoliação dos cadaveres era punida com a morte, sendo feita com armas, e sendo sem armas podiam até chegar á condemnação ás minas (L. 3 § 7 Dig. *hoc. tit.*); qualquer degradação dos tumulos em todo ou em parte era punida ou com os trabalhos nas minas ou com pena pecuniaria (L. 2 Cod. *hoc. tit.*). Emfim a todas estas penas acrescentou Constantino Magno a multa de dez libras de ouro para o fisco pela L. 4 Cod. *hoc. tit.*

O codigo penal francez no art. 360.^o puniu a violação dos tumulos com prisão de tres mezes a um anno e multa de 16 a 200 francos: pena esta muito diminuta, e pouco proporcionada á gravidade do crime, que ataca uma das cousas mais sagradas. Mas a penalidade do nossoCodigo ainda é menos proporcionada, porque sendo de tres mezes o minimo da prisão no codigo francez, no nosso é de um mez!

¹ Chauveau n.^o 3042; Morin, v.^o *Sepulture*.

Escusado é advertir que não se comprehendem na disposição do Código as inhumações feitas por ordem da Auctoridade competente para proceder a exame e corpo de delicto, porque é este um direito que lhe compete, como se vê do Reg. de Saude art. 84.º, e como foi sempre practica constante neste Reino, attestada por Lobão e por Ferreira ¹. Em Roma, aonde tambem eram prohibidas as exumações, exceptuavam-se todavia aquellas que eram feitas com auctorisacão dos pontifices, do principe (LL. 1, 8, 33 Dig., 14 Cod. *de religios.*), ou do presidente nas provincias (L. 1 Cod. *ibid.*), e de que encontramos exemplo em Plinio, *Epist.* X, e no *Thesaurus inscriptionum* de Gruter ².

§ un. A disposição do § un. do art. vai de acordo com a do art. 87.º segundo o qual não tem lugar a accumulacão de penas excepto a de multa. Se o Código não tivesse decretado a accumulacão neste caso seria desnecessario o paragrapho porque se a violacão dos tumulos involvesse crime que merecesse pena mais grave, v. gr. um roubo, não havia duvida em ser applicada ao criminoso a pena de roubo por ser mais grave, em vista da regra do citado art. 87.º.

¹ Lobão, *Interdictos* § 123 not. 2; Ferreira, *De novi operis* Liv. 1 Disc. 2 n.º 51. — Não deve porem o auto ser feito no cemiterio por ser lugar sagrado.

² Eis uma das inscrições referidas por Gruter aonde se faz menção da intervenção dos pontifices na exhumacão — RELIQUIÆ. TRAJECTÆ. . . III. NON. FEB. EX. PERMIS. COLLEGII. PONTIFICVM. PLACITO. FACTO.

O código francez tambem admittre no mesmo caso não só a accumulacão da multa, mas a de prisão. Chauveau porem (n.º 3042) julga ser esta interpretação filha da má redacção do art., pois d'outro modo estaria elle em contradicção com o art. 365.º do código d'instrucção criminal, o qual não admittre accumulacão de penas, senão nos casos especialmente exceptuados. Apesar disto o Tribunal de Cassação por accordão de 17 de Maio de 1822 seguiu a interpretação que se deduz da letra do art. 360.º julgando ter lugar a accumulacão, e considerando o caso desse art. como um dos especialmente exceptuados.

SECÇÃO 2.ª

CRIMES CONTRA A SAUDE PUBLICA.

Todos os factos punidos nesta Secção são de muita gravidade, por que podem causar um damno immenso, e por vezes irreparável á saude, á vida das pessoas, e á hygiene publica, e por isso não deviam deixar de ser tomados em consideração pelo Legislador em todos os tempos. Tal é a razão porque vemos a nossa anterior legislação fulminando com graves penas a maior parte destes factos, e a Port. de 26 de Julho de 1849 considerando como crimes publicos todas as transgressões dos regimentos de saude.

Artigo 248.º

Aquelle, que sem legitima auctorisação vender, ou expozer á venda, ou subministrar substancias venenosas ou abortivas; ou sem as formalidades reque-

ridas pelos respectivos regulamentos, quando fôr legitimamente auctorisado, será punido com prisão de seis mezes até dous annos, e multa correspondente.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

L. 3 Dig. *ad leg. Cornel. de sicar.*; etc.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 246.^o, 247.^o, 249.^o; da Austria art. 100.^o - 103.^o, 109.^o, 115.^o; das Duas Sicilias art. 400.^o, 401.^o, 402.^o; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 89.

COMMENTARIO.

Se todas as substancias, mesmo medicinaes, não fizessem seaño. bem á saude, nada teria o Estado ou a lei com o seu commercio. Mas sendo certo que muitas dellas são venenosas ou capazes de produzir abortos, não podia o Estado deixar de intervir, determinando que sómente certas pessoas as possam vender, expôr á venda etc. debaixo de certas formalidades e condições estabelecidas nos regulamentos espeziaes, para prevenir as serias consequencias, que do contrario poderiam resultar ao publico.

E' por isso que quem vende, expõe á venda ou subministra essas substancias sem auctorisação legitima, ou, tendo-a, sem as formalidades estabelecidas nos respectivos regulamentos deve ser punido por este

facto; tal é o caso de um boticario que vender opio sem que lhe seja apresentada receita de medico ou cirurgião. Parece-nos porem que nesta segunda hypothese deveria ter lugar tambem a pena da suspensão do exercicio da profissão.

A nossa Ord. Liv. 5 Tit. 89 já impunha penas de degredo para Africa até mercê do Rei, e perdimento de bens áquelles que tivessem em sua casa, para vender, rozalgar, solimão ou opio.

O direito romano reconheceu tambem a verdade dos principios que temos exposto. Na L. 3 pr. e § 1. Dig. *ad leg. Cornel. de sicar.* diz Marciano: « *Ejusdem legis Corneliae de sicariis et veneficiis capite quinto, qui venenum necandi hominis causa fecerit, vel vendiderit, vel habuerit plectitur. Eiusdem legis poena adfertur qui in publicum mala medicamenta vendiderit, vel hominis necandi causa habuerit.* » Era de acordo com esta doutrina que o Jcto Gaio approva na L. 35 § 2 Dig. *de contrah. empt.* a opinião dos que sustentavam não poderem os venenos ser objecto de compra e venda¹.

Artigo 249.º

Será punido com prisão de tres mezes até tres annos, e multa correspondente, o boticario que, vendendo ou subministrando qualquer medicamento, substituir, ou de qualquer modo alterar o que se achar prescripto na receita competentemente assignada; ou vender, ou subministrar medicamentos deteriorados.

¹ Veja-se sobre isto o nosso Egilio á Lei *Ex hoc jure*, P. 1 Cap. 7.º, n.º 26, 27, e 28.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 248.^o; da Austria Part. 2.^a art. 100.^o - 106.^o; das Duas Sicilias art. 400.^o; da Sardenha art. 427.^o; etc.

COMMENTARIO.

Ambos os factos punidos neste art. podem causar grave damno á saude publica, pois a experiencia mostra infelizmente as tristes consequencias de que muitas vezes tem sido victimas os doentes por descuidos dos boticarios.

Uma cousa devemos ter em conta a respeito da materia deste art. ; e é que os factos nelle incriminados constituem uma verdadeira contravenção, devendo sempre ser punidos ainda que se prove a falta da intenção malefica (vide art. 3.^o).

Póde porem succeder que o boticario obre com essa intenção, e que, por exemplo, n'um medicamento em cuja composição entrar o arsenico, augmente a dóze deste, designada na receita, com o fim de envenenar o doente. Neste caso a pena já não é a do art. ; o facto reveste então o caracter de envenenamento, segundo as circumstancias ¹.

Entre nós já o Alv. de 22 de Janeiro de 1810 no § 14 impunha a pena de perdimento da fazenda aos boticarios e droguistas que tivessem drogas ou medicamentos reprovados.

¹ D. Joaquim Pacheco, *El Código penal concordado* tom. 2 pag. 370.

Artigo 250.º

Todo o facultativo que em caso urgente recusar o auxilio de sua profissão ; e bem assim aquelle que competentemente convocado para exercer acto da sua profissão necessario, segundo a lei, para o desempenho das funcções da auctoridade publica, recusar exercel-o, será condemnado em prisão de dous mezes a dous annos, salva a disposição do § unico do art. 188.º.

COMMENTARIO.

Achamos justissima a disposição deste art., apesar de julgarmos que raro será o caso em que elle tenha de ser applicado; pois custa-nós a crer que haja um facultativo tão falto de todos os sentimentos que ouse praticar os factos incriminados neste art.

«Sacerdote do fogo sagrado da vida, o medico, como o sacerdote christão, tem deveres a cumprir igualmente nobres e igualmente sublimes. Diante do doente deve desaparecer para elle toda a idéa de interesse pessoal ; deve sacrificar todas as suas conveniencias, a sua reputação mesmo : depositario dos preceitos da arte de curar não ha para elle descanso nem no leito, porque a qualquer hora deve elle correr a toda a parte aonde ouvir um gemido do homem que soffre¹. »

¹ São palavras do Sr. A. da S. no seu artigo intitulado *o Medico*, que vem na *Revista Academica* de 1845 pag. 25 e seg.

Se por acaso o facultativo não attendendo a estes principios tiver a fraqueza de commetter qualquer dos factos incriminados deverá então ser punido.

Com razão salva o Codigo a disposição do § un. do art. 188.º porque esse caso é mais grave e tem maior pena.

Artigo 251.º

Aquelle, que de qualquer modo alterar generos destinados ao consumo publico, de fórma que se tornem nocivos á saude, e os expozer á venda assim alterados; e bem assim aquelle que do mesmo modo alterar generos destinados ao consumo de alguma ou de algumas pessoas; ou que vender generos corruptos, ou fabricar ou vender objectos, cujo uso seja necessariamente nocivo á saude, será punido com prisão de dous mezes a dous annos, e multa correspondente; sem prejuizo da pena maior se houver logar.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 138.º, 475.º; de Hesp. art. 250.º; Lei belga de 19 de Maio de 1829; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 59 pr.; etc.

COMMENTARIO.

Quatro são os factos punidos neste art., os quaes vamos examinar cada um de per si; advertindo desde já que os romanos consideravam este delicto co-

no uma especie de stellionato, segundo nos diz Ulpiano na L. 3 § 1 Dig. *Stellionat*.

1.º *Alterar por qualquer fórma generos destinados ao consumo publico, de fórma que se tornem nocivos á saude, e expol-os á venda assim altera-los*¹. — O art. 318.º do código francez contém uma disposição quasi semelhante posto que restricta ás bôidas, em quanto a do nosso Código se estende com esta razão a todos os generos de consumo. Dizemos que é quasi semelhante, porque pelo systema do código de 1810 é necessario que haja venda consummada para existir crime, em quanto pelo systema do nosso Legislador basta a simples exposição á venda.

Cumpra porem notar que a lei de 27 de Março de 1851 veio no art. 2.º completar a doutrina do código francez impondo as penas de tres mezes a dous annos de prisão e multa de 50 a 500 francos áquelles que venderem substancias ou generos alimentares, alterados de modo que se tornem prejudiciaes á saude².

Os elementos do delicto são os seguintes: 1.º que haja alteração em generos destinados ao consumo publico; 2.º que essa alteração os torne nocivos á saude; 3.º que sejam expostos á venda alterados por esta fórma. Escusado é advertirmos com Chauveau que este character e effeitos da alteração dos generos devem ser apreciados por peritos competentes; pois

¹ V. gr. lançar terra no pão para furtar o accrescimento (Ord. Liv. 5 Tit. 59 pr.), e misturar no vinho caparosa (Alv. de 30 de Agosto 1757 § 2, 16 de Novembro de 1771 § 2, 10 de Abril de 1773), etc.

² Esta lei tinha sido proposta á assembléa legislativa por MM. Mortimer Ternaux e Riché.

só elles podem analysar as propriedades das diversas substancias, e estabelecer os effeitos da sua mistura. Julgamos porem conveniente consignar neste lugar que é necessario que o criminoso tenha obrado com conhecimento de causa, isto é, conhecendo que a alteração dos generos era prejudicial á saude: fazemos esta advertencia, de acordo com Rauter e Chauveau, e com a citada L. de 27 de Março art. 1.º, porque este facto não se póde considerar como uma simples contravenção ¹.

2.º *Alterar generos destinados ao consumo de alguma ou algumas pessoas de modo que elles se tornem nocivos á saude.* — O facto é o mesmo, com a differença 1.º que a alteração não é relativa em geral a generos destinados ao consumo *publico*, mas ao *particular* de alguma ou algumas pessoas, 2.º que não é necessaria a exposição á venda para existir crime, sendo sufficiente a simples alteração dos generos de modo que os torne prejudiciaes. Tal sería o caso de um criado que bebendo uma porção de vinho tinto de uma garrafa lhe deitasse agua para a acabar de encher, misturando alguma substancia nociva afim de lhe dar côr, e não se descobrir a sua fraude.

3.º *Vender generos corruptos.* — Não podemos descobrir a razão porque o Codigo no primeiro caso julga sufficiente para a incriminação a simples exposição á venda, e neste exige a venda consummada. A já citada lei franceza de 17 de Março foi nesta parte

¹ Chauveau n.º 2625; Rauter § 640. — Essa lei fallando de generos alterados diz: *qu'ils* (os criminosos) *sauront être falsifiés ou corrompus.*

muito mais providente porque não só em o n.º 2 do art. 1.º pune igualmente a exposição á venda, mas tambem considera como crime o simples facto de qualquer, sem motivo legitimo, ter em suas lojas, armazens etc. substancias alimentares, sabendo que ellas se acham corrompidas ¹.

Farinacius considerava o vender generos corruptos como crime de falsidade ; Menochius porem e Bertazius consideravam-no como uma especie de stellionato, que devia ser punido com pena extraordinaria ².

4.º *Fabricar ou vender objectos, cujo uso seja necessariamente nocivo á saude.* — Este principio com quanto estabelecido com boa intenção é todavia muito vago.

Todas as disposições deste art. são fundadas quanto á sua essencia em boa razão ; a salubridade publica deve attrahir a attenção do Legislador, porque della depende a vida dos cidadãos ; e este não póde deixar de lançar mão de meios repressivos contra aquelles que directa ou indirectamente attentam contra ella.

A legislação ingleza, além dos codigos citados, tambem pune estes factos severamente, como se vê dos estatutos 51 cap. 6 de Henrique 3.º, relativo ao vinho e carne corrompida, 12 cap. 25 de Carlos 2.º sobre o vinho alterado, 3 cap. 106 de Jorge 4.º, e 6 e 7 cap. 37 de Guilherme 4.º sobre pão, trigos etc. corruptos ³.

¹ Morin, v.º *Substances*.

² Farinacius, *Quæst.* 150 n.º 57 ; Menoch, *De arb. ud. cas.* 382 n.º 1 e 19 ; Bertazius, *Consil.* 168 n.º 5 e 519.

³ Steephen's, *Commentaries* tom. 4 pag. 322.

Artigo 251.º (continuação.)

§ 1.º Em qualquer parte que se encontrem os generos deteriorados, ou os sobreditos objectos, serão apprehendidos, e inutilizados.

COMMENTARIO.

Esta disposição é justa porque a existencia destes generos e desses objectos seria uma ameaça constante á saude publica.

O codigo francez nos art. 318.º e 477.º só determina a apprehensão no caso dos generos ou objectos pertencerem ao criminoso; pelo que foi justamente censurado por Chauveau e Carnot, cujas observações o nosso Legislador tomou em consideração.

Artigo 251.º (continuação.)

§ 2.º Será punido com a mesma pena :

1.º Aquelle que esconder ou subtrahir, ou vender, ou comprar effeitos destinados a serem destruidos, ou desinfectados.

2.º O que lançar em fonte, cisterna, rio, ri-beiro, ou lago cuja agua serve a bebida, qualquer cousa, que torne a agua impura, ou nociva á saude.

COMMENTARIO.

Se é ponto fóra de duvida que os effeitos deteriorados, nocivos á saude, devem ser destruidos, porque assim o pede a utilidade publica, é obvio que quem os esconder, vender ou comprar commette um

delicto semelhante ao punido no art. , por isso que põe em risco a saude publica. Approvamos pois o systema do Codigo em quanto faz applicação, na hypothese do n.º 1 deste paragrapho, da pena imposta no art.

A disposição do n.º 2 justifica-se, quanto á incriminação, pelos mesmos principios ; o facto punido é um attentado contra a saude publica. A respeito da pena não podemos admittir que seja punido aquelle que n'uma fonte lançar uma cousa nociva á saude, v. gr. arsenico, do mesmo modo que quem lançar uma cousa que apenas torne a agua impura. Além de que esta expressão *impura* é muito vaga para os effeitos da incriminação ; um pouco de sabão lançado n'uma cisterna torna a agua impura, mas nem por isso causa o mesmo damno á saude. De acordo com estas idéas fariamos uma distincção, punindo aquelle, que tornasse a agua nociva á saude, com a pena do art. ; e applicando a prisão de um a tres dias ou multa áquelle que só a tornasse impura ; systema seguido já entre nós pelos Editaes de 19 de Janeiro de 1807 e 14 de Julho de 1809, os quaes puniam com prisão e pena pecuniaria os que lavavam em tanques, pias e chafarizes da capital ¹.

¹ Sobre toda a materia desta Secção considerada pelo lado hygienico deve vêr-se o *Traité d'hygiène publique et privé* do Dr. Miguel Lévy (París, 2.^a edição 1850) ; e em especial sobre as agoas a these apresentada pelo Dr. Adolpho Guérard em 1852 ao concurso da cadeira de hygiene da faculdade de medicina de París, these que se inscreve : *Du choix et de la distribution des eaux dans une ville.*

Artigo 252.º

Em todos os casos não declarados neste Capitulo, em que se verificar violação dos regulamentos sanitarios, observar-se-hão as suas especiaes disposições.

COMMENTARIO.

E' um art. transitorio copiado do art. 432.º do codigo penal da Sardenha.

CAPITULO 8.º

DAS ARMAS, CAÇAS, E PESCARIAS DEFESAS.

SECÇÃO 1.ª

ARMAS PROHIBIDAS.

Artigo 253.º

Aquelle que fabricar ou importar, ou vender, ou expozer á venda, ou subministrar arma prohibida pela lei, ou pelos regulamentos da administração publica; e bem assim aquelle que a trazer ou usar della, será punido com prisão de um mez a um anno, e multa correspondente.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

L. un. Cod. *ut armor. usus, inscio principis, interdictus sit*; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 80: e vide o

COMMENTARIO.

Os factos de fabricar, importar, vender, expôr á venda, subministrar, trazer ou usar arma prohibida não constituem só por si um delicto moral; mas podem muito bem ser actos preparatorios de crimes, por isso que as armas são instrumentos que concorrem para a perpetração de muitos delles. E' esta a razão porque semelhantes factos são incriminados pelo nosso Legislador, o qual não fez mais do que seguir o exemplo dos legisladores dos outros povos desde os gregos, entre os quacs havia uma disposição de Solon que prohibia o porte de armas nas ruas de Athenas.

Entre os romanos datava essa prohibição do tempo de Servio Tullio, a darmos credito a Plinio¹; e depois apparece renovada por Cesar e Augusto, por Valentiniano e Justiniano.

Essa prohibição não foi tão absoluta porem nos antigos tempos. Antes da lei Julia o porte de armas era prohibido só dentro da cidade, mas fóra della era permittido; assim o dá a entender Cicero na sua oração *pro Milone*: « *Insidiatori vero et latroni, quæ potest afferri injusta nex? quid comitatus nostri, quid gladii volunt? quos habere certe non liceret, si uti illis nullo pacto liceret.* »

¹ Liv. 34 Cap. 14.

A lei Julia estendeu essa prohibição tambem aos campos e villas, permittindo sómente trazel-as para uso da caça, ou para segurança dos que iam em jornada, e tel-as com o fim de commerciar, como se vê da L. 1 Dig. *ad leg. Jul. de vi publ.*; e que ainda no tempo do imperador Marciano era licito o commercio das armas se collige da sua constituição, que prohibe vendel-as aos barbaros, e que vem na L. 2 Cod. *quæ res export. non deb.*

Porem as novas constituições dos imperadores prohibiram de todo, tanto o uso, como o commercio das armas (L. un. Cod. *ut armor. usus*), sendo apenas permittido pela Nov. 85 Cap. 4.º o commercio daquellas que pela sua diminuta grandeza não podiam servir para combate, (*cultelos minores, quibus nullus in præliis utitur*).

Quaes sejam as armas prohibidas entre nós pôde vêr-se em Ferreira, *Pratica criminal* tom. 1 pag. 61 e seg., Pereira e Sousa, *Classe dos crimes* pag. 164 e seg., e no appendice 1.º deste volume.

Artigo 253.º (continuação.)

§ 1.º A simples detenção será punida com a multa de um mez.

COMMENTARIO.

Pela nossa legislação anterior a prohibição das armas não se estendia tanto. A Ord. Liv. 5 Tit. 80 § 13 só prohibia que se tivessem em casa *arcabuzes de menos cumprimento, que de quatro palmos em cano*, cessando a prohibição fóra deste caso; como tam-

bem se deduz do pr. e § 1 da mesma Ord. a qual só pune o uso das armas.

Artigo 253.º (continuação.)

§ 2.º O que sem a competente licença, ou fóra das circumstancias declaradas na lei, ou nos regulamentos da administração publica trazer ou usar de qualquer arma, cujo porte, ou uso fôr sómente permittido nessas circumstancias, ou com licença da auctoridade, será punido com a prisão de quinze dias a seis mezes, e multa de um mez.

§ 3.º Em todos os casos declarados neste art. e seus paragraphos, as armas serão apprehendidas, e perdidas a favor do Estado.

COMMENTARIO.

Ha armas prohibidas cujo uso é permittido com licença da auctoridade competente que é o Governador Civil, segundo determina o art. 227.º n.º 4 do Codigo Administrativo : mas este magistrado não tem nesta parte um poder arbitrario, antes é regulado pelo Dec. de 25 de Outubro de 1836 o qual declarou de que especie de armas, a que pessoas, e porque tempo elle póde permittir o uso ¹.

¹ Dessa concessão são excluidas as armas curtas e espingardas ou pistolas fulminantes (cit. Dec. art. 2.º) — Só póde ser concedida licença a individuos, conhecidos ou abonados, que por sua occupação e trato, ou reconhecida necessidade de andarem em giro e transito no interior do Reino, carecerem dellas para sua defeza (art.

As armas prohibidas tambem são permittidas a algumas pessoas em certas circumstancias ; v. gr. aos Regedores e Cabos de policia *em occasião de serviço* pela Port. do Ministerio do Reino de 7 de Dezembro de 1839.

Neste parographo pune o Codigo aquelles que sem a respectiva licença trazem e usam dessas armas cujo uso é permittido só com licença ¹, e aquelles que sendo-lhe permittido esse uso, só em certas occasiões, as trazem fóra dellas.

A disposição do § 3 é justa, e já existia na anterior legislação.

SECÇÃO 2.^a

CAÇAS, E PESCARIAS DEFESAS.

A caça e a pesca são um direito natural, porque as aves e os peixes do mar e dos rios são *cousas nullius*, e sobre ellas se póde exercer a occupação, que é sancionada por aquelle direito.

Não é elle comtudo tão absoluto que não tenha seus limites, os quaes lhe são marcados ou pela propria natureza da cousa, ou pela collisão de outros

3.^o e 4.^o) — A licença não póde exceder a seis mezes ou um anno, mas póde ser renovada (art. 5.^o).

¹ Para não haver contradicção entre este § 2 e o art. é necessario que se entenda que duas cousas são necessarias para ter lugar a applicação da pena mais leve imposta neste §; 1.^a que o individuo traga sem licença *aquellas armas cujo uso é permittido com ella*; 2.^a que seja das pessoas a quem pelo citado Dec. póde ser concedida a licença.

direitos não menos respeitáveis. E' por isso que o poder social deve impedir a destruição da veação e da pescaria no tempo da criação, e o uso de meios perniciosos ou nimiamente destructivos, bem como que sob pretexto de caçar ou de pescar se devassem e damnifiquem as propriedades alheias.

Com quanto estes principios fossem reconhecidos nos primeiros tempos da nossa monarchia, em que a pesca e a caça era perfeitamente livre, bem depressa começaram a apparecer, além daquelles limites naturaes, outras restricções filhas das pretensões do espirito feudal. Referimo-nos ás *coutadas* em montes e rios, dentro das quaes só os senhores podiam exercer o direito de caça ou pesca.

D. Affonso 4.º foi o primeiro que fez *coutadas* para ursos e porcos monteizes; D. Pedro 1.º e D. Fernando estabeleceram outras; e os mestres das Ordens militares, e os grandes Senhores começaram tambem a seguir o mesmo exemplo. Os povos não podiam deixar de clamar contra um systema que redundava em prejuizo da agricultura, pois como era defeso matar os porcos e animaes bravios nos arredores das *coutadas*, por maior que fosse o damno que elles causassem, viam-se obrigados a deixal-as em pousio. D. Fernando attendeu a essas reclamações nas Côrtes de Lisboa de 1372, e reduziu as *coutadas* ás que havia estabelecido D. Affonso 4.º.

Nas Côrtes de Evora em 1391 representaram os povos de novo contra o abuso dos nobres em fazerem *coutadas*, o que era um direito real que só ao Rei competia. D. João 1.º não se atreveu a desgostar a nobreza, e limitou-se a prohibir o estabeleci-

mento de novas coutadas, prohibição renovada por D. Manoel na sua Ord. Liv. 5 Tit. 111.

Philippe 1.^o, talvez por julgar sufficientes para si as de Hespanha, reduziu-as ás de Lisboa, Cintra, Collares, Almeirim, e Salvaterra; e das particulares auctorisou unicamente as do Duque de Aveiro e Senhores de Pancas¹.

Em relação á pesca tambem havia lugares coutados. Os nossos Monarchas costumavam coutar em parte os rios reservando para si a pesca, ou concedendo-a exclusivamente aos donatarios; mas para isto era necessario doação expressa e formal do Rei, como declarava a Ord.^a Liv. 5 Tit. 92 § 2; e dahi vem os emprazamentos de pesqueiras que apparecem nos antigos documentos feitos por esses donatarios².

Com a abolição das coutadas cessaram estes privilegios, que se ressentiam das idéas feudaes, e que não eram compativeis com o systema liberal³; ficando por isso o direito da caça e pesca sujeito unicamente áquellas restricções deduzidas da mesma natureza das cousas ou da collisão de outros legitimos di-

¹ O Sr. Paschoal na sua *Historia jur. civ. Lusit.* Tit. 3 § 4 affirma que D. João 2.^o nas Côrtes de Montemor, e D. Manoel nas de Lisboa de 1498 haviam reduzido as coutadas; mas o Sr. Seabra julga não ser exacta esta opinião por não haver fundamento que o auctorise.

² Vejam-se Cabedo P. 2 decis. 54; e sobre abusos a este respeito Lobão, *Append. ao dir. emphyt.* §§ 51 e 52.

³ Veja-se nesta materia o livro sobre a *Propriedade* do Sr. Seabra pag. 142 e seg.; e Lobão, *Not. a Melito* tom. 3 pag. 131 e seg.

reitos ; restricções que são justas, e cuja violação é punida pelo Legislador.

Artigo 254.º

Aquelle que caçar nos mezes em que pelas posturas municipaes, ou pelos regulamentos da administração publica fôr prohibido o exercicio da caça, ou que nos mezes que não forem defesos caçar por modo prohibido pelas mesmas posturas ou regulamentos, será punido com a prisão de tres a trinta dias, e multa correspondente.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 86 ; etc.

COMMENTARIO.

O exercicio da caça tem restricções deduzidas da natureza das cousas ; deste genero são 1.º as que prohibem caçar em certos mezes, com o fim de impedir a destruição da veação no tempo da criação ; 2.º as que nos mezes em que ella é permittida prohibem caçar por modo prohibido, para evitarem os meios perniciosos ou nimiamente destructivos.

A primeira destas restricções acha-se já sanccionada na Ord. Liv. 5 Tit. 88 §§ 1 e 2.

A segunda acha-se tambem na legislação anterior a qual desceu á especificação desses modos de caçar prohibidos. E' assim que esta Ord. prohibe caçar coelhos, lebres e perdizes com fio, ou arame, ou

com boiz¹; e que o Alv. de 12 de Outubro de 1612, e L. de 23 de Fevereiro de 1624 prohibiam caçar perdizes, atirando-lhes no ar com munição.

Artigo 234.º (continuação.)

§ unico. Será punido com as mesmas penas, mas só a requerimento do possuidor, aquelle que entrar para caçar em terras muradas ou valladas sem consentimento do mesmo possuidor.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

L. 3 § 1 Dig. *de adquir. rer. domin.*

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 88; Alv. de 1 Julho 1776 § 4.

COMMENTARIO.

A par dos abusos das coutadas que já deixámos referido, havia, diz o Sr. Seabra, outro inteiramente contrario que consistia em julgar que a caça era permittida em propriedades particulares, sendo o caçador obrigado apenas a reparar o damno que causasse.

¹ Na Ord. Manoelina apparece a palavra *boi e não boiz* como na Philippina. *Boiz* é uma especie de armadilha; mas sobre o que seja o *boi* da Manoelina inclinamo-nos á opinião do Sr. Seabra na nota a pag. 144, o qual parece significar que era um uso que veio do norte, aonde os caçadores, segundo refere Olau Magno na historia dos povos septentrionaes, se cobriam com uma pelle de boi deitando-se no chão para melhor poderem apanhar as perdizes.

O Alv. de 1 de Julho de 1776 veio pôr-lhe termo prohibindo debaixo de graves penas caçar sem licença nas fazendas muradas e valladas, e em todas as *terras abertas da Estremadura*, em quanto nellas houvessem sementeiras ou fructos pendentes. A prohibição do Alv. era justa não só em relação ás fazendas muradas, porque sanccionava o respeito á propriedade, mas tambem em relação ás terras abertas aonde houvesse fructos pendentes: era porem absurda a prohibição em quanto era restricta á provincia da Estremadura.

O nosso Codigo seguiu o Alv. quanto ás terras valladas ou muradas; esqueceu-se porem de estender a prohibição ás terras abertas aonde houver fructos pendentes; e admira como isto esqueceu, quando é cousa que vem em todas as leis das nações civilisadas. Os romanos tambem nesta parte reconheceram em toda a sua plenitude o direito de propriedade, como se vê da L. 3 § 1 Dig. *de acquir. rer. domin.* aonde se diz: « *qui in fundum alienum ingreditur venandi aucupandive gratia potest a domino si is providerit, jure prohiberi ne ingrederetur* ¹. »

Artigo 255.º

Será punido com as mesmas penas:

1.º O que pescar nos mezes defesos pelas posturas municipaes, ou regulamentos de administração.

2.º O que pescar com rede varredoura, ou de mal mais estreita que a que fôr limitada pela câmara municipal, ou pescar por qualquer outro modo.

¹ Toullier, *Droit civil* Liv. 3 n.º 7 e seg.

proibido pelas mesmas posturas, ou regulamentos.

3.º O que lançar nos rios ou lagôas, em qualquer tempo do anno, trovisco, barbasco, coca, cal, ou outro algum material com que se o peixe mata.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

L. franceza de 15 de Abril de 1829 art. 25.º, 27.º - 31.º; Ordenança de 15 de Novembro de 1830 art. 5.º.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 88 § 6, 7, 13; etc.

COMMENTARIO.

Todos estes factos punidos neste art. são contra-venções ás restricções que o Legislador impõe ao direito da pesca com o fim de impedir a destruição do peixe.

A 1.ª incriminação já se achava na Ord. Liv. 5 Tit. 88 § 6, a qual mandava que nos mezes de Março, Abril, e Maio senão pescasse por outro modo que não fosse á cana com anzol. Em França dispunha o mesmo a Ordenança de Marinha de 1681 no Liv. 5 Tit. 2; disposições que foram conservadas na L. de 15 de Abril de 1829 no art. 27.º e na Ordenança de 15 de Novembro de 1830 art. 5.º, com pena pecuniaria de 30 a 200 francos.

A 2.ª tambem se encontra entre nós na cit. Ord. Tit. 88 § 13, a qual queria evitar com esta prohibição que não fosse pescada a criação nova, e por isso baniu as redes varredouras, e as de malha mais estreita do que certa medida. Em França a Ordenança

de Marinha foi até em demasia minuciosa, a este respeito; e posteriormente a citada Lei de 1829, e Ordenança de 1830; sendo os transgressores castigados por esta nova legislação com multa de 60 a 200 francos¹.

A 3.^a era igualmente prevista entre nós pela citada Ord. Tit. 88 § 7, e a razão é porque com esses *ingredientes* (como lhes chama o Código) se mata o peixe. A L. franceza de 1829 art. 25.^o considera esta contravenção como mais grave e impõe-lhe, além de uma multa de 30 a 300 francos, a prisão de um a tres mezes².

CAPITULO 9.^o

DOS VADIOS E MENDIGOS, E DAS ASSOCIAÇÕES DE MALFEITORES.

SECÇÃO 1.^a

VADIOS.

(Os vadios deviam necessariamente despertar em todos os tempos inquietações ao poder social, e tor-

¹ Puffendorf no seu *Tractado de direito natural e das gentes*, Liv. 4 Cap. 3 § 6, diz que todos os povos tem procurado impedir a destruição do peixe legislando sobre as redes e modo de as lançar, e acrescenta (valha a verdade) que já *um antigo philosopho chinez* sustentava a necessidade de taes medidas. — Vide Valin no *Commentario á citada Ordenança de 1681*.

² É notavel a redacção do n.^o 3 deste art., que apresenta um cacophaton nas palavras *coca, cal*; é uma construcção no gosto brasileiro nas palavras *coca que se mata*.

narem-se especial objecto de sollicitude da lei. Não só pela circumstancia de ser a ociosidade um dos maiores flagellos da sociedade, mas tambem porque a existencia de homens errantes, aventureiros e ociosos parece ameaçar a todo o instante a ordem social. Não é por ventura para temer a vida dessa gente sem domicilio, sem recursos, e que rejeita o trabalho, apoio da existencia? Não deverão inspirar serios receios esses homens, cuja posição e necessidade os impelle ao crime, e cuja vida errante, apagando os vestigios de seus passos, os esconde ás investigações da justiça!

As statisticas de França confirmam esta prevenção; as regiões do Sena, do Sena inferior, do Sena e Oise, de Pas de Calais, do Rhône etc., são as que maior numero de vagabundos apresentam, e nellas apparecem immensos delictos contra a propriedade; pelo contrario as regiões da Creuse, da Corrèze, da Haute Loire, do Gers etc. tem apenas um pequeno numero de vadios, e apresentam poucos crimes desse genero.

Estas reflexões são sufficientes para nos convencer-mos de que a vadiagem póde ser considerada como um delicto, ou como um acto preparatorio, que a lei pelas razões expostas julgou necessario incriminar.

Se julgassemos com Morin que n'uma sociedade bem constituida todo o homem tem deveres a cumprir para ter direito a gosar das vantagens do estado social, e que por isso deve concorrer para estes com o seu contingente de serviços, e não viver na ociosidade á custa dos outros, admittiriamos que os vadios commettem um delicto.

Se porem abstrahindo destas considerações, attendermos aos receios que causa á sociedade o genero de vida dos vadios, o qual ella considera como origem quasi inevitavel de crimes, não podemos deixar de admittir com Chauveau, que a lei punindo os vadios, considerou o seu modo de ser mais como um acto preparatorio do que como um delicto consummado¹, e esta parece ter sido a mente da nossa legislação anterior, pois o Alv. de 25 de Junho de 1760 § 18 diz que elles são uma das causas que perturbam a tranquillidade e o socego publico.

O que é certo é que por qualquer lado que se olhe este delicto, elle tem sido sempre considerado como tal entre as nações antigas e modernas, como teremos occasião de mostrar nos commentarios aos art. desta Secção.

Não podemos porem concluir estas reflexões preliminares sem dizer em especial alguma cousa sobre a origem de uma especie de vadios, que vemos particularmente punidos pela nossa legislação antiga e pela de outras nações; fallamos dos *Ciganos*.

A palavra *Ciganos* deriva-se, segundo Pereira e Sousa do italiano *Zingari*², os quaes, diz o mesmo auctor, eram uma geração de origem egypciaca, que appareceu em Allemanha no seculo XVI, depois que o Sultão Selim conquistou o Egypto em 1517,

¹ Chauveau n.º 2251; Morin, v.º *Vagabondage*.

² Os inglezes chamam-lhes *Gypsies*; os francezes *Egyptians*, e *Bohémiens*, talvez por se lhes haverem unido no tempo da guerra dos Hussitas uns fugitivos da Bohemia; os hespanhoes *Gitanos*, e os allemães *Zigeuner*.

e se espalhou bem depressa por toda a Europa, a qual já percorriam no anno 1524, na opinião do Sr. Paschoal ¹.

Esta especie de republica ou communidade de impostores e de pelotiqueiros errantes, e com um dialecto especial, tem origem pouco conhecida. Com quanto o nome de *egyptios*, com que elles são designados em França e Inglaterra, pareça inculcar terem vindo do Egypto, é muito predominante na Alemanha a opinião que vai buscar a sua origem á India. Büttner foi quem primeiro apresentou esta idéa, segundo attesta Adelung ²; o celebre professor Rüdiger, que escreveu em 1777, veio dar-lhe mais força allegando a analogia do dialecto dos ciganos com os da India, theoria que Grellmann levou á evidencia dez annos depois na sua obra *Historich. versuch über die Zigeuner*, publicada em Gottingen ³.

Qualquer porem que seja a verdade a este respeito, o que é certo é que a existencia dos ciganos na Europa é muito anterior á época fixada por Pereira e Sousa e pelo Sr. Paschoal. Munster ⁴, e de-

¹ *Instit. jur. civ.*, Lib. 1 Tit. 10 § 20 not.

² *Mithrid.* I, 283 (Berlin 1806).

³ O Pontifice Pio II diz que eram conhecidos pelo nome de *Sigaris*, e dahi suppõe terem elles emigrado do *Sig*, paiz que, pouco mais ou menos, corresponde á Circassia moderna.— Sobre esta materia remettemos o leitor para o prefacio da obra de Bischoff, *Deutsch Zigeunerisches Wörterbuch* (Illemenau 1827), e para o curioso escripto do americano Hoyland, *Historical survey of the Gypsies* (York 1816).

⁴ *Cosmogr.*, Lib. 3.

pois d'elle Spelman ¹, já os fazem apparecer em 1417 munidos de passaportes do imperador Sigismundo : Pasquier ² apenas differe dez annos desta chronologia fazendo remontar a sua origem ao anno 1427 ; e emfim o Papa Pio II, que morreu em 1464, falla delles já na sua historia dos Bohemios, dando-os como errando em toda a Europa.

A causa das leis que geralmente se publicaram na Europa contra os ciganos não foi sómente a crença de que elles eram dados á arte magica, e á chiromancia, como pretende significar o Sr. Paschoal no lugar citado, mas sim os furtos industriosos e outros que elles commettiam, e os embustes com que extorquiam dinheiro aos povos, fazendo-se acreditar como peritos naquella arte, lendo a *buena dicha* etc. ³. E' porem notavel que quando no seculo XVI os ciganos ou bohemios eram perseguidos por toda a parte severamente, gosavam pelo contrario na Escocia de muitos direitos e privilegios, como se vê das ordenanças de Maria Stuart de 25 de Abril de 1553, e de 8 de Abril de 1554, e do rei Jacques de 1594, nas quaes se concedem largas immunidades a um seu chefe denominado *John Fau* ; donde veio talvez o serem ainda hoje os bohemios designados em alguns condados desse paiz com o nome de bando de Fau (*Fau gang*).

¹ Glossar. 193, v.º *Egypti*.

² *Recherches sur la France*, IV. 9.

³ Sobre a nossa legislação relativa a ciganos veja-se, além da Ord. Liv. 5 Tit. 69 § 1, a citada por Pereira e Sousa na *Classc dos crimes* pag. 128.

Artigo 256.º

Aquelle que não tem domicilio certo em que habite, nem meios de subsistencia, nem exercita habitualmente alguma profissão, ou officio, ou outro mester, em que ganhe sua vida; não provando necessidade de força maior, que o justifique de se achar nestas circumstancias, será competentemente julgado e declarado vadio, e punido com prisão correccional até seis mezes, e entregue á disposição do governo, para lhe fornecer trabalho pelo tempo que parecer conveniente.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Vide o commentario.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 269.º e seg.; das Duas Sicilias art. 300.º; de Hesse Darmstadt art. 244.º e seg.; do Wurtemberg art. 196.º e seg.; da Baviera art. 639.º e seg.; do Brasil art. 295.º; de Malta art. 246.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 1 Tit. 73 § 3, Liv. 5 Tit. 68. — Veja-se a legislação citada por Pereira e Sousa pag. 122 e 123; e além disso o Alv. de 6 de Maio de 1536, e os Dec. de 16 de Março de 1641, 19 de Maio de 1644, e 6 de Junho de 1646.

COMMENTARIO.

Tres circumstancias são cumulativamente necessarias para a existencia deste delicto, segundo a doutrina do nossoCodigo.

1.º *Não ter o individuo domicilio certo em que habite.* — Estas palavras parecem copiadas de Julius Clarus, o qual na questão 39 n.º 7 define vadio *ille qui non certum habet domicilium in quo habitet*. Daqui se vê que para a criminalidade do facto basta que o individuo não tenha domicilio de habitação, ainda que o tenha de origem; porque é isto o que caracteriza o estado vagabundo dos vadios. Devendo porem advertir-se que por *domicilio certo* quiz o Legislador significar, não o domicilio fixo e continuo n'um só local, mas um domicilio *conhecido*, aonde a justiça possa encontrar o individuo, no caso de elle commetter algum crime, e a administração vigiar-lhe os passos, quanto se torne suspeito.

E' por isso que Chauveau (n.º 2259) recomenda que se entendam sempre por esta fórma semelhantes expressões; e Dalloz refere um acordão do Tribunal de Cassação de 26 do *pluviôse* do anno X, no qual se decidiu no mesmo sentido que não era vadio aquelle, que, sem deixar o municipio a que pertencia, vivia ora n'uma casa, ora n'outra; porque a sua habitação, apesar de mudavel, nem por isso deixava de ser um domicilio conhecido.

2.º *Nem meios de subsistencia.* — E' necessario tambem a existencia deste elemento, porque quem tem recursos ou meios de subsistencia de que vive, não excita a mesma desconfiança, que excitaria no caso contrario; e isto ainda mesmo que não tenha domicilio conhecido, nem profissão habitual, pois muito embora se possa considerar extravagante o modo de viver de um homem que não tem esse domicilio, nem essa profissão, deixa de se tornar perigoso á sociedade, pois

tendo meios de subsistencia, não carece, para os obter, de recorrer a meios criminosos.

3.º *Nem exercitar habitualmente alguma profissão ou officio.* — A necessidade deste terceiro elemento, exigido pelo nosso Código (que nesta materia copiou o francez) é reconhecida tambem por todos os escriptores. A lei não se limita a exigir que o individuo tenha esta ou aquella profissão; quer que elle a exerça *habitualmente*; pois é certo que o homem, que por preguiça ou por vicios abandona o officio que exercia, inspira os mesmos receios, como se nunca o houvera exercido. Os perigos de uma vida errante e sem recursos de subsistencia só desaparecem quando ha o exercicio habitual de uma profissão, a qual, fornecendo ao individuo os meios de viver, destroe essa prevenção desfavoravel.

Só estes tres elementos *cumulativamente* reunidos podem constituir o delicto de vadiagem: um só que falte, não póde haver acção criminosa, porque considerados cada um de per si isoladamente não inspiram á sociedade os receios, que justificam a incriminação. O primeiro não é sufficiente porque póde uma pessoa não ter domicilio certo, mas ter ou meios de subsistencia, v. gr. um viajante, ou uma profissão habitual, por exemplo um musico ambulante¹; o segundo tambem não, porque póde um individuo não ter meios de subsistencia, e ter domicilio certo, e até uma profissão, que por qualquer circum-

¹ E assim o decidiu a Relação de Bruxellas em accordo de 17 de Novembro de 1836 julgando não vadio um musico ambulante.

stancia eventual lhe não subministre esses meios ; o terceiro emfim também não, porque um homem pôde não ter profissão habitual e ter meios de subsistencia, e domicilio certo, e pôde não ter essa profissão, nem meios de subsistencia, mas ter um domicilio certo, v. gr. uma pessoa pobre que se achar entrévada.

Como o Codigo diz — *não provando necessidade etc.* — segue-se que provando o accusado que se acha nas circumstancias dos tres elementos já referidos, por effeito de força maior, não tem lugar a imposição da pena.

Pelo que respeita á penalidade, tres systemas principaes tem sido propostos para a repressão dos vadios — o 1.º (que é o do codigo francez de 1810) pune os vagabundos com tres a seis mezes de prisão, pondo-os depois á disposição do governo, pelo tempo que se julgar necessario, attendendo á sua conduta, — o 2.º (que é o da lei franceza de 28 d'Abril de 1832) conserva a pena de prisão, mas sujeita-os á vigilancia da policia por um espaço de tempo que não seja menor de cinco annos nem maior de dez, sem os entregar á disposição do governo ; — o 3.º (que é o do projecto belga de 1834) conserva também a pena de prisão até seis mezes, e manda encerrar os vadios, depois do cumprimento della, n'uma casa de trabalho ou deposito de mendicidade, por um espaço de tempo, marcado na sentença, o qual não deve exceder a cinco annos¹.

¹ Advirta-se porem que tanto o segundo como o terceiro systemas concordam em não applicar aos vadios menores de 16 annos a prisão ; com a differença que no

O nosso Código seguiu o systema do código francez de 1810, que é exactamente o peor de todos. Entregar o individuo ao governo pelo tempo que este julgar conveniente, é, como bem diz Haus, uma disposição exorbitante, uma vez que esse tempo não seja marcado na lei. Nota-se ainda a falta da disposição a respeito dos vadios menores de dezeseis annos, que são incluídos na disposição geral do art.; se entre nós houvessem as colonias de *jeunes detenus*, como ha em França, seria para ellas que elles deveriam ser enviados; no estado actual da nossa repressão penal não sabemos que destino se lhes deveria dar.

O systema que julgamos preferivel é o do projecto belga de 1834 com a modificação proposta por Haus de não elevar a prisão senão até tres mezes. Os romanos, incluindo os vadios (a que chamavam *errones*¹) no numero dos homens perigosos, davam ao proconsul o direito de os expulsar da provincia,

segundo systema são logo sujeitos á **vigilancia** da policia até aos 20, a qual cessa se antes delles assentarem praça no exercito de terra ou mar; e no terceiro são logo encerrados em casa de trabalho ou deposito de mendicidade até aos 20 annos, excepto tambem se antes dessa idade assentarem praça.

