

THEORIA

DO

DIREITO PENAL

THEORIA DO DIREITO PENAL

APPLICADA

AO

CODIGO PENAL PORTUGUEZ

COMPARADO

COM O

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

OFFERECIDA

A

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

POR

F. A. F. DA SILVA FERRÃO.

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

VOLUME I.



LISBOA

TYPOGRAPHIA UNIVERSAL,
Rua dos Calafates n.º 113.

—
1856.

AO SENHOR D. PEDRO II.

IMPERADOR DO BRASIL.

TRIBUTO DE RESPEITO E VENERAÇÃO.

DISCURSO PRELIMINAR.

DISCURSO PRELIMINAR

CAPITULO I.

THEORIA DO DIREITO PENAL.

« L'état de la société est inséparable de
« l'idée de droit, inséparable de l'idée de
« puissance, inséparable de la faculté de
« contraindre. »

Kant.

« Société, loi, pouvoir, pénalité sont donc
« des notions intimement liées. »

Trébutien.

« O conhecimento da enfermidade é o
« primeiro passo, para a saúde. »

F. Fr. de Mello.

O titulo que escolhemos, para designar a natureza do trabalho que empreendemos, impõe-nos o dever, antes de tudo, não de seguir um dos diversos systemas penitenciarios, ensinados pelos philosophos, ou applicados pelos legisladores, do antigo ou novo mundo; mas o de, como preliminar desse trabalho, fixar definitivamente as nossas idéas sobre a verdade moral do nosso objecto, sem nos dedicar exclusivamente te a uma contemplação especulativa, e sem desprender, nem abstrahir, o nosso pensamento do fim essencial a toda a penalidade humana, considerado o homem no estado social.

O amor de systema revela um espirito de ordem que é

uma arte de bem combinar e de bem ligar as idéas: mas, em tão ponderoso objecto, alliarmos o nosso nome a uma *theoria* ou *theorias*, por mais bem authorisadas que fossem, e que, todavia, podem ser desastrosas, seria votar-nos a uma execração eterna, talvez propagar erros gravissimos, resultado este bem contrario ás nossas intenções que só visam ao bem da humanidade.

Não tratámos, pois, de apregoar um composto de expedientes, ligados por um systema, mais bem ou mal combinado: mas de alcançar o conhecimento da *verdade*, como base de toda a nossa Theoria, como essencial á *Sciencia do Direito Penal*, tanto em sentido puramente philosophico, como sob o ponto de vista social.

Dominados por este pensamento complexo, cumpria que a verdade moral, para o ser a nossos olhos, se apresentasse em toda a nudez de suas feições. O caracteristico da verdade nas sciencias moraes não se mostra se não com a simplicidade dos seus principios fundamentaes.

Neste presuposto, não exprimindo a idéa de, *Theoria de Direito Penal*, outra cousa mais que uma collecção de regras e preceitos, demonstrados e conhecidos á *priori* e á *posteriori*, pela razão e pelos factos, em materia de penas; importando esta, como seu objecto correlativo, a idéa de *crimes* ou *maleficios*; e sendo, tanto as *penas*, como os *maleficios*, considerados em relação ao homem no estado social: procurámos definir, de um modo claro e simples, o que era *crime* e o que era *pena*, assim como conhecer os fundamentos com que os legisladores humanos podiam, não só declarar puniveis certos factos positivos ou negativos, mas adotar e mandar applicar certos alvitres restrictivos ou destructivos das faculdades do homem, naturaes ou civis, a que se dá o nome de *penas*.

Para darmos estas definições, devíamos começar pela de *maleficio* (crime ou delicto); pois que a sociedade não teria precisão das *penas*, se não existissem productos *maleficos*, em

relação ao exercicio das faculdades moraes e materiaes do homem.

Que é, pois, um maleficio no estado social? Maleficio é todo o facto ou omissão praticada por um membro, permanente ou temporario, da comunidade social, de que resulta *mal* á mesma comunidade, em relação á sua existencia, á sua segurança, ou ao seu melhoramento.

Subordinada assim a idéa de *maleficio* ás necessidades ou conveniencias sociaes, o mal moral em acção ou omissão, em relação aos deveres naturaes do homem, que não affectar directa ou indirectamente a segurança ou melhoramento social, não pôde ser qualificado *maleficio*, segundo a lei.

Se a sociedade não tem interesse algum na incriminação, o legislador excede a sua missão; usurpa attribuições que não tem.

O fim da sociedade, o seu interesse, é a tranquillidade de todos e cada um dos individuos que a compõe, por modo tal que se ajudem e não entorpecam reciprocamente no exercicio e desenvolvimento da sua actividade intellectual e material.

As leis criminaes, por tanto, não devem ter outro objecto senão *proteger* essa *actividade* em todos e cada um dos homens da comunidade, e, como condição essencial, a existencia e inviolabilidade individual, assim como os fructos ou productos dessa actividade.

A *actividade* do homem não pôde ser protegida sem *liberdade*; nem pôde ser commum a todos os individuos sem *igualdade*. Logo as leis criminaes são essencialmente protectoras da *liberdade* e da *igualdade individual*.

Os preceitos ou prohibições do legislador não são mais, que preservativos de instrucção e regras de bem viver, para que os individuos *usem*, mas não *abusem*, da sua actividade, em detrimento da *actividade* de outros individuos pertencentes ao mesmo corpo moral, á sociedade.

Se todos contribuem com a sua *actividade*, assim regrada,

resulta a harmonia social e a *actividade* commum ou nacional, como se fosse de um só homem, guiado pelos impulsos exclusivos da sua razão e vontade.

Esta harmonia não existe, em termos absolutos, se alguns dos membros da sociedade, ou nella existentes, praticam factos materialmente contrarios áquelles preceitos ou proibições.

Commettem então *abuso* da sua *actividade* em prejuizo da dos outros, e por esse *abuso*, condemnado e *advertido* pelo legislador, uma *desobediencia* á sua lei, a que elle carece applicar providencias repressivas e reparadoras, tendentes a restabelecer á mesma harmonia.

Toda a infracção, pois, material de uma lei é *um maleficio*, ou um *mal social*, como turbativo das regras de ordem e superior direcção publica: mas, em sentido restricto, exprime esta palavra a idéa de taes factos, quando voluntarios, *nas causas* ou *nos effeitos*, que constituam o *mal social*, praticado com intenção de que se realise, determinada ou indeterminadamente.

Com tudo, a expressão *maleficio* póde ser conservada, para designar com toda a propriedade os factos puniveis se *voluntarios*, quando *involuntarios*. Os *maleficios* involuntarios, ou são *culposos*, ou puramente *automaticos* ou *bestiaes*, sem facto algum remoto, que os torne moralmente imputaveis. Neste ultimo caso, se o agente, nem antes nem depois do facto, tem ou póde ter a consciencia do *maleficio*, cumpre não perder de vista que o damno material social, directo ou indirecto, não existe menos, ainda que o mal moral se extinga ou se attenue.

Banida do Cod. Pen. a idéa de castigo, como *vingança*, e admittida sómente a de *pena*, como *remedio*, contra o *mal* do crime, a sociedade, que sofre em consequencia dos factos involuntarios, não póde ficar de braços cruzados na presença do mal material proveniente de factos do homem, posto que estranhos á sua vontade.

É esta a consideração que virtualmente justifica a repressão de factos involuntarios, posto que não imputaveis em si mesmos; taes são os commettidos em estado de embriaguez, ou de menoridade sem discernimento, ou por obediencia devida, ou por impericia, negligencia, ou falta de destreza.

Se existe sempre o *mal material*, ou directo, contra a sociedade, ou indirecto, por ser individual, ella deve adoptar e fazer executar as providencias, que forem indispensaveis no interesse da segurança, bem estar, e protecção commum.

O mal social é mais ou menos simples neste caso, assim como é sempre complexo em todos os maleficios imputaveis, mas não deixa por isso de ser mal, e, por tanto, de precisar de reparação e prevenção.

Fazel-o assim é praticar os actos indispensaveis de administração publica, ou applicar ao mal dos maleficios o remedio conveniente. Eis em que consiste o direito de punir, o seu objecto, a sua extensão.

Pena é, pois, em sentido amplo, toda a providencia que se dirige contra esse *mal*, em todos os seus elementos, *na causa* ou *nos effeitos*.

O Cod. Pen. deve, por tanto, comprehender nos seus preceitos de instrucção e de applicação, ao menos em termos succintos e claros, a parte do Direito penal relativa a maleficios involuntarios: para se removerem nas suas causas materiaes, ou moraes, remotas.

Isto nos conduz a qualificar os *maleficios* em *voluntarios* e *involuntarios*; e a subdividir estes em involuntarios puramente e involuntarios *culposos*.

Nos involuntarios puramente, tem a sociedade a combater os maleficios, sómente *na sua causa* e *nos seus effeitos materiaes*. Nos involuntarios *culposos*, já tem mais a combater o *mal na sua causa moral* posto que remota. Mas nos voluntarios prepondéra o mal complexo *na parte moral*, quer

na sua causa, quer nos seus effectos, e então cumpre attender particularmente ao estado de *enfermidade moral* da pessoa do agente.

Esta é a parte mais melindrosa e mais difficil do Direito penal, que então assume particularmente a qualidade *penitenciaria*, cujos elementos não devem ser viciosos, intrinsicamente ou relativamente, para não serem, em *logar de remedio*, um novo mal, que agrave o do maleficio, fecunda origem de muitos outros, que a sociedade applique contra si mesma, pensando remediar o mal proveniente do crime.

Para se proceder com methodo, e com verdade, na definição e classificação dos factos maleficos, e para se lhes applicar adequadas providencias, mais ou menos energicas, cumpre, por tanto, avaliar em abstracto, o mal social resultante dos maleficios, discriminando os diversos elementos de que se compõem esse mal.

Não haveria segurança entre os homens sem a parte dogmatica ou legislativa do Direito penal: o arbitrio seria então o maior dos maleficios sociaes, e, por isso, deve ter-se como principio incontrouerso, que, por maior que seja o interesse, que a sociedade possa ter na repressão, quando *penitenciaria*, esta não deve ter logar, se o legislador não previu o facto, convertendo-o em preceito.

Posto isto, uma collecção de inermimações, ou Cod. Pen., importa a designação dos factos ou omissões, que o legislador considera males sociaes, e, por tanto, a prescripção de um dever imposto a todos os cidadãos, de, no interesse commum, darem á sua actividade ou inactividade uma direcção tal, que esses males se não verifiquem.

Se, não obstante o preceito ou prohibição do legislador, os males acontecem, a lei foi *inefficaç*, foi *infringida*.

Em todo o maleficio, pois, o primeiro dos males é a infracção material da lei, a inutilidade pratica e relativa das suas prescripções — a *desobediencia*

Mas esta pôde ser meramente *passiva*, ou meramente

culposa, ou directamente *voluntaria*. O mal social, por tanto, abstractamente considerado na violação ou desobediencia da lei, toma tres grãos distinctos de imputação ou de apreciação, com relação á causa directa, material, do facto ou omissão.

Alem da *desobediencia* da lei, a quantidade e qualidade do mal social pôde ser mais ou menos grave, com abstracção da intenção do agente. D'aqui vem naturalmente a classificação dos maleficios designados pelo legislador, por seus caracteres especiaes, segundo a sua maior ou menor importancia social.

Ao mal da desobediencia ou inefficacia dos preceitos do legislador, e á natureza, qualidade, e quantidade material do mal praticado, accresce aos effectos do maleficio o alarma social, e o exemplo dado.

O alarma ou perturbação moral no espirito e tranquillidade dos homens é produzido, em parte pela sensação que todos recebem da existencia material dos dois males antecedentes, e em parte pelo mesmo exemplo: ou essa sensação seja directa, por ser de mal material commum, ou indirecta, por ser de mal material individual, pessoal ou real, ou em cousa existente na sociedade, ou que tenha fóra della, mas com ella, alguma relação, proxima ou remota.

Esta sensação cresce em rasão do exemplo, por que a sociedade sabe: 1.º que o homem é um ser, que, em geral, se deixa guiar pela imitação; 2.º que a realidade de um facto produz a convicção absoluta da possibilidade de outros semelhantes, provenientes da mesma ou de outras causas.

A sociedade sente o mal causado e estremece na contemplação concomitante e accessoria da possibilidade do mesmo mal. Os instinctos da sua conservação e tranquillidade não pôdem deixar de dar a este mal, nos effectos do crime, uma grande importancia, tanto maior, quanto for a que a mesma sociedade ligar, segundo as suas affeições e opinião commum, estado de civilisação, de indifferença, ou

de prejuizos mesmo, que o legislador deve ter em contemplação na incriminação e classificação, sem, com tudo, sacrificar os preceitos da moral universal, ou do Direito primitivo ou constitutivo das sociedades.

O Cod. Pen. deve tender a destruir os *crimes moraes*, embora elles não causem sensação social, assim como deve combater os prejuizos contrarios á moral, embora elles se tornem geraes.

Tanto a indifferença, como a falsa sensibilidade, são prejudiciaes á felicidade, e mesmo á conservação, da sociedade, e a missão do legislador é tambem esclarecer e guiar os cidadãos.

Todavia, os prejuizos da opinião são até certo ponto attendiveis; a sua destruição não pôde ser senão gradual, prudente, e progressiva: donde é uma conclusão obvia, que, em geral, e, em termos absolutos, o *alarma social* é um *mal real* nos *effeitos do maleficio*, mas mais ou menos attendivel, conforme aos seus fundamentos, mais ou menos procedentes, de verdade moral.

Apreciado por esta fôrma o *mal* complexo, ou *composto*, resultante do crime nos seus *effeitos*, cumpre ainda contemplar esse mesmo *mal* na *sua causa*: — com relação ainda á intensidade do mal nos mesmos *effeitos*.

O *mal material social*, qualquer que elle seja, resultante ou connexo, nos *effeitos* do crime, não é o mesmo: 1.^o quando cessa toda a *imputação*; 2.^o quando esta se verifica sómente em rasão de *culpa*; 3.^o quando ella deve ter logar em rasão de *dolo*, ou intenção malefica.

Na primeira hypothese, a *inefficacia* da lei não foi motivada, em relação ao agente, por uma *desobediencia*, em sentido moral: não ha offensa social, mas sómente damno material: o facto entra na ordem dos casos fortuitos: a sensação, que a sociedade recebe, é logo destruida pela resignação ás necessitades, ou eventualidades de força maior, com que luta a humanidade a ellas sujeita, por condição

inevitavel da sua mesma natureza e do mundo em que vive.

Na segunda hypothese, tambem, se ainda não existe a *desobediencia* á lei no mesmo sentido, e se não se dá *offensa social directa*, existe a *indirecta* em rasão da *culpa*, e maior ou menor, segundo o gráo della; e a *sensação* ou *alarma* social resultante do *damno material* não fica destruido completamente, mas sómente attenuado, porque a sociedade contempla, que esse mal não teria existido, ou a *possibilidade* da sua não existencia, se a *diligencia* ou maior cuidado preventivo, tivesse excluido a *negligencia*, ou *culpa*.

Na terceira hypothese, ou de *dolo*, ou *intenção malefica*, mais ou menos directa, mais ou menos remota, apparecem, em toda a sua plenitude, nos *effeitos* do crime, os tres males *materiaes*, que ficam indicados e que devem, por tanto, provocar, da parte do legislador, medidas repressivas e reparadoras.

A par destes elementos de *mal* proveniente dos maleficios, e como seu resultado sensivel, se manifesta um outro facto de *mal*, na ausencia ou impotencia, imprevidencia ou tendencia culposa, perversão ou propensão malefica, da pessoa do agente.

O conhecimento desse estado causa uma *sensação social*, que acompanha o *alarma*, tanto por que a sociedade deplóra a má situação, em que se acha um dos seus membros, como por que teme e tem justa rasão de temer, que da mesma causa provenham outros resultados maleficos, iguaes, ou ainda muito mais graves.

Conhecido assim completamente o *mal social* resultante dos maleficios, resta applicar-lhe o *remedio*. O *crime*, por isso que é uma *enfermidade* social, complexa, deve forçosamente ser combatido por meio de *remedios*, ou providencias, que correspondam a todos os elementos componentes da mesma enfermidade.

Se a inefficacia da incriminação não passou do facto ma-

terial, considerado na referida primeira hypothese, as providencias penaes se reduzem, ou a medidas materiaes de segurança e de reparação, ou simplesmente de prevenção com abstracção do agente.

Se a inefficacia da incriminação deve ser considerada na referida segunda hypothese, as providencias penaes se limitam a medidas de correcção, de instrucção, de admoestação, e de reparação moral e material, com applicação ás causas, mais ou menos remotas, dos malefícios e directamente sobre a pessoa do agente.

Se, porém, a inefficacia da incriminação provem de factos considerados na referida terceira hypothese, é preciso então adoptar remedios mais fortes, calculados e applicados, segundo o *gráo de enfermidade moral na causa, sem abstrahir da enfermidade social nos effectos supra enunciados*.

Difícil, como é, semelhante calculo e applicação, é indispensavel; aliás, o remedio não será remedio.

Para que as penas, pois, sejam adequadas, devem ter, em relação á sociedade e ao agente, nos malefícios voluntarios, por fim curar a enfermidade moral do agente, na sua causa e nos seus effectos sociaes proximos ou remotos.

Toda a pena deve, pois, em taes malefícios ser *correcional e preventiva*. A que fôr sómente *preventiva* é injusta, assim como deixa de ser *reparadora* a que fôr sómente *correcional*. Ambas são prejudiciaes; por que não curam, não combatem, *sendo uma parte do mal*, se é que por essa abstracção o não aggravam.

Resulta destes principios, que as penas *criminaes*, propriamente ditas, devem ser applicadas ao agente do crime em tres phases distinctas: *expição*; *experiencia*; e *vigilância*.

A *expição* é justa e indispensavel: 1.º como *penitencia*, ou *reparação moral*, do mal moral e material causado, e *satisfação devida á sociedade*, em rasão do mal social: 2.º como exemplo sensivel dos *motivos contrarios* á pratica do crime, que o agente ou outros devem ter presentes: 3.º

como situação propria a excitar nelle os remorsos do crime, preliminar do seu arrependimento e emenda: 4.º como meio indispensavel, para se avaliarem as tendencias e gráo de perversão do delinquente, e assim se apreciar cabalmente, em vista dos actos de impaciencia ou de resignação que elle manifeste, a intensidade malefica que deve determinar as ultteriores applicações penitenciarias, que os juizes não podiam qualificar só pela natureza do facto e suas circumstancias.

A *experiencia* é justa e indispensavel: 1.º como meio de *segurança* preventiva para a sociedade: 2.º como complemento de correcção, de instrucção, e de curativo da enfermidade moral do delinquente: 3.º como *contra-prova* dos resultados moraes da *expição*: 4.º como *garantia* de melhores habitos contrarios ao do crime, queahi deve adquirir o penitenciado.

A *vigilância* é justa e indispensavel: 1.º porque é o estado de cautela, que demanda o de *convalescença*, em que entra o agente, antes considerado no estado de *enfermidade moral*: 2.º para obstar a *que elle tenha recahidas*, ou seja distrahido de seu bom proposito, ou novos habitos, pelas sugestões e máos conselhos de individuos mal intencionados ou mal conceituados: 3.º como complemento e meio preventivo de segurança e tranquillidade social.

O legislador póde e deve determinar *a priori* as penas correspondentes aos malefícios, graduadas em *maximo e minimo*, em relação a toda a sua duração nas tres phases penitenciarias, proporcionadas á enfermidade presumida no agente, em rasão dos factos e suas circumstancias, ou mesmo, se póde, em relação á duração de cada uma das mesmas phases.

Os juizes podem, ainda, segundo as circumstancias attenuantes ou aggravantes accessorias, graduar a applicação, fixando novos termos nas penalidades, dentro dos limites prescriptos pelo legislador.

O legislador apreciou a enfermidade social em these,

os juizes a apreciarão na hypothese: mas o complemento dessa apreciação em relação ao agente sómente se pôde converter em realidade, ou com aproximação della, em vista dos effeitos, mais ou menos salutaes, produzidos pela execução effectiva.

D'onde é obvio — 1.º que o Cod. Pen., deve authorisar, com as cautelas e correctivos necessarios, a redução, e mesmo ampliação de uma para outra phase penitenciaria, segundo o gráo de aproveitamento e de melhora observada em cada uma dellas: 2.º que um Cod. Pen. é incompetente para estabelecer regras e preceitos especiaes e *invariaveis* a semelhante respeito, por que corre o grande perigo de tornar o remedio prejudicial, por deficiente ou excessivo; e de ao mal social, causado pelos maleficios, acrescentar o mal social, causado pela execução das penalidades.

O facto pôde ter todos os caracteres moraes, que em these e na hypothese justifiquem tanto a incriminação como a sua penalidade: mas a sua applicação pôde ser viciosa, ou converter-se em abusiva, com quanto muito legal e conforme á condemnação.

A lei penal deve, por tanto, ser clara, simples, concisa, e geral; as sentenças devem reduzir-se a uma *formula geral*, que não prejudiquem o seu desenvolvimento de execução, graduada, segundo as circumstancias supervenientes.

Ha, porém, circumstancias de apreciação especiaes, que se não derivam das do facto malefico, mas da qualidade e situação do agente, que podem ser especialmente consideradas pelo legislador e pelos juizes, para dirigir de um modo, posto que tambem, mas menos, generico, o preceito ou a applicação da penalidade.