¹ Assim lhes chama Ulpiano na L. 17 § 14 Dig. de *ædil. edict.* — Tambem no tempo do imperio se dava aos ociosos a denominação de *vacantes*, mas este nome derivava-se mais do systema da organização forçada do trabalho que então existia em Roma, e tinha por isso uma extensão maior, comprehendendo pessoas que segundo a legislação moderna não são consideradas como vadios. Veja-se a este respeito a obra de Moreau-Christophe, *Problème de la misère* tom. 1 pag. 91.

como nos testemunha Ulpiano na L. 13 Dig. *de officio præsidis*.

Entre nós a vadiagem apparece reprimida desde o tempo de D. Fernando no art. 53.º das Côrtes de Lisboa da era de 1409. D. Affonso 2.º determinou no art. 1.º das Côrtes da mesma cidade de 1448 que os corregedores das comarcas metessem os vadios na cadêa até tomarem algum serviço ou officio, e que se depois não quizessem continuar neste fossem açoutados, disposição que passou para a Ord. Affonsina Liv. 4 Tit. 33, cuja observancia foi recommendada por D. João 3.º no Cap. 150.º das Côrtes impressas em 1538.

Por esta época havia em Lisboa um magistrado, denominado *pay dos velhacos*, que tinha inspecção sobre os moços vadios, que vinham ter a esta cidade, e aos quaes devia provêr de amos ou officios: igual instituição havia no Porto, como consta de uma Provisão regia de 1535, a que se refere S. Rosa de Viterbo no seu *Elucidario*, v.º *Pay dos velhacos*.

A Ord. Philippina no Tit. 68 do Liv. 5 punia os açoutados, e açoutes, ou degredo por um anno para a gallica, sendo pessoa que por sua qualidade fosse isempta de açoutes.

Posteriormente seguiram-se sobre vadios varias providencias policiaes apontadas por Pereira e Sousa na *Classe dos crimes*; e ultimamente tem sido promulgadas outras disposições ao mesmo respeito ¹, con-

¹ Vejam-se a L. de 5 de Dezembro de 1840 art. 6.º e a Port. do Ministerio do Reino de 12 de Janeiro de 1848 (no Diario do Governo n.º 11).

cedendo as Port. de 18 de Maio, 12 de Junho, e 17 de Julho de 1839 aos mancebos capturados por vadios a faculdade de assentarem praça nos corpos do exercito, evitando por esta fórma o serem julgados pelos Tribunaes.

Artigo 257.º

Se depois da sentença passar em julgado o vadio prestar fiança idonea, poderá o governo admitir-lha, assignando-lhe residência no lugar que indicar o fiador.

§ 1.º A fiança admittida faz cessar o cumprimento da pena.

§ 2.º Em qualquer tempo póde o fiador requerer a sua extincção apresentando o vadio á auctoridade competente para que pelo resto do tempo que faltar, se execute a sentença de condemnação.

§ 3.º Se o condemnado fugir do lugar, que lhe foi assignado para residencia, cumprirá toda a pena imposta na sentença, como se não tivesse prestado fiança.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 273.º; das Duas Sicilias art. 304.º; de Hesp. art. 255.º; etc.

COMMENTARIO.

A disposição do art. é copiada do codigo francez, com a differença que este além da caução ou fiança, admitte tambem para os mesmos effeitos a re-

clamação do vadio feita por deliberação do conselho municipal do municipio da sua naturalidade.

O nosso Codigo só admite a fiança depois da sentença passar em julgado, e a razão é porque antes disso o individuo não é criminoso. O Legislador fez esta declaração talvez para evitar questão que a este respeito se poderia suscitar; pois Carnot sustenta ter lugar a fiança mesmo antes da sentença; opinião esta que é combatida por Chauveau (n.º 2275) cuja doutrina seguiu a nossa lei.

Apesar da fiança, sugeita o Codigo o affiançado a ir residir para um lugar que lhe fôr designado pelo governo segundo a indicação do fiador. A razão desta designação é fundada no direito de vigilancia que a auctoridade deve ter sobre todas as pessoas suspeitas; e judiciosamente diz o art. que esse lugar deve ser indicado pelo fiador, pois se este estiver muito distante não poderá exercer a sua vigilancia e estará sujeito a ser compromettido se o affiançado commetter algum delicto.

As disposições do § 1 e 2 tem por base o art. 255.º do codigo de Hespanha. A do § 1 é logica; admittida a fiança necessariamente devia cessar o cumprimento da pena, porque a fiança faz desaparecer o alarma social, que havia motivado a incriminação. A do § 2 parece-nos rasoavel, e admissivel.

Mas qual será o tempo que dura a fiança? O codigo hespanhol marca-lhe o prazo de dous annos; o nosso não o faz; mas do conteúdo deste § 2 parece deduzir-se que não dura senão seis mezes, porque diz — *pelo resto do tempo que faltar* — dando a entender que a fiança dura tanto tempo quanto devia

durar a pena. Assim se o fiador dentro de quatro mezes apresentar o vadio afiançado, tem este a soffrer dous mezes de prisão se a condemnação tiver sido o maximo estabelecido no art. 256.º.

A determinação do § 3 parece justa; mas á vista della não sabemos qual seja em relação ao fiador o effeito da fuga do vadio. Se a fiança fosse pecuniaria, como é em Hespanha, seria o perder o fiador o deposito, mas como não o é, vem esse effeito a ser-nos desconhecido.

Artigo 258.º

Se o vadio, sem motivo que o justifique, entrar em habitação, ou lugar fechado della dependente, ou se fôr achado disfarçado de qualquer modo, ou fôr achado detentor de objectos, cujo valor exceda a dez mil réis, e não justificar a causa da detenção, será condemnado em prisão de um a tres annos, e depois entregue ao governo na fórmula do art. 256.º, sem que possa ter lugar a fiança do art. 257.º.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 277.º, 278.º; das Duas Sicias art. 303.º; de Hesp. art. 254.º; etc.

COMMENTARIO.

Se o facto da vadiagem é punivel, muito mais o deve ser quando apparecer acompanhado de algumas das circumstancias que o Código enumera neste art., copiando os art. 277.º e 278.º do código de França, e o 254.º do de Hespanha. Todas estas cir-

cumstancias, com quanto, absolutamente fallando, possam *em si* não ser criminosas, são todavia, diz Pacheco, argumentos mui poderosos contra pessoas, cuja condição não é inculpavel aos olhos da lei; e com effeito a justa desconfiança que cerca os passos do vadio eleva-se ao gráo mais subido, quando o agente se acha em circumstancias que podem ser ou preparatorios de algum delicto (por exemplo, o estar disfarçado), ou resultado delle (v. gr. a detenção de objectos de mais certo valor ¹).

Das palavras do art. — « *sem motivo que o justifique* » — se vê que este facto não é considerado contravenção, porque nesta abstrahese da intenção, segundo a letra do art. 3.º, em quanto no caso presente o Codigo exige que se investigue a intenção do agente ². A pena imposta pelo codigo francez é de dous a cinco annos de prisão: o nosso reduzindo-a nos termos deste art. foi mais prudente; mas Haus nas suas observações ao projecto belga diz que o Legislador apenas deve lançar mão de meios preventivos, como a sequestração do vadio n'uma casa de trabalho, e não de meios repressivos; pois é certo que taes factos não são verdadeiros delictos, e só foram incriminados pela lei para prevenir os effeitos que delles podem resultar.

¹ Este valor é o de 10.000 réis para cima; mas no codigo francez é quasi o dobro, porque são 100 francos.

² Chauveau n.º 2298. — E' esta tambem a opinião de Carnot no commentario ao art. 277.º do cod. n.º 1, e do Tribunal de Cassação no acordão de 3 de Junho de 1836.

Artigo 259.º

Se o vadio fôr estrangeiro será entregue á disposição do governo, para o fazer sahir do territorio portuguez, se recusar o trabalho que lhe fôr determinado.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 272.º; etc.

COMMENTARIO.

Esta disposição tem por base o art. 272.º do codigo francez, cuja fonte remota foi o art. 7.º da lei de 28 do *vendémiaire* do anno VI relativa aos passaportes.

Ha porem uma differença entre a legislação franceza e a nossa; esta só dá ao governo o direito de expulsar o estrangeiro, *quando* elle não quizer sujeitar-se ao trabalho a que se refere o art. 256.º; aquella dá-lhe uma faculdade muito mais lata, pois admite no governo o poder de o expulsar, *logo* que elle seja declarado vadio por sentença do poder judicial ¹.

SECÇÃO 2.ª

MENDIGOS.

A miseria é um facto social que parece ter acompanhado a humanidade em todas as épocas e idades. Todos os legisladores se tem occupado della já para

¹ Chauveau n.º 2277 e seg.

prevenir e attenuar esse flagello (cuja extirpação é ainda e continuará a ser um problema que hade sempre occupar o espirito dos philanthrophos sem encontrar uma solução), já para reprimir por instituições repressivas os terriveis males que elle póde causar á sociedade ; porque a miseria que ferve no cadinho do vicio, transforma-se em vicio, de vicio em crime, de crime em miseria ; e nesta transmutação successiva não são sufficientes as instituições preventivas para destruir a sua fonte ou para attenuar seus effeitos ; é preciso que a elles venham reunir-se as leis penaes, reprimindo e refreando os abusos que nascem da mendicidade.

As medidas preventivas contra a miseria não são do dominio do direito penal ; a instituição de colonias agricolas, de asyls de mendicidade, e outras instituições de beneficencia offerecem ao philosopho e ao economista um vasto campo de observação ; ao criminalista cabe o estudo das medidas *repressivas*.

A mendicidade só por si, e isolada de qualquer circumstancia aggravante, não é um delicto, porque o pedir esmola não póde ser uma acção imputavel, quando o agente sendo fraco ou doente, não tem outro recurso para sua sustentação. O delicto não começa a existir senão desde o momento em que a mendicidade deixa de ser fundada n'uma necessidade flagrante, ou é filha da ociosidade, porque então póde ser causa e meio para se commetterem crimes.

Já daqui se manifesta que a lei penal não considera a mendicidade senão nos seus effeitos, e que a incriminação desse facto tem por base o perigo eminentemente com que elle ameaça a sociedade ; perigo que

não é ephemero, como a experiencia mostra baseada nas taboas statisticas ¹.

Artigo 260.º

Todo o individuo capaz de ganhar a sua vida pelo trabalho, que fôr convencido de mendigar habitualmente, será considerado e punido como vadio.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

L. un. Cod. *de mendicant. valdis*; etc.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 274.º e seg.; da Austria Part. 2.ª art. 261.º e seg.; das Duas Sicilias art. 301.º; do Brasil art. 298.º; de Hesp. art. 256.º e seg.; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

LL. de 26 de Novembro de 1538, e 6 de Novembro de 1558; Alv. de 16 de Junho de 1579; Ord. Liv. 5 Tit. 103; etc.

COMMENTARIO.

Para a mendicidade constituir delicto segundo este art. doCodigo, deduzido do art. 275.º do codigo francez, dous elementos são necessarios; 1.º que o mendigo seja válido, ou capaz de ganhar a sua vi-

¹ Engels, *Die Lage der arbeitende Klassen in England* (Leipzig 1845), aonde mostra que em Inglaterra tem a criminalidade augmentado na proporção da mendicidade. — Chauveau n.º 2281 e seg.; Den Tex, *De caus. crimin.* pag. 84 e seg.

da pelo trabalho ; 2.^o que mendigue habitualmente. Examinemos cada um delles.

1.^o *Que o mendigo seja capaz de ganhar a vida pelo trabalho.* — A razão disto é porque se o mendigo é invalido, tem aos olhos do Legislador uma causa justificativa na sua idade ou nas enfermidades que o tornam incapaz do trabalho. Nesta parte vai o Codigo de acordo com a legislação das nações civilisadas. O direito francez no art. 274.^o tambem pune os mendigos invalidos, quando mendigarem n'um districto aonde houver depositos ou asylos de mendicidade. Não achamos justa esta disposição, porque para isso seria necessario que houvessem asylos sufficientes aonde fossem recolhidos todos os mendigos, e que as portas desses estabelecimentos estivessem sempre francas a todos os verdadeiros mendigos ; pois nesse caso aquelle que mendigasse mostrava preferir a vida de vagabundo, aos commodos que a sociedade lhe offerencia nesses asylos. Em todo o caso, o estado válido ou invalido é uma questão de facto cuja apreciação deve ser deixada aos tribunaes ¹.

2.^o *Que mendigue habitualmente.* — E' neces-

¹ O tribunal de Bourges por acordão de 3 de Fevereiro de 1831 decidiu não ser válido um individuo a quem tinha sido amputada uma perna. — E' necessario nisto muita cautela, como adverte Nypels: se a perda de um membro pôde privar um individuo de todos os meios de subsistencia, ou do exercicio de sua industria, é possível que não cause o mesmo obstaculo ao exercicio da profissão de outro qualquer individuo. Assim a privação de uma perna pouco ou nada pôde prejudicar ao exercicio de uma profissão que é toda manual.

sario mais para a incriminação o requisito do habito de mendigar : mas para isto não é preciso, dizem Chauveau e Morin, que o agente tenha sido encontrado muitas vezes mendigando ; basta que se prove que elle não se sustenta senão da mendicidade, e que esta constitue o seu modo de vida. Nesta parte ou não entendemos estes auctores, ou elles giram n'um circulo vicioso : pois como se hade provar que o agente faz da mendicidade o seu modo de vida senão pela reiteração de actos ?

Quanto á pena, o Codigo pune os mendigos válidos como vadios ; a razão é porque a causa deste delicto é a ociosidade.

Por direito romano tambem eram punidos estes mendigos. A L. un. Cod. *de mendicant. validis* determinava que sendo elles escravos mudassem de senhor, passando a ser propriedade de quem os denunciava, e que sendo livres ficassem colonos perpetuos deste. Justiniano veio modificar esta legislação pela Nov. 80 ; mandando no Cap. 5.º que elles fossem empregados nas obras publicas, e que recusando-se ao trabalho fossem expulsos da cidade.

A nossa legislação anterior impunha-lhes as penas de prisão, açoutes, ou degredo para fóra da villa e termo distancia de dez legoas. Ord. Liv. 5 Tit. 103 ; Alv. de 9 de Janeiro de 1604, 25 de Dezembro de 1608 § 13, 25 de Junho de 1760 § 18 e 19 etc.

Artigo 247.º

Serão punidos com a prisão de dous mezes a dous annos, todos os mendigos, que por signaes os-

tensivos simularem enfermidades, ou que tiverem empregado ameaças, ou injurias, ou que mendigarem em reunião, salvo marido e mulher, pai ou mãe e seus filhos impuberes, o cego, e o alijado, que não puder mover-se sem auxilio, cada um com o seu respectivo conductor.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 276.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 103.

COMMENTARIO.

A disposição deste art. é copiada do código francez art. 276.º, e é applicavel tanto aos mendigos válidos como aos invalidos, como se vê das expressões *todos os mendigos*, e da propria fonte deste art.

Os factos que constituem a incriminação são os seguintes.

1.º *Simular enfermidades por signaes ostensivos.* — Nisto vai o Legislador de acordo com as leis penaes de todas as nações civilisadas, castigando uma fraude empregada para extorquir esmolas á caridade publica. Mas a lei, diz com razão Chauveau, não preveniu senão estas mentiras phisicas: as falsas allegações, as miserias inventadas, a propria affirmação de uma enfermidade que não existe, mas que o agente não simulou por signaes ostensivos, escapam á sua provisão.

2.º *Empregar ameaças ou injurias.* — São circumstancias que vem aggravar a criminalidade do mendigo válido, e que tornam criminoso o mendigo invalido.

3.º *Mendigar em reuniões.* — Isto pelo perigo e consequencias que póde ter. Para este effeito reputa-se reunião o ajuntamento de duas ou mais pessoas, como se vê da excepção consignada, e do art. 22.º tit. 2 do codigo correccional de 19 de Julho de 1791 fonte do art. 276.º do codigo penal francez.

Exceptua porem o nosso Codigo o marido e mulher¹, o pai ou mãe, e seus filhos impuberes², o cego e o aleijado, com seus conductores: copiando o codigo francez, aonde se manifesta nesta parte um sentimento de piedade para com a desgraça, e de commiseração para com a sua enfermidade terrivel.

Não é sem uma viva emoção, diz um auctor moderno, que vemos o severo legislador de 1810, ao passo que pune a mendicidade em reunião, exceptuar logo desta disposição o marido que mendiga com sua mulher, o pai ou mãe com seus filhos impuberes, e o pobre cego que pede o pão da esmola, guiado pelo seu piedoso conductor. Religiosa e tocante excepção,

¹ Em Athenas a lei ia mais longe, porque obrigava a mulher a servir de guia ao marido que tivesse cegado. — Marcellinus, *in Hermogen.*; Meursius, *Themis attica* II, 8.

² Carnot quer que nas palavras «pai e mãe» se comprehendam todos os ascendentes, e nos «filhos impuberes» todos os descendentes impuberes. Approvamos esta interpretação moral, que vai de acordo com a L. 220 Dig. de verb. significat.

que nos traz involuntariamente á memoria tres grandes nomes da antiguidade, recordando-nos o maravilhoso cego de Jonia, o poeta soberano do Dante, reduzido a mendigar pela melodia de seus cantos a esteril piedade de seus contemporaneos, o velho fatal do Citheron, fugindo Thébas com o piedoso Antígono, e emfim esse illustre guerreiro, repellido por uma côrte ingrata, Belisario, que o vencedor de Austrelitz tinha por certo presente na memoria quando redigia esse artigo do seu codigo penal ¹.

Artigo 262.º

E' applicavel aos mendigos o que se determina no art. 258.º; e observar-se-hão a respeito delles as disposições das leis e regulamentos de policia.

COMMENTARIO.

Pelo que respeita á primeira parte do art., remettemo-nos para o commentario ao art. 258.º; e pelo que toca á segunda não carece de explicação.

SECÇÃO 3.ª

ASSOCIAÇÕES DE MALFEITORES.

O nosso Codigo seguiu a ordem inversa da legislação franceza: esta tracta primeiro das associações de malfeitores, e em seguida da vadiagem e mendicância.

¹ Chassan, *Essai sur la symbolique du droit*, Introd. pag. 102, e 103.

dade ; aquelle julgou que devia occupar-se em ultimo lugar das associações de malfeitores.

A respeito deste crime a lei não é só repressiva, porque não se limita a punir um acto já por si immoral, é tambem preventiva ; pois tende a prevenir os terriveis effeitos que á sociedade podem resultar desta organização de reuniões de criminosos. Examinemos a natureza do crime, os seus elementos, e a respectiva penalidade ; o que tudo faz objecto desta Secção.

Artigo 263.º

Todos os individuos que fizerem parte de qualquer associação formada para atacar as pessoas, ou as propriedades, e cuja organização se manifeste por convenção, ou por quaesquer outros factos, serão punidos com a pena de prisão maior temporaria com trabalho.

§ 1.º Os que forem auctores da associação, ou nella exercerem direcção, ou commando, serão punidos com trabalhos publicos temporarios.

§ 2.º São applicaveis as regras sobre a cumplicidade a todo aquelle que, sendo sabedor da associação, der voluntariamente pousada aos associados, ou os acolher, ou lhes fornecer lugar de reunião.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 265.º - 268.º ; da Sardenha art. 441.º e seg. ; etc.

COMMENTARIO.

Da simples leitura do art. se vê que tres são os elementos da incriminação ; 1.º que haja uma asso-

ciação formada ou organizada ; 2.º que a associação tenha por objecto atacar as pessoas ou as propriedades ; 3.º que o criminoso faça parte dessa associação. Analysemos cada um de per si.

1.º *Que haja uma associação formada etc.* — E' necessario que a associação esteja formada ou organizada, isto é, que a sua existencia se revele materialmente por algum acto ; para não se punir a simples intenção, em quanto não é acompanhada pelo menos de algum acto preparatorio. A *organisação* da associação é a essencia do crime, é o que lhe dá a existencia, porque é o acto externo, que manifesta o perigo de que a sociedade se acha ameaçada, e que a ei póde punir.

Mas em que consistirá essa organização? Sendo a intenção da lei, diz Chauveau, punir as associações activamente organisadas, parece que só existirá essa organização, quando os seus membros, obrando para um fim commum, se acharem ligados por uma como disciplina (que constitue o principal perigo da sociedade) e tiverem uma direcção qualquer que lhes dê o impulso. O nosso Código mesmo o suppõe, referindo-se no § 1 áquelles que exercem commando ou direcção.

Quanto ao numero de individuos necessario para constituir a associação, nada nos diz o Legislador, seguindo o exemplo do de França : e nesta parte parece-nos que andou bem : o que constitue o crime, diz Bourguignon ¹, não é tanto o numero dos indivi-

¹ *Jurisprudence des codes etc.* ao art. 265.º do código francez.

duos, como a *organisação*; e com effeito é este um ponto que pouco influe na decisão do jury; o que este tem a decidir é se os individuos que compõem a sociedade são ou não em sufficiente numero para constituir a associação de malfeitores, attendendo ao seu fim e ao perigo que della podia resultar ao Estado.

A legislação da Sardenha porem fixou esse numero, exigindo no art. 441.º que hajam pelo menos cinco individuos para existir a associação.

Diz-nos o Codigo que essa organização se deve manifestar por convenção ou por outros quaesquer factos. Isto era escusado; uma vez que o modo de provar a organização não é estabelecido na lei limitativamente, o declarar que a prova se faz por meio de convenção ou *outros quaesquer factos* é uma formula banal, que devia ser banida de uma lei, cuja natureza reclama sempre a precisão e clareza nas incriminações.

2.º *Que a associação tenha por objecto etc.* — Este objecto ou fim da associação é que constitue o seu perigo e a sua immoralidade. Se ella tiver qualquer outro fim, que não este, o crime deixará de existir. Não podemos assentir de modo algum á opinião do illustre auctor da *Theoria do codigo penal*: porque se hade restringir aos ataques contra as pessoas e contra as propriedades o fim da associação para os effeitos da incriminação? Os crimes contra as pessoas e propriedades serão os mais importantes? Não ha crimes contra o Estado, que, se forem objecto de alguma associação organizada, devem tornar esta muito mais perigosa? Pela theoria do Codigo, que

seguiu as idéas de Chauveau, deverá ser punida uma sociedade que se organizar para furtos industrioses, nas não o deverá ser a que tiver por fim o crime de pirataria, ou o da escravatura, que lhe é assimilado.

3.º *Que o criminoso faça parte da associação.*

— Isto é claro, nem carece de explicação alguma. Uma cousa ha porem que deve deter por um pouco a nossa attenção. Será necessario que os individuos que compõem a associação tenham já commettido outros crimes ou delictos? A expressão *malfeitos*, empregada na epigraphé da Secção, assim parece dal-o a entender, e tal foi em França a opinião de Carnot. Não é porem exacto: a criminalidade nasce da natureza e do fim da associação, independentemente dos vicios e habitos anteriores dos associados; o simples acto de fazer parte della os constitue malfeitos, pois se reuniram para *mal fazer*¹. Já se vê pois que a palavra *malfeitos* empregada na epigraphé do Cap. I.º é tomada em sentido differente pois suppõe crimes anteriores, como se vê do art. 197.º.

Quanto á pena. — Os auctores da associação, ou os que nella exercerem commando são punidos com trabalhos publicos temporarios (§ 1); todos os demais com prisão maior temporaria; a razão da differença é ser a qualidade de chefe uma circumstancia aggravante; mas será ella tal que justifique um salto tão grande na pena? não o cremos. Para nós a qualidade de chefe não devia fazer sahir o Juiz das re-

¹ E' esta tambem a opinião de Chauveau n.º 2248
— Vide Rauter § 403, e Morin, *hoc v.º*; etc.

gras geraes da applicação da pena, senão em rarissimos casos.

A disposição do § 2 era escusada dizel-a porque ninguem duvidava que quem pratica taes actos seja cúmplice. As regras a que o Código se refere são as dos art. 26.º e 88.º.

CAPITULO 10.º

DOS JOGOS, LOTERIAS, CONVENÇÕES ILLICITAS SOBRE FUNDOS PUBLICOS, E ABUSOS EM CASAS DE EMPRESTIMO SOBRE PENHORES.

SECÇÃO 1.ª

JOGOS.

O jogo remonta a uma grande antiguidade; em todos os povos apparece com mais ou menos predominancia, até mesmo como meio de desenvolvimento, comprehendendo os exercicios gymnasticos etc., como era vulgar entre os romanos.

Em Roma apparece com cedo a distincção entre jogos simples e jogos de asar; mas a legislação depressa procurou fulminar estes ultimos attendendo aos males que delles se derivavam. E com effeito além do perigo de distrahir dos trabalhos necessarios, despertam chimericas esperanças de ganho, em consequencia do que se fazem sacrificios e se arriscam quantias a que muitas vezes não está habilitada a fortuna do homem, o qual se lança na carreira do cri-

me para sustentar o vicio do jogo que se lhe torna uma necessidade indispensavel ¹.

E' por isso que desde os tempos da republica apparecem punidos os jogos de asar, que não tendiam a desenvolver as forças. Cícero faz menção de uma lei penal *de alea*, quando exproba a Antonio o querer rehabilitar *hominem omnium nequissimum, lege quæ est de alea condemnatum* ². Paulo refere no mesmo sentido na L. 2 Dig. *de aleator*. um senatusconsulto, que Pothier attribue a Septimio Severo ou a algum de seus predecessores. Justiniano nas LL. 1 e 3 Cod. *eod.* veio confirmar a prohibição do senado decretando a confiscação das sommas ganhas ao jogo, e das casas que tinham servido de asylo aos jogadores, e ordenando que a acção dos vencidos, para repetirem o que haviam perdido, não prescrevesse até 50 annos; e que, faltando herdeiros para a intentar, qualquer do povo o podesse fazer, ou os mesmos procuradores fiscaes, empregando estes nas obras publicas as quantias repetidas ³.

¹ Sobre os inconvenientes do jogo de asar nada mais accrescentaremos, por ser uma cousa inquestionavel; remettemos o leitor para Descuret, *La médecine des passions* (París 1841) pag. 640 e seg., e para o escripto do bem conhecido litterato francez Julio Janin, *Le Chemin le Traverse* (París 1836) II pag. 175 e seg.; etc.

² *Philipp. II*, 28.

³ Justiniano restringiu até os jogos, que serviam para exercitar o corpo, estabelecendo que a elles se não podesse arriscar mais do que um escudo de ouro em cada partida. — Veja-se Pothier no seu tractado do jogo, o qual vem nas suas obras (ed. de Paris 1824) pag. 550 e seg.

Apesar de todas as leis que em Roma havia contra os jogadores, o mal continuava sem para nada servirem os remedios; e por isso Juvenal na Satyra 1.^a v. 88 e seg. reprehende os romanos por exporem todo o seu cabedal ao jogo

. *Alea quando*

*Hos animos? Neque enim loculis comitantibus
Ad casum tabulæ, posita sed luditur arca.*

Artigo 264.º

Todo o jogador, que se sustentar do jogo, fazendo delle a sua principal agencia, será julgado, e punido como vadio.

COMMENTARIO.

Referir-se-ha o Codigo só aos jogos de asar ou a todo e qualquer jogo? se attendermos ao espirito da Secção havemos dizer que só falla dos jogos de asar; mas nem isto era preciso, porque sendo licito todo o jogo que não é de asar, é claro que quem para se sustentar lançar mão de uma cousa licita não é criminoso.

Artigo 265.º

O que fôr achado jogando jogo de fortuna ou asar, será punido pela primeira vez com a pena de reprehensão; e no caso de reincidencia com a multa, conforme a sua renda, de quinze dias a um mez.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Vide o commentario.

COMMENTARIO.

E' necessario precisar bem o que se deve entender por jogos de fortuna ou de asar. São qualificados como taes todos aquelles cujo resultado depende sómente de acaso. Ha porem certos jogos a que poderemos chamar mixtos, e cujo resultado apesar de depender do asar é filho as mais das vezes de combinações intellectuaes; tal é o *bilhar*¹. Não é a estes por certo que a lei se refere, mas sim aos meramente de asar, como tem sempre sido a jurisprudencia seguida em França.

Entre nós o Alv. de 29 de Outubro de 1696 punia com degredo para Africa por um anno, e multa de quarenta cruzados os que jogavam a *banca*; e as mesmas penas impunham o Alv. de 24 de Maio de 1656, e L. de 25 de Janeiro de 1677 aos que jogassem jogos seccos ou de parar.

No commentario á epigraphie da Secção já indicámos quaes eram as disposições do direito romano na materia.

Artigo 266.º

Aquelle que jogar jogo de fortuna ou asar com

¹ A respeito do *écarté* tem divergido os tribunaes francezes; o de Cassação por acordão de 14 de Novembro de 1840 decidiu que era jogo de asar; e o de Borleões em sentença de 18 de Abril de 1844 julgou que era mixto. — Decidir quaes sejam os jogos que devam ser considerados de asar, incumbe aos tribunaes, tendo em vista o principio que estabelecemos.

um menor de vinte e um annos, ou filho-familia, será condemnado em prisão de um a seis mezes, e multa de um mez.

§ unico. A mesma pena será imposta áquelle que excitar o menor, ou filho-familias ao jogo, ou a habitos viciosos, ou á violação da obediencia devida a seus pais, ou tutores, se estes accusarem.

COMMENTARIO.

A disposição do art. tem por base a mesma razão que originou outras disposições de direito civil, as quaes tem por fim proteger os menores, e castigar aquelles que procuram induzil-os a habitos viciosos.

A determinação do paragrapho tambem é justa e até moral; mas a materia contida nas palavras *ou a habitos viciosos etc.* é impropria deste lugar aonde sómente se tracta de jogo.

Os romanos tambem puniam aquelles que induziam os escravos e filhos-familias ao jogo; competindo ao pai ou senhor a acção de injuria ou *servi corrupti* contra aquelle que excitava ao jogo o menor ou filho-familias — L. 26 Dig. de injur.

Artigo 267.º

Aquelles que em qualquer lugar derem taboagem de jogo de fortuna ou de asar, e os que forem encarregados da direcção do jogo, posto que o não exerçam habitualmente; e bem assim qualquer administrador, preposto, ou agente, serão punidos com prisão de dous mezes a um anno, e multa correspondente.

§ unico. O dinheiro e efeitos destinados ao jogo, os moveis da habitação, os instrumentos, objectos, e utensilios destinados ao serviço do jogo serão apprehendidos, e perdidos, metade a favor do Estado, e metade a favor dos apprehensores.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de France art. 410.^o 475.^o n.^o 5; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR,

Ord. Liv. 5 Tit. 82 §§ 4, e 5; Regim. de 12 de Março de 1603 § 5; etc.

COMMENTARIO.

Tendo o Legislador anteriormente punido o facto do jogo de asar, incrimina neste art. um dos meios que mais vulgarmente se offerecem para a alimentação do jogo; e por isso pune 1.^o os que em qualquer lugar dão tabolagem de jogo de fortuna ou de asar, 2.^o os encarregados da direcção do jogo, os Administradores, propostos, ou agentes da tabolagem. Examinemos cada uma destas hypotheses.

1.^o *Os que em qualquer lugar dão tabolagem etc.* — Dar tabolagem significava na nossa antiga legislação ter casa de jogo; e esta expressão, já empregada na Ord. Affons., foi deduzida do hespanhol, onde a palavra *tablaje* indica casa de jogo, segundo a derivação apresentada por Bluteau no seu vocabulario.

No nosso Código parece ter o mesmo sentido, se attendermos á significação da palavra *tabolagem*, e á redacção do art., (no qual se suppõem prepostos e administradores etc.) e ao art. 410.º do código francez. Mas por outro lado fazem-nos duvida as expressões *em qualquer lugar*: a nossa duvida nasce de que havendo nesse art. do código francez uma pena para os que tem casa de jogo, e outra no art. 473.º para os que estabelecem jogos nas ruas, praças, e outros lugares publicos, e não existindo para estes ultimos pena especial na nossa lei, parece que ella quiz abrangel-os a ambos na mesma disposição, e isto mesmo se deduz das palavras *em qualquer lugar*.

Este systema porem, se é o do Código (como pensamos), tem dous inconvenientes; o primeiro é a errada extensão dada á palavra *tabolagem*, a qual se applica sómente ás *casas* de jogo, e não ao jogo estabelecido n'outros lugares que não são casas: — o segundo é nivelar dous factos, impondo-lhes a ambos a mesma pena, quando a sua criminalidade não é igual; pois, como bem adverte Chauveau, o jogo nas casas offerece mais perigo, do que o jogo nos lugares publicos, porque nestes podem a auctoridade e a policia exercer uma vigilancia, que se torna mais difficil a respeito daquelles.

Cumpra porem advertir que para as casas de jogo de asar serem criminosas é necessario, como condição essencial, (segundo a doutrina dos códigos e dos criminalistas) que o publico seja admittido nelas para o fim de jogar jogos de asar. Por isso se o publico não fôr admittido, não existe casa de jogo punivel, porque os cidadãos tem direito no seu domici-

lio de se entregarem a toda a especie de jogos, uma vez que restrinjam o uso destes ao circulo da familia e das suas relações privadas; neste caso a auctoridade publica não tem a exercer vigilancia, porque os jogos de asar não se tornam perigosos á sociedade, senão quando se convertem em meio de especulação ¹.

Em França tem-se dividido a jurisprudencia em decidir se os cafés, botequins, e hospedarias aonde se jogam jogos de asar devem ser considerados como *casas* de jogo, para ser regulada a pena de acordo com o art. 410.º, ou como *lugares publicos* para ser imposta a pena conforme o disposto no art. 475.º. No primeiro sentido decidiram os tribunaes de segunda instancia de Montpellier em 23 de Janeiro de 1843, de Bordéos em 7 de Dezembro de 1843, e o Tribunal de Cassação em acordão de 12 de Maio de 1843; no segundo sentido decidiu anteriormente o mesmo Tribunal de Cassação em 14 de Novembro de 1840, e pela mesma opinião pugna Chauveau. Todavia a opinião deste criminalista funda-se n'uma falsa interpretação dada ao art. 410.º do codigo, como bem mostram as decisões já citadas dos tribunaes de Bordéos e Montpellier, cuja doutrina parece ser hoje aquella para onde se inclina a jurisprudencia franceza. Esta questão porem não tem lugar entre nós porque, como já dissemos, o nosso Codigo comprehendeu no mesmo art. os jogos de asar em *casas* para esse fim destinadas ou em outro qualquer lugar.

¹ Chauveau n.º 3585; Morin v.º *Jeux prohibés*; etc.

Escusado é advertir que, para os effeitos da incriminação, é indispensavel que os jogos a que se refere o art. sejam de fortuna ou asar, porque elle é bem claro a semelhante respeito.

2.º *Os encarregados da direcção do jogo etc.*
 — Não são só aquelles que dão tabolagem de jogo de asar, os punidos por este art. ; são tambem os encarregados da direcção dessa tabolagem estabelecida em qualquer lugar, bem como os administradores, prepostos etc., isto é, aquelles, como diz Carnot, que são incumbidos de dar ao jogo a actividade de que elle póde ser susceptivel. A estes chama a lei franceza *banquiers* ; mas não se devem confundir com aquelles que no acto do jogo do monte fazem monte, e se chamam banqueiros ; e assim o tem entendido com razão o Tribunal de Cassação.

Por direito romano aquelle que dava casa de jogo era punido fortemente : os furtos e offensas pessoas que lhe faziam, as injurias que lhe dirigiam nessa casa não eram punidas, nem para haver o furtado tinha acção eivil (L. 1 pr., e §§ 1, 2, 3 *Dig. de aleator.*) ; e a casa era confiscada (L. 2 *Cod. ibid.*) :

§ un. — A disposição deste paragrapho é baseada no art. 410.º do codigo penal francez. A parte relativa ao *dinheiro e effeitos destinados ao jogo* é designada nessa lei pelas expressões *fonds ou effets qui seront exposés au jeu*, e com muito mais razão, pois as palavras empregados no presente paragrapho podem dar, pela sua latitude, lugar a grandes abusos. Póde um homem ir a uma casa de jogo, levando na algibeira trinta moedas, mas com tenção de ariscar só duas ; se a auctoridade entrar na casa e

prender os jogadores, deverá ser apprehendido todo o dinheiro que a esse homem fôr encontrado? isto depende da questão de saber se elle o destinava ou não ao jogo; questão que é quasi impossivel resolver.

A lei franceza é mais rasoavel; só apprehende o dinheiro que fôr achado nas mezas, ou em poder dos jogadores, se estes, sendo sorprendidos em flagrante, pretenderem subtrahil-o. O nosso Codigo substituiu a palavra *exposés* por *destinados*, como que querendo ir de acordo com o que diz Chauveau n.º 3593; o facto porem é que não o entendeu a elle, nem aos acordãos que elle refere.

Pelo que respeita á apprehensão dos *moveis etc.*, a commissão do corpo legislativo foi de opinião em França, quando se confeccionou o codigo de 1810, que esta disposição devia ser supprimida, por isso que podia muito bem succeder que os moveis em toda ou em parte fossem alugados, fiados, ou emprestados, ou serem daquelle que havia alugado a casa sem saber do fim a que ella era destinada; e não era justo que a pena recahisse sobre quem era innocente. O Conselho d'Estado rejeitou estas idéas, não só porque esses objectos deviam ser considerados como instrumentos da contravenção, mas tambem porque os terceiros prejudicados devem imputar a si proprios a sua imprudencia, e tem recurso contra quem em direito competir ¹.

Esta questão entre nós é ociosa porque o art. 64.º declara que a apprehensão não tem lugar nos casos em que o offendido ou algum *terceiro não res-*

¹Loché tom. 15 pag. 530, 534.

ponsavel pelo crime tenha direito á restituição dos objectos apprehendidos.

Artigo 268.º

Aquelle que usar de violencia ou de ameaças para constranger outrem a jogar, ou para lhe manter o jogo, será punido com prisão de dous mezes a um anno, e multa correspondente, sem prejuizo da pena mais grave, se houver lugar.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

LL. 1 § ult., e 2 Dig. *de aleator*.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 82 § 7; etc.

COMMENTARIO.

Esta incriminação apparece no direito romano, e nas nossas Ordenações. Já o Jcto Pauto dizia na L. 2 Dig. *de aleator*. haver alguns individuos que forçavam outros a jogar, ou a receberem a desforra se estes por acaso ganhavam: « *solent enim quidam et cogere ad lusum, vel ab initio, vel victi dum retinent.* » A pena neste caso era ou a multa ou as *latumias*¹, ou prisão publica.

A Ord. citada punia este facto com degredo para

¹ Esta pena era uma especie da de trabalhos publicos; Noodt não foi muito feliz tomando-a como equivalente de carcere.

o Brasil por quatro annos, além da pena da injuria; e é notavel semelhante disposição quando a do mesmo Liv. Tit. 141 § 1 determinava que nunca se impozesse o degredo para o Brasil por menos de cinco annos. A pena do Codice parece razoavel, muito mais estando ressalvada a pena mais grave, que possa ter lugar em vista da violencia ou ameaça.

Artigo 269.º

Serão impostas as penas do furto aos que empregarem meios fraudulentos para assegurar a sorte.

COMMENTARIO.

A disposição é justa, pois o facto é um verdadeiro furto. A Ord. Liv. 5 Tit. 82 § 3 impunha aos que jogavam com dados falsificados para enganarem os parceiros a pena de degredo para o Brasil por dez annos, e açoutes com barão e pregão, ou o anoveado, sendo pessoa de maior condição.

ADDIÇÃO A SECÇÃO 1.ª

Se do jogo resulta acção?

Por direito romano aquelle que ganhava não tinha acção para haver o ganho; e o que perdia tinha acção para repetir o que havia perdido e pago, não só contra o vendedor mas contra seus herdeiros. L. ult. § 1 Dig., L. 1 e 3 Cod. de aleator.

O codigo francez seguiu o direito romano em quanto determinou no art. 1965.º que o vencedor

não tem acção para pedir o ganho; mas afastou-se d'elle em quanto no art. 1967.^o negou ao vencido acção para repetir o que tiver pago. Esta doutrina do código francez (que era já a de Struvio¹) tem sido seguida pelos códigos da Sardenha (art. 1999.^o, 2001.^o), das Duas Sicilias (art. 1837.^o, 1839.^o), do Cantão de Vaud (art. 1449.^o, 1450.^o), etc.

Sómente o código da Baviera adoptou o principio do direito romano em toda a sua plenitude.

Entre nós tem esta materia sido objecto de questão. O Sr. Paschoal² sustenta que a doutrina do direito romano não foi recebida; que o vencedor tem acção para pedir o que ganhou, e que o vencido não póde repetir o perdido.

Lobão³ combate esta opinião, mostrando ter sido o direito romano seguido neste reino, como se vê de Pereira, *Decis.* 88; mas por fim inclina-se á doutrina do código francez, a qual foi também abraçada pelo Sr. Coelho da Rocha⁴. Não podemos inclinar-mo-nos nem á opinião do Sr. Paschoal, nem á do código francez, seguida por Lobão e pelo Sr. Rocha: e parece-nos que a theoria do direito romano é a mais conforme á boa razão. Que o vencedor não tem acção para pedir o que ganhar é principio adoptado por este direito e pelo francez por isso que a causa de pedir é illicita. Que o vencido tenha acção para repetir o perdido, é o que não admite a legislação fran-

¹ *Exercit.* XV, thes. 57.

² *Instit. jur. civ.* Lib. 4 Tit. 3 § 24.

³ Notas a Mello tom. I pag. 411 e seg.

⁴ *Diricito civ.* § 875.

ceza fundada em que o vencido basearia o seu pedido tambem n'uma causa illicita. Esta razão é falsa e parte de um equivoco ; por isso mesmo que a causa porque o vencido pagou é illicita, é que a lei lhe dá acção ; a causa de pedir é o ter pago não devendo pagar : é a mesma razão geral em que se basea o *condictio indebiti*.

SECÇÃO 2.^a

LOTERIAS.

O uso das loterias é muito antigo. Os festins das saturnaes entre os romanos eram quasi sempre acompanhados de uma loteria offerecida pelo dono da casa aos convidados, os quaes ganhavam pequenos objectos de arte e de gosto : os imperadores tambem estabeleceram algumas rifas ou loterias ; e Nero desenvolveu nellas uma grande magnificencia, concorrendo para ellas com premios de immenso valor.

Semelhante uso perpetuou-se na Italia ; e os genovezes e venesianos entregaram-se a este jogo quasi com uma especie de furor. Foi desse paiz que passou para a França, aonde apparece pela primeira vez em uso no tempo do rival de Carlos 5.^o Francisco 1.^o.

O que a principio não passára de um divertimento degenerou em grandes abusos ; e é notavel, que declarando os governos as loterias immoraes e perniciosas, foram elles os primeiros a estabelecer-as por sua propria conta no seculo XV, fazendo dellas uma fonte de receita publica ; e a propria Igreja, que, como poder espiritual, tantas vezes lançára o

anathema contra todos os jogos aleatorios, cedeu, como poder temporal, ao impulso geral, e admittiu a loteria nos seus Estados.

E' assim que no tempo de Luiz 14.^o se estabeleceu em França uma loteria real por decisão do Conselho d'Estado de 11 de Maio de 1700, a qual veio nas mãos do governo a ser uma medida puramente fiscal, que produzia um rendimento annual de dez a doze milhões.

Entre nós tambem o Alv. de 30 de Março de 1703 mandou fazer uma loteria de cem mil cruzados e sortes de tenças vitalicias a beneficio da casa do Infantado; e o Alv. de 18 de Junho de 1799 estabeleceu uma loteria real com o fundo de dous milhões em vinte mil bilhetes. Mas hoje, auctorisada por lei, só temos a da Misericordia de Lisboa.

Sobre as loterias consideradas pelo lado historico, moral, politico, e economico o trabalho mais completo e de merecimento que hoje se conhece é a obra posthuma do bem conhecido Conde Petitti di Roreto publicada em Turin em 1853 com o titulo *Del giuoco del lotto considerato né suoi effetti morali, politici ed economici*. Para ella remettemos o leitor que desejar mais esclarecimentos, que são estranhos a este commentario.

Artigo 270.^o

E' prohibida toda a loteria, que não fôr auctorisada por lei, salvo o disposto no art. 272.^o.

§ 1.^o E' considerada loteria, e prohibida como tal, toda a operação offerecida ao publico para

fazer nascer a esperança de um ganho, que haja de obter-se por meio de sorte.

§ 2.º Os auctores, os empresarios, e os agentes de qualquer loteria nacional ou estrangeira, ou de qualquer operação considerada loteria, serão punidos com a multa, conforme a sua renda, de um a seis mezes.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 410.º; L. franceza de 21 de Maio de 1836 art. 1.º e 2.º; etc.

COMMENTARIO.

O Codigo estabelece os caracteres da loteria no § 1, copiando a definição *ipsis verbis* da segunda parte do art. 2.º da lei franceza de 21 de Maio de 1834, a qual define loterias em geral « *toutes opérations offertes au public pour faire naitre l'espérance d'un gain qui serait acquis par la voie du sort.* »

No art. prohibe o Legislador toda a loteria que não fôr auctorisada por lei, seguindo tambem a legislação franceza, attendendo aos desastrosos effeitos que esta especie de jogo comsigo póde trazer; effeitos que se acham pintados com vivas côres no referido opusculo de *Petitti di Roreto*. Entre nós, das loterias nacionaes permittidas por lei, a unica que actualmente subsiste é a que se acha auctorisada pela Port. de 27 de Maio de 1834, e Dec. de 5 de Outubro de 1838 no edificio da Santa Casa da Misericordia de Lisboa. Todas as outras, ou sejam nacio-

naes ou estrangeiras são prohibidas pela L. de 25 de Janeiro de 1677.

No § 2 punem-se os auclores, empresarios ou agentes da loteria nacional ou estrangeira com multa de um a seis mezes. O nosso Codigo abandonou o systema do codigo francez e da citada lei de 21 de Maio art. 8.º, o qual á multa accrescenta a prisão; nisto tem razão, porque o facto não passa de uma contravenção, filha da esperança de ganho, e que fica sufficientemente punida com pena pecuniaria.

Artigo 271.º (continuação.)

§ 3.º Os objectos postos em loteria serão apprehendidos e perdidos a favor do Estado.

§ 4.º Sendo a loteria de alguma propriedade immovel, a perda a favor do Estado do objecto da loteria, será substituida por uma multa imposta ao proprietario, que, segundo as circumstancias, poderá ser elevada até o valor da mesma propriedade, accumulando-se a que fica determinada no § 2.º.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 410.º; citada L. art. 3.º; etc.

COMMENTARIO.

Depois de determinar no § 3 a apprehensão a favor do Estado dos objectos postos em loteria, seguindo o disposto no art. 410.º do codigo francez, previne o Legislador no § 4 a hypothese de ser o objecto da loteria uma propriedade immovel; e dá

uma regra para substituir neste caso a apprehensão ordenada no § 3.

A regra consiste em impôr ao proprietario uma mulcta que, segundo as circumstancias poderá ser elevada até ao valor da mesma propriedade. Isto é copiado da art. 3.º da já citada lei franceza de 21 de Maio com a differença que esta em vez de dizer simplesmente *valor*, como fez o nosso Codigo, diz *valor estimativo*. Semelhante disposição é vivamente criticada por Chauveau (n.º 3603) por isso que abandona ao arbitrio, quasi illimitado dos tribunaes, a fixação de uma mulcta que pôde elevar-se a um valor enorme, não dando para a distribuição desta pena regra alguma certa.