Tem-se estabelecido em abstracto, que a lei que castiga deve ser igual para todos: e assim se deve estabelecer: 1.º no sentido de excluir a impunidade, ou a moderação das penas, por uma sorte de privilegio, como era o dos nobres, ou outro semelhante: 2.º no de exprimir a necessidade, que

a sociedade tem, de combater o crime na pessoa do agente, para o corrigir a bem do interesse geral e delle mesmo.

Mas nunca pôde ser entendida essa igualdade em relação ás penas, que podem ser variaveis, ou na sua natureza, ou na sua duração e desenvolvimento, conforme á capacidade e compatibilidade do penitenciando em presença das mesmas penas.

A idade, o sexo, a enfermidade, podem desde logo ser tomadas em consideração pelo legislador e pelo juiz, mas as circumstancias supervenientes, a não serem as da senectude e enfermidade, só devem, porque só podem conhecer-se posteriormente, influir na penalidade pratica por deliberação e direcção administrativa, debaixo de regras e limites que o Cod. deve estabelecer.

Assim, ampliar ou encurtar o tempo da expiação, da experiencia, e da vigilancia: ou passar, mais cedo ou mais tarde, de uma a outra phase da penalidade, segundo o gráo de incorrigibilidade, ou de pertinacia, ou de arrependimento, ou de resignação, só como objecto disciplinar e administrativo se pôde e deve regular e dirigir.

Postos estes principios, além dos mais que expendere-mos, quando tratarmos das penas em logar competente, cumpre que se adopte na codificação um methodo claro e simples, comprehensivel a todas as intelligencias, e que não repugne, antes se conforme com a verdade moral sobre crimes, e systema social penitenciario.

Quanto a crimes, deve partir-se do principio: 1.º de que toda a violação de um preceito da lei social, não se fazendo o que ella ordena, ou praticando-se o que ella re-prova e prohibe, constitue uma *infracção* de dever social, e uma *desobediencia* á mesma lei.

2.º de que não é sempre essencial que as leis perceptiveas ou prohibitivas sejam acompanhadas de comminação. O Cod. satisfaz já um dos seus fins, instruindo ou guiando os cidadãos no cumprimento de seus deveres sociaes. O le-

gislador pôde limitar a isso a sua missão, quando confia, que os cidadãos hão-de cumprir os preceitos da lei, sem dependencia, nem necessidade, de uma sanção positiva, descansando plenamente na sanção moral.

3.º de que, com quanto não essencial, pôde a penalidade existir, não de um modo absoluto, como consequencia da infracção em si mesma, mas determinar-se por outra infracção *involuntaria*, a que dêse causa a *voluntaria*, o que importa a especial classificação dos malefícios *occasionaes*.

Quanto aos *malefícios voluntarios*, tanto na sua *causa* moral e material, como nos seus *effeitos*, devem distinguir-se nas tres classes distinctas, que se demonstram *á priori* e *á posteriori*.

Está na mesma natureza do objecto; ha infracções, para as quaes a penalidade é puramente uma fórmula de *admoestação*: ha outras, que exigem alguma *correcção preventiva*; ha outras enfim, que requerem um tratamento *penitenciario*.

Os effeitos destas penalidades são diversos, e, em seus competentes logares, notaremos que a distincção é indispensavel, como questão de methodo theorico e pratico, para assentar bases solidas e claras, que sirvam de solução a muitas questões importantes do Direito criminal, tanto na parte penal, como do seu processo e execução.

Eis em resumo, e tanto quanto comportam os estreitos limites de um discurso preliminar, qual a theoria, ou quaes os principios de Direito penal, que adoptámos.

Tudo se reduz a muito poucas palavras, de que faremos uso constante.

O *maleficio*, é um *mal social*, o *remedio* está na *pena*: a legitimidade e justiça do direito de punir, *dogmatico e pratico*, deriva-se das *necessidades sociaes*: essas *necessidades*, são as que *essencial e exclusivamente* determinam o objecto, a extensão e limites do *mesmo direito*.

Se não acertámos é porque a curteza das nossas vistas

não nos permittiu contemplar a materia de ponto mais culminante.

Um Cod. Pen. é o ramo mais importante e mais difficil da sciencia das leis.

« A reforma das leis criminaes (disse Mello Freire na « sua Introd. ao Ens. do Cod. Cr.) é mais difficilosa que « a das leis civis; *mas esta difficuldade não vem, tanto da « natureza das cousas, como do prejuizo dos homens.* »

São homens os que fazem a lei penal; são homens os que accusam e instruem o processo; homens os que nelle depõe; homens os que julgam; homens os que executam

Está nas inevitaveis condições da natureza humana e da sociedade, que esta seja legisladora, juiz, e parte ao mesmo tempo.

Para a sociedade ser justa, ou dar as garantias necessarias de justiça moral, quando legisla, seria necessario, que os legisladores fossem, como a Divindade, justos e infalliveis.

O problema do Direito penal, em theoria, é tão espinhoso, que quasi se torna impossivel resolver; e, todavia, a solução é indispensavel, porque é preciso, que os homens de Estado e os philosophos, despidos de preconceitos, como deve ser a sociedade, e como é a razão na sua pureza, procurem conciliar pelo estudo dos principios moraes e dos factos e necessidades sociaes, o repouso e bem estar communi com a segurança de um innocente accusado e a necessaria e legitima punição do culpado.

Neste intuito é preciso não perder de vista as seguintes grandes verdades.

1.ª Que o maleficio não despoja o culpado da sua natureza, nem de homem, nem de cidadão: de homem, porque elle permanece, em quanto vive, como ser sensivel e dotado de intelligencia, de liberdade, e de moralidade: de cidadão, porque o maleficio não faz mais que manifestar nelle um estado de enfermidade moral, que é preciso curar, ou impedir na sua propagação e contagio.

2.^a De que a *ordem social* não é mais que um meio de desenvolver e de manter neste mundo a *ordem moral*.

3.^a De que o primeiro dever da sociedade é empregar todos os seus esforços para *prevenir* os crimes. Se elles acontecem, apesar desse emprego, o segundo dever é o de tornar effectiva a reparação do mal causado, e o de remover as causas do seu progresso.

4.^a De que a sociedade, pela sua negligencia ou impotencia no emprego dos meios de prevenção ou de repressão, se constitue culpada dos males com que é offendida pelo crime, directa ou indirectamente, e assim pune nos individuos, de que se compõe, factos de que ella mesma é a primeira causa, posto que remota.

5.^a De que, entre os meios de prevenção, e de declinar ou attenuar toda a sua responsabilidade moral, deve a sociedade, pelas suas leis, e por seus actos de administração, não dar aos homens o primeiro exemplo da inobservancia dos preceitos da moral e da justiça; porque a imitação é tanto mais contagiosa, quanto é mais elevada e authorisada a sua origem.

Justitia, dizia ha dois mil annos um dos maiores jurisconsultos da antiguidade, *est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*. *Le génie du droit*, disse nos nossos dias, M. Guizot, *c'est l'équité*.

Em materia de justiça criminal não podem as verdadeiras reformas ter logar sem que a civilisação tenha reformado os homens. Sem virtude as chamadas reformas não serão mais que troca de abusos por outros abusos.

As penas viciosas ou abusivas se aggravam na sua execução quando a virtude não impera na cabeça e no coração dos homens, conservando em plena concordia os dictames da razão e os principios da humanidade.

É conforme aos principios tanto de moral como da equidade, que ninguém possa ser juiz de si mesmo, e que, por tanto, qualquer litigio dependa de um terceiro; mas isto

que é possível em materia civil, falha em materia criminal, porque a sociedade offendida é quem julga da propria offensa.

É uma necessidade social que assim proceda; mas a sua lei, e a sua decisão, sómente poderá ter o cunho da rectidão, quando a philosophia e a virtude subjugarem a parcialidade.

Possam estes principios ficar tão profundamente gravados no animo dos legisladores, como é, neste momento, a respeito delles, profunda a nossa convicção.

CAPITULO II.

RETROSPECTO SOBRE O DIREITO PENAL NOS ULTIMOS QUATORZE SECULOS DAS NAÇÕES MODERNAS.

« La vengeance á dicté presque seule, tous
« les Codes de l'univers. »

ISAAC.

« Les peines eurent un caractère privé plu-
« tôt que public. »

I. HANIN.

Considerados os malefícios, as penas, o direito de punir, ao lume da razão, e com relação ao fim social, em toda a simplicidade, e com abstracção das diversas theorias, vejamos agora o que tudo isto tem sido, e o que é actualmente.

O preterito e o presente não poderá demonstrar plenamente os principios, que temos estabelecido, por que, infelizmente, esteve e está ainda muito longe da conformidade com elles.

A historia do Direito penal é uma historia de crimes Moraes, de tyrannias, de horrores, de tormentos, e de sangue, que fazem estremecer a humanidade, que hoje contem-

pla os factos, e que não póde, na presença delles, deixar de recuar tremendo.

Parece impossivel, que houvessem legisladores, juizes, executores de alta justiça, a representar activamente nas repetidas scenas de supplicios os mais variados, todos corporaes, todos afflictivos, a respeito dos quaes a imaginação do homem procurasse com esmero a preferencia e a invenção de martyrios os mais dolorosos contra seres da mesma especie, contra irmãos, contra filhos.

Os homens, peóres que as feras, a pretexto de punir os malefícios, commetteram crimes mais reprehensiveis, que os que pertenderam reprimir. Deram o exemplo da crueldade, da violação dos direitos individuaes, e dos de propriedade.

Não desenvolveremos os factos demonstrativos desta syntheze. Nem o curto espaço, que nos resta neste discurso, o permite, nem a civilização moderna consente, que nos envergonhemos, fazendo córar as faces dos outros homens. Somos todos solidarios nos desvarios e erros da humanidade, a que pertencemos.

A historia da penalidade se reduz a um complexo de acontecimentos, que revelam, quasi unicamente, a *vingança*, como fim das penas.

Os legisladores *vingavam* os crimes, ou com penalidades, que produzissem a *emenda* dos culpados — *aut ut eum quem punit emendet* — o que raras vezes acontecia; ou, para que a *intimidação* resultante da punição, contivesse os outros homens — *aut ut poena ejus ceteros reddat meliores* — ou, para que, pela destruição do culpado, ficasse a sociedade mais segura contra a perpetração de novos crimes — *aut ut sublatis malis securiores ceteri vivant*.

In vindicandis injuriis hæc tria lex secuta est, referiu Seneca. O fim, pois, *commum*, essencial, a toda e qualquer pena, era a *punição*. O legislador algumas vezes procurava *conservar* o culpado emendando-o, mas outras procurava *martyrisal-o*, para exemplo, outras não contemplava nelle

mais, que uma victima, que era preciso *immolar* ao *alarma social*.