Artigo 272.º

Aquelles que negociarem os bilhetes, ou os distribuirem, ou que por qualquer meio de publicação tiverem feito conhecer a existencia da loteria, ou facilitado a emissão, ou distribuição dos bilhetes, serão punidos com a mulcta, conforme a sua renda, de quinze dias a tres mezes.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

L. franceza de 21 de Maio de 1836 art. 4.º; etc.

COMMENTARIO.

Este art. é copiado, formaes palavras, do art. 4.º da citada lei franceza, e só differe na pena. Esta não podia deixar de ser menor, attendendo a que os delinquentes são apenas cúmplices.

Apesar de em França haver uma semelhante disposição penal, Chauveau (n.º 3606) indica os modos porque ella tem sido illudida; os quaes difficilmente se poderão reprimir.

Artigo 272.º

Podem ser auctorizadas pelo governo as loterias de objectos moveis, ou dinheiro destinado exclusivamente a actos de beneficencia, ou á protecção das artes.

§ unico. O que violar os regulamentos feitos pelo governo para estas loterias auctorizadas será punido com as penas do art. antecedente.

COMMENTARIO.

A doutrina deste art. é copiada fielmente do art. 5.º da lei franceza de 21 de Maio de 1836; sobre a sua justiça nada diremos porque é evidente. Advertiremos sómente que a palavra *exclusivamente*, empregada pelo legislador francez e pelo nosso, foi introduzida no art. muito de proposito para evitar fraudes que se poderiam commetter; pois sob pretexto de beneficencia far-se-iam immensas loterias reservando uma pequena parte do producto para algum estabelecimento de beneficencia.

Tambem julgamos com Chauveau, que ainda que a loteria seja exclusivamente destinada a actos de beneficencia, se não fôr auctorizada pelo governo, devem os seus auctores ser punidos pela contravenção.

A respeito do § un. temos a notar que os regulamentos a que elle se refere ainda os não temos;

em França notava-se a mesma falta, mas foi remediada pela Ordenança de 29 de Maio de 1844.

SECÇÃO 3.^a

CONVENÇÕES ILLICITAS SOBRE FUNDOS PUBLICOS.

Artigo 273.^o

Aquelle que convencionar a venda, ou a entrega de fundos do governo, ou de fundos estrangeiros, ou dos estabelecimentos publicos, ou de companhias anonymas, se não provar que ao tempo da convenção tinha esses fundos á sua disposição, ou que os devia ter ao tempo da entrega, será punido com prisão de quinze dias a seis mezes e mulçta correspondente.

§ unico. O comprador, se fôr sabedor das circumstancias declaradas neste art., será punido com metade destas penas.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 422.^o; etc.

COMMENTARIO.

Este art. é copiado do art. 422.^o do codigo penal francez¹. A sua disposição foi justificada pela se-

¹ O codigo francez só falla de fundos publicos; o nosso diz *fundos do governo, estrangeiros, de estabelecimentos publicos, e de companhias anonymas*, seguindo a intelligencia que Chauveau (n.^o 3693) dá áquellas expressões da legislação franceza.

guinte fórma nos motivos desse código : « o fim da lei é reprimir um grande numero de especuladores; os quaes, sem terem solvabilidade alguma, se dão a esta especie de jogo, não pondo o menor escrupulo em enganar aquelles com quem contractam : este meio de repressão longe de prejudicar as operações dos especuladores honestos, torna-as menos perigosas porque as livra do concurso daquelles que a tudo se abalançam por nada terem que perder ¹. »

Dous são os elementos do facto incriminado, 1.º existencia de uma convenção de venda ou de entrega de fundos das especies designadas no art. , 2.º não ter o vendedor ao tempo da convenção esses fundos á sua disposição, ou não podendo tel-os ao tempo da entrega.

Não duvidamos que este genero de especulação ou de agiotagem, resultado das desastrosas theorias de Law, póde trazer consigo inconvenientes, mas será realisavel e razoavel a incriminação nos termos vagos em que está expressada ? E' um elemento constitutivo della o não provar o vendedor que ao tempo da convenção tinha os fundos á sua disposição, ou que os devia ter ao tempo da entrega. Ora como é possivel provar, diz Chauveau com toda a razão, que os fundos deviam achar-se em poder do réo em certo e determinado tempo ? Como fazer depender a applicação da pena, não de um facto, mas da possibilidade da existencia delle ?

A disposição do Código vem pois a ser inutil, porque não se póde verificar a existencia de um dos

¹ Loqué, tom. 15 pag. 543.

elementos constitutivos do crime. Além de que applicando uma judiciousa reflexão de Legraverend¹, se este art. do Codigo se executasse, a bolça ou praça de Lisboa offerceria todos os dias ao Ministerio publico materia para um sem numero de processos.

Nem isto é de admirar se attendermos ao vago da redacção do art. E' bem sabido, para quem tem algum conhecimento das operações commerciaes, que os fundos publicos dão lugar a duas especies de especulações, umas a dinheiro á vista, outras a prazo : não é ás primeiras a que a lei se refere, mas sim ás segundas ; estas porem ainda são de duas especies ; umas são realmente a prazo, verificando-se no fim deste a entrega convencionada dos fundos, e neste caso mesmo todos os dias está succedendo não ter os fundos no momento da convenção aquelle que contracta ; outras, a que os francezes chamam *marché à prime*, são um verdadeiro jogo sobre a alta e baixa dos fundos, são apenas operações ficticias que se resolvem no pagamento de *differenças* da alta ou da baixa entre o tempo da convenção e o do prazo ajustado. Se a lei se referisse a estas ultimas não mereceria censura, mas referindo-se a todas não tem desculpa alguma, e revela não conhecer ainda de leve o systema das praças de commercio.

As mesmas reflexões são applicaveis á disposição do § un. ; e Carnot accrescenta que é absurdo punir o comprador, porque este obra com um fim differente daquelle a que a lei attendeu para formular a incriminação.

¹ *Legislat. criminelle*, III pag. 360.

Quanto á pena, a prisão é metade daquella que é imposta pelo código francez, e seria sufficiente, se o art. fosse applicavel.

SECÇÃO 4.^a

ABUSO EM CASAS DE EMPRESTIMOS SOBRE PENHORES.

Com quanto o contracto pignoraticio seja regulado pela lei civil, é certo que as suas disposições são insufficientes ou inapplicaveis ás casas de emprestimo sobre penhores, que formam uma das feições mais salientes do contracto do mutuo nos tempos modernos.

Os interesses das classes pobres e desvalidas, muitas vezes seduzidas pelas facilidades desta especie de mutuo, mas sem attenderem ás condições onerosas com que obtem o emprestimo, exigiam a intervenção do poder social, já para lhes facilitar o pagamento, já para lhes conservar o penhor em poder do mutuante, impedindo que este o destrua. Reconhecidos são os inconvenientes dos emprestimos feitos particularmente sobre penhores, e carregados de enormes usuras. Foi para obviar ás dos Judeos que na Italia apparece desde o seculo XV a instituição dos *montes de piedade*, e com o mesmo intuito foram estabelecidos em França pelas cartas patentes de 9 de Dezembro de 1777, sendo dous annos depois prohibidas por um edicto de 10 d'Agosto todas as casas particulares de emprestimos sobre penhores.

A revolução veio abolir esta disposição philanthropica do edicto, e desde esse momento multiplica-

ram-se as casas deste genero (que hoje tambem existem no nosso paiz); mas taes abusos se originaram, que o Legislador se viu obrigado a reprimil-os por meio de varias disposições, sendo a ultima dellas a do art. 411.º do codigo penal ¹, donde foi copiado o art. 274.º desta Secção, o qual passamos a examinar.

Artigo 274.º

Aquelle que sem a competente auctorisação tiver estabelecimento em que habitualmente se façam empréstimos sobre penhores; e bem assim aquelle que no estabelecimento auctorisado não tiver livro devidamente escripturado, em que se contenham seguidamente, e sem entre-linhas, as sommas ou objectos emprestados, os nomes, domicilio, e profissão dos mutuatrios, a natureza, qualidade, e valor dos objectos empenhados; será punido com a prisão de quinze dias a tres mezes, e multa de um mez.

COMMENTARIO.

Duas são as contravenções punidas neste art. : 1.ª estabelecimento sem auctorisação legal, de casa aonde habitualmente se façam empréstimos sobre penhores;

¹ Os *montes de piedade*, limite extremo do credito (como lhes chama Dupuynode) tem subsistido em França e n'outros paizes com grande vantagem, como se pôde vêr da obra deste auctor, *La monnaie, le credit, et l'impôt* (Paris 1853) tom. 1 pag. 427 e seg., e do *Rapport de Wattewille sur l'administration des monts-de-piété* (Paris 1850), nos quaes se acha a materia tractada pelo lado economico.

2.^a estabelecimento legalmente auctorisado, mas sem ter livro devidamente escripturado com as declarações exigidas na segunda parte do art. Damos a estas infracções o nome de infracções porque a lei o que pune é ou a falta de auctorisação, ou a omissão de alguma das formalidades por ella exigidas na escripturação, sem indagar se o agente obrou ou não com pensamento criminoso. Examinemos cada uma dellas.

1.^a *Estabelecimento sem auctorisação legal etc.*

— Tres elementos são necessarios para a existencia desta primeira contravenção.

O 1.^o é que se estabeleça uma casa de emprestimo *sobre penhores*, pois se não fôr de emprestimo sobre penhores escapa á previsão da lei; mas não se segue daqui que se evita a pena por meio de uma convenção simulada; logo que a simulação seja conhecida os tribunaes, restituindo á convenção o seu verdadeiro character, podem applicar a pena.

O 2.^o é que nessa casa se façam habitualmente emprestimos; a razão é porque o estabelecimento de uma casa de emprestimos sobre penhores suppõe uma instituição permanente, ou pelo menos, para nos servirmos das expressões de Chauveau, a instituição de uma casa com destino habitual de fazer emprestimos; pois um facto isolado e accidental por certo que não é um estabelecimento.

O 3.^o é que esse estabelecimento seja feito sem auctorisação competente; a razão é porque esta auctorisação torna mais publica a instituição, dá mais garantias aos mutuatrios.

2.^a *Estabelecimento legalmente auctorisado, mas sem ter livro devidamente escripturado em que se*

contenham etc. — A lei para segurança dos mutuários não exige sómente a auctorisação, exige mais que no estabelecimento haja um livro escripturado em fôrma, aonde sem entre-linhas e seguidamente se contenham, 1.º as sommas ou objectos emprestados, 2.º os nomes, domicilios, e profissões dos mutuários, 3.º a natureza, qualidade, e valor dos objectos empenhados ¹.

Por isso, se n'um estabelecimento auctorisado não existir o livro respectivo, ou existir com omissão de *qualquer* das declarações exigidas pela lei, aquelle que o tiver estabelecido incorre nas penas do art.

CAPITULO 11.º

DO MONOPOLIO, E DO CONTRABANDO.

SECÇÃO 1.ª

MONOPOLIO.

O nosso Codigo nesta Secção seguiu principalmente, como costuma, a legislação franceza, adoptando tambem do nosso anterior direito alguns principios que, apesar dos progressos da sciencia economica, ainda hoje são admissiveis.

A palavra *monopolio* (synonima de *travessia*, como nota Pereira e Sousa) é derivada do grego e

¹ Veja-se o Dec. de 23 de Janeiro de 1354 (no Diario do Governo n.º 24) aonde vem um regulamento pratico desenvolvendo estes requisitos do Codigo.

significa vender só; e por isso com quanto em sentido stricto só possa ser applicavel aos crimes previstos nos art. 275.º e 276.º, todavia o Legislador toma-a em sentido mais amplo comprehendendo nella tambem os delictos que fazem objecto dos art. 277.º e 278.º, seguindo talvez a idéa de Mayart de Vouglans: que definia monopolio « toda a empresa ou associação que tende a embaraçar ou a destruir a liberdade do commercio ¹. »

Artigo 275.º

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

LEGISLAÇÃO ROMANA.

LL. 6 pr. *de extraord. crimin.*, 37 Dig. *de poen.*; L. un. Cod. *de monopol.*; etc.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 416.º, 420.º; da Austria 2.^a parte art. 226.º, 230.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Vide o

COMMENTARIO.

O monopolio, muito vulgar nos antigos estados, foi sempre odioso aos povos pois verificando-se elle

¹ *Lois crimin.* pag. 340.

ordinariamente nos generos de primeira necessidade, os seus effeitos deviam necessariamente tocar-lhes de mais perto.

A Sagrada Escriptura no livro dos Proverbios Cap. 12 v. 26 apresenta-nos como maldicto aquelle que esconde os seus generos: « *qui abscondit frumenta maledicetur in populis, benedictio autem super caput vendentium;* » e as leis de Athenas fulminam este facto com pena de morte¹.

Aos monopolistas do trigo, ou *dardanarii*², impunham os romanos, segundo affirma Paulo na L. 37 Dig. *de pœn.*, uma pena extraordinaria; e Ulpiano na L. 6 pr. Dig. *de extraordinar. crimin.* diz que ella podia consistir ou na interdicção do commercio áquelles que eram negociantes, ou na relogação, ou em trabalhos publicos: « *si negotiantes sunt, negotiatione eis tantum interdicitur, interdum et relegari solent, humiliores ad opus publicum dari.* » Emfim a L. un. Cod. *de monopol.* veio punir com desterro perpetuo e perda dos bens os que fizessem monopolio de generos.

¹ Sam. Petit, *Leges atticæ* (edit. de 1635) pag. 420.

² Este nome era derivado de um certo Dardano ao qual se attribuia o trazer com encantos os trigos dos outros para os seus celleiros, segundo a opinião mais vulgar seguida por Cujacio *Observ. X*, 19; donde veio tambem o serem denominadas *dardaniæ* entre os romanos as artes magicas, como vemos de Columella *de cultu hortorum* v. 358. — Vejam-se a este respeito a dissertação de Stryck, *de dardanariis* publicada em 1741 debaixo do nome de Brunemann, *Ménage, amœnitates juris* c. 39, e Rein, *Criminalrecht der Römer* pag. 829.

Entre nós a Ord. Liv. 5 tit. 76, 77, e mais legislação extravagante castiga como monopolio alguns factos que o não são, v. gr. comprar generos para os vender no mesmo lugar¹, e compral-os por menos para os vender por mais etc.²; era isto resultado da ignorancia em que os nossos legisladores se achavam dos principios da sciencia economica, dominados de duas idéas falsas, *medo da fome e odio á usura*.

Em França a antiga legislação punia os monopolistas com banimento e confiscação dos bens. No principio da revolução proclamou-se em 1791 a absoluta liberdade de commercio de generos, e aboliram-se as corporações embandeiradas, julgando-se ser esta instituição uma das causas do monopolio. Mas dentro em pouco (sem nos occuparmos do chamado *pacto da fome*, que tanto serviu de thema aos revolucionarios³) appareceram monopolistas, que para fins politicos ou para interesse proprio abusaram de tal liberdade, levando o povo a excessos de despe-

¹ LL. de 9 de Agosto de 1557, 4 de Outubro de 1644, 24 de Setembro de 1649; etc.

² Alv. de 20 de Outubro de 1651; Dec. de 25 de Janeiro de 1679, 12 de Agosto de 1695; etc. — Vide Pereira e Sousa, *Classes dos crimes* pag. 191 e seg.

³ E' bem sabido que este *pacto da fome* nada mais era do que o contracto de sociedade para a manutenção dos trigos do rei entre Leray de Chaumont, Rousseau, Perouchot e Mallisset, contracto que vem na *Police de Paris dévoilée* de P. Manuel tom. 1 pag. 381, e que deu materia a um romance e a um drama de Elias Berthet.

ração : para obviar a isto veio a L. de 26 de Julho de 1791 punir com a pena de morte os monopolistas de generos de primeira necessidade.

Uma pena tão exorbitante não podia subsistir, e por isso foi substituida pela de dous annos de ferros, e declarada em vigor sómente para os monopolistas que obrassem levados de fins politicos (13 *germinal* anno II).

O codigo penal de 1810 veio no art. 419.º impôr a este facto apenas uma pena correccional de prisão e mulcta, modificando assim o rigor da antiga legislação ; e o nosso seguiu o seu exemplo punindo-o só com mulcta, pena que seria talvez a mais analogo, se o facto podesse ou devesse ser incriminado.

Com effeito em vista dos principios economicos já proclamados por Adam Smith ¹, e pela escola moderna dos economistas o nosso Codigo nunca deveria ter incriminado semelhante facto. O perigo da causa publica, em que é baseada a incriminação, não passa de uma chimera, e de um prejuiso que não existe hoje, diz A. Clément, *senão em espiritos inteiramente incultos*. Este economista resumindo todos os trabalhos sobre a materia no art. *accaparement* do Diccionario de economia politica de Coquelin, mostra que não só é quasi impossivel este monopolio em generos de primeira necessidade, mas tambem, que quando mesmo fosse possivel, o governo tem na sua mão um remedio prompto ; e na verdade admittido o principio da liberdade de commercio o monopolio dos generos de primeira necessidade não se póde verificar.

¹ *Richesse des nations*, Liv. 4 Cap. 5.

E' por isto que julgamos involver este art. do Codigo penal uma incriminação que se oppõe ás idéas do seculo presente no estado actual das sciencias.

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 punido com multa, conforme a sua renda, de um a tres annos.

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

LEGISLAÇÃO ROMANA.

L. 2 Dig. *de lege Julia de annonæ*; etc.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 419.º, 420.º: etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Vide a citada no art. anterior.

COMMENTARIO.

A disposição deste art. tem por base os citados do codigo francez. Dous são os elementos constitutivos do delicto, 1.º os meios fraudulentos empregados para conseguir alterar os preços que resultariam da

natural e livre concorrência nas mercadorias etc. 2.º a alteração dos preços em resultado desses meios empregados.

Quanto ao 1.º esses meios podem ser muitos; e por isso o Legislador não os enumera, mas taes são, por exemplo, espalhar *com o sobredito fim* no publico factos e boatos falsos etc.

Quanto ao 2.º, consiste elle, como já dissemos, em alterar por estes modos os preços que resultariam da natural e livre concorrência, isto é da concorrência que se exerce pelo trabalho e sem fraude, pois, sendo resultado desta, a mesma liberdade de industria exige a sua repressão.

A disposição do § un. previne o caso de ser o meio fraudulento empregado para esse fim, a colligação com outros individuos. Nessa hypothese o facto torna-se mais grave, já não é um acto individual, é uma manobra collectiva preparada por uma reunião ou colligação de individuos; e é essa a razão porque o Código pune a tentativa como se o crime estivesse já consummado.

Colligação, no sentido legal, é o concerto formado entre muitos individuos de um mesmo estado (v. r. padeiros), em interesse commum, para obter um resultado forçado ¹.

Este delicto já era punido pelos romanos como se vê da L. 2 Dig. *de lege Jul. de annona*, e da L. n. Cod. *de monopol.*

¹ Morin, v.º *Coalitions*; Chauveau n.º 3666 e seg.

Artigo 277.º

Será punida com a prisão de um a seis mezes, e com a multa de cinco mil réis a duzentos mil réis :

1.º Toda a colligação entre aquelles que empregam quaesquer trabalhadores, que tiver por fim produzir abusivamente a diminuição do salario, se fôr 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 sugeição á vigilancia especial da policia, sem prejuizo da pena mais grave, se os actos de violencia a merecerem.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 414.º, e 415.º; da Sardenha art. 398.º - 400.º; etc.

COMMENTARIO.

Nos dous numeros deste art. prevê o nosso Código, seguindo o francez, duas especies de crime de monopolio, ambas as quaes passamos a examinar.

N.º 1. — Neste numero pune o Legislador a colligação entre aquelles que, atacando a liberdade de industria, empregam trabalhadores, quando tem por fim fazer diminuir abusivamente os salarios destes.

« Na antiga legislação não apparece nem era possível que apparecesse, diz Chauveau, semelhante inriminação: obstava a isso a existencia das corporações ou officios embandeirados, cada uma das quaes tinha seus chefes, suas deliberações, e decisões, havendo por isso no Estado, uma como perpetua colligação que dictava leis a todos os cidadãos. »

« Com a abolição destas corporações (que se verificou em França pela L. de 2 de Março de 1791¹) já se tornava possível a existencia do delicto, e foi então que veio a L. 22 do *germinal* do anno XI inriminar o facto daquelles mestres que se colligassem para fazerem diminuir abusivamente o salario dos trabalhadores, disposição que foi textualmente reproduzida no codigo de 1810 no art. 414.º. »

Entre nós não era a mesma causa designada por Chauveau que tornava impossível este delicto, e a razão é porque o taxar as obras dos officiaes mechanicos, os jornaes dos trabalhadores etc. não pertencia ás corporações ou officios embandeirados, mas sim ás camaras Municipaes pela Ord. Liv. 1 Tit. 66 §§ 2, 33². E com quanto esta Ord. estivesse ha muito em desuso, mesmo antes da introdução do systema constitucional, é certo que a primeira disposição que

¹ E entre nós pelo Dec. de 7 de Maio de 1834.

² Borges Carneiro, *Dir. civil* tom. 3 § 321; Repert. á Ord. v.º *Taxas*; etc.

a tal respeito encontramos é este art. do nosso Código copiado do 414.º do código francez.

Passando agora ao exame dos elementos constitutivos da incriminação, tres são os que encontramos neste numero.

1.º *Colligação entre aquelles que empregam quaesquer trabalhadores.* — Já dissemos no commentario ao § un. do art. antecedente que por colligação se entende um concurso praticado entre *muitas pessoas*¹ para conseguir um mesmo fim. Cumpre por-rem-observar com Chauveau, que pouco importa que essas pessoas tenham profissões diferentes ou residam em diferentes cidades; a lei não restringe a este ponto a colligação, nem o devia fazer por isso que quanto mais ella se estender, tanto mais fortes e desastrosos hão de ser os seus effeitos.

A colligação, segundo o nosso Código, deve ser entre aquelles que empregam quaesquer trabalhadores; é o mesmo que diz o código francez, *entre ceux qui font travailler des ouvriers*; com a differença que o nosso antepoz á palavra *trabalhadores* o pronome *quaesquer*, e com justa razão; porque em França o art. 414.º não se applica aos proprietarios e aós agricultores², segundo a opinião dos commenta-

¹ Daqui se vê que não póde considerar-se colligação para os effeitos deste art. o concurso formado para o mesmo fim entre os diversos agentes de uma casa de commercio, porque uma sociedade commercial não fórma legalmente senão *uma* pessoa.

² A estes é applicavel o art. 19.º do código rural de 28 de Setembro de 1791.

dores, mas sim aos donos de manufacturas, fabricas etc. , e o nosso quiz comprehender a todos.

2.º *Com o fim de produzir abusivamente a diminuição do salario.* — Este fim da colligação é a base principal da criminalidade pois tende a collocar os trabalhadores na dura necessidade de viver sem terem em que trabalhar, ou de trabalhar com um salario sem proporção alguma com o seu trabalho. A palavra *abusivamente* suppõe que essa diminuição de salario póde ser justa ; e esta supposição é exacta pois não se póde negar que ha causas geraes, apontadas pelos economistas, as quaes fazem diminuir os salarios, e de cuja influencia, sendo geral, devem tambem participar os trabalhadores ; neste caso a colligação não deve ser punida ¹.

3.º *Se fôr seguida de começo de execução.* — Isto é, a colligação é punivel logo que exista qualquer acto que constitua começo de execução. O nosso Legislador, usando destas expressões, cörtou as questões frivolas e ridiculas, que os commentadores francezes tem suscitado sobre as palavras — *suivie d'une tentative ou d'un commencement d'exécution* — empregadas pelo codigo de 1810.

N.º 2. — Neste numero incrimina-se a colligação dos individuos de uma profissão, ou de empre-

¹ Chauveau n.º 3650 tambem julga ser justa a colligação quando constituir uma reacção contra uma elevação injusta e forçada dos salarios ; não podemos admittir semelhante opinião ; a elevação do salario para ser injusta e forçada é resultado do facto punido no n.º deste art. , e então contra um delicto devem-se empregar os meios da lei, e não outro delicto.

gados em qualquer serviço, ou de quaesquer trabalhadores, quando tiver por fim suspender, impedir, ou subir o preço do trabalho etc.

Se pela antiga organização social ou pela legislação em vigor era quasi impossivel a existencia do delicto, objecto do n.º 1, não succedia o mesmo a respeito daquelle incriminado neste numero. Podia, é verdade, haver disposições das corporações embandeiradas que regulassem o preço do trabalho, mas isso não impedia que os trabalhadores resistissem a essas prescripções: e para incriminar essa resistencia recorria-se por analogia á L. un. Cod. de monopol. que reputava illicito todo o pacto formado *ut species diversorum corporum negociationis, non minoris quam inter se statuerint venundentur*; sendo a colligação punida com penas arbitrarías¹.

Em França antes do codigo de 1810 foi este facto incriminado directamente pelas LL. de 2 de Março de 1791, e 22 do *germinal* do anno XI, cujas disposições passaram com alguma modificação para o art. 415.º do codigo penal, fonte do n.º 2 do presente art.

Quanto aos elementos do delicto, são tambem tres, como passamos a vêr.

1.º *Colligação entre os individuos de uma profissão, ou de empregados de qualquer serviço etc.* — Já definimos a natureza da colligação; vejamos porem no caso presente entre que pessoas deve ella ter lugar para ser comprehendida neste numero do art.

¹ Farinacius, § *monopolium* n.º 291; Jousse tom. 3 pag. 832.

277.º. O Código enumera tres qualidades de pessoas; a respeito da primeira algumas reflexões se nos offerece. Diz o Código — *individuos de uma profissão* ; — esta palavra — *uma* — indica que se a colligação òr entre individuos de *diversas* profissões não existe o delicto ; isto oppõe-se ao que dissemos no n.º 1 a respeito dos que empregam trabalhadores ; a colligação pôde ser composta de individuos de diferentes profissões, sem com isso se destruir o segundo elemento do crime (que é o fim de suspender, ou impedir o trabalho ou fazer subir o seu preço), antes pelo contrario o facto se torna por esta fórma mais perigoso pelas proporções enormes que pôde apresentar. Assim se todos os officiaes de ferreiro desta cidade se colligassem para não trabalhar senão pelo jornal de 800 réis, não havendo alguma das causas geraes que elevasse a taxa do salario, por certo que esta colligação era punivel em vista deste art. ; mas muito mais o seria quando ella fosse não só de ferreiros, mas de carpinteiros etc.

2.º *Que tiver por fim suspender ou impedir, ou fazer subir o preço do trabalho etc.* — Este segundo elemento é, para bem dizermos, a essencia deste crime, pois é deste fim (que tende a nada menos do que atacar a liberdade de industria) que nasce a criminalidade da colligação.

E' notavel porem que o Código, punindo o facto dos que empregam trabalhadores, só quando *abusivamente* tentarem diminuir os salarios destes, não põe a mesma restricção a respeito da colligação dos trabalhadores ; e se isto nos faz admirar é porque a razão é a mesma ; se, como diz Chauveau, a *colli-*

gação daquelles não é criminosa quando a baixa dos salarios fôr produzida por essas causas geraes apontadas pelos economistas, como ha de sel-o a destes quando a alta dos salarios fôr produzida pelas mesmas causas?

O nosso Codigo não fez isto com má tenção; copiou o n.º 1 deste art. do 414.º do codigo francez, viu lá a palavra *abusiva*, transcreveu-a logo; e como para base do n.º 2 tomou o art. 415.º do mesmo codigo, e não existe nelle essa palavra, não a introduziu tambem na lei portugueza.

O que admira é como não attendeu ás reflexões que contra essa parte da legislação franceza foram apresentadas á assembléa constituinte depois da revolução franceza de 1848; dellas faremos menção no appendice 2.º.

§ un. — Neste paragrapho consideram-se como mais aggravantes para a imposição da pena o facto de ser promotor ou chefe da colligação, e o de se empregarem violencias ou ameaças para assegurar a execução.

Pelo que respeita aos promotores ou chefes seguiu o nosso Legislador a disposição do art. 415.º do codigo francez, com a differença de que a prisão se eleva nessa legislação até cinco annos.

Pelo que toca ás violencias e ameaças é omisso esse codigo, mas a L. 22 do *germinal* do anno XI mandava no art. 8.º applicar nesse caso as penas que pela regra geral eram impostas a semelhantes factos, por isso que a violencia, com quanto aggravada pelo facto de andar reunida ao delicto da colligação, não deixa de constituir um crime *sui generis*.

Todavia é certo que este systema não é tão razoavel como parece, porque se as violencias são empregadas para assegurar a execução da colligação, constituem um elemento desta, a qual neste caso é punida mais severamente; o delicto conserva a sua qualificação embora haja circumstancias, que diminuem ou augmentem a sua gravidade. Approvamos por isso a doutrina do nosso Codigo (filha das reflexões de Chauveau¹), bem como a ultima parte do paragrapho « *sem prejuizo etc.* » posto que consideramos como desnecessaria semelhante declaração.

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 aquelle que embaraçar, ou perturbar a liberdade do acto, por meio de violencia ou ameaças, será punido com prisão de dous mezes a dous annos, e multa correspondente, sem prejuizo da pena mais grave, se os actos de violencia a merecerem

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 412.º; da Sardenha art. 415.º
seg.; das Duas Sicilias art. 222.º; etc.

COMMENTARIO.

A presente disposição é deduzida do art. 412.º do codigo francez, cuja fonte, como attesta Faure nos

¹ N.º 3662.

motivos desse código, foi a L. 19 de 22 de Julho de 1791 art. 27.º, posto que a razão que motivasse esta lei não fosse a mesma que dominou os redactores do código de Napoleão; pois é certo que ella teve a sua origem nas perturbações politicas que então agitavam a França, tendo por fim punir aquelles que em muitas provincias procuravam obstar á venda dos bens nacionaes por meio de violencias ou manobras proprias a impedil-as. Em 1810 se já não havia a mesma razão *especial*, havia uma razão geral, por isso que a disposição era fundada n'um principio justo, que tem por fim garantir a livre concorrência nas arrematações publicas.

O art. pune dous factos que, apesar de terem toda a analogia, apresentam todavia uma grande differença, como passamos a vêr; advertindo já que a palavra *qualquer* empregada pelo Legislador, indica que elle quiz comprehender todas as especies de arrematações, qualquer que seja a natureza do objecto arrematado, uma vez que a arrematação seja auctorisada pela lei ou pelo governo.

1.º *Conseguir por meio de dadivas ou promessas que alguém não lance.* — Em França o projecto do código de 1810 confundia esta incriminação com a da segunda parte do art., considerando-as ambas como tendentes a embaraçar a liberdade das arrematações, e reputando as promessas ou dadivas como um meio de praticar o facto, semelhante ás violencias e ameaças; e dizia — « *ceux qui. . . auront entravé on troublé la liberté des enchères. . . soit par dons on promesses, soit par voies de faits etc.* » —

A commissão do corpo legislativo não admittiu

esta redacção com o pretexto de que as dadas ou promessas não embarçam a *liberdade* da arrematação, mas sim a mesma arrematação, e por isso foi de opinião que no art. se supprimisse a palavra *liberdade*. O Conselho d'Estado reconheceu o fundamento da objecção, mas não admittiu a emenda da commissão, reduzindo o art. a duas incriminações diversas; e foi esta a redacção definitivamente adoptada, a qual o nosso Código imitou.

2.º *Embaraçar ou perturbar a liberdade do acto por meio de violencias ou ameaças.* — Tres requisitos são indispensaveis para este facto ser punido. 1.º Que a liberdade do acto seja impedida ou perturbada; é este impedimento ou embaraço que constitue o mal material do delicto; mas é necessario que este embaraço ou perturbação tenha *directamente* por fim atacar a liberdade do acto, porque se fôr occasional ou feito com outra causa está sugeito a outras penas¹. — 2.º Que o embaraço ou perturbação seja feito por meio de violencias ou ameaças. A immoralidade do facto está toda neste meio de execução, as palavras, as exhortações ou gritos, ainda quando podessem perturbar a liberdade da arrematação, não bastam para a existencia do delicto.

O tribunal de Bourges em sentença de 25 de Março de 1841 decidiu que sómente são comprehendidas na disposição da lei as ameaças que tem por objecto inspirar receio a respeito dos actos *pessoaes* e futuros *daquelle que as profere*; e que *aquelle que procurasse sómente inspirar receio a respeito do facto*

¹ Chauveau n.º 3618.

de outra pessoa não póde ser declarado culpado deste delicto.

SECÇÃO 2.^a

CONTRABANDOS E DESCAMINHOS.

Contrabando em geral é todo o commercio que se faz contra as leis do Estado ¹; e divide-se em *contrabando* propriamente dito, que consiste em importar ou exportar generos cuja importação ou exportação é prohibida, e em *descaminho* que consiste em illudir o pagamento dos direitos impostos sobre as mercadorias nacionaes ou estrangeiras, ou seja no seu consumo interior, ou na sua importação e exportação.

O contrabando vem pois a ser a infracção do systema prohibitivo, e é por isso mesmo, que hoje, quando a liberdade de commercio é um principio economico reconhecido pela sciencia, não póde elle ser considerado como um verdadeiro delicto, porque não ataca nenhum direito social baseado na razão humana; se as leis, apesar do estado da sciencia, e por mal entendidas conveniencias sociaes, sanccionam mais ou menos o systema prohibitivo, violam a liberdade humana n'uma das suas manifestações mais uteis e proveitosas á sociedade.

E' este o motivo porque a incriminação do contrabando se basea sómente no principio do interesse

¹ A palavra contrabando é composta da preposição *contra* e da palavra *bando*, a qual no sentir commum é o mesmo que edicto ou mandato prohibitorio. — Pereira e Sousa, *Classes dos crimes*, pag. 186.

social e não na justiça ; e por isso a pena, a ter lugar, deverá ser diminuta ¹.

Pelo que respeita ao descaminho, consistindo elle na infracção das leis que impõem direitos sobre o consumo interior ou sobre a importação e exportação de certas mercadorias, são-lhe em parte applicaveis as reflexões que temos feito, porque ou os direitos impostos não passam de um tributo fiscal, ou tem por fim proteger as industrias nacionaes ; no primeiro caso os direitos podem justificar-se, como diz Garnier, e por isso tambem a incriminação do descaminho, mas no segundo caso são injustificaveis para nós porque se baseam no falso principio do *systema protector*.².

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,

¹ Não nos demoramos em expôr a theoria da liberdade do commercio, em que baseamos as nossas idéas contra a incriminação do contrabando, por não estarmos escrevendo um tractado de economia politica ; são bem conhecidos dos nossos leitores os trabalhos da sciencia moderna sobre esta questão tão celebre, á qual anda ligado o nome de uma intelligencia profunda, o nome de Bastiat.

² Vide Villermé, *Les douanes et la contrabande* (Paris 1851) *Diction. du commerce et des marchandises*, v.º *Contrebande*, etc.

occultando as mercadorias, generos, e objectos prohibidos, ou de qualquer outro modo, ou que nelles commerciar, será punido com a mesma pena até dous annos.

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 aquelle que sendo sabedor de que os direitos não foram pagos, commerciar nas mercadorias, generos, ou objectos, será punido com a pena de mulcta, conforme a sua renda, de um mez a um anno.

COMMENTARIO.

Não sendo o contrabando um facto immoral e criminoso *em si*, sendo apenas incriminado pelas chamadas conveniencias ou interesse social, era de razão que a pena fosse diminuta. A nossa legislação anterior era muito severa nesta parte, como se póde vêr de Pereira e Sousa, *Classes dos crimes*, pag. 178 e seg.

A respeito do descaminho já nós advertimos que a incriminação podia ser justa ou injusta, segundo a imposição dos direitos fosse um tributo fiscal, ou tivesse por fim proteger as industrias nacionaes. Em todo o caso a pena deve ser pecuniaria, e nesta parte vai o Codigo de acordo com as verdadeiras idéas.

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 fórmula que as mesmas leis especiaes determinarem.

COMMENTARIO.

Na primeira parte do art. estabelece o Legisla-dor a regra de que se observarão sobre esta materia as disposições das leis especiaes. Quer dizer que ha-vendo alguma lei especial, v. gr. sobre o contraban-do do tabaco, que imponha penas differentes, será observada.

Esta regra só se póde justificar a respeito do contrabando do tabaco; e a razão é porque o contra-cto do tabaco foi arrematado com a condição de que o contrabando seria punido com certas penas. Mas apesar disto o art. deveria ser redigido por outra fór-ma, de modo que a regra só fosse observada em quanto durasse o actual contracto.

Na segunda parte do art. diz-se que serão sem-pre perdidos a favor dos apprehensores os objectos do contrabando e descaminho. E' a mesma disposi-ção que já se achava na anterior legislação, citada por Pereira e Sousa.

CAPITULO 12.º

ASSOCIAÇÕES ILLICITAS.

SECÇÃO 1.ª

ASSOCIAÇÕES ILLICITAS POR FALTA DE AUCTORISAÇÃO.

As associações de malfeteiros, a vadiagem, e a mendicidade são factos que pela sua natureza podem, como mostrámos, despertar o alarma na sociedade, e cuja incriminação póde mais ou menos justificar-se. Nesta Secção porem apparece punido um facto, o da *associação*, ainda mesmo quando a composição desta e a legitimidade do seu fim offerecem á ordem social as garantias mais solidas. Esta consideração leva-nos a examinar a justiça da incriminação.

E' indisputavel que a sociebilidade é um caracter distinctivo da natureza humana, que a associação é a condição da existencia e da prosperidade do homem, e que nella está o ponto de partida e o futuro da sociedade.

E' ella a verdadeira expressão da unidade do genero humano ; pois tendo todos os homens a mesma natureza, e o mesmo fim, e achando por isso entre si um sem numero de pontos de contacto ; e sendo os fins da vida humana ligados por tal fórma que a verdadeira realisação de um depende quasi sempre da completa realisação dos outros ; e sendo ainda mui vasto cada um desses fins ¹ para ser realisado por um

¹ Por exemplo o aperfeiçoamento de uma arte, sciencia etc.

só individuo, torna-se indisputavel a necessidade que os homens tem de se associarem para executarem, pelo concurso de suas intelligencias e actividades, o que não poderiam fazer suas forças isoladas. E a experiencia confirma o principio philosophico mostrando que as épocas de civilisação são aquellas em que a associação se tem desenvolvido com mais energia. Mostrando a ligação da humanidade e a sua unidade, estas reflexões bastam por si só para nos convencer de que a faculdade ou tendencia da associação é, como a liberdade, uma faculdade principal e elemental da natureza humana. E sendo certo que ha tantos direitos naturaes absolutos, quantas forem essas faculdades principaes, é evidente, que sendo uma dellas a sociebilidade, o direito de associação vem a constituir um dos direitos naturaes e absolutos do homem, imprescriptiveis e inalienaveis ¹.

Mas de todo o direito ainda o mais sagrado póde abusar o homem, e por isso as leis sociaes devem limitar o seu exercicio de modo que não transcenda os limites do justo e da moral, punindo o abuso que delle se fizer. Proclamar por um lado o direito de associação é um dever do poder, reprimir os seus abusos não é só um dever, é um direito. Proibir por tanto as associações *immoraes*, *criminosas* ou *perigosas por sua natureza á causa publica*, punindo a infracção dessa prohibição, nada mais justo.

As legislações de grande parte dos povos modernos, e entre ellas a nossa, não se satisfazem com estes principios. Estabelecem o principio de que para

¹ Sr. Dr. Ferrer, *Elem. de dir. natural* §§ 66, e 72.

a existencia de qualquer associação é necessaria auctorisação do governo com as condições que elle julgar convenientes ¹; e fulminam com penas toda aquella que existir sem essa auctorisação, ou sem observar essas condições, como faz o nosso Codigo, ainda mesmo que o fim da associação seja o mais santo, e que a existencia da sociedade não cause ao estado o menor alarma.

A questão da legitimidade da pena neste caso é muito delicada, diz Chauveau; e nós diremos, (talvez erradamente) que é muito simples. Admittindo mesmo o principio da necessidade da auctorisação do governo para a formação de qualquer sociedade (o que não podemos em theoria admittir), não devem os membros desta ser punidos quando não tenham requerido e alcançado semelhante auctorisação. A razão é muito simples: para se applicar pena é mister que haja delicto; para a existencia do delicto são necessarios o mal moral resultante da intenção criminosa do agente, e o mal material resultado do damno ou alarma por elle causado; mas o simples facto de não ter auctorisação nem envolve intenção criminosa da parte dos membros de uma sociedade, cujo fim póde ser o mais santo, nem damno ou alarma social, logo não póde constituir delicto, nem estar sujeito a pena.

Já se vê que não podemos por fórma alguma admittir a doutrina do nosso Codigo por isso mesmo que ataca o direito natural.

O alarma que se diz nascer da possibilidade de

¹ Alv. de 30 de Junho de 1823.

que a associação ultrapasse os limites que legitimam o seu fim, é uma razão futil e absurda que debalde se allega para justificar a incriminação; porque dissolvida a associação, uma vez que não tenha auctorisação, ou que não sejam observadas as condições que lhes foram impostas, deixa de existir o pretendido elemento de alarma, sem ser necessario recorrer á pena ¹.

Examinemos o systema seguido pelas legislações dos differentes povos.

O direito romano não punia associação alguma quando não tinha fim criminoso; presumia-se porem a existencia deste fim quando a associação era mui numerosa, ou armada, ou quando tinha lugar nas praças e lugares publicos ²; e da L. 3 Dig. *de collig. et corpor.* nos diz Marciano que era reputada illicita a associação formada sem licença do senado ou do imperante; e Ulpiano na L. 2 do mesmo titulo nos indica que a pena das associações illicitas era a mesma que se impunha áquelles que occupavam os lugares publicos ou templos com homens armados ³.

Mas esta doutrina destes dous Jctos só é exacta em relação ao tempo em que escreveram; pois que até aos fins do XII seculo da republica, como diz Asconio, para a existencia das associações não era ne-

¹ Se os associados assistirem á dissolução serão então punidos, não pelo facto de se associarem sem licença, mas só pelo de resistirem e desobedecerem aos poderes sociaes.

² LL. 1, 2 *de colleg. illicit.*; 3 *ad leg. Jul. de vi publ.*; 1 Dig. *ad leg. Jul. magest.*; etc.

³ Mommsen, *De collig. et corpor. romanor.*

cessaria tal licença ou auctorisação ; se ellas se tornavam perigosas ou commettiam algum maleficio eram dissolvidas, e ás vezes tambem punidas, como succedeu com a celebre congregação das Baccanaes no anno de Roma 566 ¹.

Tal foi a doutrina do direito romano nesta materia, a das legislações modernas expol-a-hemos no commentario ao

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.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. d'Austria 2.^a parte art. 38.º e seg. ; de França art. 291.º e seg. ; de Hespanha art. 205.º e seg. ; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

O Alv. de 20 de Junho de 1823 § 6 determinou que toda a associação formada sem approvação regia, e sem igual approvação de seus estatutos fosse considerada

¹ O processo curioso que então teve lugar póde vêr-se em Dupin, *Manuel du droit public ecclésiastique* (Paris 1845) pag. 265 e seg.

como sociedade secreta e illicita, e punida como tal com degredo para Africa por cinco annos pelo menos e cem mil réis de multa; modificando assim a disposição da L. de 30 de Março de 1818 que applicava ás sociedades clandestinas a Ord. Liv. 5 Tit. 6 §§ 5 e 9.

COMMENTARIO.

Este art. é um mixto do art. 291.º do código francez e da L. de 10 de Abril de 1834, como passamos a vêr, examinando os elementos constitutivos das sociedades illicitas por falta de auctorisação. Esses elementos são os seguintes; 1.º que haja uma associação; 2.º que seja composta de mais de vinte pessoas, ainda no caso de ser dividida em secções de menor numero; 3.º que se reuna para tractar assumptos religiosos, politicos, litterarios, ou de qualquer outra natureza; 4.º que não tenha auctorisação do governo com as condições que este julgar conveniente.

1.º *Que haja uma associação.* — E' necessario precisar bem o que constitue a essencia da associação; são para isso necessarios dous elementos, a saber, um fim determinado, e um vinculo que una os associados. A permanencia é o caracter fundamental das associações; uma constituição organica o seu signal distinctivo ¹.

Por aqui se vê quanta é a differença que separa as associações das reuniões, as quaes são accidentaes, e não tem o caracter de permanencia daquellas; e com effeito as reuniões são motivadas por acontecimentos instantaneos, temporarios, e muitas vezes im-

¹ Chauveau n.º 2339.

previstos ; em quanto as associações são preparadas, e tem um fim permanente e bem determinado. Cumpre pois aos tribunaes não confundir duas cousas tão differentes, porque foi esse o espirito do Legislador, tomando em conta as expressões do ministro da justiça em França quando se discutia a L. de 10 d'Abril de 1834 : « fazemos uma lei contra as associações, dizia elle, e não contra as reuniões. »

2.º *Composta de mais de vinte pessoas etc.* —

A exigencia do numero das vinte pessoas é a mesma do art. 291.º do codigo francez. Quando este se discutiu no Conselho d'Estado observou Mr. Molé que esta disposição era pouco philosophica ; fundado em que o perigo das associações não depende tanto do numero dos individuos que as compõem, como do character destes e do seu poder moral, e que pôde haver sociedades compostas de menos pessoas que sejam tanto ou mais perigosas. Berlier respondeu que reduzir o numero de individuos exigido no projecto era coarctar demasiado a liberdade dos cidadãos ; e que não podendo as associações ser incriminadas senão quando o numero dos socios offerece algum perigo á causa publica, não podia este effeito ser produzido por um menor numero de pessoas associadas. As reflexões de Berlier não convencem, mas o principio de Mr. Molé pecca por muito vago.

Devemos aqui tomar em conta a observação feita pelo Legislador no § 2 do art. , copiando tambem o direito francez, e é que neste numero de vinte senão comprehendem as pessoas domiciliadas na casa, aonde se reunir a associação.

Accrescenta mais oCodigo : « *ainda mesmo di-*

vidida em secções de menor numero. » Isto é copiado do art. 1.º da já referida L. de 10 d'Abril de 1834, a qual passou por uma discussão mui séria e porfiada, apparecendo graves razões *pró e contra* no relatorio apresentado pelo ministro da justiça Mr. Persil, nos de Mr. Martin á camara dos deputados, e de Girod á camara dos pares, e nos discursos de Bérenger, Thil, Jouffroy, Rémusat, Isambert etc.¹. A favor da nova disposição prevaleceu a idéa de que as sociedades secretas se achavam em hostilidade permanente com o poder estabelecido; e que com muita facilidade illudiam as prescripções do codigo penal fraccionando-se e dissimulando a periodicidade de suas reuniões.