Nem podia deixar de acontecer assim, porque, na infancia das nações, o *direito social de punir* os crimes era quasi desconhecido; esse direito era puramente individual ou derivado da mera força social; a penalidade humana tem, *de facto*, a sua origem na *vindicta privada*; no desprezo dos direitos individuaes de um culpado; no direito de guerra entre as familias; fundamento da *composição*, da remissão ou resgate, conforme a uma certa tarifa; no *terror social*, que inspira o crime.

Que é um homem, diziam nesse tempo os criminalistas, (e ainda hoje repetem os que ainda se não emanciparam das velhas idéas) em presença da humanidade ultrajada pelo crime, senão um nada, quasi um atomo, imperceptível na immensa successão dos seres, que incessantemente se reproduzem e se renovam?

O vil insecto, o animal daninho, que destruímos, porque nos incommodou, ou póde incommodar, valem tanto como um grande criminoso!

Nos tempos do barbarismo das nações, ou em que dominou o regimen feudal, com o direito de punir, ou de *vindicta privada*, apparecia de mistura a intervenção dos grandes senhores (princeps, dux, comes, etc.); e se os crimes eram *directos*, contra a ordem publica, era ainda a *vindicta privada*, exercida pelos senhores feudaes, ou principaes dominadores, a que se manifestava.

O rei, como tal, ou como *suzerano* neste regimen, tambem pelo mesmo principio da *vindicta privada*, confundida nelle a qualidade publica com a pessoal, exercia o direito de punir, ou punindo elle mesmo os crimes, ou reclamando dos respectivos senhores feudaes ou grandes vassallos, como delegação real, a punição, a que elles muitas vezes resistiam, invocando os seus privilegios de couto, ou asylo, que não eram mais que um correctivo contra essa viadicta.

Era, pois, sempre a *individualidade*, considerada na pessoa do suzerano, do conde, da familia, ou do homem, a que, assim como recebia a offensa, a punia.

Este direito de *vindicta privada, simples*, por ser puramente individual, ou *qualificado*, como exercido pelo rei, ou pelos magnatas, passou a consolidar-se e a concentrar-se nas mãos do mesmo rei, para que, em parte *jure proprio*, e em parte, como delegação dos mais membros da sociedade, tivesse logar, salvas algumas excepções, e modificações, que o deixassem em pé, a respeito de certas offensas.

O rei, ou chefe da Nação, individual ou moral, encarregou-se, ou foi encarregado, de substituir a *vindicta publica á vindicta privada*, e de regular os *casos excepcionaes*, assim como os *limites*, em que esta podia ter logar.

O direito individual de punir era repugnante ao fim social, mas mais ainda á soberania dos principes, destruido o regimen feudal ou da dominação dos grandes senhores: o instincto social, e não os principios, produziu uma alteração, em que ganhou o poder dos reis, a ordem publica, materialmente considerada, mas nesta reforma a individualidade perdeu.

Perderam tanto os malfeteiros como as victimas dos malfeticos, e a sociedade tem gemido sob o imperio da *vindicta publica*, que succedeu á *vindicta privada*.

Perderam os malfeteiros, porque as penalidades publicas se tornaram atrozes, excessivas, crueis, sem a menor igualdade, e completamente arbitrias.

Perderam as victimas do crime, porque, na simplicidade de costumes das primeiras épocas, a *composição* ou resgate da vindicta privada importava uma expiação mais util; porque, ao passo que instrua e punia os malfeteiros, pelo encargo da *reparação*, indemnizava, directa ou indirectamente, os offendidos, com relação ao damno material, produzido pelos malfeticos. A *vindicta publica*, tomando por objecto exclusivo e principal a pessoa do delinquente, esque-

ceu-se, ou não curou, se não de um modo secundário, da reparação do damno.

O *jus gladii*, ou *vita et necis*, ou de *servidão*; ou de *domínio emmente e supremo*, passou a poder dos principes. Os malefícios, por tanto, assim como os actos de *vindicta privada*, fóra dos casos especiaes subsistentes, eram uma offensa, um attentado contra a authoridade soberana, que absorvia, como preponderante, os damnos individuaes, resultantes dos malefícios. Não admira, pois, que a reparação do damno não fosse então devidamente considerada, e que sómente fosse contemplada, como um *direito civil*.

A sociedade tem gemido, durante este regimen, porque a crueldade e a arbitrariedade, não só tem destituído as penalidades do caracter *reparador*, que devem ter, mas tem acostumado os homens ás violencias, á ferocidade, reproduzido, em fim, os crimes, centuplicado as suas *causas moraes*, a par da duplicação do mal material e social, pela falta de segurança, tanto com relação á innocencia, como á menor culpabilidade exclusiva de castigos exorbitantes, que, em lugar de instruir os animos pela força do exemplo, os tem revoltado, pela intensidade das injustiças.

Contra este systema desastroso se ergueu, principalmente no seculo passado, a voz da razão, a voz da philosophia.

Tinha a combater velhos e inveterados prejuizos, mas um passo conduziu a outro passo; uma idéa fez nascer a concepção de outra; a uma victoria se seguiram outras muitas: e assim se pôde chegar a principios mais rasoaveis, que provocassem a reforma do Direito penal.

Assim como o systema infantil da *vindicta privada* havia sido posto fóra de *combate*, era preciso soltar, de uma vez para sempre, a condemnação das garras da *vindicta publica*.

Este resultado, este triumpho, estava reservado para o seculo em que vivemos. Os troféos, as provas, encontram-se nos Codigos modernos; pois que nelles se observa uma ten-

dencia a fixar, a humanisar, a equilibrar, a penalidade, por modo, que nem exprima a idéa de vingança exclusiva, nem se offendam os dictames da justiça moral, ou se desconheçam os direitos da defosa individual, nem os da innocencia.

A revolução franceza, e os Cod. que ella produziu, fizeram dar ao Direito penal passos de gigante; mas estes resultados foram attenuados pelo Cod. de 1810, porque ainda hoje se rege a França, com quanto muito e muito modificado pela lei de 28 de Abril de 1832, e muitas outras leis, e instituições judicarias ou penitenciarias, que tornam esse Cod. um dos mais caducos da Europa, e quasi esteril, em relação á execução das penalidades que prescreve, já declaradas solememente, do alto da tribuna, por M. Dumon, como *viciosas*.

Foram, e, infelizmente, ainda hoje se conservam attenuados e imperfeitos aquelles resultados, porque os Cod. mod. se tem todos, mais ou menos, modelado pelo Cod. Fr., que as nações tem imitado, como experiencia, com prudencia, e com receio de comprometter a segurança publica e individual, fazendo demasiadas concessões aos dictames da sciencia.

O estado, pois, actual da penalidade é o de pura transição, sem pensamento fixo. Os Cod. mod., todos sem excepção, são um amalgama de disposições, em que se encontram vestigios, já de penalidades crueis e exterminadoras, já de penalidades, que visam a proteger a vindicta privada, já de penalidades, que assumem exclusivamente o caracter de vindicta publica, já de penalidades, completa ou incompletamente, reparadoras com relação ás victimas e aos culpados.

As penalidades, ora são conservadas em *estado provisório*, como *expediente* de administração publica, ora o são, como remedio salutar e preventivo, contra o mal social dos malefícios: meio moral e racional de uma providente *organisação social*.

Os legisladores, umas vezes, na sua solicitude, dominados pelas idéas do bem estar da sociedade, considerada no

seu presente e no seu futuro, combatem o mal na sua *causa moral*, mais que nos seus *efeitos materiaes*; outras vezes, cheios, ou de terror ou de indignação, contra os criminosos, combatem o mal exclusivamente na sua *causa material*.

Sacrificam tudo á *intimidação*, que, correspondendo, não á gravidade dos crimes, mas ao gráo de *terror* ou espanto, social, faz calar os gritos da consciencia, conservando não só a *vindicta publica*, mas cruel, imponente, e infamante, não como *fim*, mas como *meio*, que constitua a justiça e a humanidade distinctas da sociedade e da politica.

A par deste sentimento se manifesta outro, qual o das sangrias sociaes, pela morte, pelos degredos, pelas prisões perpetuas. Querem por tal methodo evitar a apoplexia, purificar o sangue que gira nos membros da actividade humana; mas esse sangue infeccionado sempre se reproduz constantemente.

A paixão, com quanto desculpavel, céga-os, nestes casos, para não verem, para não sentirem, que a *causa* da existencia dos crimes, não está na existencia de certos homens, mas na da humanidade; assim como, que a multiplicidade, ou frequencia, dos mesmos crimes, quanto á sua *causa* primaria, está na mesma humanidade: porque se não tem sabido moralisar, instruir, nem guiar os homens por meios salutaes, nem vencer e dominar as suas más propensões.

Céga-os, para não verem, que ainda que as sociedades não possam, como devem, ser arguidas de ignorancia, ou de negligencia, na falta de emprego de meios preventivos, são crueis inutilmente; por que, por um lado, as penas crueis, em lugar de repressivas, são productoras de novos crimes, e, por outro lado, os maleficios são uma condição inherente á fraqueza e imperfeição moral da humanidade.

Céga-os, para não verem, que é tão impossivel extirpar completamente a causa complexa do crime, como seria metter o mar em uma concha, e que só podem e devem, por tanto, procurar contel-o dentro de certos limites, circums-

crevendo-os por uma marcha gradual, constante, e permanente.

Céga-os, enfim, para não verem que a humanidade ou a sociedade, já como causa moral, mais ou menos remota, de todos os crimes, que acontecem no mundo, já legislando, julgando, ou punindo, se é victima tambem é cúmplice, juiz e parte interessada, por duas rasões oppostas, mas verdadeiras em si mesmas; e que, por tanto, é a sangue frio, sem paixão, e sómente no intuito de attenuar, e de reparar o mal social, que as penalidades devem ser estudadas, estabelecidas, e applicadas.

O prejuizo, sobre tudo, proveniente já de um, já de outro principio, já de uma, já de outra theoria, ora conciliada, ora em combate e antinomia permanente, se divisa por entre as incriminações e penas de todos os Cod. Europeus, actualmente em vigor.

Umaz vezes o legislador preocupado de odio contra o crime, considerando a pena como *vingança*, que a sociedade exerce, é cruel para que a *vingança* nade falte que a torne completa, reservando-se o poder de a perdoar ou moderar.

Outras vezes, dominado pela idéa da *expição*, e considerando, que toda a *justiça* emana de Deus, julga-se authorisado a fixar uma pena determinada, sem deixar arbitrio algum aos Juizes, e sem por coherencia com a imitação dos attributos da Divindade dar importancia alguma á superveniente reforma e emenda dos culpados.

Outras vezes, tomando o cumprimento da pena, como o *pagamento de uma divida*, declara o criminoso *quite* para com a sociedade, *solvit poenam*, mas em contradicção impõe penas *perpetuas*, em que a *vida ou a liberdade*, entra assim, como preço de adjudicação, nesse pagamento, valor de um fideicomisso perpetuo, instituido por Deos e que só a Deos deve reverter, quando Elle quizer.

Outras vezes, considerando a sociedade em estado de

guerra permanente, e, portanto, de defesa, contra os criminosos, confunde duas causas essencialmente distinctas, como são o *direito de defesa* e o *direito de punir*.

Outras vezes, enfim, abstrahindo a *utilidade da justiça*, as *necessidades sociaes da moral*, pune sómente por que assim o considera util ou necessario: — e para legitimar a pena suppõe uma convenção primitiva, por virtude da qual a pre-existente sujeição dos delinquentes os converte em juizes de si mesmos, pelo crime que commetteram, embora no denominado pacto social não tomassem, nem podessem tomar, parte as gerações presentes e futuras, nem quanto ao sentimento, nem quanto ao seu objecto.

Além disso, de diversos e disparatados elementos de influencia se acha impregnado o Direito penal das nações modernas, a contar da sua infancia, ou barbaridade. O triumpho do christianismo, a par dos beneficios que trouxe á civilização dos povos, invadiu, não por elle, mas pela má intelligencia do homem, as leis criminaes de uma multidão de factos, que deveriam ser excluidos das incriminações humanas, confundindo-se assim os *peccados* com os *delictos*.

As penas, que poderiam parecer bastantes a punir as offensas a homens, ou sob o ponto de vista social, pareciam aos piedosos legisladores brandas em demasia, por não corresponderem a um mal mais complexo, qual o que, no seu entender, comprehendia o das offensas á Divindade.

As penas, que nos tempos da antiga Roma, á excepção das que se destinavam aos escravos, não tinham nada de cruel, passaram a ser atrozes sob a dominação dos Cesares, e desde Constantino. — A crueldade nas penas, que era attributo da escravidão, generalisou-se pelas tendencias da igualdade dos cidadãos perante os alvitre do despotismo.

Um principio novo, qual o da *expição*, ou *penitencia*, introduzido na legislação dos homens, *por um modo absoluto, exclusivo, e com abstracção das necessidades sociaes*,

converteu não as penas em remedio contra o mal do crime, mas em sacrificio do homem ao pagode infernal dos maleficios; por uma theoria, que tem imperceptiveis pontos de contacto com que ainda hoje domina, de que as penas se devem aproximar da justiça de *Talião*, ou que são a troca de *mal por mal*.

As invasões dos barbaros do Norte, e mais tarde a dos Arabes, ira parte occidental da Europa, e com ellas os costumes, religião, e leis de uns e outros povos, admitindo a desigualdade dos homens, em presença dos acasos do nascimento, dividiram as incriminações e as penas, em dois codigos distinctos, segundo as diversas condições, e que ainda se subdividiam, segundo o maior ou menor grão de liberdade ou de escravidão de offensor e offendido, conforme aos principios do feudalismo ou da lei mahometana. Ainda existem vestigios permanentes desta desigualdade nas Leis criminaes dos povos da Asia, e de tantos outros.

Um semelhante cahos e amalgama de elementos heterogeneos, tem sido altamente inadequado a esclarecer, a guiar, e reprimir os homens, que só se armavam, e ainda hoje se armam, contra o crime, como se armavam contra a guerra. Os criminosos foram considerados inimigos internos do Estado, como sempre foram os guerreiros externos, que invadiam, ou ameaçavam invadir, o territorio nacional.

Eis aqui, pois, tanto a synthese, como a critica, dos factos, e das idéas, sobre o Direito penal, durante quatorze seculos, até aos dias em que vivemos. É facil antever, que semelhante mixto de incoherencias e inconveniencias sociaes não póde ter longa duração.

Desde ha poucos annos, duas grandes nações, a França e a Inglaterra, tem dado grandes exemplos, na adopção de medidas penitenciarias, de penalidade mixta ou composta, simultanea ou successiva, cujos felizes resultados vão sendo sentidos e demonstrados, que iremos apontando no decurso deste nosso trabalho.

Um grande moralista, e philosopho pratico, calculava em 1846 a população de malfeteiros submettida em França ao regimen da prisão, simples ou aggravada, em mais de 100:000 annualmente, absorvendo sommas enormes em reparações de edificios de guarda e de subsistencias; por tal forma, que, tomando-se um periodo de menos de 10 annos, e attento o movimento successivo nas prisões, mais de um milhão de homens ahi veio nesse espaço mais entranhar-se nas veredas do crime.

Tão grande cancro social, tamanhos sacrificios, demandavam, assim as attensões de Beranger, como toda a sollicitude de um governo reparador.

Aquelle eximio moralista dirigia o seu relatorio á Academia das Sciencias moraes e politicas, em sessão de 25 de Junho e de 9 e 18 de Julho daquelle anno, sobre os meios de generalisar em França o systema penitenciario, como remedio a tamanho mal, em quanto que o governo pela sua parte não se havia descuidado, e perseverantemente tem caminhado depois, pela construcção, reforma, e disciplina das casas centraes; até que o mesmo illustre moralista foi encarregado recentemente por aquella Academia de examinar, sob os pontos de vista da repressão e da correcção dos culpados, os progressos praticos da economia criminal, comparados com os da Inglaterra, aonde se transportára, seguindo as pisadas de *Ferrus*, e outros homens competentes, que tem feito da materia um patriotico objecto das suas investigações.

O resultado uniforme desta especie de inquerito tem sido, não a admissão do systema penitenciario, cuja utilidade tem definitivamente ficado fóra de combate, mas a sua perfeição e melhoramento, expurgado dos inconvenientes, que as variantes e a preponderancia ou exclusivismo de algum ou alguns de seus elementos tem produzido e demonstrado, convertendo em veneno, o que só deveria servir para o curativo.

Assim a denominada *servidão penal*, ingleza, ou combinação de diversos elementos de penalidade, sempre composta, tem merecido a preferencia, como fundado em verdade pratica, e feito escolher como unico adoptavel, preventivo e repressivo, o methodo do eclecticismo penal progressivo, em tres phases distinctas, e uma escala descendente, na rasão directa da maior ou menor certeza dos seus effeitos, mediante uma applicação e execução illustrada, como substancialmente propomos e adoptamos.

O crime é uma *enfermidade* social; a pena é um *remedio*; o logar do seu cumprimento não é mais que um *hospital*.

Conhecer toda a extensão do mal, tanto em these ao lume da verdade moral, como nas hytheses, que o legislador descreveu, e depois pôr em pratica os remedios adequados, em relação á sociedade, aos malfeteiros, e ás victimas do crime, segundo regras certas e definidas, no preceito e no julgado, mas variaveis á proporção das verdadeiras necessidades moraes e sociaes, unica bitola por que se deve medir a justiça e o direito de punir os homens, eis o pensamento complexo, que marcha victorioso em taes nações.

Por ultimo devemos concluir estas observações com a seguinte declaração.

Os principios theoricos, que estabelecemos, assim como as reflexões criticas, que mal esboçamos, não comprehendem os casos de repressão no estado de guerra, interna ou externa, de anarchia social, ou de desmoralisação geral, que produza uma situação endemica e systematica em certa ordem de attentados destructivos da Religião, da constituição do Estado, dos costumes, da propriedade, vida, ou independencia nacional e individual.

Quando as leis são sem força; bandos de furiosos ou fanaticos, de salteadores, de incendiarios, de communistas, ou de absolutistas, talam os campos, invadem as povoações, destroem as subsistencias publicas, em estado de associação,

ramificada em uma ou mais províncias; os criminosos cessam, de facto, de ser cidadãos, e a defesa, que é sempre de Direito Natural entre individuos, ressuscita plenamente para a Nação, entre aggressores e aggedidos.

É uma luta de vida e morte que se estabelece. Mas então cessa inteiramente o Direito positivo, tanto em materia penal, como do processo. A sociedade, ou grupos de homens, acometidos nos seus mais vitaes interesses e direitos, empregam todos os meios de defesa, que lhe forem necessarios, ou que o instincto da sua conservação lhes dictar como indispensaveis, sem outra regra mais que a prudencia e a rasão dos homens d'Estado, que regem, se é que podem reger, os destinos de um povo em circumstancias tão criticas, em que a reacção deve ser tão prompta, forte e preventiva como a aggressão tem de insidiosa, desleal, e perigosa, e em que massas desvairadas, n'uma especie de demencia, obram e mal pensam.

O estado de *sitio*, as ambulancias de juizes militares, ou civis, a defesa dos accusados verbal, os fusilamentos mesmo sem processo em flagrante delicto, não podem ser então absolutamente condemnados, e pelo menos, como os excessos da justa defesa, são quasi sempre desculpaveis.

Mas se as Nações então não seguem outro Direito mais que o Natural, a legitima defesa social, como a defesa individual, com quanto subjugada pela necessidade, nunca é tão forte que faça calar inteiramente os dictames da moral e da justiça, e, por isso, deve ter os mesmos limites; são sempre homens contra homens, irmãos contra irmãos.

O estado de *sitio* não só deve ser restringido ao ponto ou pontos do territorio, em que exista o estado de guerra, mas deve ser levantado logo que, cessando o mesmo estado, a ordem se ache restabelecida. A punição fóra do *conflicto*, fóra da *actualidade*, já não seria *defesa*, mas *vingança reflexiva*, que nenhum Governo, assim como os individuos, póde considerar justificado. — As leis criminaes, por-

tanto assim como as de processo, e os tribunaes ordinarios, reassumem pelo restabelecimento da ordem o pleno exercicio de toda a sua força e vigor, mesmo em relação aos crimes e attentados commettidos nos momentos de crise.

Então mesmo não se deve perder de vista, que esses grandes grupos de inimigos da sociedade são sempre compostos de homens moralmente mais culpados uns que outros. — Ha nelles diversas cathogorias que determinam os grãos de imputação. Uns são perversos especuladores, que dirigem os ataques, ou que os commandam, e que pertendem fazer fortuna, embora sobre montões de cadaveres e de ruinas; outros, mais loucos que perversos, dedicam, arriscam, generosamente a sua vida ao triumpho de uma idéa, ou complexo de idéas, de que, em boa fé, pensam viria grande ou melhor bem social; outros que não passam de instrumentos passivos, que se deixam arrastar facilmente por qualquer aventureiro, que os queira illudir e enganar; outros, em fim, que, achando-se involuntariamente envolvidos na torrente, são arrastados por ella.

Tanto os tribunaes extraordinarios, como depois os ordinarios, devem ter sempre muito em conta estas circumstancias especiaes a cada um dos criminosos, não só para que a historia não tenha que registrar factos de immoralidade, condemnados por Deos e pelos homens, mas tambem para que a sociedade se não prive da melhor das suas armas, em tal conjuntura, a da conciliação pela moderação.