Mas a admissão de tal disposição póde fazer na pratica suscitar algumas questões. « Para punir as secções ou fracções da associação é mister conhecer os elementos que as caracterizam; como provar porém que algumas pessoas reunidas formam uma secção de uma sociedade cuja existencia ainda não está provada, e que **por conseguinte se reputa não existir?** como provar a afiliação de uma a outra secção? e como estabelecer finalmente o numero de pessoas necessario para comporem uma secção de qualquer associação. »

Estas reflexões feitas por um deputado quando em 1834 se discutia a L. de 10 d'Abril não apresentam a difficuldade que se julga, e não são mais do que questões de interpretação, como bem diz Chauveau.

¹ Vide os *Moniteurs* de 7, 12, e 26 de Março, e de 6, e 10 de Abril desse anno.

3.º *Que se reunir para tractar de assumptos religiosos, politicos etc.* — Este terceiro elemento é concebido em termos tão geraes, que não ha associação alguma, qualquer que seja a sua natureza, o seu fim, e o seu nome, que nella se não comprehenda.

E' a mesma idéa do código francez, que a L. de 1834 não se atreveu a proscreever apesar do que por occasião da sua discussão se disse. Guisot e outros oradores, que então fallaram, recorreram para manter illeso o texto do art. 291.º á seguinte reflexão; «é certo, disseram elles, que a lei tende unica e tão sómente a punir as associações *politicas* organisadas contra o Estado; e se o Legislador se limitasse a incriminar semelhantes associações, ellas se cobririam com o nome de litterarias ou religiosas para evitar a pena.» Esta razão pecca por todos os lados que a consideremos. Se uma associação politica se cobrisse com o nome de litteraria, seria punida como litteraria ou como politica? havia de ser como politica, porque a qualidade de litteraria não a tornava criminosa: logo o art. incriminando as associações meramente litterarias e religiosas, como se deduz da sua redacção, é absurdo, pois vem a comprehender na sancção penal aquillo que não podia nem devia comprehender, estendendo-se na sua applicação áquillo que não abrange o seu espirito.

Absurdos destes hão de sempre apparecer quando a lei inculpar actos innocentes com o fim de punir factos criminosos.

Estas considerações são applicaveis ao art. 282.º do nosso Código, sendo escusado demonstrar, em vista do que levamos dito, que elle affecta a liberdade e

torna dependente do arbitrio do governo o exercicio dos direitos mais sagrados, garantidos pela Carta. Em fim o art., como está redigido, ou não hade ser cumprido, ou póde dar causa a grandes vexames, entregando ao poder executivo uma arma terrivel, de que elle póde abusar, principalmente em occasião de eleições.

Cumpra neste lugar advertir, que os redactores do Codigo além de copiarem da legislação franceza uma doutrina insustentavel, seguiram tambem quanto ás associações religiosas as idéas do direito romano, o qual, fundado em razões inapplicaveis ao estado da sociedade moderna, as considerava como illicitas, segundo diz Ulpiano na L. 2 Dig. de *extraord. crimin.*: « *Sub pretextu religionis vel sub specie solvendi voti cœtus illicitos nec a veteranis tentare oportet* ¹. »

4.º *Que não seja auctorizada pelo governo.* — Já dissemos que não podiamos admittir semelhante doutrina da necessidade da auctorisação do governo para a existencia de qualquer sociedade; pois sendo o direito de associação um direito natural, como mostrámos, esse direito não passaria de uma cousa ephemera e sem realidade alguma, se o seu exercicio dependesse de uma auctorisação do governo; e é certo que este não póde embaraçar esse exercicio senão

¹ Uma das principaes cousas que se allegava contra os christãos, no principio do Christianismo, era o terem elles reuniões em dias certos antes do romper do dia; ao que se refere Plinio, *Epist.* 97. — Vejam-se as dissertações de Bœhmer, *De stato Christianor. dic,* e *de antelucanis Christianor. cœtibus.*

quando elle offender direitos alheios. Podendo applicar-se aqui o dicto do chanceller de l'Hospital: « *la liberté seule n'est pas liberté*: » n'outros termos o direito, sem ter garantias, e sem poder ser exercido livremente, não é direito. Além desta razão deduzida da philosophia do direito ainda a nenhuma necessidade de tal auctorisação se conhece facilmente se attendermos a que, devendo ser publicas todas as associações, póde o governo ser conhecedor de tudo que nellas se passa uma vez que tenha em cada uma dellas um delegado seu, que o informe de qualquer cousa que possa ser prejudicial á republica¹.

O celebre Jeto Savigny no segundo volume do seu systema de direito romano moderno, seguindo as idéas anteriormente apresentadas por Mullenbruch, sustenta a necessidade da auctorisação do governo, mas só para o fim (NB.) de dar á sociedade o character de pessoa juridica. « O homem, diz elle, pelo simples facto da sua apparição corpórea, proclama o titulo á capacidade de direitos. Por este signal visivel não ha homem, não ha juiz que ignore os direitos que deve reconhecer, ou que tem a proteger. Mas quando a capacidade natural do homem é estendida ficticiamente a um ser ideal, falta já esse signal vi-

¹ Estas idéas, e outras que as corroboram, foram apresentadas em Allemanha por occasião do celebre processo contra o instituto das artes de Stadel em Francfort sobre o Meno; mas em contrario escreveu Mullenbruch, *Beurth. des Städelischen Beerbungsfalles* (Halle 1828), considerando porem a auctorisação sómente necessaria para dar á sociedade o character de pessoa juridica.

sivel, que só pôde ser supprido pela vontade da auctoridade suprema, creando os sujeitos artificiaes de direitos: abandonar esta faculdade ás vontades individuaes, sería lançar no estado juridico uma grande incerteza.»

O argumento de Savigny reduz-se em ultima analyse a que se o homem pelo facto de ser homem mostra quaes são os direitos que tem, não succede o mesmo com as pessoas moraes, pois falta o meio de se conhêcer os direitos de que ellas gosam, e que lhes devem ser garantidos.

Este argumento é falso. 1.º Porque não falta esse meio; pois sendo os direitos de uma sociedade uma consequencia de sua natureza, conhecida esta, conhecidos são os direitos e as obrigações da sociedade. 2.º Porque se Savigny, quando falla de direitos, se refere aos *naturaes*, tão facil é conhecer os da pessoa physica como os da pessoa moral; e se se refere aos *hypotheticos* tão difficil é conhecer os do individuo, como os de uma corporação, por depender isso do conhecimento do titulo da sua aquisição.

Penas. — Pelo que respeita á penalidade, diz-nos o Codigo que, além de ser dissolvida a associação, os seus directores e administradores são punidos com prisão de um a seis mezes, e os outros membros com prisão até um mez¹.

¹ Quando na hypothese do art. fôr dissolvida uma associação por falta de auctorisação, poderão os seus membros retirar os fundos com que para ella entraram, e dividil-os? O Codigo nada diz a tal respeito, mas nós seguiremos com Savigny a opinião affirmativa fundada

Dous systemas principaes se revelam nas legislações dos diversos povos quanto á punição das associações illicitas ; um limita-se a impôr mulctas, outro fulmina a prisão.

A *prisão* figura na L. franceza de 1834, e nos codigos de Saxe (art. 93.^o), de Wurtemberg (art. 149.^o), do Hanover (art. 119.^o), de Brunswick (art. 592.^o), do Brasil (art. 282.^o e seg.). — A *mulcta* apparece no codigo de Hespanha (art. 260.^o), seguindo o exemplo do art. 292.^o do codigo francez.

A legislação criminal da Italia não seguiu nem um nem outro systema exclusivamente ; o codigo das Duas Sicilias no art. 306.^o cumula as duas penas ; e o da Sardenha no art. 484.^o manda impôr a prisão ou a mulcta segundo as circumstancias.

Já dissemos que não achamos justa a incriminação ; mas, a existir no Codigo, preferiríamos a pena mais leve, abandonando o systema dos codigos allemaes e da referida L. franceza de 1834.

Artigo 282.^o (continuação.)

§ 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 neste art.

§ 3.^o Serão punidos como cúmplices aquelles,

na L. 3 Dig. de colleg. et corpor. « permittitur eis, cum dissolventur, pecunias communes si quas habent dividere. »

Veja-se no *Grollmans und Löhrs Magazin* tom. 4 pag. 207 e seg. o artigo de Marezoll.

que consentirem que a reunião tenha lugar em todo ou em parte da casa de que disponham.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. das Duas Sicilias art. 311.º; de Hesp. art. 206.º; etc.

COMMENTARIO.

A doutrina do § 1 revela o mesmo principio falso que domina todo o art. ; a dissolução já é sufficiente pena.

Do § 2 já tractámos no commentario ao art.

Quanto ao § 3 tem por fonte o já citado art. 291.º do codigo francez, e o art. 3.º da L. de 10 de Abril de 1834 ; e se a doutrina do art. fosse verdadeira, igualmente o seria a deste paragrapho, por isso que nada mais é do que uma consequencia dos principios geraes que estabelecemos sobre a cumplicidade.

SECÇÃO 2.ª

ASSOCIAÇÕES SECRETAS.

A origem das sociedades secretas, na opinião de muitos auctores, deve ir buscar-se aos tempos mais remotos. Se tomarmos essa expressão n'um sentido amplo, comprehendendo as sociedades com fins religiosos, e philosophicos, a opinião é verdadeira ; mas se por sociedades secretas entendermos as organisadas com fins politicos, não póde a sua origem ser anterior á meia idade.

Com um caracter inteiramente religioso abstra-

nos a historia os *mysterios* da antiguidade nascendo no Egypto, e espalhando-se pelos outros povos¹; e com uma tendencia philosophica mostra-nos as seitas dos stoicos, dos epicureos, e dos neoplatonicos com todas as suas iniciações.

As sociedades secretas, puramente politicas, datam apenas da meia idade, a não querermos com ellas confundir essas conjurações, cujo fim era sómente especial e temporario. Desse numero foram a dos *Francs-Juges*, que se perpetuou na Allemanha com sua organização primitiva até ao meiado do seculo XVII, a dos irmãos Roschild na Suecia, e a dos *Sif-fleurs* em França.

No seculo XVIII nasceu na Allemanha a dos *Illuminados* de Baviera, estabelecida por Weishaupt, com o fim de substituir as velhas instituições feudaes por outras mais em harmonia com o estado da civilisação; e a sua organização foi adoptada por outras sociedades secretas que em 1809 se formaram nesse paiz com o fim de o libertar da dominação franceza.

Pela mesma época se estabelecia em França, no exercito, a sociedade dos Philadelphos, com o fim de derribar o despotismo de Napoleão e instaurar o governo republicano.

Muito teriamos a escrever se quizessemos expôr mesmo em breves traços a historia da maior parte

¹ Taes foram os *mysterios* de Isis na Grecia, de Saturno e da Boa Deosa na Italia, de Adonis na Assyria e na Phenicia, de Mithra na Persia, dos Druidas gaulezes e dos Drotas scandinavos na Europa septentrional, etc.

das sociedades secretas, mas não podemos deixar de fazer algumas considerações sobre a *franc-maçonaria*, que ainda hoje existe em quasi toda a Europa, embora dividida em maior ou menor numero de seitas.

Tem-se pretendido descobrir a origem desta instituição no Oriente, no Egypto, e na Grecia; mas nada mais absurdo. As obras de Sulpicio Boissenée e Stieglitz sobre a historia da architectura dão-nos as melhores noções sobre a origem desta ordem celebre.

« Quando nos seculos XI e XII, diz Altmeyer substanciando as idéas destes escriptores, a arte abandonou os claustros e passou para o poder dos seculares: estes (á imitação dos artistas byzantinos e arabes, que haviam continuado as corporações romanas) ligaram-se entre si em todos os paizes por uma confraternidade que lhes assegurava mutuo adjutorio, reconhecendo-se por certos signaes e occultando ao vulgo as regras da sua arte. Em Allemanha esta associação, a que tinham dado começo os architectos da cathedral de Colonia, sómente veio a generalisar-se no fim do seculo XIII.

A associação dividia-se em associações parochiaes, denominadas *lojas* do nome que então se dava á habitação que tinham os architectos junto dos edificios, de cuja construcção se occupavam; e os seus membros eram designados pelo titulo de *frank-maçons* ou pedreiros livres, em razão de certos privilegios ou franquias de que gosava o officio de pedreiro.

Os seus estatutos eram secretos, não podendo ninguem ser admittido a irmão sem jurar guardar o mais inviolavel segredo sobre o objecto da união; as maximas da arte não eram escriptas, mas expressas

por meio de figuras symbolicas deduzidas da geometria, e dos instrumentos de architectura ou da arte de pedreiro, sendo o conhecimento de taes symbolos communicado unicamente aos iniciados.

O espirito mathematico dos architectos da meia idade, que não via o bem e a belleza do todo senão na symetria, ordem, e harmonia das partes, levou-os a sujeitar a regras invariaveis não só a conducta artistica dos *franc-maçons*, mas até o seu proceder moral.

Elevados por um estudo constante das leis da natureza a um conhecimento mais puro das verdades physicas, moracs, e religiosas, foram insensivelmente abandonando as superstições grosseiras da época. São disto testemunho as esculpturas, que então apresentam os grandes templos, mostrando o espirito de opposição que as lojas faziam ao despotismo clerical. »

Uma destas sociedades veio no meiado do seculo VIII estabelecer-se em Inglaterra, e ahi se perpetuou até ao anno de 1770, época em que começou a admittir no seu seio pessoas estranhas á arte, as quaes a converteram n'uma instituição meramente politica, que em menos de vinte annos cobria já os dous emispherios, trabalhando por destruir as idéas feudaes e despoticas, e substituil-as por instituições mais philosophicas.

Eis o que a sciencia moderna nos diz sobre a origem da *franc-maçoneria*¹. O que ella hoje é não

¹ Sobre esta materia vejam-se St.-Edme, *Diccion. de la pénalité*, v.^o *Franc-maçonerie, e Sociétés secrètes*, Altmeyer, *Philosophie de l'histoire* pag. 152 e seg., Garnier Pagés, *Diccion. politiq.* v.^o *Sociétés secrètes*, e

o sabemos, nem desejamos saber; é certo todavia que o estado actual da sociedade não é o dos seculos passados. Para combater abusos era mister trabalhar em segredo para evitar os supplicios, com que as idéas da época faziam fulminar as innovações politicas; hoje, com a liberdade de imprensa, e com todas as mais garantias constitucionaes, as sociedades secretas não passam de uma inutilidade, e de um contrasenso.

O Legislador não podia deixar de as incriminar porque toda a sociedade, que se esconde ao publico, que receia se divulguem suas leis ou estatutos, está por sua mesma natureza indicando que o seu fim é máo, e tendente a subverter a ordem social.

Artigo 283.º

E' 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 nella exercerem direcção ou administração serão punidos com prisão de dous mezes a dous annos. Os outros membros com metade desta pena.

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

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 202.º, 203.º; da Austria Part. 2.ª art. 38.º - 40.º e seg.; do Brasil art. 282.º; etc.

a *Encyclopedie moderne* v.º *Franc-maçõn.*, etc. aonde se acharão mais desenvolvidos esclarecimentos.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Alv. de 30 de Março de 1818; L. de 20 de Junho de 1823; Dec. de 5 de Junho de 1824.

COMMENTARIO.

O Código copiou a legislação hespanhola, mas, querendo dar á doutrina outra redacção e methodo não andou bem. O código hespanhol estabelece primeiro os caracteres legaes das sociedades secretas no art. 202.º e em seguida no art. 203.º estabelece as penas com que devem ser fulminadas. O nosso fundiu esses dous art. n'um só, e em vez de começar por fixar a natureza de taes sociedades, principia declarando que ellas são illicitas e não podem ser auctorizadas pelo governo. Semelhante declaração é escusada; para saber que as sociedades secretas são illicitas basta attender á epigraphe do Capitulo, e a que são punidos pela lei, pois um acto licito nunca pôde constituir crime; e para conhecer que o governo os não pôde auctorisar basta reflexionar que constituindo ellas um crime, o poder social nunca pôde auctorisar actos criminosos.

O caracter ou elemento constitutivo que torna secreta qualquer associação é o terem os seus membros obrigação de occultar á auctoridade publica o objecto das suas reuniões, ou a sua organização. Este segredo constitue a criminalidade da sociedade pelo alarma que causa no Estado.

Quanto ás penas o Legislador abandonou o rigor da antiga legislação, seguindo as idéas mais hu-

manas e prudentes do direito hespanhol ; o que era mesmo necessario, não podendo as sociedades secretas ser consideradas senão como um acto preparatorio de um delicto, cuja natureza o Estado não conhece.

Os chefes ou administradores são punidos com prisão de dous mezes a dous annos ; os outros membros com metade da pena. Entre nós o Alv. de 30 de Março de 1818 mandava applicar aos réos deste delicto a Ord. Liv. 5 Tit. 6, considerando-os como criminosos de lesa-magestade, por isso que entendia serem todas as sociedades secretas por sua natureza conspiradoras. E' o mesmo espirito da legislação hespanhola de 1824 e 1825, de que foram ainda victimas em 1831 os *maçons* encontrados em uma *loja* de Granada, os quaes expiaram com a morte a sua culpa ; facto este tão impossivel hoje, como horroroso.

A disposição do § 1 é a mesma do § 3 do art. antecedente ; advirta-se porem que o codigo hespanhol equipára aos chefes aquelles que prestam a sua casa para estas associações.

Artigo 238.º (continuação.)

§ 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.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 204.º ; da Austria art. 56.º ;
etc.

COMMENTARIO.

E' a applicação ás sociedades secretas do mesmo principio consignado no art. 176.º, para cujo commentario remettemos o leitor; com a differença porem que na hypothese daquelle art. é necessario que se descubram os nomes dos outros socios, e no caso presente não se exige tal.

A razão é muito simples; sabendo-se que nessas sociedades costumam ser votados á morte os socios que reciprocamente se descobrirem, a lei não deve expor inutilmente a vida daquelle que vier declarar á auctoridade o objecto e planos da associação, exigindo a declaração dos crimes dos outros associados; por isso mesmo que conhecendo-se esse objecto e esses planos já se póde prevenir qualquer perigo que esteja eminente á causa publica.

O codigo hespanhol no art. 204.º ainda foi mais terminante, prohibindo expressamente á auctoridade, que receber as declarações, o fazer perguntas ácerca das pessoas que compõem a sociedade.

CAPITULO 13.º

DOS CRIMES DOS EMPREGADOS PUBLICOS NO EXERCICIO DE SUAS FUNCÇÕES.

Seguindo o exemplo da legislação franceza classifica o nosso Codigo esta especie particular de crimes entre aquelles que compromettem a paz e tranquillidade publica; talvez porque, como dizia Berlier

nos motivos do código francez, a ordem é essencialmente violada, quando os que a devem fazer observar são os primeiros a infringil-a.

Seja porem qual fôr o lugar que a este Capitulo devesse ser assignado no Código, é certo que a natureza especial do delicto, o ser commettido no exercicio de funcções publicas, e o prejuizo que taes factos podem produzir (e que é tanto maior quanto maior é o alarma que lança na sociedade) não podiam deixar de influir para os crimes dos empregados publicos no exercicio de suas funcções constituirem objecto particular de um Capitulo.

Não se póde todavia negar que os delictos commettidos pelos empregados publicos no exercicio de suas funcções são de duas especies; uns que podem ser commettidos por qualquer que não exerça funcção publica, v. gr. o de falsidade, e a estes, seguindo a Morin, chamamos *communs*; outros que só por elles podem ser perpetrados, e a esses denominamos *especiaes*; tal é o abuso de auctoridade. Destes ultimos é que o código francez se occupa no titulo — *crimes et delits des fonctionnaires publics*. — O nosso quiz seguir este mesmo systema, como se vê do art. 218.º aonde pune a falsificação de escriptos feita por empregado publico no exercicio de suas funcções etc.¹; mas nem sempre lhe foi muito fiel.

Os codigos allemães adoptaram um methodo inteiramente contrario, pois consagraram um titulo es-

¹ E tambem dos art. 192.º e 194.º aonde são punidos os empregados culpados no crime de fuga ou arrombamento de cadêa.

pecial a *todos* aquelles delictos que podem ser committidos pelos funcionarios publicos no exercicio de suas funcções.

Cumpré desde já notar que a palavra *empregado* tem neste Capitulo uma significação mais lata do que em direito publico se lhe liga ; não designando sómente os funcionarios que são de nomeação do poder executivo, mas comprehendendo mais *todos* aquelles que na sociedade exercem um cargo publico (*munus publicum*) embora não sejam de nomeação do governo.

SECÇÃO 1.^a

PREVARICAÇÃO.

A palavra prevaricação tem hoje na legislação moderna um sentido mais amplo do que se lhe ligava entre os romanos. Então tinha uma applicação mais stricta, e designava ; 1.^o aquelle que, depois de ter accusado alguém em juizo, se conlojava com elle para obter a sua absolvição ; 2.^o aquelle que trahia a causa passando da parte do auctor para a do réo. E' o que nos dizem as LL. 1 § 4 *ad Sctum Turpillian.*, e 212 Dig. *de verb. signif.*, etc.¹. Neste sentido é empregada na Ord. Liv. 2.^a Tit. 26 § 24.

Sobre a etymologia desta palavra diz Ulpiano na citada L. 212 : *a varicando enim præcaricatores dicti sunt* ; explicando Muller por esta fórma a significação deste verbo : « *et est varicare in transversum*

¹ Já neste sentido a empregaram Damhouder, *Prax. crimin.* c. 61 n.^o 37, Menoch, *De arb. jud.* cas. 323 n.^o 4, e Lourenço Valla, *Elegant. ling. lat.* lib. 6 cap. 50.

*irre; sunt que vari, qui obtortis plantis incedunt, a varicibus erurum dicti; quibus qui laborant, recte incedere nequeunt*¹. »

Não tardou porem este vocabulo a ser empregado pelos escriptores n'uma accepção mais lata, que depois foi abraçada por algumas legislações, e seguida pelo nosso Codigo á imitação do de Hespanha. Neste sentido comprehende os delictos de todos aquelles que maliciosamente deixam de cumprir com os deveres do seu officio.

E' porem certo que por este modo a prevaricação vem a ser um termo geral que abrange em si não só todos os delictos desta Secção, mas quasi todos os deste Capitulo; e esta era talvez a idéa de Merlin, o qual tractando, no seu repertorio, de definir o termo *forfaiture* (que no codigo francez designa em geral os crimes dos funcionarios publicos), o faz pela seguinte maneira: *prévarication commise par un officier public, et pour laquelle il mérite d'être destitué*.

Artigo 281.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 fór condemnatoria em causa criminal, e por effeito della se executar pena mais grave, será esta imposta ao Juiz.

¹ Cujas, *Observ.* IX, Cap. ult., e Ménage, *Americt jur.* c. 39.— E' notavel a L. 3 de *apostat. de cod. theodosiano*, aonde *prævaricatio* designa *apostasia*.

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

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 262.º; do Brasil art. 199.º; de França art. 132.º e seg.; da Austria art. 85.º e seg.; das Duas Sicilias art. 129.º, 160.º, 161.º, 162.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Vide o

COMMENTARIO.

Este art. tem por base o 262.º do código hespanhol, mas transtornado por um modo inteiramente inexplicavel e sem fundamento; é sina deste Código, quando copia o que é máo, traduz *ipsis verbis*; quando quer copiar alguma disposição mais rasoavel, sempre a transtorna.

Examinemos primeiro os elementos geraes do delicto, aonde o Código tem mais algum methodo, e depois apreciaremos a penalidade respectiva e a sua gradação.

Tres elementos devem existir em vista do art. para que haja prevaricação na sua hypothese — *sentença definitiva — manifestamente injusta — proferida por odio ou favor.*

Sentença definitiva. — A razão disto é porque as sentenças definitivas, decidindo a questão principal da causa, são as que dão ou tiram direito, e as que o declaram; e é nellas, de ordinario, que se póde

favorecer ou prejudicar alguém. Mas o mesmo motivo militava a favor das interlocutorias com força de definitivas, pois também podem causar damno irreparavel, prejudicando a questão principal; e neste caso estão as que absolvem o réo da instancia, as que julgam o auctor parte illegitima, e o excluem do Juizo, etc. Todavia o Codigo é expresso, e não tendo mencionado senão as definitivas, não podemos estender a sua applicação ás interlocutorias com força de definitivas; bem vemos que dahi resulta um absurdo, mas o art. 18.º é muito terminante rejeitando a analogia e a paridade ou maioria de razão.

Manifestamente injusta. — Quando o ponto da questão fôr duvidoso não ha injustiça manifesta; esta só se verifica, quando o ponto não é duvidoso. E' o que a nossa legislação chama *injustiça notoria*; e neste caso está a sentença dada contra direito expresso.

Proferida por odio ou favor. — E' a mesma idéa do codigo hespanhol nas palavras — *dictare a sabiendas.* —

A razão desta disposição é porque sendo a intenção um dos elementos do crime, como já dissemos no primeiro volume commentando o art. 1.º, é claro que só então póde existir crime; mas como a intenção só por odio ou favor se póde manifestar neste caso, por isso o Codigo usou destas expressões.

Daqui resulta para o accusador a necessidade de provar que o favor ou odio influiu na injustiça da sentença; pois vendo o Legislador que esta injustiça, se por um lado póde ser resultado de favor ou odio, tambem por outra póde ser motivada por ignorancia, admittiui a presumpção favoravel para o Juiz de que

obrou com ignorancia, lançando sobre o accusador o onus de destruir essa presumpção.

Será razoavel este systema? Pacheco segue a affirmativa por ser mais favoravel, e humana, e mesmo por ser mais commum que a injustiça resulte de erro ou ignorancia, do que de dolo ou malicia. Nós seguimos a mesma opinião, apesar de admittirmos o principio de que a intenção criminosa sempre se presume; mas attendemos a que certos crimes dos funcionarios publicos apresentam uma feição especial que não se descobre nos outros crimes communs; ninguém mata outro julgando praticar um acto justo, mas póde-se dar uma sentença injusta, acreditando ser justa¹.

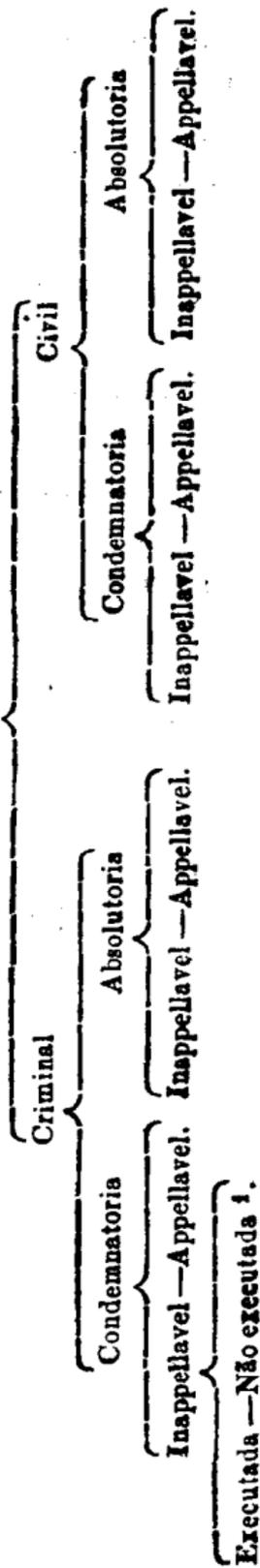
Não queremos com isto significar que o Juiz praticando uma injustiça por ignorancia não deva ser punido; pois é innegavel que um homem ignorante não deve nem póde exercer as funcções de magistrado.

Pena. — O systema do codigo hespanhol attinhiu as verdadeiras idéas, mas incompletamente, o nosso Codigo porem nem systema seguiu.

Um principio que nesta materia deve dominar é que a pena deve ser graduada segundo os effeitos da sentença, os quaes n'um lance d'olhos se conhecem no seguinte quadro

¹ Bonnier, *Traité des peines en droit civil et criminel* (Paris 1853) part. 3, liv. 2, secção 2.^a; Chauveau n.º 1331; etc.

SENTENÇA



¹ V. gr. se fôr perdoada pelo Poder moderador, ou se a sentença fôr annullada.

O caso mais grave verificar-se-ha quando a sentença criminal condemnatoria tiver sido executada. O codigo de Hespanha impõe ao Juiz a pena de inhabilitação perpetua absoluta, e além disso a mesma que se executou em virtude da sentença.

Segue-se na gravidade a sentença criminal absoluta e inappellavel, pois se a sociedade é altamente offendida sendo punido um innocente, não o é menos absolvendo-se um criminoso; mas a pena deve ser menor, porque se em ambos os casos ha o prejuizo á sociedade, no primeiro accresce o damno, muitas vezes irreparavel, ao réo. Por isso o codigo hespanhol conservando a pena da inhabilitação perpetua absoluta, manda impôr aquella que deveria ter sido fulminada ao réo, mas rebaixada um gráo.

O terceiro caso na gradação da criminalidade é o da sentença criminal condemnatoria, mas appellavel e não executada, por ter o processo subido a um tribunal superior. A pena do codigo hespanhol nesta hypothese é sómente a inhabilitação perpetua *absoluta*.

Seguem-se immediatamente no systema desse codigo a sentença criminal absoluta, quando é appellavel, e a sentença civil de qualquer genero, ou seja condemnatoria ou absoluta, appellavel ou inappellavel. Todos estes factos são equiparados sendo-lhes applicavel a pena de inhabilitação perpetua *especial*. Nesta parte é que essa legislação aberrou do systema rasoavel que havia seguido, negando na terceira hypothese a distincção, que havia abraçado e a que havia sido fiel nas tres primeiras.

O nosso Codigo porem não offerece analogia alguma com o hespanhol, ao qual por certo não en-

tendeu. As suas disposições, além de confusas, e faltas de methodo, são injustificaveis, e revelam pouco conhecimento da philosophia penal.

Vê-se do art. 284.º que a pena normal deste crime, e que deve sempre ser imposta em todo o caso, é a perda dos direitos politicos. Quem poderia esperar a applicação de semelhante pena? não seria mais logico applicar a de demissão com incapacidade para servir qualquer emprego?

Mas ainda isto é o menos que temos a notar. Estabelecido o principio de que a perda dos direitos politicos é a pena fixa que deve em todo o caso ser imposta a este delicto, tracta o Codigo de graduar a penalidade em relação ás diversas faces que elle pôde apresentar, mas reduz tudo a duas hypotheses; a 1.ª comprehende a sentença criminal condemnatoria, se tiver sido executada em virtude della *pena mais grave*, a 2.ª abrange todos os outros casos. Nisto se revela a falta de philosophia; para o Codigo só ha um caso que merece pena mais grave, para todos os outros a pena é a mesma: já mostrámos a gradação que existe neste crime, e que por isso deve manifestar-se na penalidade respectiva; escusado é pois repetir o que levamos dito para mostrar o defeito do Codigo.

Examinemos porem as duas hypotheses figuradas pelo Legislador nos §§ 1 e 2.

O § 1 é um perfeito enigma: diz elle — « *Se esta sentença fôr condemnatoria em causa criminal, e por effeito della se executar pena mais grave, será esta imposta ao Juiz.* » — Qual é o relativo do imperativo *mais grave*? Será a perda dos direitos po-

liticos a que se refere o art. ? Apesar da pessima redacção do § parece-nos que o que o Codigo quiz dizer foi o seguinte. Se o réo fôr condemnado pelo Juiz em pena mais grave do que a perda dos direitos politicos ¹, e fôr executada, nesse caso não é essa pena que hade soffrer o Juiz, mas aquella mesma em que elle tiver condemnado o réo.

A regra do § 2 é defeituosa por varias razões ; não só porque impõe a mesma pena a factos cuja gravidade é differente, mas tambem porque a pena de demissão devia ser a que devia figurar no art., e não ser applicada só neste caso excepcional, pois o magistrado que prevarica não deve mais exercer o cargo que lhe tinha sido confiado.

A Ord. Liv. 1 Tit. 15 §§ 9 e 69, e o Ass. da Relação do Porto de 1 de Abril de 1751 permittiam condemnar nas custas o Juiz quando condemnava o réo por impericia ou dolo ; e o Sr. Paschoal ² attesta que lhes era applicavel a Ord. Liv. 5 Tit. 118, sendo o Juiz prevaricador condemnado na reparação do damno, e nas custas simples, no dobro, ou tresdobro segundo a qualidade da prevaricação.

Artigo 284.º (continuação.)

§ 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 deste art. e do seu § 2.º são applicaveis a todas as auctoridades publicas, que

¹ Tomando em conta a regra do art. 47.º.

² Tit. 5 § 10.

em virtude de suas funcções decidirem, ou julgarem qualquer negocio contencioso submettido ao seu conhecimento.

COMMENTARIO.

Pelo que respeita á disposição do § 3, achamo-la justa ; o Juiz deve ser imparcial, e logo que aconselha qualquer das partes sobre o litigio que perante elle pender, trahe a sua nobre missão. Já a Ord. Liv. 3 Tit. 28 § 2 prohibia tambem aos Juizes o aconselharem as partes.

A razão justificativa do principio do § 4 é evidente ; o caso é inteiramente semelhante ao do art.

Artigo 284.º (continuação.)

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

COMMENTARIO.

Este art. é improprio de um Codice penal, e era escusado por conter doutrina já existente na nossa legislação.

Que a sentença dada contra direito é nulla, vê-se da Ord. Liv. 1 Tit. 2, Tit. 5 § 3, e Liv. 3 Tit. 75, e da L. de 3 de Novembro de 1768 § 1^a. O art. porem está mal redigido pois parece dar a entender que só é nulla a sentença proferida com in-

¹ Era já doutrina do direito romano nas LL. 19 de *appellat.*, 1 § 2 Dig. *quæ sentent. sine appell. resc.*, e 2 Cod. *quando provoc. non est necess.*; etc.

justiça notoria, sendo condemnatoria, quando é certo que essa regra tem lugar ainda no caso de ser absoluta.

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.

COMMENTARIO.

E' copiada com pouca differença do art. 263.º do codigo de Hespanha a disposição do presente art. Os empregados publicos, que consultam ou informam falsamente sobre qualquer serviço em que forem mandados ouvir pela auctoridade superior, são equiparados aos Juizes prevaricadores, por isso que a sua informação ou consulta vai servir de base á decisão dessa auctoridade, e sendo falsa póde causar gravissimo damno. A pena de demissão é tão justa como analoga.

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.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 265; do Brasil art. 159.º; de França art. 185.º; das Duas Sicilias art. 199.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 1 Tit. 5 § 4; Nov. Ref. art. 685.^o, 1242.^o, 1243.^o; etc.

COMMENTARIO.

Contém este art. a sanção penal da disposição dos art. 1242.^o e 1243.^o da Nov. Ref., do mesmo modo que o art. 185.^o do código penal francez é a sanção do art. 4.^o do código civil.

O Juiz nunca pôde ter fundamento para se recusar a administrar justiça ¹, nem pôde para isso achar justificação ou falta, ou obscuridade de lei, pois no primeiro caso a L. de 18 de Agosto de 1769 subministra-lhes os meios para supprir essa falta, e no segundo deve recorrer á sciencia da interpretação das leis para resolver a obscuridade.

Recusando-se pois a administrar a justiça não cumpre o dever do seu cargo, e abusa do poder que lhe foi concedido; e este é o motivo que nos leva a julgar com Chauveau que este art. seria muito mais bem collocado na Secção consagrada aos abusos da auctoridade, do que nesta, destinada á prevaricação.

Parece á primeira vista, que tendo o Legislador nos art. anteriores designado muito positivamente a malicia ou dolo como condição destes delictos dos empregados publicos, o não fez neste art. por esqueci-

¹ *Denegari non debet jus juste deprecantibus*, dizia a L. 2 Dig. de his qui sui vel alien. jur.

mento. E' verdade que o codigo de Hespanha emprega a palavra *maliciosamente*, mas o nosso deixou de o fazer muito de proposito, attendendo por certo ás reflexões de D. Joaquin Pacheco. « A obrigação de Juiz, diz elle, é absoluta, e não deve com malicia, ou ainda mesmo sem ella, negar-se a administrar justiça. Mais claro; se a isso se negar, deve julgar-se maliciosa a sua conducta¹: » e na verdade dando-lhe a lei todos os meios para elle poder julgar não pôde haver motivo que escuse ou legitime o seu facto.

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.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

L. 3 Cod. *de sepulchro violato*.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 264.º; do Brasil art. 153.º; etc.

COMMENTARIO.

Sobre a disposição deste art. , modelada pela do art. 264.º do codigo hespanhol diremos com Pacheco

¹ *El codigo penal concordado tom. 2 pag. 410.*

que a lei é justa estendendo a idéa de prevaricação a taes omissões maliciosas, e impondo-lhe a pena de demissão : é uma cousa tão clara que nem carece de ser demonstrada.

Artigo 288.º

Se o agente do Ministerio Publico querellar 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.

COMMENTARIO.

Duas reflexões se nos offerecem em vista de semelhante art.

A pena imposta é tão extravagante que custaria a acreditar a quem a não visse escripta. Que paridade ha entre a testemunha falsa e aquelle que vem a Juizo querellar maliciosamente? Não seria o Codigo mais logico, applicando neste caso ao Ministerio Publico a pena do art. 244.º? parece-nos isto inquestionavel.

Outra reflexão que se nos offerece é que em vista deste art. deve o Ministerio Publico ser tambem obrigado a prestar juramento de calumnia quando querellar, entendendo-se revogado por esta disposição o art. 874.º da Nov. Ref. , que o eximia dessa formalidade; e a razão parece-nos obvia; se o particular dá o juramento, porque depois póde ser punido se a querella se julgar maliciosa; tambem hoje que a querella do Ministerio Publico póde ser julgada maliciosa, deve este ser obrigado a prestar esse juramento.

Artigo 289.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 delles 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 acceitado 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.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Vide o commentario.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 266.º, e 267; da Austria art. 86.º, e 37.º; das Duas Sicilias art. 208.º - 212.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Vide o

COMMENTARIO.

Se nos Juizes a prevaricação consiste em faltar maliciosamente á justiça, nos advogados ou procuradores consiste em trahir os interesses daquelle cujo patrocínio tomaram.

Quanto á materia dos n.^{os} 1 e 2 parece-nos justa incriminação ; semelhantes factos revelam uma baixeza de sentimentos, e podem causar damno gravissimo, e muitas vezes irreparavel. Estará comprehendido nestas disposições o advogado que tendo sido consultado por uma parte acceitar depois a procuração de outra parte? Devemos fazer com Pacheco a seguinte distincção ; ou a parte quando o consultou lhe descobriu e confiou segredos que podiam influir no litigio, ou não, e se limitou a mostrar-lhe documentos publicos ; no primeiro caso não póde sem crime acceitar a procuração da outra parte, qualquer que tenha sido a sua opinião ; no segundo nada se oppõe a isso, a não ser uma razão de delicadeza que o mesmo advogado deve ser o primeiro a tomar em conta ¹.

Os factos, objecto destes dous numeros, (copiados do codigo hespanhol) já eram incriminados no direito romano ; o primeiro nas LL. 1 in fine, *de calumn.*, 3 *de stellionat.*, 8 Dig. *de extraord. crimin.* etc., e o segundo nas LL. 1 § 1, 3 § 2 Dig. *de prævaricat.*, e 1 Cod. *de advocat.* E a mesma incriminação apparece entre nós na Ord. Liv. 1 Tit. 48 §§ 13, 27, e no *Regimento dos Advogados* de 8 de Novembro de 1649 ².

O delicto mencionado em o n.^o 3 (a que corresponde o art. 209.^o do codigo das Duas Sicilias) tem por base a Ord. Liv. 1 Tit. 48 § 13.

Em todos estes casos era o advogado pela Ord.

¹ Pacheco, *loc. cit.* pag. 415.

² Vide tambem em a Ord. Manoel. Liv. 5 Tit. 55.

punido como falsario, degradado para o Brasil, e privado do officio ; penalidade que foi conservada no citado *Regimento dos Advogados* ¹.

Artigo 289.º (continuação.)

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.

COMMENTARIO.

Os procuradores da Corôa e da Fazenda incorriam, quando prevaricadores, por maioria de razão nas penas que em semelhante caso se applicavam aos advogados, diz-nos o nosso Portugal ; e além disso eram-lhes confiscados os bens como se vê da Ord. Liv. 2 Tit. 26 § 24. O nosso Codigo segue igual systema em relação aos agentes do Ministerio publico, e por isso lhes applica a pena de multa que applicára aos advogados no art. ; substitue porem neste caso a pena de suspensão pela de demissão, e a razão é porque o crime do agente do Ministerio publico é maior ; não é só uma parte a offendida, é a sociedade inteira cujos interesses elle compromette e atraiçoa, em vez de defender como seu representante. O Codigo accrescenta — *salvo se pela corrupção etc.* — isto é claro.

¹ Portugal, *De donation.* Liv. 3 Cap. 37 n.º 10 ; Caldas á L. un. Cod. *ex delictis defunctor.* 4 p. n.º 31 e seg. ; etc. Sobre as penas destes factos por direito romano vide Puttmann, *Elem. jur. crim.* § 518.

Artigo 290.^o

Todo o empregado publico, que revelar os segredos, de que tenha conhecimento, em razão do exercício 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 razão della depositarios de segredos, que se lhes confiarem, revelarem os que ao seu conhecimento vierem no exercício do seu ministerio.

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

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 274.^o, 276.^o; da Austria art. 86.^o, e Part. 2.^a art. 243.^o, 244.^o; do Brasil art. 129.^o, 164.^o, 165.^o; de França art. 378.^o; das Duas Sicillás art. 371.^o; etc.

COMMENTARIO.

Este delicto se em geral constitue verdadeira prevaricação segundo o systema do Codigo, visto que o empregado trahe a confiança que a sociedade nelle depositou; tambem póde dar em resultado um crime que offenda os interesses do Estado em relação ás nações estrangeiras, como facilmente se deprehende do art. 153.^o.

O código hespanhol faz distincção entre revelação de segredos do Estado, e segredos de particulares; punindo esta com suspensão, *arresto mayor*, e multa de 100 a 200 duros, e aquella com suspensão de 10 a 100 duros, ou inhabilitação absoluta perpetua, prisão maior, e multa de 50 a 500 duros no caso em que da revelação resulte grave damno á causa publica.

O nosso Legislador não fez estas distincções, e em parte damos-lhe razão; ficar ao arbitrio dos tribunaes o decidir se o damno á causa publica é ou não grave para o fim da imposição da pena, não é, como pretende sustentar Pacheco, uma *pequena* arbitrariedade; é até mui grande pois pôde dar em resultado nada menos de que substituir a pena de suspensão pela de inhabilitação perpetua absoluta e prisão maior, e elevar a multa a 500 duros.

A disposição do § 1 é identica á da segunda parte do art. 276.º do código hespanhol, e os art. já citados dos códigos de França e das Duas Sicilias. Nella se comprehendem os médicos, cirurgiões, boticarios, parteiras, e todas as mais pessoas que pelo seu estado ou profissão forem depositarios de segredos que lhes tenham sido confiados. A lei, que prohibe estas pessoas de serem perguntadas como testemunha a respeito desses segredos, não podia deixar de as punir quando de seu motu proprio os fossem revelar, pois é innegavel o prejuizo que dahi pôde resultar á fortuna, e até á honra das familias.

Mas se a parte interessada consentir na revelação do segredo haverá crime? Chauveau (n.º 3141) agita esta questão cuja resolução nos parece muito

simples. A obrigação do segredo é exigido pelo interesse geral; a sua violação não vai offender só a pessoa que o confiou, mas também a sociedade inteira, porque priva as profissões, sobre que ella se apoia, a confiança que devem sempre inspirar. Embora pois haja o consentimento da parte interessada, o que se segue é que se ella não soffre prejuizo com a revelação, nem por isso deixa de o soffrer a sociedade, e o delicto subsiste ainda que se considere como atenuado ¹.

A doutrina do § 2 é consequencia do que levamos dito. Se é certo que a revelação dos segredos póde ser prejudicial á honra das pessoas ou das familias, o Codigo obra com toda a razão declarando que se o delicto por este facto merece pena mais grave pela diffamação, não ficam estas prejudicadas.

SECÇÃO 2.^a

ABUSOS DE AUCTORIDADE ².

Se a auctoridade é necessaria na sociedade para a manutenção das leis e da ordem social; é justo que ella seja cercada de todo o prestigio e respeito, e por isso o Codigo puniu severamente todos aquelles factos que tendem a desacatal-a, e a resistir á sua acção.

¹ Neste sentido decidiram os tribunaes de Montpellier em acórdão de 24 de Setembro de 1827, e o de Grenoble em acórdão de 23 de Agosto de 1828.

² A palavra *abuso*, como nota Pacheco, é uma expressão geral com que se indica todo o delicto produzido por um máo emprego da auctoridade.

Mas por outro lado é fóra de toda a duvida que uma instituição que tem por fim manter a ordem e proteger os direitos dos cidadãos destruir-se-ia a si mesmo se aquelles em cujas mãos foi depositada a auctoridade se servissem della para calcar aos pés as leis, e para violar a ordem e os direitos cuja manutenção lhes incumbe; é essa a razão porque todas as legislações punem com grande rigor os abusos das auctoridades, abusos que offendem não só os particulares, mas tambem a sociedade.

Artigo 291.º

Será punido com a pena de prisão de tres mezes a tres annos podendo aggravar-se com a muleta 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 fôr 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 pri-

são, do accusador, e das testemunhas, depois que para isso fôr 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 tracta o n.º 5 deste art., sómente por negligencia; incorrerá na pena de censura salva a indemnisação do prejuizo, que por esta negligencia possa ter causado.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Para mais clareza iremos no respectivo commentario a cada numero do art. indicando a legislação estrangeira correspondente; e o mesmo faremos a respeito da legislação patria anterior.

COMMENTARIO.

A liberdade individual é para o homem um dos direitos mais preciosos; e o respeito della uma das obrigações mais sagradas para os outros cidadãos. Mas o individuo não vive isolado; a par delle existem outros com iguaes direitos, e a sociedade. A liberdade de cada um deve ser por isso limitada pela de todos, deve ser subordinada aos direitos dos outros e aos do Estado; se assim não fôra a sociedade não poderia existir, pois dessa limitação nasce a lei da ordem, que, dominando no mundo physico e moral, é tambem o principio vivificador das associações politicas.

Dahi provêm as restricções que limitam o livre exercicio das faculdades do homem, na organização

politica e social, e na civil, commercial e industrial. A infracção de semelhantes restricções é reprimida pela legislação penal; consistindo a repressão quasi sempre na privação maior ou menor da liberdade corporal do membro social que as infringiu; e essa privação precede muitas vezes a sentença para evitar que o accusado se subtrahia á repressão penal.

A detenção preventiva é um facto da maior gravidade n'um paiz livre, visto ser uma punição antecipada que vai atacar o credito do indiciado. Por isso a legislação dos povos livres tem cercado de todas as precauções e garantias essas detenções; e o que prova o poder que tem no coração humano o sentimento dos direitos individuaes, é que em todas as épocas em que o systema liberal se tem inaugurado sempre os povos tem pugnado pela garantia real da liberdade individual. Sirva de exemplo o povo inglez que desde a época de Carlos 1.^o trabalhou pelas obter até que em 1679 alcançou o celebre acto do *Habeas corpus*.

N'um paiz liberal por tanto, como o nosso, aonde a legislação dá tantas seguranças aos direitos do individuo, o Codigo penal não podia deixar de punir gravemente todos os attentados que contra ellas se apresentassem por parte daquelles em cujas mãos está depositada a auctoridade publica.