Mesmo no estado de *sitio*, mas fóra de verdadeiro e material *conflicto*, é preciso ter muito em conta as commoções occasionadas, tanto por motivos religiosos, como por motivos politicos, quando não são compostas de ataques á propriedade e á vida dos cidadãos. — O excessivo rigor é sempre contraproducente, e toda a seita deseje o martyrio para engrossar o numero dos seus proselitos. Em summa, é preciso sempre não confundir os crimes, que na sua causa moral não encontram mais que o erro, ou a convicção pro-

funda, com os que demonstram a perversidade d'alma e do coração; o *direito de punir*, com o *direito de defesa*; — e guardar sempre, que se possa, tanto as solemnidades do Direito Natural sobre averiguações da culpa, como sobre a manutenção dos imprescritiveis direitos do homem.

As scenas de horror e de sangue, praticadas durante a primeira revolução franceza, e que, infelizmente, tem sido imitadas em tempos modernos, deixaram na historia das Nações, e nos annaes da repressão extra-normal, nodoas indeleveis, como abuso da força, como anachronismo na civilisação dos povos, que a fizeram retrogradar alguns seculos.

Oxa-lá que entre nós se não apresente nunca o momento de semelhante imitação em taes crises, que a Providencia leve para longe dos povos cultos.

Tantas vezes imitamos o que outras nações tem de máo e de caduco em suas instituições e regulamentos de administração publica, porque não tiraremos tambem algum proveito dos resultados nascidos dos seus progressos e experiencia?

Será preciso que antes de chegarmos á perfeição possível, passemos pelos mesmos erros, pelos mesmos soffrimentos!!

CAPITULO III.

RETROSPECTO SOBRE O DIREITO PENAL PORTUGUEZ ATÉ Á PUBLICAÇÃO DO NOVO COD.—FIM DA OBRA—CONCLUSÃO.

« As nossas leis criminaes... foram feitas...
« entre o estrepito das armas e tambores, n'um
« tempo em que a philosophia não tinha ainda
« lançado raizes entre nós, e em que os cos-
« tumes da nação eram geralmente rudes, agres-
« tes e guerreiros, e' a verdadeira moral des-
« conhecida.

F. FREIRE DE MELLO.

Discorrendo, com especialidade, em relação á historia e philosophia do direito penal, nestes reinos, começaremos por dizer que participámos nós e estamos participando, não só das vantagens e contradicções resultantes das successivas necessitades e reformas que houveram na Europa nos referidos quatorze seculos, mas dos vicios e defeitos, que accusam a barbaridade da sua origem.

Nos primeiros tempos da Monarchia, se não tivemos o regimen feudal, tivemos os costumes respectivos: não tinhamos Codigo algum completo, e propriamente dito, de leis penaes: eramos regidos pelo Direito consuetudinario: *pelo fóro de Leão*, ou *Codigo Gothico* — *fuero juzgo* — que D.

Affonso V. de Leão, e D. Fernando o Magno, haviam mandado guardar em Galliza e Portugal: pela legislação local, dos *foraes*, a que ainda se vê feita uma referencia na Ord. Filippina Liv. 5.^o tit. 36.^o §. 1.^o; pelas disposições das *Córtes de Lamego*, nos casos, que ellas regularam, cuja data precisamente não consta, nem authenticidade é reconhecida pelos criticos, mas supposta, como verdadeira, a sua materia legislada, pelos Reis e pelas córtes posteriores nestes reinos.

As disposições dos canones da Igreja não podiam deixar de ter então, como tiveram por muito tempo, grande influencia e vigor nos factos, denominados — *crimes moraes* — ou — *religiosos*, — em que se considerava preciso punir não só o *crime*, mas o *peccado*, como se a missão dos homens, no estado social fosse prestar auxilio á omnipotencia divina, e justiça do Ceo!

As mesmas constituições dos bispados, naquillo em que não tivessem sido derogadas especialmente, eram invocadas nos pontos criminaes, a que podessem ter applicação, como se prova da C. de Lei de 25 de Maio de 1775, §. 2.^o, e C. Reg. de 16 de Maio de 1774, que as mandaram observar, com a unica reforma dos principios consignados na bulla da *Clea*.

O mesmo acontecia com as definições do Concilio de Terento, recebido entre nós como lei do reino: a que tudo se deve juntar uma infinidade de leis extravagantes, já anteriores, já posteriores, ao Cod. Filip.: assim como os diversos Assentos da extincta Casa da Supplicação: fechando a cupula deste edificio as opiniões dos reinicolas, e os arrestos. E, finalmente, tambem não podiam deixar de constituir uma parte, e muito importante da nossa primitiva legislação criminal e penal, as disposições, de principio mais tradicionaes que escriptas, do Direito Romano: que, introduzidas na Lusitania com a dominação Romana, foram muito olvidadas pelas invasões dos Wisigodos e dos Arabes.

De todos estes elementos se serviram effectivamente os compiladores para o Cod. de D. Affonso V, reproduzidos nos Cod., ou Ord., Man. e Filip.

Pelas leis dos Wisigodos em Hespanha era o matador mandado entregar aos parentes do morto, para tomarem delle a vingança, que lhes parecesse. É, porém, notavel a restricção, que se encontra nas mesmas leis, prohibindo que a vingança podesse *estender-se até á morte do delinquente*.

Os juizes processavam, e condemnavam, mas a execução das sentenças, e das penas, dependia da deliberação e querer dos proprios offendidos ou interessados.

Não admira, pois, que a vingança privada, sempre que se tratasse de crimes, de que resultasse directamente algum damno individual, fosse considerada, como entre as mais nações da Eurapa, um direito *commum*.

A vindicta privada, em casos de homicidio e outras offensas graves transmittia-se a herdeiros, e encontra-se em escripturas e testamentos antigos, tão ligada á herança, como a propria vestidura militar, de que a mesma vingança era uma consequencia inevitavel, com quanto o Cod. Wisigotico, em regra, a não tolerasse, e nelle predominasse a publica, dirigida pelos principios do *terror* e da *intimidação*.

É bem conhecida a lei da *revindicta*, que prescrevia os termos, a fórma, em que cada um podia exercer esse direito, com tanto que fosse fidalgo e homem bom. O costume, porém, do reino ia mais longe, permitindo a todos vingar a deshonra dos seus parentes, ou *encoimar*; costume, que D. Affonso IV, em 1363, e 1385, tratou de abolir em grande parte, e que D. Affonso V suprimiu completamente.

A *revindicta* importava mesmo entre nós, mais alguma cousa, que a vingança das offensas recebidas, pois, como a mesma palavra o diz, era vingança de vingança tomada. O herdeiro, que tinha recebido o triste legado della, era obrigado pela força da opinião a retribuir com maior somma de mal ao offensor, do que aquelle que este tinha causado.

Como não era facil equilibrar a vingança com a offensa, e, com tudo, era essencial que ella fosse *satisfactoria* cumpria, que não fosse moderada, mas sempre excessiva, para que se reputasse completa.

Todavia, por um sordido contrasenso, era permitido aos offendidos e offensores a *composição*, ou *substituição* das penas corporaes do arbitrio privado, por meio de retribuições ou *transacções pecuniarias*, de que especialmente se encontravam as disposições respectivas nas ditas leis locais, ou *foraes*, dados aos concelhos, villas, e mais logares, pelos reis, ou pelos ricos-homens, grandes do Reino, e donatarios da Coroa, que ou tomaram parte nas conquistas ou nas guerras que se lhes seguiram.

Suprimida a vindicta privada, e substituida pela vindicta publica, ao individuo ficou, na punição dos crimes, subrogada a authoridade social, mas, como o fundamento e origem eram viciosas, ficaram tambem as novas leis das edades medias impregnadas, senão dos mesmos defeitos, de muitos vestigios delles.

Os açoutes, a mutilação, de lingua, de olhos, de mão, a tortura, ¹ a marca de ferro quente, a morte enfim, já na forca, já pelo apedrejamento, ja pelo cutello, já pelo fogo, já por outros variados modos expressivos todos do resentimento, da paixão, ou da vingança individual, ou do proprio medo e terror social, que se queria compensar e destruir,

¹ Sob a dominação dos Mouros, em casos de adulterio, se procedia tão severamente contra a adúltera, como contra o marido, que não provasse a a accusação. A castidade da mulher era submettida á prova judiciaria do ferro em braza, assum como os maridos, que decahiam da accusação eram queimados vivos, como aconteceu em Coimbra ao de Lusinda, a qual, declarada innocente, professou no Mosteiro de Lervão. Com. conqu. e antig. de Coimbra, cap. VIII.

A administração da Justiça Criminal se fazia nesses tempos, (segundo a opinião d'alguns, aliás contestada como duvidosa) por magistrados christãos, quando se tratava do crimes, entre estes, sendo porém, para notar, dizem, que os Arabes não consentiam, que a morte, mesmo contra um christão, se executasse sem o assentimento do Governador mouro.

pela rasão instinctiva da intimidação a outros criminosas, foram as penalidades adoptadas.

Não sendo bastantes estes meios de crueldade, lançou-se mão tambem dos da irrisão e do escarueo publico, contra os criminosos. A exposição no pelourinho, o baraço e pregação, e outros expedientes, como o de se mandar rapar a cabeça, ou *descalvação*, foram igualmente praticados desde remotissimos tempos. *Penas torpes e infames!* exclama F. Freire de Mello.

Apezar da abolição em geral da vindicta privada, subsistiu por muito tempo o *estado de guerra*, entre as familias nos casos de homicidio, e, consequentemente, o *direito de vingança*, posto que, *sujeita á interdicção legal, quanto ao exercicio* do mesmo direito.

Daqui vieram as *cartas de inimisidade*, que os desembargadores do paço eram authorisados a dar em conformidade da Ord. do Liv. 1.^o tit. 3.^o § 5.^o, as quaes se não passavam contra os julgadores; cartas que tinham, entre outros, o effeito de dispensar em juizo a *prova das contradictas*: costume abolido por D. Philippe II, em Alv. de 10 de Março de 1606.