1.^o — Unicamente no caso de flagrante delicto dá a lei a qualquer pessoa, ainda mesmo não revestida de character publico; o direito de prender os delinquentes. Fóra dessa hypothese é preciso certo gráo de auctoridade para que a prisão possa ser ordenada. São garantias de que a lei cerca a liberdade do

cidadão, para que elle não seja victima do arbitrio: O facto pois incriminado neste numero é um attentado á liberdade, e como tal deve ser punido ¹.

2.^o — Mesmo na hypothese em que a lei auctoris a prisão de qualquer individuo tem revestido essa prisão de certas solemnidades (v. gr. o não poder ella effectuar-se sem culpa formada etc.), considerando-as como garantias que devem ser dadas ao cidadão para evitar que seja victima do arbitrio e da prepotencia; e casos ha em que só a certas auctoridades dá o poder de o fazerem prender (v. gr. o **Par** do Reino que só por ordem da respectiva Camara póde ser preso etc.). A infracção destes dous principios é que o Legislador pune neste numero.

3.^o — Se é attentado á liberdade individual o prender qualquer individuo sem jurisdicção ou sem motivo, não o é menos retel-o preso, quando elle dever ser posto em liberdade, ou seja em virtude da (v. gr. se elle der fiança nos casos em que o direito a admitte), ou de sentença passada em julgado, ou por ordem do superior ².

4.^o — Dous factos são os incriminados neste numero e com toda a razão: — o primeiro, porque se é um attentado contra a liberdade o prender alguém

¹ Codigos do Brasil art. 181.^o; de Hespanha art. 286.^o n.^o 1; etc. — O principio de que a prisão deve ser ordenada pela auctoridade *competente* acha-se consignado já no direito romano, L. 3 *Cod. de exhibend. reis*, e na nossa legislação anterior. Ord. Liv. 1 Tit. 75 § 10, e Liv. 5 Tit. 119.

² Codigos de Hespanha art. 286.^o n.^o 2; do Brasil art. 181.^o.

sem culpa, tambem não é menor o conservar o preso incommunicavel por mais tempo e fóra dos casos em que a lei o permite ¹; o contrario seria augmentar os males da prisão e dar ás auctoridades poder para a seu arbitrio atormentarem os presos ²; — o segundo, porque póde em todo o caso causar grave damno, v. gr. se o individuo preso não fosse criminoso seria solto, e se o fosse, mais breve andaria o processo ³.

5.º — A Nov. Ref. art. 1024.º, de acordo com o art. 145.º § 7 da Carta Constitucional manda que o Juiz faça constar aos presos em uma nota por elle assignada os motivos da prisão, os nomes das testemunhas, e os dos accusadores, quando os haja; e isto nos prazos marcados no § un. do referido art. — E' esta mais uma garantia que a lei concede ao cidadão, e cuja violação o Codigo pune neste numero ⁴.

¹ Já o Alv. de 5 de Março de 1790 § 2, e o Dec. de 7 de Agosto de 1702 determinavam que nenhum preso fosse retido no segredo por mais de cinco dias. — Que tempo, com quem, quando e de que modo deva o preso estar incommunicavel, dil-o hoje o art. 973.º da Nov. Ref. — Em vista do art. 3.º do Dec. de 30 de Dezembro de 1839, e art. 3.º e 46.º do Regul. provisório das Cadêas de 16 de Janeiro de 1843 incumbe ao Ministerio publico vigiar que os presos não estejam incommunicaveis por mais tempo do que a lei permite.

² Codigo de Hespanha art. 287.º n.º 1.

³ Idem art. 286.º n.º 4; de França art. 120.º; do Brasil art. 181.º; etc.

⁴ Esta incriminação já apparece no Dec. de 13 de Abril de 1832. — Vide o codigo de Hespanha art. 287.º n.º 6; etc.

É notavel porem que o Legislador só julgue criminoso o Juiz, pelo não cumprimento desta obrigação no caso do preso exigir esse cumprimento. Não podemos admittir tal doutrina; se a garantia fosse dada ao individuo preso, se só elle tivesse interesse nella, ainda seria desculpavel a doutrina do Codigo; mas essa garantia é de direito publico, interessa todã a sociedade; e é certo que o direito publico nunca póde ser alterado pela simples vontade de qualquer particular. Por isso julgamos que o Juiz, não cumprindo o preceito da Nov. Ref. no praso nella marcado, deve ser punido, ainda mesmo que o preso não tenha exigido a nota de sua culpa; e é esta a doutrina seguida pelo art. 182.º do codigo do Brasil.

§ 1.º — A prisão ou é preventiva, ou constitue uma pena; no primeiro caso dá-se-lhe o nome de *custodia* ou *detenção*, no segundo o de *prisão* propriamente dita. O Codigo tomou a palavra *prisão* em sentido generico abrangendo estas duas accepções; e com razão porque em todo o caso e por qualquer dos modos se póde violar a liberdade individual, a cujas garantias elle quiz dar uma sancção.

§ 2.º — Não podemos admittir semelhante doutrina. Convimos em que os delictos que são resultado de negligencia sejam punidos mais levemente do que quando são filhos de dolo; não obstante a pena de censura é muito leve, e não deveria ser menor do que a de suspensão, por isso que a primeira obrigação do Juiz é observar e fazer observar a lei, sendo por este motivo a sua negligencia muito mais aggravante do que em outra qualquer pessoa.

Pena. — Parece-nos que á prisão devia accres-

cer a pena de suspensão ; está-o exigindo a violação do dever do seu cargo, commettida pelo empregado.

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 lugar 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 registo das prisões, quando fôr 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.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Seguiremos a respeito deste art. o mesmo systema de que usámos no antecedente, dando noticia desta legislação, e da portugueza anterior, a cada um dos numeros de que elle se compõe.

COMMENTARIO.

A materia deste art. reduz-se ainda á sancção penal de alguns attentados á liberdade do cidadão, e ás garantias que as leis lhe concedem, como passamos a vêr:

1.º — Neste caso está o official de diligencias que effectuar a prisão de qualquer individuo, sem preceder a entrega de um dos mandados de custodia, facto este que já pela Nov. Ref. art. 1006.º era punido com mulcta e suspensão.

2.º — Os estabelecimentos penaes ou seja de prisão preventiva ou policial (a que os francezes chamam *maisons d'arrêt*, ou *de justice*), ou sejam de prisão definitiva, são organisadas em virtude da lei e das disposições do governo de modo que offereçam á sociedade garantias de segurança, e não prejudiquem o estado sanitario dos presos.

Já em França em 1791 a L. 16 - 29 de Setembro tinha determinado que qualquer pessoa presa não podesse ser conduzida a lugares diversos daquelles destinados geralmente para esse effeito; e o codigo de 1810, reproduzindo o mesmo principio, veio no art. 122.º punir os empregados que o violassem.

Semelhante infracção não podia deixar de ser incriminada, pois se é feita com o fim de favorecer o preso offende a segurança social, e se é feita com o intento de o fazer soffrer offende ás garantias do cidadão, e ataca toda a sociedade, dando ao direito de punir uma extensão que elle não tem. O codigo do Brazil deu tanta importancia a este delicto que o

4.º — Esta disposição copiada dos art. 238.º do código das Duas Sicilias, e 287.º n.º 3 do código hespanhol é justa. A lei tem em tanta conta a liberdade individual, que impõe ás auctoridades encarregadas da policia judicial e administrativa a obrigação de darem parte ao superior competente de qualquer prisão arbitraria de que tenham conhecimento; se o não fizerem, tem nesse facto uma quasi cumplicidade, pois podendo fazer cessar essa arbitrariedade, obstam a isso pela sua omissão.

5.º — Para evitar detenções illegitimas exige a lei que ninguem seja recebido como preso, nas respectivas prisões, sem ordem por escripto da auctoridade competente¹. O empregado que fizer o contrario é considerado como réo de prisão arbitraria e illegal, e por isso justamente punido.

Uma duvida se póde suscitar a respeito da palavra *competente*. Quererá a lei significar que o carcereiro póde entrar nas questões de competencia? e qualificar quem seja o verdadeiro ou legitimo Juiz da causa ou da pessoa? por certo que não. O que o carcereiro tem a examinar é se a ordem procede da auctoridade que tenha poder para mandar prender; mas decidir se em relação *especial* á pessoa presa ella é ou não competente, não compete nem póde competir ao carcereiro².

¹ Ao carcereiro deve ser apresentado o mandado de custodia em cujo verso passa o recibo da entrega. — Nov. Ref. art. 1014.º.

² Código de Hesp. art. 286.º n.º 3; de França art. 120.º; das Duas Sicilias art. 239.º; do Brasil art. 18.º

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.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 287.º n.º 3; das Duas Sicilias art. 240.º; etc.

COMMENTARIO.

Todo o rigor que não tem por fundamento o direito estabelecido envolve além do abuso de poder, uma violação dos direitos do preso; porque este pelo seu delicto só deve soffrer nesses direitos aquellas restricções exigidas pelo direito dos outros cidadãos, e sancionadas no direito de punir. Por isso o facto a que se refere o art. é justamente incriminado e punido; como porem póde ainda envolver um crime a que a lei imponha pena mais grave, o Codigo resalva esta hypothese, seguindo os principios que tantas vezes temos referido.

A Ord. Liv. 1 Tit, 33 § 6 in fine já providenciava o caso de serem os presos aggravados pelos officiaes da cadêa, concedendo-lhes recurso.

etc. — Vide Pacheco *loc. cit.* pag. 456, e Carnot, commentario ao citado art. do codigo francez.

Qualquer empregado publico, que, nesta qualidade, e abusando de suas funcções, énttrar 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.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 290.º; de França (reformado em 1832) art. 184.º; do Brasil art. 209.º, 210.º; das Duas Sicilias art. 233.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Vide o

COMMENTARIO.

As legislações, ainda dos povos mais antigos, tem admittido até hoje o principio da inviolabilidade da casa ou domicilio do cidadão.

Entre os romanos são prova disso, não só as differentes disposições do Digesto, que punem a sua violação, mas o proprio Cicero, que no Cap. 41 da oração *pro domo sua* apresenta esse principio como de eterna justiça, e reconhecido sempre entre aquelle povo : « *Quid est sanctius, diz elle, quid omni religione munitius, quam domus unius cujusque civium ! . . . Hoc per fugium est ita sanctum omnibus, ut inde abripi neminem fas sit.* »

Depois dos romanos todas as leis, todos os codigos, e constituições tem proclamado a inviolabili-

dade do domicilio ¹; e a nossa Carta o estabelece muito expressamente no art. 145.º § 6, considerando-a como uma garantia constitucional; não fazendo nisto mais do que seguir a jurisprudencia sempre em vigor neste reino ².

O presente art. do nosso Codigo contém a sancção desta garantia, e por isso pune a violação do domicilio feita pelo empregado publico, uma vez que tenha lugar fóra dos casos que a lei marca, ou sem as solemnidades que ella prescreve.

Quaes sejam esses casos e formalidades é o que vamos vêr. — De *noite* não é permittida a entrada em casa de qualquer pessoa excepto nos casos: 1.º de consentimento della; 2.º de reclamação de dentro; 3.º para a defender de incendio ou inundação. — De *dia* só é permittida nos casos, e com as solemnidades marcadas nos art. 914.º e 1009.º e seg. da Nov. Ref., mas unicamente de sol a sol.

Estender-se-ha porem este principio do Codigo ás casas abertas ao publico? Julgamos que não; é esta a disposição da legislação franceza, e o mesmo parece deduzir-se do nosso Codigo administrativo art. 249.º n.ºs 3 e 5 ³.

Se a violação do domicilio é um crime de não pequena gravidade, sendo commettido por qualquer particular, torna-se muito mais grave quando o seu auctor é um empregado publico, que deve ser o pri-

¹ Veja-se Stryk, *De sanctitate residentiarum* (vol. 11 disput. 8).

² Lobão, *Casas* § 364; Solano, *Cogitat.* 71.

³ Chauveau n.º 1888 e seg.

meiro a observar as leis e a proteger os direitos do cidadão ¹. A penalidade do nosso Código é modelada pela do art. 184.º do francez reformado em 1832; approvamos a imposição da pena de prisão; mas a multa parece-nos uma cousa fóra de proposito, e a applicar-se deve ser quando tiver alguma analogia com o delicto.

O tempo da prisão parece-nos sufficiente, se attendermos a que o Legislador neste lugar pune sómente o simples facto da entrada em casa do cidadão. Se nelle se involver algum crime que mereça pena mais grave, deverá esta ser imposta.

Artigo 295.º

Qualquer empregado publico que subtrair, 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.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França (reformado em 1832) art. 187.º; do Brasil art. 129.º; de Hesp. art. 275.º; etc.

¹ O delicto neste caso toma na legislação ingleza a denominação de *burglary*.

COMMENTARIO.

Em grande parte dos paizes costuma o Estado reservar para si o monopolio do transporte das cartas; estas, sendo confiadas á administração do correio, ficam collocadas sob a salva-guarda da fé publica; por cujo motivo a nossa Carta Constitucional consignou no art. 145.º § 25 como garantia do cidadão, que o segredo das cartas era inviolavel, ficando a administração do correio rigorosamente responsavel pela infracção desta garantia.

Abrir as cartas ou supprimil-as é atacar um direito do cidadão, cujos segredos ninguem, sem seu consentimento, tem a faculdade de descobrir; o supprimil-as não é menos criminoso, pois além da violação do segredo, póde produzir grave transtorno nas transacções da vida.

Contra estes attentados, tem-se as leis pronunciado fortemente; em 1741 um commissario do correio em París foi enforcado por ter interceptado duas cartas, que vinham de Caen. Mas apesar disto a experiencia infelizmente mostra que os governos tem muitas vezes abusado do monopolio das cartas, trahindo a confiança que os cidadãos nelle depositam. A respeito da França, diz Mr. Berville, haver fundamento para acreditar ter em differentes épocas existido na administração dos correios uma secretaria particular e occulta, destinada a abrir as cartas; instituição que alguem faz remontar á época do Cardeal de Richelieu.

Se a violação do segredo das cartas é um grave attentado sendo commellido por qualquer particular, como veremos no art. 461.º, muito maior o é quando praticado por um empregado publico, e por isso o Codigo justamente incrimina semelhante facto. A pena de prisão devia ser acompanhada pela de demissão, pois o abuso de confiança torna inhabil o empregado para exercer cargos publicos, que tem por base essa confiança. A respeito da mulcta fazemos a mesma reflexão que apresentámos no art. antecedente.

Accrescenta o Codigo no fim do art. — *salvas as penas maiores etc.* — é a repetição escusada do que já tantas vezes tem dito n'outros art. Assim se o empregado revelar o segredo que descobrir na carta, que abrir, é-lhe applicavel a pena do art. 461.º; se a carta aberta fôr relativa a serviço publico, e emanar de alguma auctoridade, é-lhe pela mesma razão applicavel a pena do § 3 desse art.

§ un. Neste caso, e só nelle, será justificavel a restricção feita ao principio reconhecido no art. A theoria de Martens que, fundado em pretendidas razões de Estado, julgava licito o emprego de semelhante meio para descobrir tramas insidiosas contra a causa publica, além de dar lugar a grandes abusos da parte dos governos, é injusto e immoral, como bem advertiu o nosso Silvestre Pinheiro, combatendo as idéas do publicista allemão.

Artigo 296.º

Qualquer empregado publico que, nesta 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 deste Titulo, que serão applicadas segundo as regras geraes.

COMMENTARIO.

Já no Capitulo 5.º fizemos algumas reflexões sobre os crimes contra o exercicio dos direitos politicos. Para lá remettemos o leitor; accrescentando agora que como pelo art. 357.º do Codigo administrativo nenhum empregado publico póde ser demandado criminalmente sem licença do governo, a disposição do Codigo é quasi ephemera.

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 autoridade 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.

COMMENTARIO.

Isto nada mais é do que o crime de resistencia á auctoridade e á lei, commettido por um empregado, e augmentando por isso de criminalidade. E' este talvez um dos poucos casos em que o Legislador procura estabelecer uma gradação especial de penas para os actos que antecedem o delicto desde os actos preparatorios até á sua consummação; mas tem a infelicidade de não observar as verdadeiras regras que o deviam guiar.

No art. pune-se a tentativa; no § 2 o delicto frustrado; e no § 1 o consummado.

O delicto frustrado é punido com as penas de tentativa da resistencia; a resistencia segundo a regra do art. 186.º é prisão correccional de um a tres annos, a qual tem de ser attenuada para ser applicada á tentativa, segundo a regra do art. 89.º. Qual é o resultado disto? em primeiro lugar a tentativa do crime objecto do presente art. é punida com prisão maior e o delicto frustrado, que é mais grave, com prisão correccional: além de que a tentativa é punida com a prisão de um a tres annos, e o delicto frustrado com a *mesma* pena, e *attenuada!* Que codigo, a não ser o nosso, puniu a tentativa mais gravemente do que o crime frustrado?

Artigo 298.º

Se um empregado publico fôr accusado de ter commettido algum dos actos abusivos, **qualificados** crimes nos art. antecedentes desta **Secção**, e provar

que o superior a que deve directamente obediencia, lhe déra 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.

COMMENTARIO.

Esta disposição joga com o principio da obediencia que o Legislador considerou no art. 23.º n.º 5, como escusa de criminalidade. A obediencia na ordem hierarchica é um principio necessario e justo, mas por outra parte é certo que este principio é limitado por outro não menos importante, que vem a ser o da legitimidade do mandado superior. A lei obrigando o empregado inferior a obedecer ao superior é porque reconhece neste o direito de mandar; a obrigação daquelle é correllativa ao direito deste, mas o superior tem uma esphera d'acção marcada pela natureza e fim do seu cargo, cujos limites elle não póde ultrapassar; e se o fizer deixa de ter direito de mandar, e o inferior a obrigação de obedecer.

Tem alguns auctores reconhecido inconvenientes para a ordem social nesta idéa que acabamos de apresentar, e por isso recciando dar ao inferior o direito de examinar a justiça dos actos do superior, e temendo por outra parte os males que resultariam de se cumprir ordens illegaes ou criminosas, procuraram conciliar estas duas cousas pela seguinte fórma.

Não dão ao inferior o direito de examinar a competencia *especial* do superior, isto é, a sua competencia em relação a *certo e determinado* acto por elle ordenado, mas concedem-lhe a faculdade de exa-

minar a sua competencia *geral*, isto é, considerada em absoluta relativamente a certo *genero* de actos, ou o poder de dar ordens sobre certa materia com as *formalidades legaes*. Assim um Juiz criminal tem poder para mandar prender, empregando as formalidades legaes, mas póde ser que empregando mesmo essas formalidades esse poder não exista n'uma *hypothese* especial, v. gr. em relação a um Par, cuja prisão só póde ser ordenada pela Camara. O carcereiro quando lhe é apresentado qualquer preso deve vêr se a pessoa que dá a ordem tem poder para ordenar a prisão, e se o faz com as solemnidades legaes; não póde porem descer á *hypothese* e recusar-se a cumprir a ordem sob pretexto de que esse poder cessa em relação á pessoa que é mandada presa.

Até aqui não temos duvida em admittir, e sómente lhe faremos mais uma restricção; e vem a ser que o inferior não deve obedecer uma vez que o facto seja qualificado como criminoso pela lei. Mas então parece que o Codigo desconhece estes principios, pois determina que se o inferior cumprir a ordem de praticar alguns dos actos qualificados como crimes nos art. anteriores fica isempto de pena. Não é assim; o Codigo só estabelece semelhante doutrina a respeito de crimes que consistem em abuso de poder em *certas hypotheses*, e como o inferior não tem a examinar a competencia *especial* do superior mas só a *geral*, vai coherente com os principios. Já não haveria esta coherencia se estabelecesse a mesma doutrina a respeito de todos os factos declarados como crimes em *todo* o Codigo.

Em conclusão se o superior competente ordenar

a pratica de um acto que a lei considera criminoso nos art. 291.º a 297.º o inferior, ainda que obedeça, é isempto de pena. Se porem o superior ordenar ao inferior que pratique um roubo não deve obedecer, e se o fizer deve ser punido.

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.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 291.º; das Duas Sicilias art. 237.º; de França art. 186.º; do Brasil art. 135.º n.º 2, e art. 145.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Nov. Ref. art. 1015.º; e Ord. Liv. 5 Tit. 49 §§ 10 e 11; etc.

COMMENTARIO.

Cinco são os elementos constitutivos do delicto; 1.º que o agente seja empregado publico; 2.º que tenha empregado violencias contra qualquer pessoa; 3.º que essas violencias tenham sido praticadas no exercicio das suas funcções ou por occasião do exercicio dellas; 4.º que as empregue sem motivo legi-

imo; 5.º que, mesmo sendo empregadas com motivo legitimo, sejam desnecessarios para a execução do acto legal. Sobre as tres primeiras nada diremos porque já temos n'outros lugares estabelecido doutrina por onde facilmente se entendem; e só faremos algumas reflexões sobre o quarto e quinto.

Pelo que respeita ao quarto, é certo que havendo motivo legitimo v. gr. resistencia deixa de haver crime.

Quanto ao quinto, era indispensavel que fosse consignado no Codigo, porque se as violencias forem necessarias para a execução do acto legal cessa a criminalidade em vista do art. 14.º n.º 3; assim o empregado que emprega a força armada para dispersar um tumulto, quando isso lhe é ordenado, não é criminoso, porque obra executando a lei e com um fim legitimo, excepto se exceder os limites da ordem e praticar crueldades desnecessarias.

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.

COMMENTARIO.

Poderão delinquir as corporações? é esta uma questão que mui controvertida tem sido entre os cri-

minalistas, e sobre a qual não podemos deixar de tocar antes de entrar no exame da doutrina do art.

Groot (*Grotius*) e outros escriptores ¹, seguindo a doutrina da glossa á L. 9 Dig. *quod metus causa*, admittiram o principio de que uma universidade ou corpo moral póde ser tida e punida como delinquente, se aquelles que a representam commetterem algum delicto, porque apesar de ser pessoa moral, nem por isso deixa de estar sujeita ás leis, do mesmo modo que a pessoa physica.

A falsidade de semelhante opinião revela-se pela mesma natureza do direito criminal combinada com os caracteres essenciaes da pessoa moral. O direito criminal considera o homem natural, isto é, um ser livre, intelligente, e sensível: a pessoa moral não sendo mais do que um ser abstracto, escapa por tanto á acção desse direito; e na verdade se para haver criminalidade é necessario que haja imputação, e para se dar esta deve o facto ser praticado com moralidade, como reputar criminoso um ser abstracto, que não tendo intelligencia e liberdade, não tem moralidade nem imputação? Este argumento de Savigny ² parece-nos sem réplica.

O celebre Jcto allemão assigna com a lucidez de que é dotado varias causas que motivaram o erro dos antigos doutores; entre ellas tem grande impor-

¹ Entre elles o Sr. Paschoal tit. 1 § 8; Stieber (nos opusculos de Haubold tom. 2 pag. 73); Sintenis, *De delictis et pæn. universitat.* (Servestæ 1825); Mulenbruch, *Doctr. Pandect.* I, § 197; etc.

² *System. des heutig. röm. Rechts* tom. 2 § 94 e seg.

lancia a confusão infundada que elles fizeram da pessoa moral com seus membros, confusão, que elles, sendo tão romanistas, deviam vêr que era repellida pelo direito romano, como se manifesta de varios fragmentos do Digesto, dos quaes mencionaremos o 7 § 2 *quod cuj. un.*

Este direito reconheceu o principio de que os corpos moraes não podem delinquir. O argumento deduzido da L. 9 Dig. *quod met. causa* em sentido contrario nada vale. A L. 15 § 1 *de dolo* diz muito claramente que esses corpos são incapazes de dolo; e tendo a legislação romana admittido o dolo como base da criminalidade, não podia considerar como delinquente uma pessoa moral, que elle mesmo havia declarado incapaz de dolo. Sem carecermos porem de buscar outros textos, temos a disposição precisa e terminante de uma lei de Maioriano a qual expressamente declara que nunca se persiga a *curia*, mas só os *membros culpados*¹: « *Nunquam curiæ a provinciarum rectoribus generali condemnatione mulctentur, cum utique hoc et equitas suadeat et regula juris antiqui, ut noxa tantum caput sequatur, ne propter unius fortasse delictum alii dispendiis affligantur.* »

E' verdade que se consultarmos a historia romana encontraremos na pratica a violação desta doutrina. Sirva de exemplo o tractamento dado á cidade de Capua por ter abandonado Roma durante a segunda guerra punica; perdeu a sua constituição mu-

¹ Esta lei, que não anda nas antigas collecções, vem no *Jus civile antejustinian.* de Hugo pag. 1386 § 11.

nicipal, diz-nos Tito Livio (XXVI, 16), e grande parte de seus habitantes foram executados. Mas este e outros factos do mesmo genero, que poderíamos citar, não eram um resultado da applicação do direito criminal feita pelo poder judiciario, eram um acto meramente politico ¹.

Em conclusão, as corporações, como pessoas moraes que são, não podem delinquir; se os seus membros commetterem algum crime, são elles, e não ella, os criminosos; e sejam então punidos só aquelles que o forem. Este principio, proclamado hoje pelos criminalistas, foi reconhecido pelo codigo francez art. 123.º e seg., e pelo nosso no fim do art., quando diz: « *será condemnado cada um dos criminosos etc.* »

Passando ao exame da doutrina do art., parece-nos muito vaga a sua redacção. Convimos em que a resistencia á *lei* seja criminosa, mas não podemos admittir que *sempre* o seja a resistencia ás ordens do poder executivo; se este obrar dentro da esphera das suas attribuições será justa a incriminação; do contrario não o é, nem o póde ser pelos principios que já apresentámos commentando o art. 186.º; e tal

¹ Sobre esta materia em direito romano vide tambem Rein, *Criminalrecht der Römer* pag. 168, 170, e Gutermann, *Doctrina jur. crim. de universit.* (August. 1839). — E sobre a questão, em geral, além dos auctores citados, remettemos o leitor para Gundling, *De universitate delinquente* (Hälæ 1730), Malblanc, *Opuscul. jur. crim.* (Erlang. 1793), Klein nos *Archiv. des Criminalrechts* tom. 3 n.º 2, Bauer, *Abhandlungen*, I, pag. 453, etc.

seria o caso em que elle, invadindo as attribuições legislativas, quizesse fazer executar uma Portaria que involvesse derogação da lei.

Apesar deste vago do art. , julgamos que é assim que elle se deve entender, para não dar em resultado um absurdo. — Vide Chauveau n.º 1327 e seg.

SECÇÃO 3.ª

EXCESSO DE PODER E DESOBEDIENCIA.

O excesso do poder differe do abuso, em que neste usa o empregado do poder, que a lei lhe concede, mas fóra dos casos nella marcados ou sem as formalidades exigidas, e naquelle arroga-se um poder que não tem em caso algum, e usurpa attribuições que lhe não competem.

Artigo 301.º

Será punido com a demissão, ou suspensão, conforme as circumstancias :

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 sancção 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 administrati-

vo, por crime commettido no exercicio de suas funcções, 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.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 298.º, 299.º; de França art. 127.º, e 130.º; das Duas Sicilias art. 231.º, 232.º; do Brasil art. 139.º, 142.º, 143.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Vide o

COMMENTARIO.

Examinaremos primeiro as quatro incriminações deste art. , e em seguida a penalidade respectiva, seguindo o systema inverso do adoptado pelo Codigo.

1.º — Os poderes do Estado são independentes. O poder legislativo tem attribuições próprias e exclusivas marcadas na Carta Constitucional¹. O empregado publico arrogando-se qualquer dessas attribuições, ou suspendendo quaesquer leis, commette um delicto importante, e que póde trazer consigo sérias consequencias no corpo politico; pois em ambos os casos se vem a chocar a independencia do poder legislativo formalmente consagrada na constituição como um dos primeiros principios do regimen consti-

¹ Art. 15.º e seus §§, e o Acto Addicional.

tucional ; violando-se a constituição, e usurpando-se a soberania. Seria applicavel esta disposição do Código, por exemplo, ao Ministro d'Estado que por um acto do poder executivo suspendesse a execução de qualquer lei, ou usurpasse attribuições das Côrtes, v. gr. interpretando uma lei¹.

2.º e 4.º — Já dissemos que os poderes do Estado são reciprocamente independentes na sua acção; quanto mais bem traçada fôr a linha de demarcação menos occasião haverá de elles se chocarem ; mais garantias terá a liberdade. A nossa Carta reconheceu estes principios, cujo desenvolvimento é estranho a este commentario, quando disse no art. 10.º que a divisão e harmonia dos poderes politicos é o principio conservador dos direitos dos cidadãos, e o meio mais seguro de fazer effectivas as garantias constitucionaes².

Sendo assim, é evidente que o Juiz, invadindo as attribuições administrativas, e a auctoridade administrativa, invadindo as attribuições judicarias, ataca a constituição do Estado n'um dos principios que ella considera como base da segurança deste : e são estes dous factos que o Código pune nestes numeros 3 e 4.

Apesar disto pensamos com Destriveaux que as usurpações das attribuições judicarias pela auctorida-

¹ Chauveau, Morin, e Carnot não julgam que a doutrina seja applicavel aos Ministros d'Estado, os quaes são criminosos mas como traidores : não admittimos semelhante theoria em vista da extensão que neste Código tem a palavra empregado.

² Vide o Código administrativo actual art. 326.º, e o antigo art. 214.º - 216.º.

de administrativa são mais importantes e mais susceptíveis de se apresentarem na prática. « A auctoridade administrativa, diz elle nos seus *Essais sur le code pénal*, obra por si mesmo; a força judiciaria não obra sem ser movida. A auctoridade administrativa, emanação do poder executivo, é muitas vezes confiada a um só individuo, cujas deliberações são promptas e tomadas sem opposição; a dispensação da justiça pelo contrario quasi nunca é entregue ás mãos de um só homem, e é exercida com deliberação. » Além de que, accrescentaremos nós com Morin, a organização e hierarchia judiciaria apresentam sufficientes garantias de reparação, que não dão as auctoridades administrativas, nem os tribunaes para onde dellas se póde recorrer: com effeito, de todos os poderes, o judiciario é o menos aggressivo; e a historia confirma esta asserção ¹.

Uma reflexão de Mr. Vivien ² deduzida da organização da administração explica estas idéas que temos apresentado. Se ella fosse organizada como em Inglaterra e nos Estados-Unidos, aonde é desconhecida a centralisação, não seriam tão facéis os abusos das auctoridades administrativas. Nessas duas nações os poderes administrativos são tão circumscriptos em suas attribuições, como o proprio governo; as leis procuram prever e regular todos os casos, e ser precisas, imperativas e expressas, visto terem de ser applicadas em geral por agentes que não dependem de governo.

Mas em França, assim como entre nós, já não

¹ Bavoux, *Des conflits*, tom. 1 pag. 30.

² *Etudes administratives*, tom. 1. pag. 18 e seg.

succede o mesmo. A legislação limita-se a promulgar alguns principios fundamentaes, e a conferir poderes geraes á administração. O administrador não é um executor strictamente encerrado na letra de um texto.

O poder judiciario pelo contrario tem uma acção muito mais limitada, e por isso menos susceptivel de usurpar attribuições alheias.

Devemos advertir quanto á segunda parte do n.º 2 deste art. , copiado do 127.º do codigo francez, que, quando falla de ordens da administração, se hade entender das ordens legitimas, pois se a administração ordenar uma cousa que não lhe pertença, o Juiz prohibindo a execução de semelhante ordem obra com direito. Por isso mais rasoavel é a redacção do art. 299.º do codigo de Hespanha que diz : *impidiere. . . el exercicio legitimo etc.* ¹.

3.º — A disposição deste numero é copiada e quasi verbalmente traduzida do art. 127.º do codigo francez; e vai de acordo com principio consignado no art. 357.º doCodigo administrativo, e bebido na legislação franceza, segundo o qual nenhum magistrado ou funcionario póde ser demandado civil ou criminalmente por factos relativos ás suas funcções sem previa auctorisação do governo.

Esta doutrina, consequencia de idéas anti-liberaes, é repugnante á lei fundamental. Como concilia-a com o disposto no art. 145.º § 11 da Carta

¹ Não é este o lugar de marcarmos as raias que separam os dous poderes; é nos tractados de direito administrativo de Chauveau-Adolphe, Laferrière, Foucart etc. que essa materia se acha tractada.

Constitucional, que declara não poder auctoridade alguma sustar um processo pendente? como harmonisal-a com o principio sancionado na mesma Carta de que o poder judiciario é independente dos outros no exercicio de suas attribuições? A constituição belga, verdadeiramente liberal nesta materia, e conforme aos bons principios, rejeitou semelhante theoria declarando não ser necessaria auctorisação prévia de pessoa alguma para instaurar processo contra qualquer empregado publico por factos praticados no exercicio de suas funcções.

Como fontes remotas do citado art. 357.º do Codigo administrativo considera o Sr. Castro Netto, nas notas a elle, a Ord. Liv. 3 Tit. 8, e 9 pr., Liv. 5 Tit. 136, e Ass. de 23 de Novembro de 1634, e 22 de Dezembro de 1721. Mas é certo quanto aos processos crimes, que essa Ord. Liv. 3 segue exactamente a doutrina contraria ao Codigo; porque no Tit. 8 pr. diz: « *salvo se fôr por causa d'algum maleficio que. . . commettesse durante o officio, assi ácerca de seu officio, como fôra delle, porque então poderá ser citado e accusado por isso sem outra nossa licença.* » E no Tit. 9 pr. diz: « *Porem se elle o (maleficio) commettesse durando o officio assi ácerca delle, como fôra delle, poderá ser demandado e accusado por elle, sem mais outra nossa licença.* »

Se o principio consignado no citado art. do Codigo administrativo fosse justo, justa seria a incriminação, a qual nos parece offender os principios de direito, e até os da moral¹.

¹ E' para lamentar que o Dec. de 9 de Outubro de

Não concluiremos o commentario a este numero sem advertirmos que á palavra *empregado*, nelle usada, corresponde no Codigo administrativo a expressão *funcionario*, sobre a extensão da qual se deve ver a nota do Sr. Castro Netto ao referido art.

Pena. — Quanto á pena, á condemnação do Codigo está nas suas mesmas palavras. Deixar ao arbitrio do Juiz, *segundo as circumstancias*, o impôr a suspensão ou demissão, é uma idéa tão falsa que não carece de commentario. O arbitrio nunca deve existir senão entre o maximo e minimo da *mesma* pena.

Artigo 302.º

Será punido com a suspensão até um anno :

1.º O Juiz que, tendo mandado citar, para a 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 sobre-estiver em todos os termos da causa.

3.º A auctoridade administrativa que, depois

1846 viesse annullar a disposição liberal do de 17 de Julho de 1846 art. 110.º § 3, segundo a qual não era necessaria a licença do governo em quanto aos crimes contra o exercicio do direito eleitoral; porque por este nodo os art. 199.º e seg. do Codigo penal deixam de ser uma garantia desse direito.

Veja-se sobre a materia deste numero Chauveau art. 1324, e 1347, etc.

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.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 128.º, 131.º; etc.

COMMENTARIO.

1.º — Esta disposição labora no mesmo vicio que a do numero terceiro do art. antecedente; e é a sancção do citado art. 357.º do Codigo administrativo.

2.º — Conflicto negativo dá-se, diz o Regul. do Conselho de Estado de 9 de Janeiro de 1850 art. 105.º § 1, quando a administração reclama, como proprio da sua jurisdicção e competencia, o conhecimento e decisão de qualquer questão tractada em Juizo, na qual os Juizes tambem se pronunciaram competentes. — O conflicto é levantado por um despacho do Governador Civil na fórma e nos termos dos art. 113.º e seg. do mencionado Regulamento¹.

Sem nos occuparmos com a origem e historia

¹ Hoje a decisão dos conflictos é da competencia do Conselho de Estado, revogado o art. 819.º da Nov. Ref.; a qual (certamente com idéas mais liberaes e philosophicas, e de acordo com o art. 106.º da constituição da Belgica, e da L. organica da ordem judiciaria desse paiz de 4 de Agosto de 1832) attribuia esse conhecimento ao Supremo Tribunal de Justiça. — E' o mesmo espirito da legislação franceza.

dos conflictos, remettendo o leitor para a obra especial de Bavoux, é certo que elles nasceram das difficuldades que na pratica fez nascer a pouca precisão que ainda hoje se observa na linha de demarcação que separa os dous poderes.

O nosso Codigo, seguindo o art. 128.º do francez, pune o Juiz que, depois de apresentado o despacho que levantar o conflicto, não sobreestiver em todos os termos da causa. ¹

Uma observação de Chauveau é applicavel á materia deste numero. Diz elle que se o conflicto não fôr levantado nos termos e prazos marcados na lei, o Juiz proseguindo no andamento da causa, obra com direito nem pôde ser julgado criminoso ².

O mesmo se deve dizer entre nós; porque este numero diz: « que nos termos da lei *levantar conflicto etc.*; » e sendo certo que o Regulamento do Conselho marcou os prazos e os termos em que os conflictos devem ser levantados, é claro que se o conflicto fôr levantado sem se observarem essas disposições o Juiz pôde, sem crime, proseguir no andamento do processo.

3.º — Esta disposição, modelada pelo art. 131.º do codigo francez, tem por fim punir as invasões feitas pela auctoridade administrativa em materia competente ao poder judiciario. Já vimos que o Legislador punia os Juizes quando usurpavam a competencia administrativa, era justo por tanto punir igualmente as usurpações da competencia judicial praticadas por auctoridades administrativas; e tanto mais quanto é

¹ Chauveau n.º 1346.

certo que semelhantes abusos, como acima notámos são mais facéis e frequentes da parte do poder administrativo.

A redacção deste numero é preferivel á do art. 138.º do codigo penal francez, pois este parece limitar a competencia judicial a direitos e interesses privados, o que é uma idéa falsa, como bem advertiu Haus¹.

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 leaes, 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 fórma legal, em materia da sua competencia, será punido com a demissão, ou suspensão, segundo as circumstancias.

§ 2.º So fór 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

¹ *Observat. sur le projet belge* tom. 2 pag. 62; Chauveau n.º 1352.

militares, sobre a subordinação militar, como está declarado no art. 15.º, § 2.º, e art. 16.º.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 277.º, e 278.º; do Brasil art. 154.º e seg.; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Nov. Ref. art. 840.º; etc.

COMMENTARIO.

Tanto no art., como no § 1, reconhece o Código os principios que apresentámos sobre a obediencia no commentario ao art. 298.º. E' o que se vê claramente das palavras — *dentro dos limites etc.* — empregadas no art., e das expressões — *em forma legal, em materia da sua competencia* — empregadas no § 1. A velha Ord. apresenta esta mesma idéa, declarando no Liv. 5º Tit. 49 que a obediencia é devida só quando a auctoridade obra dentro da esphera das suas attribuições; — « *mandando fazer cousa que toque a seu officio.* » —

No § 2 suppõe o Legislador a hypothese de ser permittido pela lei ao empregado o representar ao superior, quando julgar que por algum motivo não deve cumprir a ordem; neste caso pelo facto de suspender o cumprimento della, **em quanto** espera resposta do superior, não é criminoso; a criminalidade não começa, senão quando elle se recusa a cumpril-a, depois que o superior desprezar a reclamação, e insistir na execução da sua ordem.

A Nov. Ref. no art. 840.º manda que o inferior represente ao superior, todas as vezes que o acto ordenado fôr contrario á lei.

A disposição do § 3 é clara.

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 prestal-a, será punido com a demissão, ou suspensão, conforme as circumstancias.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 234.º; etc.

COMMENTARIO.

Para a existencia do delicto são necessarios os seguintes elementos; 1.º que haja uma requisição feita a um empregado publico civil ou militar para o fim designado no art.; 2.º que seja feita por auctoridade competente; 3.º e em fórma legal; 4.º que esse empregado se recuse a prestar a cooperação reclamada.

Assim (para não recorrermos a outros exemplos) sendo os Magistrados administrativos ou seus delegados auctorizados pelo art. 359.º do Codice administrativo a requisitar directamente o auxilio da força publica para os auxiliar no desempenho de suas funções, incorreria nas penas deste art. o commandante da força que recusasse prestal-a, depois de exigida.

Artigo 303.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 desattendida, será punido com uma multa de dez mil réis a cem mil réis, e suspensão dos direitos politicos por dous annos.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Cod. admin. art. 367.º; etc.

COMMENTARIO.

Assim como o homem gosa de todas as vantagens do estado social, é necessario que tambem tome sobre si uma parte dos incommodos; e por isso a lei obriga o cidadão a aceitar os cargos electivos para que fôr nomeado pelos seus concidadãos.

Podem todavia haver certas causas, attendidas pela mesma lei, as quaes o dispensem do serviço publico; mas essas causas devem ser allegadas por elle para poderem ter esse effeito, sendo attendidas¹.

Se o eleito se recusa a exercer o cargo sem ter apresentado escusa alguma, ou se o motivo allegado foi desattendido, a lei pune-o então. O nosso Codigo administrativo no art. 367.º declarava-o inhabil para

¹ Sobre os motivos de escusa vide o Codigo administrativo art. 47.º § un., 93.º, 224.º n.º 1, 278.º n.º 2 e 3, 297.º § 1 e 2, 298.º, 299.º, 337.º, 351.º, e as respectivas notas na edição feita pelo Sr. Castro Netto.

servir qualquer emprego publico por espaço de tres mezes até um anno, e multa de cinco até sessenta mil réis.

SECÇÃO 4.^a

ILLEGAL ANTECIPAÇÃO, PROLONGAÇÃO, E ABANDONO DAS FUNÇÕES PUBLICAS.

Artigo 306.º

Todo o empregado publico que exercer as funções do emprego, tendo voluntariamente omitido a prestação do juramento requerido pela lei, será punido com uma multa de cinco mil réis a cinquenta mil réis.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 302.º; do Brasil art. 138.º; de França art. 196.º; etc.

COMMENTARIO.

Esta disposição, copiada do art. 196.º do código francez, foi justificada por Mr. Noailles no seu relatorio ao corpo legislativo pela seguinte fórmula: « o funcionario, aceitando uma função que lhe é confiada pela auctoridade soberana, deve dar-lhe uma garantia da sua fidelidade; differindo essa garantia torna-se suspeito, e exercendo as suas funções sem prestar o juramento, commette uma acção punivel ¹. »

¹ Loaré tom. 15 pag. 355.

Entre nós ha, além desta, uma razão de mais para determinar a criminalidade do facto, porque a Ord. Liv. 1 Tit. 2 § 15 declara expressamente que todos os actos praticados pelo Juiz, que serve sem ter prestado o juramento, sejam nulos. Donde se vê que, á razão apresentada por Noialles, accresce a do prejuizo causado ás partes, embora estas tenham direito a haver perdas e danos.

Ainda que esta infracção do empregado, diz Chauveau, não apresente senão os caracteres de uma simples contravenção, é necessario que da parte do agente haja intenção criminosa, pois pôde haver circumstancias que tenham impedido o empregado de prestar o juramento ¹.

Que é necessaria a intenção pelo systema do nosso Codigo, vê-se da expressão *voluntariamente* empregada no art. Perante quem os funcionarios administrativos devem prestar juramento, dil-o o Codigo administrativo art. 222.º, 224.º n.º 12, 240.º, e 334.º; e quem seja competente para o mesmo fim em relação aos funcionarios judiciaes dil-o a Nov. Ref. art. 8.º, 9.º, 30.º, 33.º § 1, 47.º n.º 17.º, e 88.º.

Artigo 307.º

Aquelle que continuar no exercicio das funcções do emprego publico, depois de lhe ter sido officialmente 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 lugar.

¹ Chauveau n.º 1954.

§ unico. Se as funcções forem de um' commando militar, aquelle que continuar no exercicio dellas, nos casos declarados neste art. , ou no caso em que fôr 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.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 197.^o; de Hesp. art. 301.^o; do Brasil art. 140.^o, 163.^o; das Duas Sicilias art. 226.^o; da Sardenha art. 309.^o; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

A Ord. Liv. 5 Tit. 6 § 27 reputava crime de lesa-magestade de segunda cabeça o não desistir do cargo para entrar nelle aquelle que levava provisão d'ElRey.

COMMENTARIO.

« O empregado, que depois de demittido ou suspenso, ou substituido, continua a exercer as suas funcções, commette um verdadeiro attentado contra a auctoridade soberana. » Assim se exprimia Noailles no seu relatorio ao corpo legislativo ¹.

¹ Loaré tom. 15 pag. 355.

Sem nos occuparmos da fôrma com que deve verificar-se a demissão e suspensão dos funcionarios, nem da sua legalidade, materia estranha a este commentario, devemos observar que a principal condição la existencia do delicto é que a demissão ou suspensão tenha sido officialmente intimada ao empregado ; esta idéa, que é a mesma do codigo francez, não existia no projecto, foi accrescentada pela commissão do corpo legislativo, com o fundamento de que, não tendo o funcionario noticia da sua demissão ou suspensão, não se podia considerar como crime a continuação no exercicio de suas funcções.

Cumpra porem ter muito em conta que este facto incriminado tem tambem por base a intenção criminosa, e que não basta o simples acto material da prolongação de funcções, o qual pôde ser justificado em muitas circumstancias, v. gr. pela falta do nomeado etc. ; e na verdade se a mente do Legislador foi só punir a usurpação do poder, esta não pôde resultar de um acto inoffensivo, exigido muitas vezes pela utilidade publica ⁴.

A pena deste delicto é mais grave do que a do antecedente, porque a sua criminalidade é muito maior.

A disposição do § un. é clara ; e oCodigo ressaltando as determinações das leis militares obrou como devia.

Artigo 308.º

Todo o empregado publico da ordem judicial, ou administrativa, que abandonar o emprego, recu-

⁴ Chauveau n.º 1957.

sando a continuação do exercício de suas funções, será punido com a suspensão dos direitos políticos 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 políticos por dous 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.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 126.º; de Hesp. art. 230.º; do Brasil art. 157.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Vide o

COMMENTARIO.

O abandono do emprego é na ordem civil um delicto tão punivel como o de deserção na ordem militar. Este facto póde manifestar-se expressa ou tacitamente; — expressamente, quando o empregado se recusa a continuar a exercer as suas funções e abandona o emprego, sem lhe ter sido concedida a demissão; é este facto que incrimina o art., e que foi punido pelo Alv. de 12 de Agosto de 1793 com penas severas, como baixa ignominiosa, etc. — tacitamente, ou quando o empregado se ausenta sem licença

por mais de quinze dias, ou quando sem motivo justo excede a licença pelo mesmo espaço de tempo; e são estes os dous factos punidos no § 1. O Código administrativo punia os empregados administrativos que se ausentavam do lugar sem licença com a pena de demissão. Pelo que respeita aos funcionarios judiciaes vejam-se os Dec. de 25 e 30 de Agosto de 1845, e Port. de 30 de Setembro do mesmo anno¹.

A disposição do § 2 vai de acordo com os principios estabelecidos nos art. 25.º e 26.º.

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 fôr julgado como auctor, segundo as regras geraes da lei; ou com as de cumplicidade, se sómente fôr julgado cumplice, segundo as mesmas regras. Se não se seguir effeito, será punida a alliciação pelas regras da lei.

COMMENTARIO.

Entre os romanos o desertor em tempo de guerra era punido com a pena de morte; e em tempo de

¹ Quanto aos officiaes militares, a Port. de 7 de Outubro de 1839, publicada na Ordem do Exercito n.º 19 de 9 desse mez, determina que se algum exceder a licença, que estiver gosando, o Commandante da Divisão onde elle estiver o mandará prender.

Paz, sendo de cavallaria, era degradado (*gradu pellendus*), sendo de infantaria, mudava de corpo (*militiam mutat*). Tal era a regra geral, que soffria algumas modificações apontadas pelo Jcto Arrius Menander na L. 5 Dig. *de re milit.*¹; formando sem duvida alguma as disposições da legislação romana um todo mais philosophico do que a nossa antiga legislação criminal militar, aonde a pena de morte é applicada sem distincção alguma.

Entre nós, pela disposição do Alv. de 6 de Setembro de 1765 § 1, são considerados desertores todos os que sahem fóra do corpo sem licença.

A deserção tanto em tempo de paz como de guerra, era punida com a pena ultima; — Regul. de infantaria Cap. 26.º § 14, de cavallaria Cap. 9.º § 14, Regim. de 20 de Fevereiro de 1708 § 204 e seg., Alv. de 15 de Julho de 1763, 6 de Setembro de 1765 §§ 7 e 8, Dec. de 12 de Junho de 1809, Port. de 22 de Dezembro de 1812, e Edital de 2 de Janeiro de 1813.

Posteriormente foi modificada esta legislação; vindo os Dec. de 13 de Outubro, 29 de Novembro de 1830, e 11 de Julho e 29 de Agosto de 1832

¹ O direito romano distinguia duas especies de desertores, *desertor* e *emansor*. *Desertor* era aquelle que tinha sido preso e conduzido por força; *emansor* era o que, tendo desertado, se apresentava voluntariamente. A pena era differente, como se vê da citada L. 5. — Vide Voet, *De jure militari*, Gerh. Sicherterman, *De pæn. milit. roman.* no *Thesaur. dissert. jurid.* de Oelrich tom. 1 cap. 11, e Feuerbach, *Peinlich Recht* § 493; etc.

classificar as differentes especies de deserção e penas correspondentes, supprimindo nos artigos de guerrã o art. 14.º do Cap. 26.º do Regulamento.

A disposição do § un. no tocante á alliciação vai conforme com a doutrina dos art. 25.º e 26.º, e com as regras geraes da cumplicidade. Já o Alv. de 15 de Julho de 1763 determinava que quem aconselhasse e induzisse os soldados á deserção fosse punido com as penas do Regulamento.

SECÇÃO 5.ª

ROMPIMENTO DE SELLOS, E DESCAMINHO DE PAPEIS GUARDAVEIS NOS DEPOSITOS PUBLICOS, OU CONFIADOS EM RAZÃO 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, commettido pelos mesmos empregados publicos, será punido com os trabalhos publicos temporarios.

§ 2.º Se alguma outra pessoa commetter os crimes declarados neste art., 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.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 249.º - 252.º, 256.º; de Hesp.

art. 272.^o; das Duas Sicilias art. 247.^o, 248.^o; da Sardenha art. 266.^o e seg.; etc.

COMMENTARIO.

O rompimento de sellos¹ (a que os francezes chamam *bris des scellés*.) póde ser commettido pelos empregados, ou por outras pessoas estranhas, e póde ser simples ou acompanhado de furto. Examinemos cada uma destas hypotheses.

1.^o *Rompimento de sellos de papeis, titulos, ou outros objectos confiados a empregados publicos, e por elles commettido.* — Este facto, punido no art., é incriminado como um attentado á paz publica, como uma falta de respeito á auctoridade. Esta observação, feita por Chauveau a respeito dos art. correspondentes no codigo francez, é applicavel ao nosso: com effeito das palavras — *sellados por ordem da auctoridade competente* — vê-se claramente que o Legislador não pretendeu incriminar o rompimento ou abertura de todos os sellos, mas só daquelles que foram postos por ordem da auctoridade competente.

2.^o *Rompimento de sellos etc. acompanhado de furto e commettido tambem pelo respectivo empregado publico.* — Este facto, punido no § 1, é muito mais grave, porque ao delicto mencionado accresce outro talvez mais grave, o de furto. O que porem

¹ Esta expressão, que o Codigo emprega como synonyma de abertura, já se acha consignada na nossa legislação; e nessa accepção é usada no art. 1169.^o do Codigo commercial.

não se póde justificar por modo algum é a imposição dos trabalhos publicos ; é uma pena exorbitante que nos faz recordar os codigos da meia idade. Se a pena de degredo é das mais fortes que se impõe ao furto, como se vê dos respectivos art. , porque não se applicou esta pena, embora aggravada ?

3.º *Rompimento de sellos etc., simples ou acompanhado de furto, praticado por outras pessoas.* — É outra hypothese prevenida no § 2. Apesar de ser o delicto commettido por outra pessoa, o empregado respectivo responde sempre pelo facto ; por isso mesmo que é do seu dever exercer sobre os papeis ou objectos sellados a mais fiel vigilancia.

Mas quando este delicto é commettido por outras pessoas, póde o empregado respectivo achar-se em relação ao facto em tres posições ; 1.ª ter sido connivente, e intervindo por tanto dolo seu ; 2.ª ter sido sómente negligente ; e 3.ª não ter no delicto parte alguma, pois podem dar-se casos em que apesar de toda a sua diligencia o facto póde ser praticado. No primeiro caso é-lhe applicavel a pena deste paragrapho ¹, e no segundo a do § un. do art. 311.º ; no terceiro não tem pena alguma por ser inteiramente estranho ao facto ; só é punido o criminoso.

Examinando a disposição deste paragrapho, que pune o empregado, que se houve com dolo no facto

¹ Isto é claro, porque não havendo em direito criminal differença senão entre dolo e culpa ou negligencia, e declarando o § un. do art. 311.º quaes as penas do empregado no caso de negligencia, não ha duvida que este § só póde ser applicavel quando houver dolo.

do rompimento dos sellos, ou do furto praticado por outras pessoas, revela-se-nos a falta de principios, e de crítica, como passamos a vêr.

Se houve rompimento de sellos, a pena é a de prisão de um a tres annos; se a esse factó accresceu o furto, a pena é a do roubo. Já daqui se vê que o Codigo considerou neste paragrapho a criminalidade do empregado menor do que na hypothese do art. porque as penas são menores.

Semelhante theoria é insustentavel e errônea; as penas não deviam ser menores, mas iguaes ás do art. A razão é muito simples, se se attender a que no caso deste paragrapho, apesar de ~~ser~~ o furto praticado por outra pessoa houve dolo e connivencia do empregado respectivo; e então perguntaremos, que differença ha entre o factó praticado pelo proprio empregado, ou por outra pessoa, quando esse empregado é sabedor do factó e connivente? Não descobrimos nenhuma.

Mas ainda aqui não pára o defeito do Codigo. E' galante, para não o classificarmos por outra fórma, vêr punir o *furto* com as penas do *roubo*, quando são factos inteiramente diversos. Disposições destas tem *em si mesmo* o seu commentario ¹.

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 guar-

¹ Chauveau n.º 2181 e seg.

da e conservação dos documentos e papeis guardados nos archivos, cartorios, ou quaesquer depositos publicos que subtrair, supprimir, ou desencaminhar alguns desses documentos ou papeis.

§ unico. Se aos empregados de que tractam 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 da negligencia será a suspensão até seis mezes.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 271.^o; de França art. 254.^o-256.^o; da Austria art. 86.^o, 87.^o; das Duas Sicilias art. 250.^o, 252.^o; da Sardenha art. 272.^o e seg.; do Brasil art. 129.^o; etc.

COMMENTARIO.

No art. antecedente incriminou o Legislador, o rompimento de sellos só por si, e acompanhado de furto, destruição ou descaminho de documentos e papeis guardados nos archivos, cartorios ou depositos publicos, sendo commettido pelo empregado a quem estavam confiados.

Sobre a gravidade de facto é escusado demorar-nos; é ella evidente: nos depositos publicos, cartorios, e archivos guardam-se documentos de grande importancia, cuja perda póde ser irremediavel, e causar grave damno á causa publica. As penas impostas são analogas e rasoaveis ¹.

¹ As de furto que o Codigo applica vem graduadas nos art. 421.^o e seg.

A disposição do § un. é justa; vai uma grande distancia do dolo á negligencia; e por isso, quando os crimes objecto deste art. e do antecedente forem commettidos por outras pessoas, o empregado que não tem parte no delicto, mas foi sómente negligente, deve ser punido muito mais levemente.

Artigo 312.º

Todo o empregado publico que voluntariamente desencaminhar, destruir, ou subtrair quaesquer documentos ou titulos, cuja perda ou descaminho possa ser prejudicial a outra pessoa ou ao Estado, e que lhe tiverem sido confiados em razão do seu officio, será punido com as penas de furto, e demissão.

§ unico. As penas de furto serão applicadas no caso deste art. a qualquer pessoa encarregada da guarda dos documentos ou titulos nelle referidos, pela auctoridade legitima, ou por commissão do empregado publico a quem houverem sido confiados.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Vide a citada ao art. antecedente.

COMMENTARIO:

A primeira vista parece escusado este art., por conter materia já comprehendida no antecedente, mas não é assim; as hypotheses são differentes; no art. 311.º pune-se o facto quando delle *resulta effectivamente* prejuizo, neste quando esse prejuizo não resultou mas *podia resultar*.

Já se vê pois que as penas no caso de prejuizo

effectivo deviam ser maiores do que no caso de prejuizo sómente *possivel*; e esta é a razão porque nesta hypothese ás penas do furto accresce a de demissão *simples*, em quanto na do art. 311.º accresce a demissão com inhabilidade para servir outro qualquer emprego. E' a mesma idéa do codigo hespanhol.

§ un. Na disposição deste paragrapho comprehendem-se duas especies de pessoas; umas encarregadas da guarda dos documentos ou titulos pela autoridade competente, v. gr. os curadores fiscaes provisionarios das fallencias nomeados pelos Tribunaes de commercio na fórma dos art. 1155.º e seg., 1168.º e seg. do Codigo commercial; outras commissionedas para esse fim pelo respectivo empregado publico.

SECÇÃO 6.ª

PECULATO E CONCUSSÃO.

Antes de entrar no exame de cada um dos diversos art. desta Secção convém determinar bem qual seja a natureza dos dous crimes que o Codigo, seguindo a terminologia antiga, denomina *peculato e concussão*.

Peculato, entre os romanos, era o desvio e des-caminho de dinheiros publicos; e foi este crime assim denominado por elles em attenção a terem-se servido de gado (*pecus*) para realisarem as compras, pagarem tributos, e mulctas, antes de Servio Tullio ter introduzido o uso da moeda cunhada¹. Se o pecu-

¹ *Pcculatus furtum publicum dici captus a pccore*, diz Festo.

lato porem era commettido pelo thesoureiro ou administrador a quem tinham sido confiados dinheiros publicos para serem empregados em certo e determinado uso, era então denominado crime *de residuis*¹.

De modo que o mesmo factio tomava dous nomes differentes segundo era commettido por qualquer pessoa (*peculatus*), ou pelo empregado respectivo (*de residuis*); e daqui se vê que aquillo, a que o nosso Codigo chama *peculato*, é propriamente o crime *de residuis*.

A concussão, entre os romanos denominada *crimen repetundarum*, era o abuso que do seu poder fazia o homem constituido em dignidade, emprego publico ou commissão para extorquir dinheiro ou outras utilidades daquelles que lhe estavam sujeitos: e neste crime se comprehendia ainda a aquisição de alguma cousa por compra, doação, ou por outro titulo faziam os magistrados, durante a sua administração, nas terras em que estavam empregados. E' neste sentido tambem que o nosso Codigo falla da concussão.

A prima lei que em Roma appareceu sobre o crime *de repetundis*, foi a proposta pelo tribuno do povo L. Calpurnio Piso no anno da cidade 604. Anteriormente a concussão era quasi impossivel como bem adverte Laboulaye no seu precioso opusculo sobre a responsabilidade dos magistrados entre os ro-

¹ Sobre a historia das leis do *peculato* vide Rein, *Criminal recht der romer* pag. 670 e seg.; Heinec. *Atiguit.* Liv. 4 tit. 18 etc., e sobre as leis *de residuis* W ringen. *De natura crimin. de residuis* (Heidelb. 1820); Marzeoll *Observ. ad leg. Jul. de resid.* (Leipzig 1840); Rein pag. 696; etc.

manos ¹, attendendo á organização do estado, e a não ter a republica tomado ainda a extensão que depois adquiriu pelas conquistas.

Mas depois que estas se foram fazendo, os provinciaes começaram a ser roubados pelos chefes que de Roma eram mandados administrar as provincias; e esses desgraçados não tinham recurso algum contra semelhantes prepotencias, porque não havia lei criminal que punisse esses factos, e não tendo os provinciaes direitos politicos nem civis não podiam usar dos meios civis para obter a reparação dos seus prejuizos.

O estado lastimoso a que este concurso de circumstancias levou as provincias deu origem a publicar-se essa e outras leis sobre o crime *de repetundis*; e por isso Cicero (*in Divinat.*) dizia com razão que estas leis tinham principalmente em vista proteger as provincias: « *Quasi vero dubium sit, quin tota lex de pecuniis repetundis sociorum causa constituta sit, nam civibus cum sunt ereptæ pecuniæ, civili fere actione. et privato jure repetuntur; hæc lex socialis est. de iis nationum exterarum est, hanc habent arcem.* » E' certo porem que as disposições penaes, com quanto promulgadas a principio com este intuito, se estendiam a todos os empregados indistinctamente ².

¹ *Essai sur les lois crimin. des rom. concernant la responsabilité des magistrats* pag. 192 e seg.

² Rein, *loc. cit.* pag. 475 e seg.; Platner, *Quæst. de jure crimin. roman.* pag. 391; Matheus, *de criminib.* tit. 8 cap. 1; Pfothenauer, *Diss. de crim. repetund.* (Viteb. 1801); Albert du Boys, *Hist. du droit crimin.* pag. 371 e seg.; etc.

O nosso Código tracta do crime de peculato no art. 313.º e seus §§, todo o resto da Secção é destinado á materia da concussão, como vamos vêr.

Artigo 313.º

Todo o empregado publico que, em razão 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 destas 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 ao valor de seiscentos mil réis.

2.º Se igualar, ou exceder o terço da receita, ou deposito, tractando-se de dinheiros, ou effeitos, uma vez recebidos, ou depositados.

3.º Se igualar, ou exceder a fiança, quando o emprego fôr sujeito a ella.

4.º Se igualar, ou exceder ao terço do producto ordinario de receita de um mez, tractando-se de receitas, provenientes de entradas successivas, e não sujeitas a fiança.

§ 1.º Quando o valor fôr inferior aos declarados neste art. a pena será a de prisão maior temporaria.

§ 2.º Em todos os casos numerados neste art. e §, será o réo condemnado tambem na mulcta de um a tres annos.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Vide o commentario.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 169.^o - 172.^o; da Austria art. 161.^o, 162.^o; de Hesp. art. 309.^o e seg.; das Duas Sicilias art. 216.^o, 218.^o; do Brasil art. 170.^o - 172.^o; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 74, etc.

COMMENTARIO.

Temos a examinar duas cousas neste art. e nos dous primeiros paragraphos; a natureza do crime, e a penalidade respectiva.

Natureza do crime. — Tres são os elementos constitutivos do delicto; 1.^o que seja commettido por um empregado publico que em razão do seu cargo enha em seu poder dinheiro, titulos de credito ou effeitos moveis pertencentes ao Estado ou a particulares, ou seja para os guardar, despender ou administrar: — 2.^o que o empregado desvie esses dinheiros, titulos, ou effeitos por qualquer dos modos designados no art.

1.^o — Exige o Codice em relação ao primeiro elemento que o empregado tenha essas cousas em seu poder *em razão de suas funcções*, porque a essencia deste crime é o abuso da confiança do Estado; e se o empregado não as possuísse em razão do seu cargo, haveria sim um abuso de confiança, mas não um abuso da confiança do Estado.

Nem a isto se oppõe o comprehender o na disposição não só os dinheiros, titulos etc. do do, mas tambem os dos *particulares*; porque tes, pelo facto de estarem confiados a um emp publico, ficam debaixo da garantia e confiança do Estado, a qual o emprego trahirá, se por ven desviar ou distrahir. Era esta já a doutrina do § 3 Dig. *ad leg. Jul. peculat*: — « *non solum niam publicam sed etiam privatam crimen pe facere.* » —

2.º — O segundo elemento consiste em empregado desviado os dinheiros, titulos, ou confiados. **Este desvio póde manifestar-se, seg Codigo, pelos modos seguintes; — se o emp os furtar ou deixar furtar a outra pessoa; — levar ou deixar levar a outra pessoa; — se os car a uso proprio ou alheio, faltando á app que elles devem ter, ou á entrega que delles d zer**¹. Escusado é advertirmos com Chauveau constituindo este crime um verdadeiro abuso o fiança é necessario que haja a intenção crim bem conhecemos a difficuldade que ha em a brir, por isso que difficilmente se revela por neste caso: ao jury cabe apreciar, diz Morin, parte do empregado houve dolo, negligencia, curia, attendendo ás **circumstancias da causa,**

¹ Notem-se as expressões *para uso proprio ou* Com razão as emprega o Codigo, por isso que os ros podem ser applicados não para uso proprio ou mas para *uso publico*, posto que differente daquell eram destinadas; e neste caso a pena é different veremos no § 4 deste art. *les de finances* etc.

portancia dos dinheiros ou objectos distrahidos, e á posição, antecedentes, e solvabilidade do accusado.

Penalidade. — O systema do Código nesta parte é modelado pelo francez, o qual reproduziu a economia da Declaração de 5 de Maio de 1690. Ha uma pena que é imposta em todo o caso, a multa de um a tres annos (§ 2), e além disso segundo a gradação estabelecida desde o n.º 1 até ao n.º 4 e § 1, os trabalhos publicos temporarios, ou a prisão maior temporaria. Admira que o Legislador seguisse tão fielmente o código francez, depois das censuras de Chauveau, de Haus e de tantos criminalistas; e na parte, em que d'elle se afastou, estabelecesse, *na fôrma do costume*, doutrina peor.

Vamos examinar as disposições do nosso Código copiadas fielmente do código francez, apresentando as censuras daquelles Jctos, e depois mostraremos a parte em que a theoria do nosso é ainda mais deploravel. Além da multa, dissemos nós, que o crime de peculato era punido com trabalhos publicos temporarios ou prisão maior temporaria.

Os casos em que é applicavel a pena de trabalhos publicos são os seguintes:

1.º *Se a cousa levada ou furtada exceder a 600\$000 réis.* — E' cópia fiel do art. 169.º do código francez, que estabelece a quantia de 3,000 francos, á qual o nosso julgou que correspondiam 600\$ réis, calculando cada franco a 200 réis¹.

Quando em França se discutiu o projecto de co-

¹ Nesta parte foi exagerado; raras vezes acontece estar o cambio do franco a duzentos réis.

digo appareceram algumas objecções contra este systema por fazer depender a pena do valor do objecto distrahido. Esta objecção apresentada pelos tribunaes criminaes de Doubs, do Alto-Garona etc., e reproduzida no Conselho d'Estado por Cambacérés, foi vigorosamente combatida por Berlier; e com effeito se a criminalidade não depende só do elemento intencional, mas tambem do damno causado, é claro que segundo este for maior ou menor, assim tambem augmentará ou diminuirá a criminalidade¹. Esta censura pois parece-nos infundada.

A difficuldade está em marcar a quantia aonde a pena deve mudar de natureza, já na gravidade, já mesmo na qualidade. O nosso Codigo julgou que de 600\$000 réis para cima a pena devia ser a de trabalhos publicos temporarios, e dahi para baixo prisão maior temporaria (§ 1). Este salto na pena, copiado do art. 171.º do codigo francez, é uma transicção injustificavel, como dizem Haus e Chauveau², e segundo a opinião deste ultimo, o qual vai de accordo com o systema do codigo da Sardenha no art. 281.º melhor seria, em vez de dous grãos no delicto, ter estabelecido tres, para não se tornar tão sensivel

¹ Tem aqui algum cabimento o dicto de Horacio quando no Livro 1 das Satyras, refuta o principio dos Stoicos que julgavam todos os delictos iguaes (*Satyr. 3 v. 117 e seg.*)

. *Adsit*

Regula peccatis, quæ pœnas irroget æquas:

Ne scutica dignum horribili sectere flagello.

² Chauveau n.º 1775-1777; Haus; *Observat.* tom. 2 pag. 96.

a transicção; e na verdade, ou seja attendendo mesmo ao *quantum* do prejuizo, ou ás circumstancias do descaminho, seria facil estabelecer um gráo medio, punido com o degredo, para o salto não ser tão forte; pois é mais logico e natural passar dos trabalhos publicos ao degredo, e do degredo á prisão, do que daquelles a esta.

2.º *Se igualar ou exceder o terço da receita ou deposito tractando-se de dinheiros ou effectos, uma vez recebidos ou depositados* ¹. — E' traducção litteral e servil do art. 170.º do codigo francez, que diz: « *si cette valeur égale ou excède soit le tiers de la recette ou du depot, s'il s'agit de deniers ou effets une fois reçus ou déposés.* » E quer-nos parecer que as expressões — *une fois reçus* — foram mal traduzidas, e que em vez de — *uma vez recebidos* — se deveria ter dito — *recebidos por uma só vez*; — por isso mesmo que o codigo francez oppõe essas expressões ás outras — *composées de rentrées successives* — que tambem apparecem no n.º 4 do presente art. do nossoCodigo.

Carnot commentando o art. 170.º do codigo francez agita a questão de saber se o Legislador quando fallou da receita entendeu a receita bruta ou a receita liquida; e parece inclinar-se a primeira solução, visto elle ter fallado da receita sem restricção.

3.º *Se igualar ou exceder a fiança, quando o emprego fôr sujito a ella* ². — Contra semelhante

¹ Ainda que o terço não exceda de 600 \$ 000 rs.

² O mesmo que dissemos na nota 1.ª é applicavel a este numero.

disposição, copiada também litteralmente do art. 170.º do código francez, em vista da qual se applica a mesma pena tanto no caso do desvio exceder, como no de igual a fiança, ha um argumento de Haus¹, que não tem réplica.

São dous casos inteiramente differentes em criminalidade, diz elle: se as sommas desviadas não excedem a fiança, a applicação da pena é barbara, porque a garantia da fiança faz desapparecer o prejuizo e por conseguinte diminuir a criminalidade.

4.º *Se igualar ou exceder o terço do producto ordinario da receita de um mez*², *tractando-se de receitas, provenientes de entradas successivas, e não sujeitas a fiança.* — Também este numero é traducção servil do já citado art. 170.º do código francez, sendo-lhe applicaveis as mesmas criticas que lhe tem dirigido os commentadores, e que são de primeira intuição.

Esta disposição a par das outras deste art. é uma anomalia; a um termo fixo e certo, estabelecido nos tres primeiros numeros substitue uma medida incerta e caprichosa.

Offerece uma base muito elastica, a qual pôde em certos casos fazer applicar uma pena sem propor-

¹ *Observat.*, tom. 2, pag. 95.

² Carnot, commentando o art. correspondente do código francez diz que nesta hypothese não se deve tomar em consideração a receita do mez em que tiverem lugar as entradas, ou o desvio; mas sim a de um anno inteiro, dividida em doze partes iguaes, tomando então para base uma destas.

ção alguma com o delicto ; e na verdade o termo de um mez, para nos servirmos das expressões de Berlier, é mui curto, e se a receita de um mez fôr diminuída, a terça parte della será algumas vezes uma somma tão pequena, cujo desvio, praticado pelo empregado talvez com animo de o ressarcir, é nimiamente punido com a pena de trabalhos publicos ¹.

§ 1.º Neste art. o Legislador, seguindo o art. 171.º do código francez, pune o desvio quando o seu valor fôr inferior aos acima declarados ; applicando a pena de prisão maior temporaria. Já no principio do commentario a este art. notámos que a transicção feita dos trabalhos publicos á prisão temporaria era enorme, não nos demorando por isso nesta materia. O que é certo é que no caso deste paragrapho a pena necessariamente havia ser menor do que a do art.

Mas uma duvida se nos offerece nesta occasião. O desvio é punido com trabalhos publicos quando (NB.) *exceder a 600\$000 réis*, e com prisão temporaria quando (NB.) *fôr inferior* a essa quantia. E qual será a pena quando *nem exceder, nem fôr inferior*, mas consistir *exactamente* nessa quantia de 600\$000 réis? Não póde ser nem a do art. nem a do §, porque as suas disposições são terminantes, e as incriminações não comportam interpretação de paridade ou maioria de razão.

A consequencia disto é que o desvio de 600\$000 réis hade ser punido como um simples furto ou abuso de confiança, porque o Código esqueceu-se de lhe im-

¹ Loqué tom. 15 pag. 291 ; Morin v.º *Forfaiture* § 2 n.º 29 ; Chauveau n.º 1779 ; etc.

pôr penas no titulo dos delictos dos empregados publicos ; e succederá então o caso de ser o desvio dessa quantia punido por esta fórma mais levemente do que o inferior a ella ao qual são applicaveis as disposições deste §.

§ 2.º Esta mulcta é a pena imposta em todo o caso ao delicto, além das já mencionadas. Nesta parte foi o nosso Codigo menos coherente do que o francez ; porque este no art. 172.º estabeleceu para a mulcta uma proporção, assim como a havia estabelecido para as outras penas, em quanto o nosso não estabeleceu proporção alguma.

Os codigos allemães sem fazerem as distincções da legislação franceza, punem este delicto com a casa de força ou de trabalho, e uma demissão ou destituição.

Entre os romanos o peculato foi punido primeiro pela lei Julia com a *interdictio aquæ et ignis*, e depois com a morte pela L. un. Cod. *ad leg. Jul. peculat.* ; pena esta com razão taxada de dura pelo imperador Leão na Novella 105.

Com effeito semelhante pena além de desproporcionada, não produz o effeito desejado. Sirva de exemplo a antiga legislação franceza, que a fulminou a este crime, na Declaração de Francisco 1.º de 8 de Junho de 1532, e nas de 5 de Maio de 1690 e 3 de Junho de 1701 etc. — Affirma Jousse que desde a condemnação de Enguerrand de Marigny em 1315 até 1716, época em que foi estabelecido o tribunal especial denominado *Chambre de justice* tiveram lugar muitas execuções por crime de peculato, o que não impediu que este crime se repetisse a cada pas-

ganho dinheiros publicos, com perdimento do officio e confiscação ; — emprestar fazenda do Principe, ou pagar antes do vencimento, com perdimento do officio e do seu valor, e o annoveado do que tivesse sido pago adiantado ou emprestado ; — o dar espaço ou espera ao devedor fiscal, sem especial mandado regio, com degredo para Africa até mercê do Principe, e o qualrodobro.

O disposto no § 4, é copiado do art. 217.º do codigo das Duas Sicilias. E' outra especie de desvio muito mais leve, segundo o systema do Legislador, por isso que na hypothese do art. o dinheiro desviado é applicado pelo empregado a *uso proprio* ou *alheio*, em quanto que na do presente §, é applicado a uso publico ; de modo que neste caso o Estado não o perde, mas póde soffrer damno da diversidade de applicação feita pelo arbitrio do empregado.

Apesar disto julgamos que este facto não é criminoso ; será objecto de alguma medida legislativa, que constitua o empregado na obrigação de pagar perdas e damnos, mas não póde ser um crime : e a razão é porque a intenção da lei é punir o desvio dos dinheiros publicos, e este não é delicto senão quando fôr acompanhado pela intenção de os subtrahir ; intenção que é impossivel dar-se no caso presente ¹.

Artigo 313.º (continuação.)

§ 5.º As disposições deste art. e seus §§, comprehendem quaesquer pessoas, que, pela auctoridade legitima, forem constituídas depositarios, cobra-

¹ Chauveau n.º 1761.

dores, ou recebedores relativamente ás cousas de que forem depositarios publicos, cobradores, ou recebedores.

COMMENTARIO.

Esta declaração é justa. Se essas pessoas forem constituídas depositarios publicos, cobradores, ou recebedores, as cousas que por este titulo tiverem em seu poder suppõe-se debaixo da confiança do Estado, da qual elles abusam, como os proprios empregados, se as desviarem. Ora como a essencia deste crime é o abuso da confiança do Estado, dando-se esta na hypothese deste §, a sua disposição e razoavel.

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, porem, poderá ser atenuada, substituindo-se-lhe a pena de prisão, mesmo a correccional, segundo as circumstancias.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Sobre ella, e sobre a nossa legislação patria anterior vide o commentario.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 174.º; das Duas Sicilias art. 198.º; etc.

COMMENTARIO.

O direito romano confundia no titulo *de repetundis* o crime de concussão e o de peita ou corrupção, comprehendendo nelle os abusos que os magistrados faziam da sua auctoridade, ou fosse exigindo contribuições das provincias que administravam, ou recebendo dinheiro das partes a quem deviam administrar justiça gratuitamente ¹. E no entanto são dous factos inteiramente differentes; para haver concussão é necessario que o funcionario empregue meios de coacção, directos ou indirectos, para haver os dinheiros, serviços, etc. que recebe illegalmente; em quanto que, para haver corrupção ou peita, basta que elle se limite a aceitar o que as partes lhe derem, como veremos na Secção seguinte.

Esta distincção não escapou a Farinacio, o qual na *quest. 111 n.º 39*, a expõe claramente e em poucas palavras: « *Corruptio, quando a sponte pecuniam dante judex injustitiam facit; concussio, quando pecuniam non a sponte dante recepit, sed extorquet.* »

O crime de concussão póde dividir-se em varias incriminações, segundo os diversos modos pelos quaes se verifica a percepção illicita do empregado publico. A gravidade do facto resulta da sua mesma natureza; ao abuso da confiança que a sociedade havia depositado no funcionario, accresce um ataque á propriedade dos cidadãos.

¹ O antigo direito francez tambem fazia a mesma confusão. — Morin v.º *Concussion*.

A incriminação deste art. 344.º compõe-se dos seguintes elementos ; 1.º que haja uma extorsão de dinheiro, serviços, ou outra qualquer cousa, que não seja devida ; 2.º que essa extorsão seja feita por violencias ou ameaças ¹, 3.º e praticados por um empregado publico directamente, ou indirectamente por meio de outra pessoa.

A necessidade da existencia destes elementos é evidente ; — a do primeiro, porque, não havendo extorsão, ou não ha delicto porque a cousa é dada voluntariamente, ou se algum ha é o de corrupção ; — a do segundo, porque é essa a essencia da concussão ² ; — a do terceiro, porque deixava de existir abuso de poder, não sendo feita a extorsão por empregado publico, directa ou indirectamente.

Insistimos nesta idéa da participação directa ou indirecta do funcionario, não porque se julgasse que, sendo praticada a extorsão por meio de uma terceira pessoa, não havia responsabilidade para elle (seria isso negar os principios consignados no art. 25.º n.º 2), mas porque é este um dos modos porque este crime se commette as mais das vezes, quando o criminoso intenta ao menos salvar as apparencias.

A isso se referia Cicero quando na Verrina 4.ª dizia : « *Cohors tota illa tua, quæ plus mali Siciliae dedit, quam si centum cohortes fugitivorum fuissent,*

¹ O Codigo deveria accrescentar *directas* ou *indirectas* para evitar que a lei possa ser sophismada.

² « *Concussio a concutere, hoc est intimorare, quando quis in officio constitutus aliquid a subditis extorquet metu, vi, minis vel persuasionibus, secreta vel expresse illatis.* » — Farinacio, *Quæst.* 111 n.º 43.

tua manus sine controversia fuit; quicquid ab horum quopiam captum est, id non modo tibi datum; sed tua manu numeratum judicari necesse est. »

A pena imposta no art. é grave, e talvez excessiva; é sempre com repugnancia que vemos empregar a pena de trabalhos publicos, a qual para sempre deveria ser banida das leis penaes. O que achamos revoltante é a declaração do § un. Passar da pena de trabalhos publicos á de prisão correccional é uma transicção, que *circumstancia alguma* póde justificar, muito mais no caso de semelhantes extorsões, as quaes por motivo algum podem ser desculpadas ao empregado. A lei nunca deveria proteger os concussionarios, e o art., se nós não fizéssemos a devida justiça ao Legislador, pareceria feito com o fim de os desculpar.

Em Roma a lei Julia punia a concussão propriamente dita com o exilio; mas posteriormente foi alterada pela lei Junia da maneira seguinte: as exacções commettidas pelos governadores e magistrados das províncias eram punidas com o quadruplo do valor das cousas indevidamente percebidas (L. 1 Cod. *ad leg. Jul. repetund.*); e se as exacções tinham sido praticadas para com habitantes dos campos, a pena podia elevar-se até á confiscação e ao exilio (L. 2 Cod. *ne rusticani ad ullum obreg. devoc.*)

A nossa legislação patria, diz o Sr. Paschoal, não faz especial menção deste crime; Pereira e Sousa porem classifica-o na Ord. Liv. 5 Tit. 71; mas nisto não foi exacto porque esta Ord. falla da peita e não da concussão, e isto reconheceu o mesmo auctor, pois tratando-se da peita a classifica tambem na mesma Ord.

O que é certo é que apesar da Ord. não fazer menção especial do crime de concussão, comtudo em varios lugares della apparecem punidos alguns factos que constituem realmente concussão, e que apontaremos quando commentarmos os seguintes art., pois contem principios iguaes.

Analogo ao presente art. só nos occorre a Ord. Liv. 1 Tit. 95 que prohibe aos Juizes temporários casarem com mulheres de terras de sua jurisdicção sem licença Regia, sob pena de suspensão e nullidade dos actos praticados depois do casamento. Suppóz o Legislador que o magistrado extorque o consentimento por meio de sua auctoridade.

Artigo 315.º

Todo o empregado publico que, sem auctorisação legal, impozer arbitrariamente uma contribuição, receber — por si ou por outrem — qualquer importancia della com destino ao serviço publico; e bem assim todo o empregado publico, encarregado da cobrança, ou arrecadação de impostos, rendas, dinheiro, ou qualquer cousa pertencente ao Estado, ou a estabelecimentos publicos, que receber com o mesmo destino o que não fôr devido, ou mais do que fôr devido, sendo disso sabedor, será punido com a suspensão de um a tres annos, e mulcta correspondente.

§ 1.º Os prepostos, ou encarregados da cobrança por commissão dos empregados publicos, de que tracta este art., se commetterem o crime enunciado no mesmo art., serão punidos com a mulcta 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, fôr inferior a duzentos mil réis, a pena será a de prisão maior temporaria, e multa correspondente a tres mezes.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 174.º; de Hesp. art. 317.º e 318.º; do Brasil art. 135.º n.º 1; das Duas Sicilias art. 196.º - 198.º, 229.º; da Sardenha art. 290.º e seg.º etc.

COMMENTARIO.

Neste art. se apresentam duas especies de concussão, cada uma das quaes passamos a examinar.

1.ª Consiste ella em qualquer empregado sem ter a devida auctoridade impôr arbitrariamente ¹ uma contribuição, e receber della, por si ou por outrem qualquer importancia della com destino ao serviço publico. Não basta pois que elle lance a contribuição, é necessario mais que não tenha para isso auctoridade, e que tenha recebido della qualquer importancia, pois se tivesse tal auctoridade, ou não chegasse a receber importancia alguma della, deixaria de haver concussão, porque não existia a extorsão, que é a

¹ Esta expressão é inútil, e só serve para dar lugar a alguma questão favoravel ao criminoso; logo que o acto é praticado sem auctoridade legal, é arbitrario.

sua essencia. Esta incriminação já existia no direito romano como se vê da L. 1 Dig. *ad leg. Jul. repetund.* : *item si qui novum vestical instituerit, ex senatusconsulto hoc pœna plectitur.*

Semelhante delicto é gravissimo, pois reúne em si usurpação de auctoridade, abuso de confiança, e roubo; e a pena parece-nos diminuta. E' verdade que talvez o Codigo fizesse isto em attenção a não ter o empregado convertido a extorsão em seu proveito; mas esta consideração poderá fazer attenuar a pena, mas não fazel-a passar de trabalhos publicos a suspensão do cargo.

2.^a Consiste em ter o empregado encarregado da cobrança ou arrecadação de impostos etc. recebido com destino ao serviço publico o que não fôr devido, sendo disso sabedor.

Com razão diz o Codigo *sendo disso sabedor* porque a moralidade da acção, e por conseguinte a imputação, depende toda desta circumstancia. Fundado neste principio decidiu o Conselho de Estado em França, por Aviso de 16 de Julho de 1817, não ser criminoso um sub-prefeito por ter cobrado direitos de uma venda de bens municipaes; porque, com quanto a lei isemptasse essa venda de taes direitos, o funcionario obrára, não de má fé, mas por uma falsa assimilação que havia feito dos bens municipaes ou nacionaes, cuja venda era sujeita aos direitos.

Este delicto é mais leve porque não envolve a usurpação do poder, como no caso anterior, em que o empregado se arroga a auctoridade de impôr contribuições. Por isso parece-nos injusto impôr a mesma pena a ambos elles, como fez o Codigo.

§ 1. — O crime destes prepostos tem os mesmos caracteres de criminalidade, pois abusaram da auctoridade que lhes havia sido conferida pelo respectivo funcionario. Mas a pena é menor, segundo Chauveau ¹, por duas razões ; — 1.^a porque o preposto é verdade que abusa da auctoridade conferida, mas essa auctoridade não lhe é pessoal, não a exerce senão por delegação ; é mais propriamente um abuso de confiança do que um abuso de auctoridade : o funcionario, pelo contrario, vai trahir o deposito que recebeu do Estado, abusa do poder que elle lhe confiou : — 2.^a porque o perigo do crime não é o mesmo ; os poderes limitados de um preposto não lhe dão lugar a praticar nem os mesmos actos, nem as mesmas exacções.

Apesar disto o codigo das Duas Sicilias nos art. 196.^o e 197.^o, e a legislação da Prussia anterior ao novo codigo penal, puniam com igual pena o delicto do funcionario e do seu preposto, sem admittir a differença estabelecida pelo codigo francez e pelo nosso.

Uma questão se póde suscitar por esta occasião. Deverá ser o funcionario punido, quando os seus propositos commetterem os crimes referidos no art., ainda quando delles não tiver conhecimento nem fôr seu cúmplice ? O direito romano decidiu-se pela affirmativa ; assim o declara a L. un. Cod: *ad leg. Jul. repetund.* ; e desse principio lançava mão Cicero contra Verres, quando na Verrina 4.^a dizia : *« si enim innocentes existimari volumus, non solum nos abstinentes, sed etiam nostros comites præstare debemus.*

¹ N.^o 1798.

Primum omnium opera danda est, ut eos nobiscum ducamus, qui nostræ famæ capitique consulant, deinde si in hominibus eligendis non spes amicitiae fefellerit, ut vindicemus, missos faciamus. »

Entre nós porem não se póde admittir o principio do direito romano ; 1.º porque se oppõe á regra de que ninguem responde criminalmente senão pelos seus actos ; 2.º porque assim se deduz expressamente das expressões do Codigo — *por si* — e *por outrem* — significando o Legislador naquelles que o funcionario responde pelos seus actos, e nestas que só responde pelas dos outros quando fôr cúmplice.

§§ 2 e 3. — Nestes dous paragraphos pune o Codigo o mesmo facto, quando o funcionario applica em seu proprio proveito as cousas indevidamente recebidas. Escusado é mostrar que este facto é mais grave do que o punido no art. ; a razão já a demos no art. 313.º, cujo systema o Codigo guardou neste, quanto á gradação das penas.

Artigo 316.º

Os empregados publicos, não auctorizados 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 lho 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 lugar.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 174.^o; de Hesp. art. 319.^o; do Brasil art. 135.^o n.^o 3 a 5; das Duas Sicilias art. 196.^o; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 72 pr.; Alv. de 21 de Junho de 1759; Tabella dos emolumentos de 26 de Dezembro de 1848; etc.

COMMENTARIO.

Receber das partes emolumentos ou salarios não devidos, ou em maior quantia do que a determinada na lei é um abuso de funcções, talvez dos mais vulgares, como adverte Pacheco. O Codigo além das multas impõe-lhe as penas de suspensão ou demissão, segundo as circumstancias, base por certo muito vaga e elastica para a gradação das penas. O art. 319.^o do codigo hespanhol suscita uma idéa que o nosso deveria aproveitar: que era ser a suspensão a pena ordinaria, e a demissão applicada sómente no caso do delinquente estar já habituado a praticar semelhantes factos.

Entre nós a Ord. Liv. 5 Tit. 72, e o Alv. de 21 de Junho de 1759 puniam este delicto com degredo temporario para Africa, perdimento do officio, e o annoveado do excesso do salario, repartido igualmente entre a Camara real, a parte, e o accusador: posteriormente a Tabella dos emolumentos de 26 de Dezembro de 1848 tit. 11 art. 3.^o veio confirmár esta doutrina.

Artigo 317.º

Todo o empregado publico que em cousa ou negocio, de cuja disposição, administração, inspecção, fiscalisação, ou guarda, estiver encarregado, em razão de suas funcções; ou em que do mesmo modo estiver encarregado de fazer, ou ordenar, alguma cobrança, arrecadação, liquidação, ou pagamento, tomar, ou acceitar — 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 daquelle que, por commissão ou nomeação legal do empregado publico, ou da auctoridade competente, fôr encarregado de algum dos objectos, do que tracta este art.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 315.º; de França art. 175.º; do Brasil art. 146.º; das Duas Sicilias art. 213.º - 215.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Vide Portugal, *De donationib.* Lib. 3 Cap. 33; e o

COMMENTARIO.

A lei prohibe aos funcionarios publicos, debaixo das penas, declaradas no art. o tomarem ou acceitarem algum interesse por qualquer titulo e modo que seja, por si ou por interposta pessoa, nos negocios que lhes estão affectos para prevenir o abuso que elles podem por esta fórma fazer de suas funcções.

Esta idéa é de todas as legislações. O direito romano já continha igual prohibição como se vê da L. 46 § 2 Dig. *de jure fisci* que diz: « *Quod a præsidente, seu procuratore, vel quolibet alio in ea provincia in qua administrat, licet per suppositam personam, comparatum est; infirmato contractu vindicatur, et æstimatio ejus fisco infertur, nam et navem in eadem provincia, in qua quis administrat, ædificare prohibetur:* » e o mesmo se deduz das LL. 46 *de contrah. empt.*, e un. Dig. *de contract. judic.*

O Legislador sugcitando o empregado a esta e outras prohibições obra com todo o direito, pois pôde impôr-lhe as condições que lhe parecerem mais proprias para garantir a sociedade dos abusos que é possível elles pratiquem no exercicio do seu cargo.

E' necessario porem advertir que o funcionario pôde, praticando o facto incriminado, obrar com dolo ou sem elle; e o Legislador não o quiz punir senão no primeiro caso. Mas não se segue daqui que a simples infracção material da prohibição deva ser tolerada em quanto se não provar a fraude do empregado; pelo contrario, essa infracção, diz Chauveau¹, faz presumir o dolo, e a elle incumbe destruir semelhante presumpção justificando a sua boa fé e a pureza de suas intenções.

A disposição do § 1 é clara, e funda-se na mesma razão que motivou a do § 1 do art. 315.º.

A doutrina do Codice já se achava consignada na nossa legislação anterior na Ord. Liv. 4 Tit. 15 pr. e § 1; — no Regim. das Confirmações Cap. 36

¹N.º 1814 e seg.; Pacheco tom. 2 pag. 518 e seg.

que prohibiu ao Juiz e Escrivão do fisco, e officiaes das confiscações ou da inquisição comprar ou haver por si ou por interposta pessoa cousa alguma das fazendas confiscadas ¹; — na Carta Reg. de 23 de Maio de 1624, que estendeu a prohibição desse capitulo aos filhos, criados, e mais pessoas da casa e obrigação dos ditos officiaes ²; — na L. de 10 de Janeiro de 1678, que declarou comprehender a Ord. citada não só os Ministros temporaes, mas ainda outros quaesquer da fazenda ou justiça, ainda que não fossem vitalicios ³; — e enfim nas Extravagantes de 29 de Agosto de 1720, e 27 de Março de 1721 ⁴.

Além destas disposições penaes a citada Ord. pr. determina que o contracto ou acto seja nullo; mas França a Mendes (Parte 2.^a n.º 1446) interpreta esta disposição rasoavelmente, dizendo que é nullo se a outra parte com quem o empregado contractou assim o quizer, e não julgar mais util para si a validade do contracto, e a razão é deduzida do espirito do Legislador, o qual decretou a nullidade com a intenção de proteger os cidadãos dos abusos dos funcionarios. Esta opinião de França é tambem a seguida moderadamente pelo illustre escriptor francez Mr. Massé ⁵.

¹ Este Regim. anda incorporado no fim da Ord. Liv. 5 depois da Coll. 3.^a.

² Vem transcripta em França a Mendes, Part. 2 pag. 167 n.º 1373.

³ Idem, pag. 169 n.º 1384.

⁴ Sobre os Provedores, Juizes, e escrivães dos orphãos vide Ord. Liv. 1 Tit. 62 § 38, Tit. 83 § 30.

⁵ *Le droit commercial dans ses rapports etc.* (Paris 1845) tom. 3 n.º 32. — Terá lugar a mesma observação

Artigo 317.º (continuação).

§ 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 deste art. a respeito das cousas, ou negocios, em que deverem exercer as suas funcções.

COMMENTARIO.

Aqui seguiu o Codigo a nossa legislação patria. A Ord. Liv. 1.ª no Tit. 68 § 29 prohibe aos tutores o comprarem por si ou por interposta pessoa os bens dos orphãos; e no Tit. 62 § 7 estende tambem essa prohibição aos testamenteiros a respeito dos bens que se vendem para execução dos legados.

Iguaes disposições se acham no codigo hespanhol na segunda parte do art. 315.º.

SECÇÃO 2.ª

PEITA, SUBORNO E CORRUPÇÃO.

As palavras *peita*, *suborno* e *corrupção* com quanto significam a mesma cousa, designam o crime do empregado publico que trafica com a sua auctoridade para fazer ou deixar de fazer alguma cousa que respeita a seu officio¹.

a respeito da Ord. Liv. 2.ª Tit. 52 § 5? parece-nos que não.

¹ Os antigos criminalistas tambem designavam e

Entre todos os delictos que os empregados publicos podem commetter é este talvez o mais grave e torpe; e a elle attribue Montesquieu em grande parte a quêda do imperio romano; sem entrarmos na apreciação desta opinião do auctor do espirito das leis, é certo que Cicero (*Verr. 1*) dizia já no seu tempo que um homem rico nada tinha a recear dos juizes: *pecuniosum hominem, quamvis sit nocens, neminem posse damnari*. O empregado que a troco de dinheiro, ou de outras quaesquer utilidades vende o exercicio da auctoridade que lhe é confiada, não viola sómente os deveres do seu cargo, atroiçoa a **sociedade**, que nelle depoz a sua confiança, e a justiça que não admittê como causa impulsiva de um acto senão a propria justiça.