Daqui vinham as *seguranças reaes*, ou a *requerimento* daquelles que temiam a vindicta privada, ou mesmo espontaneamente pelo rei, se o estado da discórdia fosse entre pessoas poderosas, de cuja vindicta podesse vir grande *mal social*, do que tratava a Ord. do Liv. 5.^o tit. 128.^o

O quebrantamento destas *seguranças* era um attentado que aggravava os factos criminosos: e em rasão desse crime accessorio, era comminado o *dobro* da pena do crime principal: e como a pena de morte, natural ou civil, não podia, por sua natureza, ser dobrada, entregou-se o augmento da pena á imaginação, ao *arbitrio do juiz!* Cit. Ord. § 4.^o

Daqui vinha, que, em casos de morte, o *direito* de accusar que assistia *in solidum* aos parentes dentro do primeiro gráo, e, na falta destes, aos do segundo, inutilisava

um processo de accusação, se algum delles não tivesse sido citado; frustrava o perdão dado pelo tutor em prejuizo do menor, ou por algum dos ditos parentes sem audencia dos outros; e o do proprio rei, que o não concedia, ouvidos elles, senão com a clausula — *se outras partes ahí não ha, a que a accusação da dita morte pertença* —, como tudo se vê, sem ir mais longe, da Ord. Liv. 5.^o tit. 130.^o

Daqui vinha ser permittida a vindicta privada, por meio do repto ou desafio, uma vez que precedesse *especial licença e autoridade real*, como se exprime a Ord. Man. Liv. 5.^o tit. 93.^o, que foi, nesta parte, revogada pela Filip. tit. 43.^o, e que era um *privilegio* especial dos filhos legítimos dos reis, como entre outros documentos se vê da carta de legitimação passada por D. João I, a favor de seu filho D. Afonso, primeiro duque de Bragança.

Daqui vinha a subsistencia do mesmo direito, em casos de adulterio, em favor do marido, contra a mulher e cumplice, não sendo este fidalgo, desembargador, ou pessoa de maior qualidade; podendo licitamente exercer esse direito, não só no acto mesmo, mas depois, com premeditação, ou vingança reflexiva, sendo permittido ao mesmo marido levar consigo as pessoas, que quizesse, para o ajudarem, não sendo inimigas dos adulteros, por alguma outra causa, como se lê na Ord. do Liv. 5.^o tit. 38.^o

Daqui vinha, que a Justiça criminal não procedia contra os offensores, se não sobre accusação dos offendidos, ou daquelles a quem se transmittia o direito de accusação: que o perdão de parte, ou impedia a acção da Justiça, em crimes leves, ou attenuava as penas consideravelmente nos de maior gravidade. As leis criminaes só deviam ser executadas, com mais rigor, se os réos tivessem parte que os accusasse, como se vê da carta escripta por mandado de D. João V ao desembargador Quintella, em 20 de Janeiro de 1745.

Daqui vinha, enfim, que, nos crimes publicos, e mesmo

privados, o rei, pelo direito eminente e supremo de vingador do crime, não só exercia pelos seus delegados a vingança em nome de todos ou de algum ou alguns de seus subditos, por *ira ou sanha, de moto proprio, sem outra ordem nem figura de juizo*, como se exprime a Ord. Liv. 5.^o tit. 137.^o princ., mas até pessoal e directamente, na sua presença, por seus creados, e mesmo dentro das paredes de seus aposentos, como nos attesta a historia ¹ A eit. Ord. como correctivo contra a precipitação dos reis, no exercicio deste direito, ordenava, que os encarregados da execução a espaçassem por vinte dias, o que não podia ter logar nos actos de vingança presenciaes ou ordenados *in continenti*.

Os costumes foram-se adoçando, e mais por instincto social, e impulso moral da civilização no seculo XVIII, que por virtude de principios consignados na legislação criminal do reino. A impunidade, ou o arbitrio da condemnação, tornou-se uma necessidade relativa. As leis penaes cahiram em desuso, mesmo sem ser derogadas. Mello Fr. Inst. Jur. Cr. tit. 1.^o § 2.^o, assim o demonstra e convence: facto reconhecido pelos mesmos soberanos, que o ratificavam com o seu silencio e approvação, apesar da declaração generica, em contrario, da lei de 18 de agosto de 1769, como se prova do Decr. de 31 de Março de 1778, mandando eliminar, por uma Junta, da nova collecção das leis aquellas, que *se achavam antiquadas, e, pela mudança das cousas, inúteis, para o presente e futuro*.

Este estado exigia providencias, porque, especialmente em materia criminal, este *cahos*, esta *anarchia*, esta *impotencia*, das leis, não podia continuar a existir sem grave com-

¹ Especialmente D. Pedro I assim o praticou muitas vezes. se devemos acreditar as chronicas, como se refere na do Padre Bayão Cap. VI e seg. — « O seu povo lhe chamava algoz que por sua pessoa justificava os homens o que não continha a elle fazer, por muito malfeitores, que fossem, pois tinha officiaes e pessoas por quem a mandar fazer. »

promettimento da justiça moral, dos direitos sagrados da innocencia, do melhoramento dos costumes, e, por isso, por aquelle Decr., foi nomeada a referida commissão, composta dos varões mais eminentes do paiz, tanto na magistratura, como na sciencia do Direito.

Esta junta, porém, nada fez, nem mesmo alguma das cinco secções, em que foi repartida, conforme á divisão dos livros da Ord. — Cinco annos eram decorridos sem resultado algum, e, com tudo, as necessidades publicas reclamavam uma prompta reforma na legislação do reino, o que, em 22 de Março de 1783, obrigou a chamar da Universidade de Coimbra a Paschoal José de Mello; reforma que elle pôde concluir, tanto na parte, que respeitava a Direito publico, como na parte criminal: verdadeiros Codigos, mas que este homem eminente, tão grande em sciencia, como em modestia, intitulou *ensaíos*.

Para o exame e revisão destes importantes trabalhos foram nomeados novos magistrados e juriscultos, por Decr. de 3 de Fevereiro de 1789, ouvido o seu author, *para que podesse como bem instruido na materia defender, interpretar, e modificar as suas proposições*.

Neste Decr. se impunha aos censores e revisores nomeados a obrigação de proceder com a circumspecção e gravidade que exigia a importancia da materia; de corresponder á confiança que nelles se depositava; de, enfim, abstrahir da paternidade desses projectos, que antes deviam considerar como emanados do Soberano, como destinados a ser promulgados em seu nome, *para regular e manter os povos com justiça*.

Recommendações baldadas! A revisão não se fez. Ou as difficuldades do exame; ou o ciúme e inveja da parte da magistratura, contra o merito transcendente de um varão universitário; ou, enfim, o marasmo geral, que produziram na Europa as commoções politicas da França, e de outros paizes: as guerras, que sustentámos com a Hespanha, e com a

França; e a residencia superveniente de D. João VI na côrte do Rio de Janeiro; conservaram na mesma situação estacionaria, absoluta, arbitraria, e obsoleta, a legislação criminal do reino.

Succedeu a revolução liberal portugueza de 1820, e as côrtes constituintes de então, compostas de caracteres os mais abalisados em sciencia e patriotismo, que fizeram a admiração do mundo, e serão sempre o modelo e maior gloria nos fastos parlamentares da nação, não podiam deixar de lançar as suas vistas sobre semelhante objecto.

O grande juriscunsulto Jeremias Bentham, respeitando esse congresso de sabios, os julgou dignos de lhes offerecer em 1821 projectos de Codigos civil, penal, e constitucional, offertas, que o mesmo congresso acceptou com o mais vivo reconhecimento. Seguiram-se as côrtes ordinarias de 1823, offerecendo premio a quem effectivamente apresentasse o projecto de Cod. criminal, como, o mais urgente: mas estas diligencias foram baldadas: influencias directas da Santa Alliança poseram, por então, um termo á liberdade constitucional, e com elle addiaram a tão suspirada, como indispensavel, reforma do Direito criminal.

Succedeu o governo absoluto, com quanto paternal, de D. João VI, e em seguida o do immortal D. Pedro IV, que, realisando o pensamento e a resolução de seu Augusto Pae, qual outro D. Duarte, nos outorgou a nova lei Mental, Cod. Sagrado das nossas liberdades e da organização do paiz em todos os ramos da publica administração.

A Carta Const. de 1826 nos deu de prompto immensos beneficios, em relação ao Direito penal. O arbitrio foi abolido: o imperio da lei, e sómente da lei, foi restabelecido. A nenhuma se permittiu o effeito retroactivo. A censura foi proscripta, proclamada a liberdade da communicação do pensamento, e declarado punivel sómente o seu abuso. A liberdade de consciencia foi tambem apregoada, e sómente mantido o respeito devido á religião do Estado.

Garantiu-se, que as leis penaes seriam decretadas e applicadas com igualdade, ou sem offensa da justiça relativa.

Foram, desde logo, abolidos, o confisco, os açoules, a tortura, a marca de ferro quente, e, em geral, todas as mais penas cruéis.

Estabeleceu-se o principio de que nenhuma pena passaria da pessoa do delinquente.

Finalmente prometeu-se, que seria organizado, *quanto antes*, um Cod. civil e criminal, *fundado nas solidas bases da justiça e da equidade*.

Todavia, estes beneficios, que, em si mesmos, importavam uma reforma radical, no nosso Direito penal, foram interrompidos pelos acontecimentos da usurpação, e que duraram até ao restabelecimento da Carta por aquelle mesmo principe, que a havia outorgado.

Mal, porém, se havia plantado, na cidade do Porto, o estandarte da legitimidade, nem o tenir das espadas, nem o troar dos canhões, impediu o nosso Libertador de attender á sua promessa, garantida na Carta, em relação á reforma eriminal.

Em 18 de Agosto de 1832, por Decr. dessa data, foi creada uma comissão para esse fim, sendo notaveis as palavras, que fundamentam essa determinação, em quanto declaram — « incompativel com o regimen constitucional, e com « as luzes do seculo actual, aquelle monstruoso Cod. criminal da Ord. Liv. 5.^o, aonde foram a êsmo copeadas as leis « de Caligula e Nero, e aonde á força de repetir constante- « mente — morra de morte natural para sempre — ficam os « delictos impunes, ou são conduzidos a graves penas por « acções inteiramente differentes das que se figuram no pro- « cesso.

Mas esta comissão nada fez, nem podia fazer. O estudo, que demandava tão arduo, como sério trabalho, não se compadecia com as lutas sanguinolentas, que se seguiram, e duraram até 1834. Além disso, a mesma comissão tinha,

em certo modo, caducado desde o Decr. de 18 de Setembro de 1833; porque, sendo um dos objectos, que lhe foram encarregados, o projecto de Cod. Com., este ultimo Decr. havia approved e convertido em lei o projecto apresentado por Ferreira Borges, sobre semelhante materia.

Restabelecido plenamente o imperio da Carta em todo o reino, debellada a usurpação, e extinctos os seus vestigios pela convenção de Evora-Monte, seguiu-se a convocação das côrtes geraes, e não foi nellas esquecido promover a confecção de um novo Cod. Pen. — A prova evidente desta asserção está na Carta de lei de 25 de Abril de 1835, promettendo, no Art. 3.^o, uma gratificação de oito contos de réis ao author de um projecto de Cod. criminal.