O crime de corrupção comprehende dous factos distinctos, o crime do corruptor, e o do empregado que se deixa corromper; de ambos elles se occupa o Codigo; daquelle no art. 321.º, deste nos outros art. da Secção. Seguiremos o mesmo systema, começando a tractar do crime do funcionario subordinado, e antes de entrar no exame das disposições especiaes de cada um dos art., para maior brevidade, **estabeleceremos desde já os elementos constitutivos do crime.**

Tres são as condições essencialmente necessarias para a existencia do delicto de corrupção: 1.^a que o delinquente seja empregado publico; 2.^a que tenha

nome pelo titulo de *Baratteria*; por isso que os italianos denominam *Barattieri* aquelles que vivem de sorridos lucros. — Ducange *Glossar. hoc. v.º*.

acceptado promessas ou offercimentos, ou recebido dadas ou presentes ; 3.^a que as tenha acceptado ou recebido para fazer ou para deixar de fazer um acto de suas funcções.

1.^a *Que seja empregado publico.* — E' esta a primeira base do crime ; porque se a corrupção consiste no trafico que se faz da auctoridade, é obvio que só um individuo della revestido o póde commetter. Note-se porem que o Codigo nos §§ 7 e 8 do art. 318.^o considera tambem como empregados publicos para este fim aos arbitros, peritos, e a quaesquer pessoas que exercerem alguma profissão, mas só a respeito dos seus actos que pela lei forem exigidas para o desempenho do serviço publico.

A L. 1 Dig. *de lege Jul. repetund.* tambem reconheceu a necessidade deste primeiro elementô : « *lex Julia repetundarum pertinet ad eas pecunias, quas quis in magistratu, potestate, vel quo alio officio, munere, ministeriove publico, cepit.* »

2.^a *Que tenha acceptado as promessas ou recebido as dadas por si ou per interposta pessoa.* — Este facto constitue a materialidade do crime, segundo se expressa Chauveau, e separa a corrupção da concussão ; porque nesta, como já vimos, o funcionario *exige*, naquella limita-se a aceitar ou receber.

Quasi todas as legislações tem equiparado para o effeito da criminalidade a acceptação das promessas e a recepção das dadas ou presentes ; e esta assimilação, que data do direito romano¹, é fundada em toda a razão, pois a moralidade do facto é a mesma.

¹ Auth. *novo jure Cod. de pœn. jud. qui malc judic.*

O nosso Código porem nesta parte apresenta a mesma falta de methodo e systema, que já n'outras lhe havemos notado; porque no art. 322.º admittre completamente a assimilação, em quanto no art. 318.º e § 1 a rejeita, considerando a acceitação das promessas como tentativa!

Não é preciso para a incriminação que o empregado acceite as promessas ou receba os presentes directamente, basta que isto se verifique indirectamente por meio de interposta pessoa, *de connivencia com o funcionario*¹. E' o que o Código quiz significar nas palavras — *por si ou por outrem* — empregadas no art. 318.º. E na verdade que importa, diz Farinacio, que elle não tenha fallado com o corruptor, nem recebido pessoalmente as dadivas, se tudo isso se fizer com sua auctorisação? deverá isso influir na criminalidade? por certo que não; existe a essencia do crime, e esta não póde ser alterada por uma circumstancia extrinseca qual é o modo de acceitar as promessas ou de receber as dadivas.

O direito romano reconheceu esta doutrina na L. 6 Cod. *ad leg. Jul. repetund.*, e na L. 2 Dig. *de calumniatorib.*, a qual diz expressamente: « *nec refert, ipse pecuniam acceperit, an alii dari jusserit, vel acceptum suo nomine ratum habuerit.* »²

¹ E' mister que conste claramente da auctorisação deste e da sua ratificação, porque são factos que não se presumem.

² O direito do Digesto permittia comtudo ao Juiz receber *Xenias*, (L. 6 § 3 *de offic. precon.*), o que foi abrogado pela Nov. 8. — Sobre as *Xenias* vide Frid. Brummer, *Ad leg. Cinciam* cap. 7. Plin. L.º 5. Ep. 14.

3.^a Para fazer ou deixar de fazer um acto de — suas funcções, — isto é da sua competencia. A razão é porque se as promessas forem acceitas ou as dadas recebidas para praticar um acto estranho ás suas funcções, haveria outro crime, mas não o de *peita* ou *corrupção*, porque, punindo este, a intenção do Legislador foi proteger o trafico illicito que o empregado podia fazer das suas funcções, trafico que se não verifica uma vez que a acção ou omissão seja estranha ás suas funcções.

Estabelecidos estes principios geraes podemos entrar no exame dos art. desta Secção.

Artigo 318.^o

Todo o empregado publico, que commetter o crime de *peita*, *suborno*, e *corrupção*, recebendo *dadiva*, ou *presente* — por si, ou por pessoa interposta com sua auctorisação, ou ratificação, para fazer um acto de suas funcções; se este acto fôr injusto, e fôr executado, será punido com a pena de prisão maior temporaria, e multa correspondente a um anno: se este acto, porem, não fôr executado, será condemnado em suspensão de um a tres annos, e na mesma multa.

§ 1.^o Se o acto injusto, e executado, fôr um crime, a que pela lei esteja decretada pena mais grave, terá lugar a pena que segundo a lei dever ser imposta.

§ 2.^o Se fôr 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.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Vide o commentario ao art. 319.º.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França (reformado em 1832) art. 117.º e seg.; de Hesp. art. 305.º; do Brasil art. 130.º e seg.; das Duas Sicilias art. 200.º e seg.; da Sardenha art. 292.º e seg.; da Austria art. 88.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Vide o

COMMENTARIO.

O Codigo para punir a corrupção ~~de emprego~~ do estabelece neste art. e seus paragraphos uma regra geral; estabelecendo nos art. 319.º, 320.º, e 322.º mais tres regras especiaes. Examinemos a regra geral.

Dissemos que o suborno podia levar o funcionario a praticar ou a deixar de praticar um acto de suas funcções; por outra que podia consistir em *acção* ou *omissão*. A pena varia em qualquer destes casos como passamos a vêr.

Quanto á acção. — Ou esta é injusta ou justa. Se é *injusta*, ou foi executada ou não; se foi *executada* a pena é prisão maior temporaria e multa de um anno (art. 318.º) excepto se a acção fôr *ori-*

me a que pela lei esteja decretada pena maior ¹; porque então tem lugar a regra do § 2; *se não foi executada*, a pena é a suspensão de um a tres annos e multa de um anno. — Se o acto é *justo* a pena é suspensão até um anno e multa de um mez (§ 2²).

Na hypothese do acto ser injusto, a pena é maior se elle fôr executado, do que não o sendo; porque o prejuizo é maior. No caso de ser justo, a pena é menor, porque a criminalidade tambem é menor; porque sendo injusto, além da venalidade, ha a violação dos deveres do cargo, e neste caso ha só a venalidade, a qual tambem é criminosa, pois o empregado para fazer um acto justo não deve ser movido por dadas, mas unicamente pelo seu dever; é por isso que Seneca (*Epist.* 113) dizia: « *hoc ante omnia sibi quisque persuadeat: ne justum esse gratis oportet.* »

Quanto á omissão. — A pena é a de demissão, ou suspensão de um a tres annos, e multa correspondente, segundo as circumstancias. Não approvamos este systema por vago, mas casos se podem dar em que a omissão do acto cause tão grande mal, que exija a demissão do empregado (§ 3).

Estas distincções que o Codigo fez entre as di-

¹ V. gr. o peculato que na hypothese do art. 313.^o é punido com trabalhos publicos.

² Advirta-se porem a respeito do acto *justo* que os emolumentos e salarios que o empregado recebe por expressa determinação da lei não se podem considerar como dadas; mas qualquer quantia que a isso exceda é dada. — Chauveau n.^o 1858,

versas naturezas dos actos praticados são rasoaveis. As disposições da legislação franceza são menos philosophicas ; e nesta parte folgamos em fazer a devida justiça ao Codigo, o qual se aproveitou dos codigos do Brasil, e das Duas Sicilias.

A nossa legislação anterior impunha penas diversas, segundo o crime era commettido por julgador, ou por outro qualquer official ; as daquelle serão mencionadas no commentario ao art. 320.º. A respeito do official, que não tinha officio de julgar, distinguia a Ord. Liv. 5 Tit. 71 pr. e § 1 entre o que recebia peita de pessoa que perante elle requeria, e o que a recebia de pessoa que perante elle não requeria ; ambos os casos eram punidos com perdimento do officio e multa, mas esta no primeiro caso era de trinta por um do que tivesse recebido, metade para o accusador e metade para a Camara real ; e no segundo era de vinte por um.

A Ord. puniu tambem as peitas indirectas, impondo perdimento do officio e confiscação de bens ao que para si ou seus parentes até quarto gráo receber officio, praso, tença ou cousa semelhante.

O Alv. de 14 de Abril de 1785 impunha tambem a pena de inhabilidade para cargos publicos e confiscação de bens aos capitães generaes, governadores, e ouvidores de Moçambique, Rios de Sena e Sofala, que recebessem peita dos seus territorianos.

Artigo 318.º (continuação.)

§ 1.º A acceitação de offerecimento, ou promessa, será punida observando-se as regras geraes

sobre a tentativa ; mas sempre haverá lugar a pena de demissão, se o acto fôr injusto, e executado.

§ 5.º Se o empregado repudiou livremente o offerecimento, ou promessa que acceitára ; ou restituiu a dadiua, 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 deste art.

COMMENTARIO.

Já dissemos no commentario á epigraphie que o Codigo no caso deste art. não assimilava a acceitação da promessa ao recebimento da dadiua ; e só a considerava como tentativa. Este systema é erroneo em todo o sentido ; para haver tentativa é necessario que o facto não esteja consummado, mas só em começo de execução. Ora se um empregado a quem offereceram uma certa quantia de dinheiro para praticar certo acto, e elle, acceitando a offerta, o praticar, estará ou não consummado o crime ? por certo que está porque o crime consiste em traficar com a sua auctoridade, e esse trafico existe desde que a promessa foi acceita : e assim o tem entendido a maior parte dos codigos.

Talvez o Codigo pretendesse seguir a Ord. Liv. 5 Tit. 71 § 3 a qual, quando a peita foi só prometida e acceita, porem não recebida, punia o empregado com o perdimento do officio, sendo a multa sómente o tresdobro da promessa.

Quanto ao § 4 a sua disposição é justa. A sua razão está no art. 7.º do qual se deduz que quando

a tentativa fôr suspensa pela vontade do individuo não é punida ¹.

Artigo 318.º (continuação.)

§ 6.º As disposições deste art. e seus §§, terão lugar tambem nos casos em que o empregado publico, arrogando-se dolosamente, ou simulando a attribuição de fazer qualquer acto, acceitar offerecimento, ou promessa, ou receber dadiua, 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 deste art. e seus paragraphos.

§ 8.º As penas determinadas nos art. antecedentes, são applicadas aos peritos, e a quaesquer outros, que exercerem 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 dous ultimos antecedentes paragraphos a pena de demissão, ou a de suspensão, será substituida pela suspensão do exercicio da profissão, ou pela suspensão dos direitos politicos não inferior a dous annos, salvo o disposto no art. 241.º, e sem prejuiso da pena mais grave, em que possam ter incorrido por motivo dos referidos actos.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 305.º; etc.

¹ Chauveau n.º 1859.

COMMENTARIO.

A disposição do § 6 parece não se poder justificar facilmente: porque não existe propriamente o crime de corrupção, senão quando o empregado trafica com a sua auctoridade; ora se o acto justado não entra nas attribuições d'elle, deixa de existir esse trafico. Talvez porem que o Legislador fosse levado a consignar semelhante disposição pelo principio de que o empregado que finge ter certa auctoridade, que não tem, e trafica com ella, é capaz de traficar com aquella que realmente tiver.

A doutrina do § 7 é rasoavel e já admittida entre nós ainda ultimamente pela L. de 23 de Julho de 1850 art. 26.º § 8, e talvez fosse escusada á vista da definição de empregado publico dada no art. 327.º — O mesmo dizemos a respeito do § 8.

A regra do § 9 era uma necessidade; pois, não tendo os peritos, arbitradores, etc. emprego publico propriamente, tornava-se necessario declarar o modo pelo qual devia a respeito delles ser substituida a pena de demissão ou a da suspensão, que em vista do art. e seus paragraphos é imposta aos empregados.

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 um conto de réis, distribuida por todos os co-réos.

Artigo 320.º

Se por effeito da corrupção houver condemnação a uma pena mais grave, que a declarada no art. antecedente, será imposta ao juiz, ou jurado, que se deixar corromper, essa pena mais grave, — excepta se fôr pena de morte, — e não tiver sido executada; porque neste caso terá lugar a prisão por toda a vida; e, em todo o caso, a multa declarada no art. antecedente.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Vide o commentario.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 181.º, 182.º, 183.º; do Brasil art. 131.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Ord. Liv. 5 Tit. 71; etc.

COMMENTARIO.

A materia destes dous art. contem uma especialidade do crime de suborno com circumstancias aggravantes, quando é commettido por Juizes ou jurados para o fim de julgarem, condemnarem, ou pronunciarem em materia criminal a favor ou contra alguém.

«O crime de corrupção n'um Juiz, dizia Mr. de Noailles no corpo legislativo por occasião da discussão do codigo penal, é dos mais vis, e dos mais

perigosos para a sociedade. Podemos com mais facilidade defender-nos do assassino e do ladrão do que do Juiz que nos fere com a espada da lei, e nos degola no seu gabinete. . . O Juiz corrompido torna-se cúmplice infame da injustiça que devia ser o primeiro a proscriver. . . A sociedade deve repelli-lo do proprio seio ¹. »

Estas idéas não eram novas. Todas as legislações antigas fulminam com graves penas e até extremamente severas, a corrupção dos julgadores. Cambyzes mandou esfolar vivo um Juiz corrupto, fazendo cobrir com a pelle a cadeira que elle occupava no tribunal, para que os companheiros tivessem presente na memoria o terrivel castigo de tão nefando crime; e Dario fez crucificar outro que havia commettido o mesmo crime.

Entre os romanos a lei das Doze taboas (imitando segundo alguns a legislação grega ²) applicava indistinctamente a pena de morte a todos os casos de corrupção do Juiz ou do arbitro: *si judex aut arbiter jure datus ob rem judicandam pecuniam acceperit, capite luito*. Mas esta severidade dos primeiros tempos, que Aullo Gellio nas suas *Noites atticas* (XX, 1) tanto faz louvar a Cæcilius, desapareceu com o volver dos tempos. A depravação dos costumes tornou esquecidas as antigas leis, e levou a sociedade

¹ Locré, tom. 15 pag. 353.

² Esta opinião de Chauveau é falsa, não só porque a embaixada dos romanos á Grecia para colligir as Doze taboas está hoje demonstrado ser uma fabula, mas até porque a legislação grega não puniu este crime com a pena capital.

ao estado deploravel de vêr impunes os Juizes corruptos e venaes ; até que emfim a lei Julia e as constituições imperiaes vieram procurar remediar o mal com a penalidade de que abaixo faremos menção.

Os dous art., que commentamos, tem por objecto, como dissemos, a corrupção do Juiz ou jurado em materia criminal. O art. 319.º apresenta uma regra geral, e o seguinte uma regra especial e uma excepção.

A regra daquelle art. é que o Juiz ou jurado corrompido para julgar, ordenar, ou pronunciar em materia criminal a favor ou contra alguma pessoa, antes ou depois da accusação, deve ser punido com trabalhos publicos temporarios e multa de um conto de réis.

Esta disposição tem por base o art. 181.º do código francez, o qual diz sómente : « *Si c'est un juge prononcant en matière criminelle, ou un juré qui s'est laissé corrompre etc.* » não accrescentando como o nosso as expressões « *antes ou depois da accusação,* » as quaes foram introduzidas no art. para evitar a questão agitada por Carnot, que sustentava não ser a disposição do código francez applicavel ás decisões do Juiz anteriores á accusação ¹.

Assim o Juiz que por suborno pronunciar um individuo, ou negar fiança ao pronunciado e o mandar prender, está comprehendido na disposição do art.; era esta já a doutrina do direito romano na L. 7 pr. Dig. de lege Julia repetundar : « *Lex Julia*

¹ Semelhante opinião é com razão combatida por Chauveau n.º 1866.

*de repetundis præcepit: ne quis ob hominem in
 cula publica conjiciendum, exve vinculis dimi-
 dum; neve quis ob hominem condemnandum, a-
 vendunve aliquid acceperit.* »

Quanto á pena, parece-nos sem base e des-
 proporcionada a de trabalhos publicos temporarios
 facto punido pelo art. póde ser mais ou menos g
 póde causar maior ou menor damno, e então a
 applicação da mesma pena a todos os casos será
 absurdo. Resultará o mesmo damno de um Juiz
 nunciar um homem injustamente e por suborno
 que dos jurados que corrompidos julgam prova
 seu crime? Será igual o crime de um Juiz subor-
 dó que em juizo correceional condemna um indil-
 a tres dias de prisão, e o daquelle que absolve
 que deveria ser condemnado em um mez?

A multa tambem nos parece dar em resu-
 um absurdo. Se o criminoso fór um só tem a
 ma multa, como se fossem muitos os delinque
 e por isso vem a soffrer uma pena mais grave,
 gravidade das penas vem a ter por base não
 tenção nem o damno causado, mas o numero d
 dividuos que praticou o facto.

A regrã especial do art. 320.º é que se p
 feito da corrupção houver condemnação a uma
 mais grave do que a de trabalhos publicos, será
 pena mais grave imposta ao Juiz ou jurado q
 deixar corromper. E' o mesmo systema do talião
 cionado no art. 182.º do codigo francez, e defe
 no Conselho d'Estado por Berlier. Mas Haus, a
 opinião assentimos, diz nas suas observações ao p
 cto belga que a applicação do talião não é justa

quando a pena imposta por effeito do suborno *tiver sido executada*; pois não o sendo a justiça pede que os Juizes ou jurados corrompidos não sejam condemnados senão, na pena immediatamente inferior á que por effeito da corrupção tiver sido pronunciada, porém não executada, contra o accusado.

O Codigo seguiu o systema do talião sem fazer esta distincção, e só admittê uma excepção no caso em que a pena pronunciada fôr a de morte, mas não executada; então não é imposta a pena capital, é só a prisão perpetua. Esta restricção é copiada do art. 131.º do codigo do Brasil.

Já os romanos admittiram a mesma idéa como se vê da L. 7 § 3 Dig. *de lege Jul. repetund.* aonde se diz: « *Quid enim, si ob hominem necandum pecuniam acceperint, calore tamen inducti interfecerint, vel innocentem, vel quem punire non debuerant? Capite plecti debent vel certe in insulam deportari, ut plerique puniti sunt.* » No tempo de Farinacius era tambem doutrina corrente que ao Juiz subornado só se applicava a pena de morte, quando igual pena tivesse sido executada no accusado, condemnado por suborno¹.

Artigo 321.º

Qualquer pessoa, que corromper por dadas, presentes, offerecimentos, ou promessas, qualquer empregado publico, sollicitando uma injustiça, comprando um voto, ou procurando conseguir, ou assegurar,

¹ Farinacius, *Quest.* 111 n.ºs 16, 25, e 379; Jul. Clarus, § *homicidium*, n.º 15; etc.

pela corrupção, o resultado de quaesquer pretensões, será punido com as mesmas penas, que forem impostas ao empregado corrompido, com a declaração de que as penas de demissão, ou suspensão, serão substituídas pela suspensão dos direitos políticos não inferior a dous annos.

§ unico. Quando o suborno tiver lugar em causa criminal a favor do réo, por parte d'elle mesmo, do seu conjuge, ou de algum ascendente, ou descendente, ou irmão, ou affim nos mesmos grãos, a pena será a de multa de um a seis mezes.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 179.^o; de Hesp. art. 307.^o; do Brasil art. 132.^o; das Duas Sicilias art. 203.^o; da Austria art. 89.^o - 91.^o; etc.

COMMENTARIO.

Este systema do Codigo, que applica ao subornador as mesmas penas impostas ao empregado publico, é falso e anti-politico; — falso, porque o crime não tem igual gravidade; o subornador não tem obrigações tão fortes como o subornado, e não vende como este a justiça e a auctoridade de que se acha revestido; — anti-politico, porque punindo a lei com a mesma pena o corruptor e o funcionario corrompido, impede o descobrimento dos criminosos, dando-lhes um interesse igual em fazer desaparecer as provas da sua culpabilidade; e é talvez a esta causa, como diz Tielemans, que devemos attribuir em gran-

de parte a desmoralisação que vai minando certos ramos da administração publica ¹.

O código hespanhol, mais rasoavel que o nosso, rejeitou semelhante systema, mandando no art. 307.º punir o subornador sómente com as penas de cúmplice.

A disposição do § un. deduzida do art. 307.º do código de Hespanha, é uma excepção que se explica pela natureza das cousas; a razão e o sentimento a justificam. A multa imposta por esse código em semelhante caso é igual ao valor da dadia ou promessa; esta idéa é sem duvida mais rasoavel do que a multa de um a seis mezes, decretada pelo nosso.

Artigo 322.º

Se o empregado publico aceitar por si, ou por outrem, offerecimento, ou promessa; ou receber dadia, ou presente, de pessoa, que perante elle requeira 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 paragraphos.

COMMENTARIO.

No art. 318.º puniu o Código o empregado quando aceitava offerecimento, promessa, ou dadia para fazer ou deixar de fazer qualquer acto de suas func-

¹ Tielemans, *Répért. de l'administration etc.* v.º *Corruption*. — A mesma idéa apparece no commentario de Carnot ao art. 179.º n.º 8.

ções, agora neste art. equipára a esse crime o do empregado que accêta dadivas ou promessas de pessoa que perante elle requer, ou que tem algum negocio dependente das funcções publicas do mesmo empregado.

O crime é quasi o mesmo. A differença está em que na hypothese do art. 318.º ha o suborno directo, fazendo-se offertas ou dadivas para um certo e determinado fim; em quanto na hypothese deste art. o suborno é mais propriamente indirecto; porque pôde um homem que tem uma pretensão dependente da decisão de qualquer empregado mandar-lhe um presente, sem lhe declarar que com isso tem por fim obter decisão favoravel. A lei suppõe com razão, que o empregado que em taes circumstancias accêta a offerta, se deixa subornar; o homem independente e justo não carece para fazer justiça que a isso o movam dadivas ou promessas, capazes sómente de influir em almas vis e sordidas.

Artigo 323.º

Serão sempre perdidas a favor do Estado as cousas recebidas por effeito da corrupção, ou o seu valor.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 303.º; de França art. 180.º; da Austria art. 901.º; etc.

COMMENTARIO.

O codigo francez que, como o nosso, admittiu a perda das cousas recebidas pelo subornado, deter-

mina, no art. 182.º que sejam essas cousas cedidas a favor dos hospícios do lugar aonde a corrupção tiver sido commettida; converter em allivio da humanidade aquillo que era destinado a alimentar o crime é uma idéa bella e moral, que deveria ter sido aproveitada não só em relação a este crime, mas a respeito de alguns outros.

O art. do nosso Código parece ser applicavel só ás cousas effectivamente recebidas, e a mesma intelligencia liga Chauveau ao art. 180.º do código francez. Todavia Carnot é de opinião que havendo sido aceita a promessa de uma somma qualquer ou de um objecto determinado, e tendo-se obrigado o corruptor por escripto a pagar semelhante somma, ou o objecto indicado, deve ceder o seu *valor* a favor dos hospícios como determina o art., uma vez que a obrigação escripta seja de natureza tal, que o corrompido possa em juizo pedir o pagamento do diaheiro ou a entrega do objecto.

Apesar d'isto entre nós não póde ter applicação alguma a opinião de Carnot em vista da letra terminante deste art.

SECÇÃO 3.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 commettido por empregado subalterno, que lhe deve di-

rectamente obediencia, não empregar os meios que a lei lhe faculta, para que seja punido.

COMMENTARIO.

Esta disposição justifica-se facilmente. O superior, sabendo de um crime commettido por um inferior, que directamente lhe deve obediencia, e não empregando os meios para elle ser punido, parece ter sido connivente no facto praticado.

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 art. 26.º fôr cúmplice de um crime, que elle esteja encarregado de velar, e obstar a que se commetta, ou de concorrer para que seja punido.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França (reformado) art. 198.º; etc.

COMMENTARIO.

Apesar de ter estabelecido uma longa serie de delictos que os empregados publicos podem commetter no exercicio de suas funcções ou por occasião do exercicio das mesmas, o Legislador não se contentou com as diversas regras estabelecidas para estes delictos especiaes. Julgou, e com razão, que os empre-

gados, além desses delictos *sui generis*, poderiam também tomar parte naquelles crimes que elles próprios são obrigados a obstar que se commettam, ou a concorrer para que sejam punidos.

Neste caso não tendo a lei estabelecido uma pena especial para os empregados publicos, qual é a que lhe deverá ser imposta? A criminalidade do empregado que se associa aos crimes, que em virtude de suas funcções devia ser o primeiro a prevenir ou reprimir, é por isso muito maior do que a dos individuos que os commettem, pois á responsabilidade do delicto accresce o ter trahido a confiança que a sociedade nelle depositára. Por tanto a aggravação da pena, admittida pelo nosso Codigo e pelo francez, é reclamada pela justiça.

O nosso Legislador porem foi mais rasoavel do que o francez; agrava a pena segundo as regras geraes, em quanto este faz mudar em todo o caso a natureza da pena, quando é certo que a aggravação motivada por uma circumstancia pessoal ao agente, deve ser mais limitada, deve verificar-se na *quantidade* e não na *qualidade* da pena ¹.

Este art., cuja doutrina approvamos, parece-nos todavia escusado em vista do n.º 8 do art. 19.º.

Artigo 326.º

Em todos os casos não designados neste Capitulo, nos quaes as leis, ou regimentos de cada um dos empregados publicos decretarem penas correccionaes,

¹ Chauveau n.º 1961 e seg.; Carnot, ao art. 198.º do codigo francez.

ou especies 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.

COMMENTARIO.

A disposição do n.º 1 justifica-se por si mesma.

A demissão é a maior pena que se póde impôr ao empregado, *como empregado*; e nunca póde ser applicada havendo sómente negligencia, porque esta quasi que exclue a criminalidade. O resto do art. é claro.

Artigo 327.º

Para os effeitos do disposto neste 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.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 322.º; etc.

COMMENTARIO.

Esta declaração feita pelo Legislador sobre a extensão da palavra *empregado publico*, usada neste Capitulo, tornava-se necessaria, como tambem julgou o codigo hespanhol. Em regra, e no uso commum de fallar, dá-se o nome de *empregados* aos funcionarios da ordem civil, que são nomeados pelo governo, e que na administração publica servem debaixo das ordens deste. Mas o Codigo entendeu que não devia ter uma acceção tão stricta em direito penal, e julgou que debaixo dessa palavra se deviam comprehender todos aquelles que exercem ou participam no exercicio de funcções publicas de qualquer natureza, embora sejam para isso auctorizados pela lei, ou nomeados pelo Rei, por eleição popular ou por auctoridade competente.

E' por isso que vimos serem applicaveis n'alguns casos as disposições deste Capitulo aos facultativos, aos peritos, e louvados, os quaes no uso commum de fallar não podiam ser consideradas como empregados publicos.

TITULO IV.

DOS CRIMES CONTRA AS PESSOAS.

CAPITULO 1.º

DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE DAS PESSOAS.

Nesta serie de crimes (a que se dava o nome de particulares) deveria o Codigo ter seguido quanto á

ordem da sua collocação o mesmo pensamento que em parte o dominou nos títulos anteriores a respeito dos delictos que offendem directamente o Estado. Esta idéa é a de tractar em primeiro lugar dos factos mais graves e importantes, occupando-se em seguida das incriminações mais leves.

Os crimes que directamente atacam os indivíduos, e indirectamente o Estado offendem ou a personalidade do individuo, ou a propriedade, porque todos os seus direitos, segundo os principios correntes na philosophia juridica se reduzem a estes dous. Dahi vem naturalmente a divisão em crimes *contra a pessoa*, e crimes *contra a propriedade*.

Mas a personalidade humana póde ser atacada *no todo*, ou *em parte* em alguns dos diversos direitos em que ella se decompõe. O maior crime contra a personalidade é aquelle que ataca *no todo*, e tal é o homicidio e suas differentes especies. E' por elle que o nosso Codigo devia começar o titulo, imitando o de Hespanha ; mas não o fez e começou pelos que atacam a liberdade, como vamos vêr.

SECÇÃO 1.^a

VIOLENCIAS CONTRA A LIBERDADE.

Artigo 315.º

Todos os que sujeitarem a captiveiro algum homem livre, serão condemnados em prisão maior temporaria, e no maximo da multa.

COMMENTARIO.

Apesar da nossa antiga legislação ter sancionado a existencia legal dos escravos, era tal a favor da liberdade que todo o homem se presumia livre até prova manifesta em contrario. A injustiça de uma instituição tão repugnante á dignidade da natureza humana não podia deixar de ser legalmente reconhecida no reinado de um Monarcha, que tinha por ministro o Marquez de Pombal; e assim succedeu, pois dessa época datam as immensas providencias tendentes a attenuar, ou a abolir a escravidão; o Alv. de 16 de Janeiro 1773 declarou livre toda e qualquer pessoa nascida em Portugal, ao passo que a L. de 19 de Setembro de 1761 considerava forros e livres os escravos do Ultramar logo que chegassem a este Reino¹.

Coherente com estes principios esta mesma lei mandava applicar as penas do crime de carcere privado áquelles que sujeitassem a captivo os homens livres, ou os escravos que por qualquer titulo tivessem recobrado a liberdade.

Eis a fonte proxima do presente art. do nosso Codigo; proxima, dizemos, porque já no direito romano achamos disposições a semelhante respeito; lembrando por esta occasião as das LL. 6 § ult. Dig., 1 e 5 Cod. *de lege Fabia de plagiar.*, nas quaes o facto incriminado no art. é considerado como crime de plagio, dizendo Callistrato nessa L. 6 § ult.:

Borges Carneiro, Liv. 1 tit. 3 §. 32 e seqs; etc.

Arrogante como um dos vehiculos deste infame trafico, e reclama dos poderes do Estado o remedio para este mal terrivel.

Artigo 329.º

Todo o individuo particular, que, sem estar legitimamente auctorisado, 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.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 410.º; das Duas Sicillas art. 166.º; do Brasil art. 179.º e 180.º; etc.

COMMENTARIO.

Obrigar o individuo a fazer ou deixar de fazer alguma cousa contra sua vontade, só é considerado como attentado á liberdade dando-se duas circumstancias; 1.ª emprego de violencias; 2.ª falta de auctorisação daquelle que obriga.

E' necessaria a primeira, porque d'outro modo não haveria propriamente violação da liberdade pelo systema do Codigo¹; os conselhos, ou a seducção não podem constituir crime; é indispensavel a segun-

¹ Dizemos *pelo systema do Codigo*, porque as ameaças, as quaes logicamente deveriam fazer parte desta Secção, são considerados pelo Legislador como crime contra a segurança.

da, porque quem obriga outro a fazer qualquer coisa em virtude de poder ou auctoridade que para isso tem não é criminoso, pela regra *qui suo jure utitur nemini facit injuriam*, regra que o Codigo já reconheceu no art. 14.º n.º 5.

SECÇÃO 2.ª

CARCERE PRIVADO.

Commette crime de carcere privado (a que os francezes chamam *chartre privée*¹) aquelle que sem auctoridade competente retem alguém como preso em alguma casa ou outro lugar contra sua vontade.

Sendo a prisão a privação de um direito tão precioso e inestimavel como é a liberdade, por isso as leis constitucionaes tem cercado das maiores garantias a imposição desta privação ao individuo, quando ella se torna necessaria á segurança social, determinando que não possa ser decretada senão por auctoridade competente, por justa causa, e com certas formalidades.

Sem estas condições perturbar-se-hia a ordem e a segurança publica, e o homem seria a cada passo lesado n'um dos direitos mais vitaes da sua personalidade. E esta é a razão porque o individuo que sem auctoridade legitima retem a outro como preso ataca a sua liberdade, e usurpa ao mesmo tempo o direito de decretar a prisão, o qual pertence ao poder so-

¹ A palavra *chartre* é derivada da latina *carcer*, como nota Morin, *hoc. v.º*.

cial; a lei penal não podia portanto deixar de o incriminar e de o punir severamente.

Entre os romanos também o carcere privado era fulminado com gravissimas penas, pois eram-lhe applicaveis as do crime de lesa-magestade. Mas não queiramos inferir daqui que a legislação deste povo tivesse em consideração na imposição do castigo o respeito á liberdade do individuo, porque Roma era uma especie de pantheismo social aonde o individuo desaparecia, e só figurava o Estado. Se nesta parte achamos tão severas as suas leis, é porque ellas não viam no carcere privado senão a usurpação do poder soberano, equiparando-o por isso logicamente aos crimes de lesa-magestade. L. 1 Cod. *h. tit.*

Artigo 330.º

Todo o individuo particular, que fizer carcere privado, retendo, por si, ou por outrem, até vinte e quatro horas, algum como preso em alguma casa, ou em outro lugar onde seja retendo, e guardado em tal maneira, que não seja em toda a sua liberdade, posto que 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, porem, durar mais de vinte dias, a pena será o degredo temporario, e o maximo da multa.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 341.º e seg.; de Hesp. art. 395.º e seg.; do Brasil art. 189 e 190.º; da Austria art. 75.º, 76.º, 78.º, 79.º; das Duas Sicilias art. 169.º e 172.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Vide o

COMMENTARIO.

Já notámos que para se dar crime de carcere privado eram necessarias as seguintes condições 1.ª que o delinquente não tivesse auctoridade competente para prender; 2.ª que prendesse ou guardasse o offendido contra vontade deste, de modo que elle não estivesse em toda a sua liberdade.

O Codigo diz no art. — *por si ou por outrem* — Era escusado que o dissesse; uma vez que desse ordem, ou fosse connivente no facto, era criminoso em vista dos principios geraes do Livro 1.º.

As expressões do fim do art. — *posto que não tenha nenhuma prisão* — significam que para ter lugar a incriminação não é necessario que o offendido tenha sido preso com algemas, cordas etc.; basta que tenha sido privado de sua liberdade. Era esta já a doutrina de Farinacio (*quest. 27 n.º 11*): « *gene-*

raliter quocumque modo quis inclusus. . . cum vinculis vel sine vinculis retinetur. . . semper dicitur sub carcere privato inclusus. »

A penalidade do Código é graduada a respeito do carcere privado segundo o tempo que durou a retenção em tres hypotheses, que são as seguintes.

1.^a *Retenção até vinte e quatro horas.* — A pena é a prisão de um mez a um anno. Nada temos que dizer contra ella; antes a achamos analoga ao facto incriminado.

No § 1 diz-nos o Código que a simples retenção por menos de vinte e quatro horas é considerada como offensa corporal, e deve ser punida como tal, segundo as regras estabelecidas para as offensas.

Semelhante disposição parece inutil e contraria á do art. : — *inutil*, porque punindo este a retenção até vinte e quatro horas, este espaço vem a ser o maximo que **comprehe**nde toda a **retenção** que durar menos tempo do que essas vinte e quatro horas; e por isso era escusado vir o § estabelecer uma regra para a retenção que durar menos dessas horas : — *contraria*, porque estando a doutrina do § já prevenida no art., a pena daquelle é diferente da estabelecida neste.

Apesar disto estes defeitos devem mais attribuir-se á relação; e o art. facilmente se harmonisa com o paragrapho se examinarmos a sua fonte, a Ord. Liv. 5 Tit. 95, a qual o Legislador copiou quasi verbalmente. Diz essa Ord. no § 1: « *E declaramos que se entenda haver commettido carcere privado, o que ~~retiver~~ alguma pessoa contra sua vontade por vinte e quatro horas, e retendo-o menos tempo de vinte e quatro horas, posto que nam caya em a pena sobre-*

dita de carcere privado, haverá outra qualquer pena publica que ao julgador parecer, segundo a qualidade das pessoas e o tempo. »

Daqui inferimos 1.^o que o art. só falla da retenção que dura vinte e quatro horas, e que o Codigo em vez de dizer — *até vinte e quatro etc.* — deveria dizer — *por vinte e quatro etc.* ; — 2.^o que o § se refere á detenção cuja duração fôr menor do que a estabelecida no art. ¹.

2.^a *Retenção por mais de vinte e quatro horas até vinte dias.* — A prisão neste caso é de tres meses a um anno (§ 2), porque o damno póde ser maior, e o ataque á liberdade é mais intenso.

Mas o Codigo, ainda mesmo que a retenção seja de mais de vinte e quatro horas, considera como circumstancia attenuante no § 3 o ter o criminoso dado liberdade ao retido dentro de tres dias ; mas para isto é necessario 1.^o que elle não tenha conseguido qualquer objecto a que se propozesse com a retenção, 2.^o que antes desses tres dias não tenha começado pro-

¹ Mas qual seria a razão porque a Ord. estabeleceu o termo de 24 horas? Para isto devemos advertir que a glossa e os antigos doutores á L. 1 Cod. *de privat. carcerib.* estabeleceram que, se a detenção era injusta, qualquer que fosse a sua duração devia ser punida com a pena da lei, e que se a detenção tinha uma causa justa (v. gr. quando qualquer prendia um ladrão em flagrante) não podia retel-o mais de 20 horas, e não o apresentando ao Juiz nesse prazo incorria no crime de carcere privado. A Ord. confundiu as duas especies. — Vide os nossos Leitão, *De inquisition.* quæst. 3 n.^o 68 e seg. ; Th. Vaz, *Allegat.* 13 n.^o 155 e seg.

cedimento criminal contra elle. Esta doutrina tem por base o art. 343.º do código francez; mas neste o praso é de dez e não de tres dias, como se acha estabelecido em o nosso, que seguiu a este respeito o art. 395.º do código hespanhol. A lei suppõe que por este facto o delinquente se arrependeu do delicto, e por isso lhe attenua a pena ¹.

3.ª *Retenção por mais de vinte dias.* — Neste caso augmenta a violação da liberdade, e a possibilidade do damno, e por isso a pena deve tambem augmentar. Não nos parece porem mui justa a imposição do degredo (§ 4); não havia necessidade alguma de mudar a natureza da pena, quando se podia aggravar a de prisão, que é tão analoga ao delicto, e quanto á multa é uma pena verdadeiramente aberrante, qual não devia figurar nesta Secção.

O systema do Código, graduando a pena segundo a maior ou menor duração da privação da liberdade, é razoavel, devendo a pena ser accommodada á gravidade da offensa, e ao damno causado. Nesta parte os códigos francez e hespanhol divergem alguma cousa, pois apenas estabelecem a regra geral, que comprehende a detenção até vinte dias, considerando a que excede esse praso como circumstancia aggravante.

No direito romano a pena deste crime era a capital, como já notamos; mas Justiniano levado de uma idéa mais philosophica veio modificar esse rigor pela L. 2 Cod. *de privat. carcerib.* na qual impõe ao criminoso tantos dias de prisão quantos tiverem

¹ Loaré tom. 15 pag. 440.

sido aquelles que durar a detenção do offendido ; « *tot dies manere in publico carcere, quot fuerit quis in privato ab eis inclusus.* » Na opinião do Sr. Paschoal era esta a pena mais accommodada e analogo a este crime.

A nossa Ord. Liv. 5 Tit. 95 puniu o carcere privado com degredo para Africa ; se o delinquente era plebeo, o degredo era de cinco annos ; se escudeiro, eram os mesmos cinco annos, e accrescia a multa de tres mil réis para a Chancellaria-mór ; se fidalgo ou cavalleiro, o degredo não excedia a quatro annos.

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.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 396.º ; de França (reformado em 1832) art. 344.º ; das Duas Sicilias art. 170.º e 171.º ; etc.

COMMENTARIO.

Estas duas causas de aggravação, admittidas tambem pelos codigos estrangeiros citados, são justas. Parece-nos comtudo que não podem ser equiparadas para os effeitos da imposição da pena. Pelo que res-

peita ás torturas corporaes e ameaças de morte serão admissiveis os trabalhos publicos (uma vez que se admitta esta pena) por offerecerem alguma analogia com o crime. Mas para o caso de simulação de auctoridade parece-nos uma pena excessiva, porque não é uma circumstancia tão grave e violenta como a das torturas e ameaças.

O que não podemos admittir é a generalidade do art. Se o Codigo julgou necessario estabelecer no art. antecedente uma gradação para a penalidade, como vem agora negar essa idéa rasoavel que seguiu, dizendo-nos que em qualquer dos casos desse art. a pena, dadas estas circumstancias aggravantes hade ser a mesma? Supponhamos a hypothese do § 1.º do art. 330.º; um individuo, simulando de cabo de policia, prende outro e detem-o em sua casa um dia. Houve a simulação, a que se refere o presente art., mas deverá por isso impôr-se ao delinquente a pena de trabalhos publicos temporarios? Não é necessario dizer mais para mostrar o vicio que domina uma regra tão absoluta.

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.

COMMENTARIO.

A hypothese do art. é clara. Um individuo commette o crime de carcere privado; é descoberto o de-

licto, mas o offendido desaparece e não se encontra. Neste caso, diz o Código, se o delinquente não provar que lhe deu a liberdade, ou não indicar o local aonde elle existe ¹, é punido com trabalhos publicos por toda a vida; a razão é porque o Legislador suppõe que o offendido foi morto.

Nem se diga que a lei parte de uma presumpção, que póde falhar; pois sendo os meios de destruir essa presumpção os dous que o Código aponta, é claro que na mão do réo está o destruil-a.

Artigo 333.º

As disposições dos art. antecedentes são applicaveis aos empregados publicos que commetterem este crime fóra do exercicio de suas funcções.

COMMENTARIO.

Foi introduzido nesta Secção este art. para evitar uma questão que em França se suscitou á vista da generalidade em que se acha concebido o art. 341.º do código penal; e vem a ser se nelle se comprehendem os empregados publicos que abusando de seu poder; ordenam ou fazem detenções illegaes ou arbitrias. Chauveau resolve esta questão fazendo uma distincção: ou o empregado pratica essa detenção no exercicio de suas funcções ou não; no primeiro caso

¹ Mas neste caso não basta indicar o local para evitar a pena do art.; é necessario que a justiça o descubra nesse local, d'outro modo a lei seria illudida facilmente.

esse facto está sujeito ás regras que o código francez estabelece no art. 114.º para a punição dos attentados á liberdade commettidos por funcionarios publicos; no segundo estão comprehendidos no art. 341.º, porque se o empregado não obra no exercicio de suas funcções, o seu facto é um delicto commum ¹.

Esta distincção de Chauveau foi seguida pelo nosso Código neste art. para evitar a questão que se poderia suscitar.

Artigo 334.º

Salvos os casos em que a lei permite aos individuos particulares a prisão de alguem, todo aquelle que prender qualquer pessoa para a apresentar á auctoridade, será punido com a prisão de tres a trinta dias.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. do Brasil art. 181.º; de Hesp. art. 397.º; etc.

COMMENTARIO.

Os individuos particulares a quem as leis permitem a retenção ou prisão d'alguem são os seguintes.

1.º O pai póde reter o filho em sua casa para o fim da correccão — Ord. Liv. 5 Tit. 95 § 4, Dec. de 30 de Setembro de 1693 ².

¹ Chauveau n.ºs 2951, 2952; a sua opinião é a mesma de Rauter §§ 312, 479, de Haus tom. 2 pag. 50; e de Destriveaux pag. 48 e seg. — Pela opinião contraria está Carnot ao art. 341.º n.º 1.

² O mesmo dispunha no direito romano a L. 3 Cod.

2.º O marido a sua mulher.

3.º Qualquer particular o ladrão, ou outro algum delinquente apanhado em flagrante delicto, com tanto que o entregue á justiça dentro de vinte e quatro horas, aliás incorre no crime de carcere privado — Ord. Liv. 1. Tit. 65 § 37, Tit. 75 § 10, Liv. 5 Tit. 60 § 7, L. de 5 de Janeiro de 1785, etc.

Fóra destes casos o particular que prender qualquer individuo para o apresentar á auctoridade publica é punido com prisão de tres a trinta dias. A pena é menor do que na hypothese dos art. anteriores, porque tambem o é a criminalidade. Quem prende outro para o apresentar á auctoridade é porque o julga criminoso; commette, é verdade, um acto punivel, mas com intenção de fazer um serviço á segurança publica.

A citada Ord., e entre os romanos as LL. un. *de emend. serv.*, e un. *Cod. an servus pro suo facto.* e 6 § 3 *Dig. de Senatuscons. Syllanian.*, davam ao senhor o direito de prender o escravo, mas hoje, abolida a escravidão, está em desuso.

A mesma Ord. § 3, e a do Liv. 4 Tit. 76 § 3 permittiam tambem ao credor prender o devedor suspeito de fuga, mas já de ha muito se acha abrogada pela L. de 20 de Junho de 1774 § 19, e pelo Asento de 18 de Agosto do mesmo anno¹.

de patr. potest., e se deduz da L. un. *Cod. de emend. propinq.*

¹ Antigamente os Bispos, com licença regia, podiam ter carceres. — Alvará de 28 de Abril de 1647. Nos conventos tambem eram auctorisados os carceres, mas só para correcção e emenda; tinham porem os Cor-

Nos casos em que a lei permite aos individuos particulares a retenção de algum, se se empregarem actos de violencia, qualificados crimes pela lei, serão punidos ~~esses~~ actos de violencia com as penas correspondentes.

COMMENTARIO.

A nossa legislação já reconhecia tambem que o direito das pessoas, mencionadas no commentario ao art. antecedente, não se estendia, ~~nem podia~~ estender a actos tão criminosos.

A respeito do pai, não tem elle sobre o filho como no antigo direito romano o *jus vitæ et necis*; o seu poder só se estende até á correcção, consequencia necessaria do direito de educação; pertencendo á auctoridade punir os crimes do filho. Por isso a Ord. Liv. 5.ª Tit. 95 § 4 dá sómente ao pai o direito de encerrar seus filhos « *pelos castigar e emendar de más manhas e costumes, porque em tal caso os poderá prender.* »

Lobão no seu tractado de *obrigações reciprocas* § 140, quer sustentar que as nossas leis não limitam até um certo ponto este direito de castigar, e consideram ainca o pai como juiz e magistrado domestico.

regedores obrigação de visitar esses carcerees todos os annos para evitar e provêr á oppressão dos Prelados. — Resol. de Consulta do Desembargo do Paço de 2 de Maio de 1775, e Provisão de 13 de Julho do mesmo anno.

Esta doutrina porem é falsa, porque da Ord. Liv. 5 Tit. 36 § 1 in fine se vê que o pai que ferir o filho com arma não é isempto da pena respectiva, inferindo-se daqui que a Ord. limitava o patrio poder de modo que nunca podesse converter-se em violencias ¹. Com effeito se um pai feria gravemente um filho em termos que excedessem os limites de uma correção, o juiz, sendo o caso de devassa, podia *ex officio* devassar, e punir o pai ². E como o filho não pôdia querellar delle, facultava-se-lhe sendo deshumanamente tractado, requerer ao magistrado a sua emancipação ³.

Quanto ao marido tambem já em a nossa antiga jurisprudencia se admittia o principio de que a mulher gravemente ferida podia querellar delle, como attestam Phebo ⁴ e outros escriptores: por ser principio corrente entre elles que o marido só tem direito a dar uma simples correção moderada ⁵. E tal era o **excesso**

¹ A antiga legislação dos foraes ressentia-se mais dos principios do antigo direito romano. No Foral do Porto § 26 impondo-se penas aos que ferissem com armas ou sem ellas se exceptuou: *« quem castigando sua mulher e fillos-familiares tirar sangue: »* e no Foral de Coimbra no titulo — *pena de arma e sangue* — se diz: *« nem pagará (a dita pena) a pessoa, que castigando sua mulher e fillos, e escravos tirar sangue. »*

² Pegas tom. 5 á Ord. Liv. 1 Tit. 65 § 31 n.º 31.

³ Lobão, *Obrig. reciprocas* § 72.

⁴ Part. 2 Aresto 155; Barbosa, á Ord. Liv. 5 Tit. 117 § 1 n.º 1, e Tit. 38 § 1. — Vejam-se tambem os foraes citados na nota 1.

⁵ Guerreiro, *Tract. 2 de division.* lib. 6 cap. 8 n.º 71; Repert. á Ord. v.º *Castigar pôde o marido a mulher*; etc.

a que elles levavam esta sua doutrina, que alguns doutores sustentaram que se a mulher fugisse de casa do marido por sevicias e commettesse adulterio, não a podia elle accusar por este crime ¹.

Sem nos demorarmos mais em expôr a nossa antiga legislação e jurisprudencia a este respeito, a disposição do art. justifica-se facilmente por duas razões ; 1.^a porque a detenção ou tem por fim a correcção (como na que os pais tem direito a empregar em relação aos filhos), ou a segurança de alguns criminosos (v. gr. no caso de flagrante delicto), e para obter qualquer destes fins as violencias não ou inuteis ou contrarias a elle, e não deixam de ser um crime ; 2.^a porque se as auctoridades, que tem direito de ordenar ou executar a prisão dos individuos, não podem empregar actos de violencia, muito menos os particulares, a quem as leis concedem o direito de deter ou prender algum individuo.

Uma duvida porem se pôde suscitar a respeito dos particulares que em flagrante delicto podem prender qualquer criminoso. Se este offerecer resistencia tal que seja preciso para o prender usar de violencias, ficará a pessoa, que as empregar, incursa na disposição deste art. ? Julgamos que não; porque se o empregado publico com motivo legitimo as pôde empregar,

¹ Vide Fragoso, *De regimine reipubl.*, introd. § 1 n.^o 14 ; etc. — A respeito dos escravos determinou o Dec. de 30 de Setembro de 1693 que os senhores, quando os mandassem prender, os não molestassem com ferros, nem mettessem em cadêas mais apertadas do que fosse necessario para sua segurança.

como se deduz desse art., e do 1015.º da Nov. Ref.; igual razão se dá em relação ao particular a quem a lei auctorisca a prender em flagrante um criminoso.

CAPITULO 2.º

DOS CRIMES CONTRA O ESTADO CIVIL DAS PESSOAS.

As expressões *estado civil* comprehendem tudo aquillo que é relativo á condição social das pessoas, como é o nome do individuo, seus direitos e obrigações de família, sua posição no Estado e na sociedade etc. ¹.

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 algum, usurparem os direitos conjugaes por meio de falso casamento, ou que para o mesmo fim se fingirem casados, ou usurparem quaesquer direitos de família, serão condemnados a degredo temporario.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 384.º; do Brasil art. 255.º; etc.

¹ Toullier tom. 1 n.º 201.

COMMENTARIO.

Usurpa qualquer o estado civil de uma pessoa, diz Pacheco ¹, quando finge ser essa mesma pessoa para usar de seus direitos; quando usurpa a sua filiação, paternidade, ou direitos conjugaes. A usurpação do estado civil vem portanto a ser a falsidade applicada não ás cousas, mas á pessoa. Não se podem negar as funestas consequencias de que estes factos são susceptiveis, e por isso o Legislador os pune severamente.

Uma cousa se deve ter sempre em conta neste crime: para haver usurpação criminosa do estado civil é mister que o accusado tivesse em vista privar a outrem de algum direito, ou vantagem que lhe podiam resultar de seus direitos. E' o que o art. quiz significar no adverbio «*dolosamente,*» e nas palavras «*para prejudicar os direitos de alguém.*»

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.

Artigo 338.º

Se o homem, ou mulher que contrahir matrimonio, tiver conhecimento de que é casada a pessoa

¹ Tom. 3 pag. 218.

com quem o contrahir, será punido pelas regras da cumplicidade.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Vide o commentario.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 340.^o; de Hesp. art. 385.^o; do Brasil art. 249.^o; das Duas Sícilias art. 331.^o; da Austria art. 185.^o-187.^o; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Entre nós foi a bigamia punida com pena de morte pelo Sr. D. Diniz pela L. de 11 de Agosto da era de 1340, pena que passou para a Ord. Liv. 5 Tit. 19 pr. — O Sr. D. Duarte julgando aquella pena assaz dura mandou que se não executasse sem primeiro lhe darem parte; e desta sua determinação foi deduzido o § 1 da citada Ord.

COMMENTARIO.

A monogamia é a verdadeira condição do matrimonio, sem ella não póde concebê-lo a philosophia do direito, nem santificá-lo a Religião que professamos¹. Sendo pois a monogamia o principio vital do matrimonio, sendo este a base da familia, e esta o fundamento da sociedade, violar aquelle principio é

¹ São estranhas a este escripto las questões que os philosophos tem agitado a semelhante respeito; accéitamos a monogamia como um principio sancionado para nós pelo direito, pela moral, e pela Religião.

atacar a sociedade nos seus mais caros interesses, violar o direito e a moral, é menoscar a dignidade e a honra da sociedade.

A criminalidade que o facto incriminado apresenta em vista destas observações, accresce que o delinquento ataca a fé conjugal do primeiro matrimonio e commette uma falsidade, pois não poderia ser auctor da celebração do novo matrimonio sem allegar que é solteiro ou viuvo.

Os elementos constitutivos deste crime são estabelecidos no art. 337.º, são os seguintes; 1.º que o delinquento esteja ligado por um matrimonio anterior; 2.º que contraia segundo ou ulterior matrimonio, sem que esse a que se acha ligado seja legitimamente dissolvido; 3.º que haja dolo.

1.º *Que o delinquento esteja ligado por um matrimonio anterior.* — A razão é clara; para que exista o crime é necessario que o delinquento contraia novo matrimonio existindo um anterior.

2.º *Que contraia segundo ou ulterior matrimonio, sem que o anterior esteja legitimamente dissolvido.* — Este facto é que constitue propriamente o crime, o qual se consumma, diz Rauter, com a celebração do novo casamento. E' necessario que o anterior matrimonio não esteja legitimamente dissolvido; pois se o estiver, é como se não existisse, e não póde haver crime sem a sua existencia.

Se pois o accusado allegar em sua defesa que o anterior matrimonio é nullo, deverá a questão da nullidade ser resolvida pelo Juiz Ecclesiastico.

3.º *Que haja dolo.* — O nosso Codig

estabelece expressamente, nem era necessario que o fizesse, porque é principio geral que sem a intenção criminosa não existe crime. Mas em que consiste o dolo neste crime? em o delinquente saber que ao tempo em que contrahiu o segundo ou ultimo matrimonio se achava ainda ligado por outro. Por isso o con-
 jugue que contrahe novo matrimonio julgando errada-
 mente, mas em boa fé, ser morto o outro, não obra
 com dolo. Já não succederia o mesmo, adverte Rau-
 ter, se o delinquente que contrahiu novo matrimonio,
 allegasse que julgára nullo o anterior, porque não é
 a elle que competia decidir da nullidade, cujo conhe-
 cimento cabe privativamente ao Juizo ecclesiastico.

Mas aqui se póde suscitar uma duvida impor-
 tante. Quando o Codigo declara não haver crime se
 o anterior matrimonio estiver *legitimamente* dissolvi-
 do, exigirá para isso a sentença do Juiz ecclesiastico
 que *preceda* a celebração do ulterior casamento, ou
 consentirá que, mesmo sem essa precedente sentença,
 o réo possa allegar em sua defesa a nullidade, sendo
 decidida como questão prejudicial no Juizo ecclesiast-
 tico, antes da auctoridade civil pronunciar?

Se pela expressão *legitimamente* o Codigo quiz
 fallar não só das causas legitimas, mas tambem da
 declaração do Juizo ecclesiastico, nada vale ao réo
 allegar em sua defesa a nullidade; mas se sómente
 se referisse ás causas legitimas, então parece que deve
 ser admittido ao accusado esse meio de defesa.

Inclinamos a esta segunda opinião, pois do con-
 trario resultariam grandes absurdos. Um individuo
 casou, mas o seu matrimonio era insanavelmente nul-
 lo: todavia sem ter proposto a acção competente no

fôro ecclesiastico, contrahiu novo matrimonio. Se fôr accusado de bigamia, e não se lhe admittir a escusa da nullidade para ser decidida pelo Juizo ecclesiastico, exigindo-se decisão do mesmo Juizo, anterior ao novo casamento, qual será o resultado, se fôr condemnado interpretando-se o art. do Codice por este modo? Se o condemnado fôr propôr a acção de nullidade nesse Juizo, e este declarar nullo o primeiro matrimonio, teremos o spectaculo revoltante de vêr um individuo soffrer a pena do bigamo quando a Igreja julga nullo, e não existente o primeiro matrimonio.

Já daqui se vê que não assentimos á opinião de Rauter, pelo absurdo que della póde resultar, e que damos ao Codice uma interpretação mais rasoavel, a qual parece tambem ser admittida por Merlin no seu Repert. v.º *Bigamie* ¹.

Quanto á pena approvamos a de prisão, a qual é tambem imposta pela legislação prussiana, austriaca, ingleza, e brasileira; mas não podemos admittir a pena de muleta, por não ter analogia alguma com o facto incriminado.

Entre os romanos foi este delicto até Justiniano sómente notado com a infamia, como se vê da L. 1 *Dig. de his qui notantur infamia*, aonde enumerando-se aquelles que nella incorriam se menciona o que *bina sponsalia, binasve nuptias in eodem tempore constituta habuerit*. O Christianismo não podia deixar de reformar nesta parte uma legislação tão immoral, e por isso Justiniano na L. 2 *Cod. de incest.*

¹ Chauveau n.º 2927 e seg.; Rauter n.º 475 e seg.; Carnot ao art. 340.º do codigo francez;

et inut. nupt., declarou: *neminem, qui sub ditione sit romani nominis, binas uxores habere posse, vulgò patet: cum etiam in edicto prætoris hujusmodi viri infamia notati sint; quam rem competens judex inultam esse non patietur*¹.

Tinha porem esta lei o defeito de deixar a pena a arbitrio do Juiz, e dahi veio divergirem os antigos escriptores sobre a qualidade de pena que devia ser imposta, querendo uns que fosse a de adulterio, fundados na L. 30 Cod. *ad leg. Jul. de adult.* e Nov. 117, outros a de estupro, outros que ficasse ao arbitrio do Juiz segundo as circumstancias².

Antes de passarmos ao commentario do art. seguinte, convém examinar uma questão importante. Para ser punivel a tentativa, em que momento se poderá a respeito da bigamia fixar o começo de execução? Mr. Benech, n'um art. escripto na *Revista de legislação franceza de 1841*, parece sustentar que neste crime não é possivel punir senão o facto consummado, porque a tentativa ou começo de execução presuppõe um facto complexo, susceptivel de ser decomposto, e o casamento consiste n'um facto simples impossivel de decompôr. Isto porem não é exacto; o matrimonio tem materia e fórma; a materia é o consentimento dos contrahentes, a fórma a benção sacer-

¹ Sobre as disposições do direito romano vide Wachter, *Lehrbuch des Strafrechts* § 215, Kock, *Dissert. de bigamia et de pœn. bigam.* (Groning. 1803); etc.

² Farinacius, *Quæst.* 141 n.º 3 e seg.; Jul. Clarus, *Sent.* lib. 5 § *Fornicatio* n.º 30; Menochius *De arbitr. judic.* lib. 2 cas. 420; Boehmer, *Ad Carpzov.* quæst. 66, cas. 1; etc.

dotal; por isso não se póde negar que a celebração dos esponsacs, por exemplo, constitua começo de execução, pois podemos considerar separadamente a materia e a fórma do matrimonio ¹.

Passando agora ao art. seguinte, a sua disposição é justa; se o individuo que vai casar com o bigamo ignorar que este se acha ligado por um matrimonio anterior não é criminoso; mas sabendo-o deve ser punido segundo as regras da cumplicidade. Era esta tambem já a doutrina de Puttmann consignada no § 636 dos seus *Elementa juris criminalis*.

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 neste Código.

COMMENTARIO.

O codigo hespanhol foi muito mais providente do que o nosso; impõe penas aos que contrahirem matrimonio tendo impedimento dirimente, aos menores que o contrahirem sem licença de seus pais ou na sua falta, daquelles que os representam, etc. O

¹ A publicação dos banhos ou proclamas não póde considerar-se como começo de execução, e apenas talvez como acto preparatorio. Assim o decidiu o Tribunal de Cassação em França por acordão de 23 de Novembro de 1839. — Vide Morin, v.º *Bigamie*.

nosso Código usou do systema das remissões, a que parece ser tão afeiçoado, e que todavia é um grande defeito.

SECÇÃO 2.^a

PARTOS SUPPOSTOS.

Commette crime de parto supposto, aquelle ou aquella que introduz ou pretende fazer considerar alguem como filho de pessoas que lhe não deram o ser. A transcendencia deste crime é de primeira intuição, vai transtornar a ordem das familias, que é um dos principaes elementos da ordem social, e introduz nel-las um individuo estranho, fazendo assim um roubo aos legitimos herdeiros, a quem caberiam esses bens se não tivesse havido essa falsidade. Por isso a Ord. Liv. 5 Tit. 55 pr. dizia ser este crime acompanhado de muitos outros.

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 fôr sabedor, e consentir.

§ 2.º Os que para este crime concorrerem, serão punidos como auctores, ou cúmplices, segundo as regras geraes.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

A pena do parto supposto, crime mui frequente em

trios romanos, era a capital — L. 1 Cod. *ad leg. Cornel. de fals.* Vide Lyncker, *De partu supposito.*

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 345.^o; de Hesp. art. 382.^o; das Duas Sicilias art. 346.^o; do Brasil art. 254.^o; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

A nossa Ord. Liv. 5 Tit. 5 punia este crime com degredo perpetuo para o Brasil, e confiscação de bens.

COMMENTARIO.

O crime de parto supposto, segundo o art., póde commetter-se de dous modos; ou quando se finge a gravidez, e se apresenta um filho estranho como resultado della; ou quando a gravidez existe realmente, e se troca ou substitue o fructo della (ou seja vivo ou morto) por outro. A pena é o degredo temporario, conservando o Codigo por esta fórma a pena da Ord., attenuando-a porem pela achar muito grave.

No § 1 se impõe ao marido a mesma pena, se fôr sabedor do crime e nelle consentir; é o mesmo que já estabelecia a Ord. Liv. 5 Tit. 55 § 3.

A disposição do § 2, copiado do pr. da Ord., era escusada, por ser uma consequencia dos principios geraes estabelecidos no Livro 1.^o. Já se encontrava na L. 3 Dig. *de carbon. edicto.*

A Ord. determina que a mulher possa logo ser accusada pelo marido ou herdeiros deste; mas como da condemnação della podia resultar ser o filho considerado como supposto, seguindo-se a este grande

damno, se a sentença fosse logo executada, declara que a sentença não aproveite nem prejudique ao filho em quanto este não chegar á puberdade, idade em que já póde defender-se.

Daqui póde resultar a incoherencia de ser a mãe condemnada como criminosa, e vir depois o filho provar a sua legitimidade, havendo por este modo duas sentenças oppostas ; mas a lei julgou melhor fechar os olhos a esta incoherencia, do que ir contra a regra de que ninguem deve ser condemnado sem ser ouvido.

Artigo 341.º

Será punida com os trabalhos publicos temporarios a falsa declaração dos pais de um infante, feita, ou com consentimento, ou sem consentimento delles, perante a auctoridade competente, e com o fim de prejudicar os direitos de algum ; 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.

COMMENTARIO.

Dous são os factos que o Legislador considerou tambem neste art. como crime de parto supposto. Verifica-se o primeiro quando se declara falsamente perante a auctoridade competente, com o fim de prejudicar os direitos d'outrem, que são pais de um infante, pessoas que realmente o não são, embora isto se faça com o consentimento dellas.

Verifica-se o segundo quando tambem perante

a auctoridade competente, e com o mesmo fim se declara o nascimento ou morte de um infante que nunca existiu.

Ambos estes factos tem por fim crear um estado, e offender direitos de familia ou ainda de terceiros, e por isso o Código os considera como crime de usurpação de estado, por meio de supposição de parto ¹.

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 lugar em que, com auctorisação das pessoas encarregadas da sua guarda ou direcção, elle se achar, será condemnado a prisão maior temporaria.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 364.^o; de Hesp. art. 398.^o; etc.

COMMENTARIO.

A subtracção de menores era pelos romanos punida com as penas do crime de plagio, como se vê da L. 16 Cod. *de lege Fabia de plagiar*. E' um facto que ataca as affeições mais intimas e santas, e os direitos mais sagrados e respeitaveis.

Seria applicavel este art. áquelle que tirasse uma

¹ Chauveau n.^o 2974; etc.

criança, e lhe dêse a liberdade fazendo-a voltar para casa de seus pais? D. Joaquim Pacheco pensa que neste caso só haveria carcere privado. O que é certo é que o art. só comprehende os que (como se contava dos ciganos) roubam ou subtrahem um menor ou seja para ficarem com elle, ou para fazerem perder as noções de sua origem, e da sua existencia ¹.

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 pais ou tutores, ou dos que forem encarregados de sua pessoa, ou a abandonar o lugar 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 lugar.

§ unico. Se o menor tiver menos de dezeseete annos, a pena será o maximo da prisão correccional.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 400.º; das Duas Sicilias art. 337.º; etc.

COMMENTARIO.

O codigo de Hespanha julga que até á idade de sete annos póde o menor ser subtrahido de casa de seus pais ou tutores, mas que dessa idade por diante já não sahirá por violencia, mas só por seducção: e por isso no art. 400.º pune sómente aquelles que in-

¹ Pacheco tom. 3 pag. 353.

duzirem um menor de vinte um annos, mas maior de sete annos, a abandonar a casa de seus pais.

O nosso Codigo, com mais alguma razão, reconheceu que a subtracção tambem se podia verificar em menores superiores a sete annos, e por isso incrimina no art. aquelles que obrigam *por violencia* ou seducção os menores de vinte um annos a abandonar a casa de seus pais, tutores, etc.

A idéa do § 1, pelo qual se agrava a pena se o menor ainda não tem dezeseite annos, foi motivada talvez pelo art. 337.º do codigo das Duas Sicilias. A razão porque se escolheu essa idade não podia ser senão o julgar-se que só della em diante é que o menor tem força e astucia sufficiente para cerrar ouvidos á seducção, e para evitar ou resistir á violencia.

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 fôr 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 lugar.

§ 2.º Em todos os casos até aqui enunciados nesta Secção, aquelle que não mostrar aonde 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 temporaria com trabalho.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Hesp. art. 399.º; de França art. 332.º
etc.

COMMENTARIO.

A materia do art. tendo tambem a reprimenda das perturbações do estado civil; mas o Codigo reprimende graves os factos nelle enunciados, e impõe trabalhos publicos temporarios, por isso que ter consequencias mais graves.

A doutrina do § 1 é facil de justificar, pois a maior idade tem o menor, menos perigo offerece, e factos incriminados e por isso a pena deve diminuir.

O § 2 é fundado na mesma razão que se vêmos no commentario ao art. 332.º.

O § 3 tem por base a segunda parte do art. 345.º do codigo francez, mas é mais claro. O codigo que será punido com a reclusão *agarrando-se encarregado de um menor não offerece perigo ás pessoas que tem o direito de o reclamar* nosso acrescentou « *nem justificar o seu desapparecimento,* » para indicar que não basta uma recusa á primeira requisição para constituir crime, é necessario que se verifique o desaparecimento do menor.

Naturalmente o Codigo foi levado a isto pela doutrina de Carnot no commentario ao art. 345.º

doutrina que é falsa, como bem mostrou Haus, cujas razões são applicaveis tambem ao nosso Codigo.

Com effeito se para ser criminosa a recusa de apresentar o infante ás pessoas que tem o direito de o reclamar, é preciso que o accusado não justifique o desaparecimento d'elle, segue-se que não pôde verificar-se o crime reprimido no §, sem que a criança tenha desaparecido. Mas daqui resulta que então o crime não vem a ser *recusa de apresentar o menor*, mas uma verdadeira *subtracção e occultação* já punida com trabalhos publicos por este mesmo art.

A hypothese do § devia ser a que Haus figura interpretando a segunda parte do art. 345.º do codigo francez. Tal seria o caso em que uma pessoa, sem negar que o menor lhe foi confiado, recusasse com obstinação apresental-o, de modo que forçasse os que tinham direito a reclamal-o a recorrerem aos tribunaes para obterem a entrega. Esta especie de sequestração ou detenção do menor é que o legislador francez quiz punir, e seria assim que o nosso o deveria ter entendido, sem se ligar ás idéas, aliás menos exactas, de Carnot ¹.

SECÇÃO 4.^a

EXPOSIÇÃO E ABANDONO DOS INFANTES.

A exposição consiste no acto de depôr o infante em um lugar publico. O abandono (a que os francezes chamam *délaissement*) consiste em desamparal-o

¹ Haus, *Observat.* tom. 3 pag. 21 e seg.; Rauter § 481; Chauveau n.º 2977 e seg.; etc.

nesse lugar privado, ainda que momentaneamente, dos soccorros que exige a sua idade, ou sem o delinquente ter a certeza de que o infante é soccorrido ¹.

A criminalidade de semelhantes factos é evidente; e nos art. desta Secção veremos que essa criminalidade pôde augmentar segundo o lugar da exposição, segundo as pessoas que a commettem, e segundo o maior ou menor risco que correu o infante.

Artigo 345.º

Aquelle, que expozer e abandonar, ou fizer expôr, e abandonar algum menor de sete annos em qualquer lugar, 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 fôr em lugar ermo, será condemnado a prisão maior temporaria.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 349.º, 352.º; de Hesp. art. 401.º; das Duas Sicilias art. 403.º; da Austria art. 133.º - 135.º; etc.

COMMENTARIO.

Fixada a intelligencia das expressões, *exposição e abandono*, segue-se determinar os elementos do crime, os quaes são tres; 1.º que haja exposição e abandono de um menor; 2.º que o exposto e abandonado

¹ Chauveau n.º 2991, 2992.

do seja menor de sete annos ; 3.º que a exposição não seja em estabelecimento publico destinado á recepção dos expostos.

1.º *Que haja exposição e abandono.* — Já sabemos a força destas expressões ; havendo só a notar que para existir o crime não basta a exposição, é necessario que esta seja seguida de abandono ; pois não existindo este cessaria a razão da lei que é o perigo que póde resultar ao menor. E' isto que se deduz da copulativa — e — empregada no art. ; e assim tem sido entendido em França o art. 352.º do seu codi-go penal pelo Tribunal de Cassação ¹.

2.º *Que o exposto e abandonado seja menor de sete annos.* — Em geral o abandono de menores verifica-se nos primeiros dias de sua existencia, mas póde ter lugar mesmo depois. Era necessario porem marcar um praso além do qual deixasse de haver abandono punivel, por não existir a razão da lei : esse praso é o de sete annos, á imitação do que dispõe a lei franceza e hespanhola ; porque o Legislador presume que passada essa idade raras vezes o abandono poderá exercer uma influencia funesta sobre os dias do infante, visto como elle a esse tempo póde já fazer conhecer as pessoas em cujo poder se achava, e a sua habitação, declarações que são quasi impossiveis da parte de um menor de sete annos.

3.º *Que a exposição não seja em estabelecimento publico destinado á recepção dos expostos.* — A ra-

¹ Em acordãos de 7 de Junho de 1834, 19 de Julho, e 29 de Novembro de 1838. — Vide Carnot, ao art. 349.º n.º 3.

ção é porque se a exposição fôr, por exemplo, na *roda* dos expostos, não ha propriamente abandono e não periga a vida do infante. Apesar disto a lei attendendo á circumstancia especial em que se acham os pais para com os filhos, pune-os quando elles tendo meios de os sustentar os vão expôr na *roda*, como veremos no art. 548.º.

Pena. — A penalidade do Código é graduada, á imitação da legislação franceza, segundo o local aonde se verificou a exposição, segundo a qualidade das pessoas que commetteram o crime, e segundo o maior ou menor damno que da exposição resultou ao infante. *Morin v.º Abandon d'enfant § 3 n.º 11* julga que esta gradação da pena é filha do systema utilitario; mas não nos parece ter razão. Se o crime tem dous elementos o intencional e o objectivo, a pena deve ser graduada em harmonia com ambos elles. As regras para a graduar em attenção á intenção são geraes e communs a todos os delictos, e acham-se no Livro 1.º; as regras para a graduar em relação ao damno causado são especiaes a cada crime e dependem da natureza delle.

No art. e no § 1 a pena é graduada em attenção ao local. Sendo a exposição e abandono em lugar ermo, a pena é a prisão maior com trabalho; sendo em lugar não ermo, é a prisão de um mez a tres annos e multa correspondente.

A pena não podia deixar de ser mais grave no primeiro caso. « Quem expõe um infante n'um lugar não solitario parece ter mais por fim fazer perder os vestigios do seu nascimento, do que tirar-lhe a vida; mas quem o expõe n'um sitio ermo e isolado faz pre-

sumir a intenção de destruir a existencia a um infante desgraçado, que devendo muitas das vezes a vida a um crime, é destinado a perdê-la por meio d'outro crime.»

Esta razão, com que no Conselho d'Estado foi justificado em França o systema do codigo no relatório de Mr. Monseignat, é exacta. A exposição n'um local solitario não só é mais perigosa para o exposto, mas até indica maior perversidade no delinquente.

Mas que se deve entender por lugar *ermo* ou *solitario*? Esta expressão, diz Chauveau, não deve, a respeito deste crime, ser tomada em sentido absoluto: a solidão do lugar é relativa, e depende das circumstancias. Não será solitario, continúa o mesmo auctor, se se presumir que o infante podia com probabilidade ser promptamente soccorrido; mas sel-o-ha senão houver essa probabilidade¹. E' a mesma idéa do codigo da Austria no art. 134.º, e no antigo da Prussia art. 969.º e 970.º.

Com effeito a experiencia mostra entre nós mesmo que ha lugares perfeitamente ermos, aonde certos dias do anno tem lugar romarias, concorrendo a ellas uma multidão immensa; e se a exposição tivesse

¹ « Era impossivel que a lei, dizia Faure expondo os motivos do codigo francez, dêsse uma explicação precisa da palavra *solitario*. A determinação desta expressão incumbe aos juizes, segundo as circumstancias; porque o lugar mais frequentado pôde algumas vezes ser muito solitario, e pelo contrario o lugar mais solitario pôde tambem algumas vezes ser muito frequentado.» — Loaré tom. 15 pag. 441.

lugar nessa occasião, nem por isso se havia julgar que ella se verificára em sitio ermo.

E' por isso que Chauveau, de accordo com Haus, observa que não é justa a opinião de Destriveaux, o qual pretendeu estabelecer *como these* que toda a exposição praticada de *noite* devia ser reputada feita em lugar solitario; é uma questão que só se póde decidir *em hypothese* pela regra que estabelecemos¹.

Artigo 345.º (continuação.)

§ 2.º Se fôr commettido este crime pelo pai ou mãe legítimos, ou tutores, ou pessoa encarregada da guarda, ou educação do menor, será aggravada a pena com o maximo da multa.

LEGISLAÇÃO ROMANA.

Vide o commentario.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de Sardenha art. 556.º; etc.

LEGISLAÇÃO PATRIA ANTERIOR.

Vide o

COMMENTARIO.

Dissemos que a penalidade do crime de exposição era graduada segundo o local onde esta se verificava, segundo as pessoas que a tinham praticado, e segundo o maior ou menor perigo que della havia

¹ Chauveau n.º 2989; Haus tom. 3 pag. 25; Destriveaux pag. 133; etc.

resultado ao menor. Já a consideramos em relação ao local, agora vamos examinal-a em relação ás pessoas que a praticam.

Diz o Codigo que se fôr commettido o crime de exposição pelos pai ou mãe legitimos ou tutores, ou pessoa encarregada da guarda ou educação do menor ¹, a pena estabelecida no art. e no § 1 será aggravada com o maximo da mulcta. Assim sendo a exposição em lugar não solitario vem a ser prisão de um mez a tres annos; sendo em lugar solitario vem a ser prisão maior temporaria e mulcta até tres annos, que é o maximo della **segundo o art. 41.º**.

Algumas reflexões se nos offerecem contra a doutrina do paragrapho.

A primeira é que iguala a criminalidade do pai ou mãe á do tutor ou á da pessoa encarregada da guarda e educação do menor, quando é certo que os vinculos de sangue que unem os pais aos filhos, e as obrigações que a natureza impôz áquelles tornam muito maior a sua criminalidade.

Em segundo lugar parece-nos immoral limitar á aggravação ao pai e mãe *legitimos*, e considerando o crime do pai ou mãe *natural* igual ao de qualquer estranho, como se não houvera a mesma razão em ambos os casos ².

Em terceiro lugar fazer consistir a aggravação na mulcta é um contrasenso; pois que analogia haverá entre o crime e a mulcta? a aggravação deveria ser corporal e não pecuniaria.

¹ V. gr. uma ama de leite, uma aia; etc.

² Vide Rauter § 482; Chauveau n.º 2996.

Concluiremos o commentario a este paragrafo expondo a legislação romana sobre a exposição dos filhos feita pelos pais, facto que não só por muito tempo não foi criminoso, mas até constituia um direito.

Na época dos Reis o pai tinha direito de expôr ou matar logo á nascença os filhos que nascessem defeituosos ou monstruosos, sendo o defeito ou a monstruosidade reconhecida por cinco visinhos. Esta lei, que Dionisio de Halicarnasso attribue a Romulo, passou para as Doze Taboas. Porem com o volver dos annos foi esta restricção cahindo em desuso e os pais expunham os filhos recém-nascidos como bem lhes parecia; prática esta que ainda vigorava no tempo dos Jetos, de cujos escriptos foi compilado o Digesto.

Este costume apparece fulminado nos escriptos de Tertulliano e de Lactancio⁴; e parece incrível como um pouco antes do celebre apologista, Seneca, esse philosopho pagão tão humano e esclarecido, procurava no seu livro 1.^o *de ira* (Cap. 15), justificar os infanticidios legaes por motivos incompreensiveis para nós, que nos achamos penetrados das idéas de justiça e caridade christã. « Matamos nossos filhos informes ou debeis, dizia elle, do mesmo modo que desfazemos a sociedade de um scelerado. » Barbara e revoltante assimilação, indigna de um escriptor que em outras questões tinha ido tanto além da barbaridade do seu seculo!

Este uso revoltante não era punido ainda mesmo no tempo dos imperadores christãos. O proprio Cons-

⁴ Tertullian. *Ad nation.* lib. 1 C. 15, *Apologet.* C. 9; Lactant. *Div. instit.* lib. 6 C. 20.

tantino não se atreveu a atacal-o directamente ; na L. 1 Cod. Theod. *de alimentis quæ inopes parentes de publico petere debent*, mandava que aos pais, faltos de meios para sustentar seus filhos, fossem dados alimentos pelo fisco; sem punir o crime, julgava por este modo destruir a causa delle.

E' verdade que elle chama *parricidio* á exposição dos filhos, mas nem por isso lhe impõe penas ; antes, com Noodt, devemos considerar que essa expressão não passa de uma locução exagerada tão frequente no direito romano. Tambem Alexandre Severo na L. 12 Cod. *quib. ex causis infamia irrogatur* diz que o crime *expilatae hereditatis* é *improbis furtum*, e todavia nem pelo direito já estabelecido, nem por esse rescripto de Alexandre era considerado e punido como furto.

Os primeiros imperadores que puniram a exposição de infantes foram Valentiniano, Valente, e Graciano na L. 2 Cod. *de infantib. expositis*, e a pena que lhe impozeram foi a capital, pois as expressões *constituta animadversio* que se encontram nessa lei referem-se, como julga Noodt, á L. 8 Cod. *ad leg. Cornel. de sicariis*, não obstante a opinião em contrario de Accursio e outros interpretes ¹.

¹ Sobre esta materia póde o leitor achar mais amplo desenvolvimento em Noodt, *De partus expositione et necce apud veteres*; Jer. Zangen, *Diss. de exposit. infant. ejusque pæn. veteri* (Gies. 1713); Platner, *Quæst. de jure crimin. romanor.* pag. 473 ; e em especial Armaroli, *Ricerche storiche sull' esposizione degl' infanti* (Veneza 1838).

Artigo 345.º (continuação.)

§ 3.º Se com a exposição e abandono se pôz 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.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 351.º; de Hesp. art. 401.º, das Duas Sicilias art. 404.º; da Baviera art. 177.º; de Saxe art. 131.º; de Brunswick art. 156.º; etc.

COMMENTARIO.

Chegamos ao caso em que a pena é graduada segundo o perigo que correu, ou damno que soffreu o infante em resultado da exposição.

O Codigo pune a exposição e abandono com o maximo da prisão maior temporaria com trabalho, se com ella se pôz em risco a vida do infante, ou lhe resultou alguma lesão ou a morte.

Esta doutrina parece-nos erronea; comparar uma lesão com a morte, e impôr a dous factos tão, distinctos em gravidade, a mesma pena, é insustentavel e parece incrível como isto se escreveu.

O codigo francez é mais logico; se da exposição resultou lesão, é punida com as penas da lesão voluntaria, se resultou a morte, é punida como o homicidio simples. Com effeito, ainda que o delinquente expondo o infante não tenha intenção *directa* de lhe dar a morte, todavia devia conhecer as consequencias funestas, eventuaes ou provaveis, que devia ou podia

ter a sua acção ; deliberando-se a praticar o crime acceita *eventualmente* os seus resultados mais ou menos graves : é o que por outra fôrma diz Ulpiniano na L. 15 Dig. *ad leg. Cornel. de sicar.* : « *nihil interest, occidat quis, an mortis causam præbeat.* » A esta resolução criminosa chamam os auctores *dolo eventual* ; e por isso, não sendo directa a intenção, é justo que o crime seja considerado apenas como homicidio simples ¹.

O nosso Codigo é nesta parte contradictorio consigo mesmo. Pois quando da exposição n'um lugar solitario e abandonado resulta necessariamente a morte do infante, não se converte ella por seus resultados em infanticidio ? E se este pelo art. 356.º é punido com a pena de morte, porque não impôz a este genero de exposição pelo menos a pena do homicidio simples ?

Artigo 346.º

Aquelle, que achando exposto em qualquer lugar um recém-nascido, ou que, encontrando em lugar 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.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 347.º ; etc.

¹ Haus tom. 3 pag. 27 e seg. ; Chauveau n.º 3002.

COMMENTARIO.

O nosso Codigo neste caso impõe a mesma pena estabelecida no art. 345.º; seguindo a idéa do orador que em França justificou semelhante disposição nas seguintes palavras: « a mesma pena deve soffrer aquelle que tendo encontrado um infante recém-nascido não tomar logo conta d'elle e o entregar ao official publico, ao qual incumbe deposital-o no asylo, aonde o governo confia á caridade e á piedade publica o cuidado de satisfazer em nome da patria a dívida da natureza¹. »

O codigo civil francez no art. 58.º, cujo preceito tem a sancção no citado art. 347.º do codigo penal, impõe a obrigação não só de entregar o infante exposto, mas tambem quaesquer vestidos e effeitos que com elle ou junto d'elle forem encontrados, e de declarar todas as circumstancias do tempo e do lugar aonde a criança tiver sido encontrada. Isto com o fim, diz Toullier, de se poder conhecer a sua filiação.

Entre os romanos aquelle que tomava conta de um infante exposto e se encarregava de o sustentar era considerado como senhor d'elle; esta disposição, que Morin attribue a um edicto de Honorio, era modificada por outra que o obrigava a apresentar-se perante o bispo e a declarar se tencionava educar o infante como seu filho ou como seu escravo.

Era por certo um pensamento tocante, diz Albert du Soys, o chamar sobre este ser infortunado a

¹ Locré tom. 15 pag. 441.

intervenção do primeiro pastor de uma religião toda de caridade e de amor. Esta exigencia da lei não era uma simples formalidade administrativa ; o pontifice santo não deixava de fazer vibrar no coração do apresentante os sentimentos de humanidade e generosidade ; reclamava d'elle uma completa adopção do infante, e se a não obtinha, fazia-lhe ao menos, como christão, observar a grandeza de sua responsabilidade, procurando reduzi-lo mais a pai do que a senhor ¹.

Em França, nos primeiros tempos da monarchia, uma carta ou edicto *de infantolo sanguinolento* adoptou, diz Morin, essa disposição de Honorio ².

Artigo 330.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 daquella que lh'o confiou, ou a auctoridade competente, será condemnado a prisão de um mez a um anno, e multa correspondente.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Cod. de França art. 348.º ; de Hesp. art. 402.º ; das Duas Sicilias art. 405.º ; etc.

COMMENTARIO.

E' este um abuso de confiança que exige ser punido não só pela sua natureza, já criminosa, mas

¹ Albert du Boys, *Hist. du droit crim.* pag. 636 e seg. ; Matheus, *De criminib.* lib. 47 tit. 16 cap. 2.

² Morin, v.º *Abandon d'enfant* § 1 n.º 3.

pelos resultados funestos que dahi se podem seguir.

Artigo 348.º

Os pais legitimos, que tendo meios de sustentar os filhos, os expozerem fraudulentamente no estabelecimento publico destinado á recepção dos expostos, serão condemnados na multa de um mez a um anno.

COMMENTARIO.

A acção dos pais que expõem os filhos no estabelecimento publico destinado á recepção dos expostos é tão infame, e tão contraria a todos os principios da moral e do direito natural, que escusado seria demonstrar a sua criminalidade.

O Codigo pune este facto só quando os pais tem meios de sustentar os filhos; no caso contrario fecha os olhos á immoralidade da acção, não a punindo para evitar algum crime maior.

A expressão *fraudulentamente* parece referir-se a esta circumstancia dos meios de sustentação.

APPENDICE I.

DAS ARMAS DEFESAS ¹.

Adagas de menos de tres palmos de comprido fóra o punho — LL. de 4 de Outubro de 1649, e 29 de Março de 1719.

« de feição de sovêla — Ord. Liv. 5. Tit. 80 § 2 in fine.

Arcabuzes de menos de quatro palmos em cano — Citada Ord. § 13.

Armas curtas — L. de 25 de Junho de 1749.

« « de fogo de menos de palmo e meio de craveira em cano — Citadas LL. de 4 de Outubro, e 29 de Março.

Bacamartes — Citadas LL.

Chuços de mais de 20 palmos — Citada Ord. Tit. 122 § 6.

Dardos — Citada Ord.

Escopetas — Idem.

Espadas de ambas as mãos — Citada Ord. Tit. 80 § 3.

« de mais de cinco palmos e meio incluindo punho e maça — Citada Ord. § 6.

¹ Apresentamos nesta relação as *principaes* especies de armas que no nosso Reino tem sido declaradas defesas; seguimos a ordem alphabetica para maior facilidade do leitor.

Espadim de menos de tres palmos — Citadas LL. de 4 de Outubro, e 29 de Março.

« de feição de sovêla — Citada Ord. § 2.

Espingardas — Dec. de 10 de Janeiro de 1644.

Facas — LL. de 23 de Junho de 1628, e 29 de Março de 1719.

Lanças de mais de vinte palmos — Citada Ord. Tit. 122 § 6.

Mosquetes — Ord. e LL. citadas.

Pelotas de chumbo, ferro, ou pedra feitica — Citada Ord. Tit. 80 pr.

Pistolas e Pistoletes — Dec. de 10 de Janeiro de 1644, citadas LL. de 4 de Outubro, 29 de Março.

Punhaes — LL. de 20 de Janeiro de 1634, e 29 de Março de 1719.

Sellas e arco — Citada Ord. Tit. 80 § 14.

APPENDICE II.

No commentario ao n.º 2 do art. 277.º advertimos que admirava como o Codigo não attendera as reformas que na assembléa franceza tinham sido propostas depois da revolução de 1848, e promettemos dar uma noticia dellas, posto que rapida, neste appendice.

Uma das cousas que notámos no Codigo foi, que tendo em o n.º 1 desse art. punido a colligação dos que empregam trabalhadores, só quando tivesse por fim produzir *abusivamente* a diminuição do sa-

APPENDICE III.

Estando já na imprensa esta folha ouvimos dizer que iam ser ouvidos os Tribunaes, a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e a Associação dos Advogados de Lisboa sobre as reformas que exige o Código penal.

Se assim é, sentimos que uma idéa tão justa não fosse executada antes da promulgação do Código, porque não estaríamos regidos hoje por uma lei defeituosissima. Mas por outro lado temos prazer em vêr que essa idéa foi a que nós apresentámos no jornal a *Imprensa*, logo na occasião da publicação do Código.

Em todo o caso a medida augura uma verdadeira reforma, porque as observações de corporações tão respeitaveis por certo que hão de fazer com que tenhamos uma lei penal igual em merecimento á dos paizes mais illustrados, e que não sirva para sermos considerados por elles como atrasados mais de dous seculos em relação aos progressos, que tem feito a sciencia da legislação criminal.

Para que a reforma porem possa ser em tudo completa, para que haja bases mais solidas para a discussão, é necessario que além de consultadas aquellas corporações, seja convidada a Commissão a quem está incumbida a reforma, de fazer actas em que se consignem os motivos das suas deliberações para que estas possam ser devidamente apreciadas; e que reunidos em fim todos estes materiaes, as consultas dos

Tribunaes, da Faculdade de Direito e da Associação dos Advogados, e os relatorios e motivos da actual Commissão, vão a uma nova Commissão, a qual tomando tudo na devida consideração apresente o projecto de reforma definitivo.

Nisto parece-nos irmos de acordo com as idéas do Ex.^{mo} Conselheiro Antonio d'Azevedo Mello e Carvalho, apresentadas na sua proposta na Sessão da Camara dos Deputados de 29 de Março de 1853 (*Diar. do Gov.* n.º 73).

« Pedir conselho e cooperação aos homens de lei, auxiliar-se com a intervenção das suas luzes e cooperação, é dar ao Codigo um maior valor moral, é reconhecer que as sciencias não são patrimonio exclusivo de ninguem; é procurar facilitar a melhor execução de suas disposições, é tornar mais facil, certa e voluntaria a sua obediencia » disse o illustre Jcto; ao que nós accrescentaremos, que é reconhecer, mas já tarde, que a reforma do Codigo não deve ser uma questão de capricho.

FIM DO TOMO III.

INDICE DO TOMO III.

TITULO III.

	Pag.
DOS CRIMES CONTRA A ORDEM E TRAN- QUILLIDADE PUBLICA (<i>continuação</i>)	3
CAP. VII. <i>Da violação das leis sobre inhuma- ções, e da violação dos tumulos, e dos crimes contra a saude pu- blica</i>	ib.
Secção 1. ^a <i>Violação das leis sobre inhumações, e violação dos tumulos</i>	ib.
Secção 2. ^a <i>Crimes contra a segurança publi- ca</i>	13
CAP. VIII. <i>Das armas, caças, e pescarias de- fesas</i>	24
Secção 1. ^a <i>Armas prohibidas</i>	ib.
Secção 2. ^a <i>Caças, e pescarias defesas</i>	28
CAP. IX. <i>Dos vadios e mendigos, e das asso- ciações de malfeitos</i>	35
Secção 1. ^a <i>Vadios</i>	ib.
Secção 2. ^a <i>Mendigos</i>	50
Secção 3. ^a <i>Associações de malfeitos</i>	57
CAP. X. <i>Dos jogos, loterias, convenções il- licitas sobre fundos publicos, e abusos em casas de emprestimo sobre premios</i>	62
Secção 1. ^a <i>Jogos</i>	ib.
Secção 2. ^a <i>Loterias</i>	75

Secção 3. ^a	<i>Convenções illicitas sobre fundos publicos.</i>	81
Secção 4. ^a	<i>Abuso em casas de empréstimos sobre penhores.</i>	84
CAP. XI.	<i>Do monopolio, e do contrabando.</i>	87
Secção 1. ^a	<i>Monopolio.</i>	ib.
Secção 2. ^a	<i>Contrabandos e descaminhos</i>	104
CAP. XII.	<i>Associações illicitas</i>	108
Secção 1. ^a	<i>Associações illicitas por falta de auctorisação.</i>	ib.
Secção 2. ^a	<i>Associações secretas</i>	121
CAP. XIII.	<i>Dos crimes dos empregados publicos no exercicio de suas funcções.</i>	128
Secção 1. ^a	<i>Prevaricação</i>	130
Secção 2. ^a	<i>Abusos de auctoridade</i>	149
Secção 3. ^a	<i>Excesso de poder e desobediencia.</i>	173
Secção 4. ^a	<i>Illegal antecipação, prolongação, e abandono das funcções publicas.</i>	188
Secção 5. ^a	<i>Rompimento de sellos, e descaminho de papeis guardados nos depositos publicos, ou confiados em razão do emprego publico</i>	195
Secção 6. ^a	<i>Peculato e concussão</i>	201
Secção 7. ^a	<i>Peita, suborno e corrupção.</i>	228
Secção 8. ^a	<i>Disposições geraes.</i>	247

TITULO IV.

	DOS CRIMES CONTRA AS PESSOAS	251
CAP. I.	<i>Dos crimes contra a liberdade das pessoas</i>	ib.

Secção 1. ^a	<i>Violencias contra a liberdade. . .</i>	252
Secção 2. ^a	<i>Carcere privado</i>	256
CAP. II.	<i>Dos crimes contra o estado civil das</i>	
	<i>personas</i>	270
Secção 1. ^a	<i>Usurpação do estado civil, e matri-</i>	
	<i>monios suppostos e illegaes . . .</i>	ib.
Secção 2. ^a	<i>Partos suppostos.</i>	278
Secção 3. ^a	<i>Subtracção e occultação dos meno-</i>	
	<i>res</i>	281
Secção 4. ^a	<i>Exposição e abandono dos infantes.</i>	285
Appendice 1. ^o	299
Appendice 2. ^o	300
Appendice 3. ^o	302