Eram, porém, condições deste convite: 1.^a que o projecto fosse apresentado a uma das camaras legislativas, até ao dia 10 de Janeiro de 1837; 2.^a que esse projecto fosse por ambas julgado digno de ser admittido para entrar em discussão; 3.^a que o mesmo projecto comprehendesse a parte da legislação criminal que respeita a processo. Metade da gratificação era promettida a quem obtivesse as honras do *accessit*.

Custa a crêr que umas côrtes compostas, como aquellas foram, dos caracteres mais illustrados do paiz, considerassem, não só moral, mas materialmente, possível, em tão curto espaço de tempo, a confecção de um projecto de Cod. ou antes de dous Cod. em materia criminal, sujeito ainda o seu author a perder o seu trabalho e consideração, pela dependencia do juizo de ambas as camaras.

Assim o entendeu o mesmo governo, pois que, por Decr. de 27 de Novembro de 1835, nomeou uma comissão para se incumbir da revisão de todas as leis, que haviam sido promulgadas sobre reforma judiciaria: e essa comissão, em menos de um anno, apresentou o resultado dos seus trabalhos, que foi approved, como digno de entrar em revisão, e ser impresso e publicado, antes de ser sancionado, para

que pelas reflexões, que occorressem, como a mesma comissão requereu, podesse adquirir o possível grão de perfeição.

Seguiram-se os acontecimentos políticos de 9 de Setembro de 1836, e o Governo constituido então em Dictadura; depois de ter feito examinar por outros juriconsultos, retocar e emendar, em alguns pontos, esses Cod., estando presentes alguns dos membros da comissão dissolvida, deu finalmente força de lei aos mesmos Cod., a que todos os seus authores e revisores, deram sempre modestamente, o nome de — *Reforma Judiciaria*.

O Decr. de 29 de Novembro de 1836 sancionou a parte que respeitava, tanto á divisão judicial do territorio, como á organização do pessoal: e o de 13 de Janeiro de 1837, sancionou igualmente a segunda parte, que respeitava ao Cod. de processo civil, assim como a terceira, que respeitava ao Cod. do processo criminal, hoje refundidos em um só Cod., depois da ultima codificação feita por virtude e com as alterações da lei de 28 de Novembro de 1840.

Estes trabalhos são importantes, em relação ao nosso objecto, na parte criminal: 1.º porque elles prendem intimamente com a materia de um Cod. Pen.; 2.º porque effectivamente comprehenderam muitas das disposições geraes, que se acham em diversos Cod. Pen. da Europa, como são sobre tentativa, cumplicidade, prescripção e execução, de penas.

Faltava, para se tornar completa esta reforma, que fosse acompanhada de um quarto Cod., sobre maleficios e penas, que nella se omittiu, não só para se tratar em separado, mas no presupposto de que um Cod. Pen. já existia approved e sancionado pelo referido Governo em Dictadura.

Effectivamente a terceira parte desta reforma, ou Cod. de processo criminal, Art. 1.º, faz uma referencia expressa á classificação feita no Cod. Pen., distinguindo os crimes em publicos, e particulares. O Decr. de 19 de Janeiro de

1837, regulamentar sobre novos inventos, cita e applica designadamente muitos dos Artigos do mesmo Cod., que nunca chegou a ter publicação legal.

O Cod. Pen. existia, pois, com quanto não fosse conhecido. Um distincto juriconsulto o havia elaborado e offerecido ao Governo em 1833. Devolvido ao seu author, por virtude da portaria de 29 de Novembro de 1836, para lhe fazer as alterações, que entendesse, requereu elle, que fosse nomeada uma comissão, que o ajudasse com suas luzes, na grande tarefa da correção, para a qual sempre é menos apto o author da obra.

A comissão foi nomeada, e, depois de assiduo e permanente trabalho em successivas e não interrompidas conferencias, deu em 31 de Dezembro do mesmo anno, por terminada a revisão, concluindo pela adopção do mesmo Cod.

Seguiu-se o Decr. de 4 de Janeiro de 1837, concebido nos termos seguintes:

DECRETO.

« Não estando as nossas leis penaes de accôrdo com as luzes deste seculo, e convindo que nesta parte o povo portuguez goze dos beneficios d'um Cod. philantropico, e humano; E tendo o doutor José Manoel da Veiga offerecido um projecto deCodigo penal, para cujo exame fui servida nomear, por portaria de dezanove de Novembro preterito, uma comissão, a qual fez subir á minha presença o resultado de seus trabalhos: Considerando eu, que da obscuridade, multiplicidade, e crueldade das leis criminaes é que tem procedido a desmoralisação publica, a impunidade e alluviação de crimes, que tem inundado a sociedade; e que, em quanto as côrtes geraes, na sua sabedoria, não approvam um melhor projecto deCodigo penal, para o qual se acha aberto o concurso, pela carta de lei de vinte e cinco de Abril de mil oitocentos trinta e cinco, e não collocam, nesta parte, a na-

ção portugueza a par das nações mais esclarecidas e policias, não convem privar os meus subditos do beneficio de umCodigo penal mais justo e humano; Conformando-me com o parecer da mesma commissão, e com o dos meus ministros; Hei por bem Ordenar, que seja adoptado como Lei destes reinos o projecto de Cod. Pen., que baixa junto a este Decreto, sem prejuizo do concurso aberto para os mais projectos: e visto que o seu auctor, o doutor José Manoel da Veiga, Me representou, que ratificava a offerta que delle já fiseram ao Governo no anno de mil oitocentos trinta e tres, reservando-se a propriedade do producto das impressões, deduzida percipiuamente a despeza dellas: Mando que seja immediatamente impresso, a fim de que possa ser executado desde a sua integral publicação. Os secretarios de estado das diversas repartições o tenham assim intendido, e façam executar. Paço das Necessidades em quatro de Janeiro de mil oitocentos trinta e sete. — RAINHA. — *Visconde de Sá da Bandeira.* — *Manoel da Silva Passos.* — *Antonio Manoel Lopes Vieira de Castro.* »

A Port. de 7 do mesmo mez dissolven, em consequencia, a commissão de revisão, reconhecendo, que ella havia desempenhado a sua missão *com effeacia, zelo, e illustração*, Vê-se, porém, do dito Decr., que o mesmo Cod. não foi approvedo, como chefe de obra, mas só provisoriamente, em quanto as côrtes não adoptassem outro melhor, para que se considerou não prejudicado o concurso aberto pela referida Carta de lei de 25 de Abril de 1835.

Lamentamos, e muito, que o mesmo Cod., não chegasse a ser promulgado, e que, por isso, não podesse ser comprehendido na sancção da Carta de lei de 27 de Abril de 1837, o que produziu a grande anomalia e contrasenso de serem confirmadas, sem restricção alguma, disposições legislativas referentes, directa e especialmente ás do Cod., sem que este obtivesse igual sancção. Este defeito foi remedeado

do no logar correspondente da nov. Ref. Jud., mas a lacuna ficou subsistindo no cit. Decr. sobre os novos inventos.

Esse Cod. era, sem duvida, muito preferivel ao arbitrio desregrado, erigido em principio e pratica de julgar, em materia de crimes e penas, e teria dado occasião a que, como thema de discussão, como ensaio, e como experiencia de suas disposições, se procedesse com mais criterio e acerto a uma nova codificação criminal, já aclimatados os principios da theoria e da philosophia, conforme á civilização moderna, e exemplos das grandes nações.

Este estado, porém, não podia continuar. Ninguém tinha comparecido durante o tempo do concurso aberto por virtude da lei de 25 de Abril de 1835, que o Decr., não publicado, de 4 de Janeiro de 1837, julgou não prejudicado. Era urgente prover de remedio, e assim se fez pelo Decr. de 10 de Dezembro de 1845, nomeando-se uma commissão, á qual, posto se encarregasse, além do Cod. Pen., o Cod. Civ., se recommendou dêsse preferencia ao Cod. Pen., como *absolutamente indispensavel*, para que se podêsse, *quanto antes*, propor á approvação das côrtes.

Esta urgencia, todavia, tão recommendada, não pôde ser satisfeita, no espaço de perto de cinco annos, que decorreu até ao Decr. de 8 de Agosto de 1850, que reduziu a tarefa da commissão aos trabalhos do Cod. Pen.

Este Decr. é acompanhado de um notavel relatorio, em que se pondéra, que « assim os homens de estado, como os « jurisconsultos, concordam todos hoje, em que a redacção « dos Cod., para ser methodica, precisa e clara, deve ser « feita por um só pessoa, e revista depois por comissões « compostas de pessoas idoneas para tão importante trabalho » ponderação, que, se justifica a providencia tomada, quanto ao Cod. Civ., contradiz o mesmo Decr., em quanto deixa subsistente a commissão creada pelo Decr. de 10 de Dezembro, quanto ao Cod. Pen., cuja importancia e difficuldade se reconhece no mesmo relatorio.

As causas, que motivaram tamanha demora nos trabalhos desta comissão, tanto pelo que respeita aos ditos cinco annos, como a mais dous, expende a comissão no seu relatorio, datado de 30 de Setembro de 1852, que adiante segue.

O Governo, que mal podia, distraído por muitos outros objectos, que tomou em consideração, durante a Dictadura legislativa, em que se constituiu, examinar com a devida reflexão os trabalhos da comissão; para que não tinha mesmo a competencia necessaria, segundo a referida ponderação, bem deduzida no relatorio do Decr. de 8 de Agosto de 1850; para que não tinha ainda o tempo, moral e material, necessario; qualificou, com tudo, « *de cabal o desempenho da mesma comissão, vendo consignado no « Cod., com precisão e clareza, quanto pareceu melhor, em « vista, não só das regras, que a justiça universal tem pres- « cripto, para a classificação dos crimes, e para a graduação « das penas, se não também das doutrinas mais applicaveis « á indole, tendencias, e habitos da nação; mais adequadas « ao systema constitucional da monarchia: e mais seguidas « nos diferentes Cod., até agora publicados. »*

Consequentemente, o Governo, com a espada de Alexandre, de que se achava armado, poz termo á anciedade publica a semelhante respeito; e prescindindo, tanto de novas comissões revisoras, como de exame e discussão previa perante as camaras legislativas; julgou fazer um serviço eminente ao paiz, promulgando o Decr. de 10 de Dezembro de 1852, pelo qual se mandou dar immediata execução ao Cod. Pen., nestes reinos e seus dominios, e a que as mesmas camaras prestaram depois plena sancção, apesar da impugnação de alguns de seus membros, em uma e outra casa do parlamento.

Foi precipitada semelhante promulgação, e fizeram tanto peso ao Governo, os clamores da opinião publica a semelhante respeito, que logo instaurou uma comissão de

revisão, que, pensámos nós, pouco, ou, antes, nada fará, com quanto a reputemos animada dos melhores desejos e vontade.

Esta nossa previsão pôde ser um erro, uma apreensão infundada, que o futuro desminta, e oxalá, que assim aconteça!

Não é nosso animo offender, nem levemente, os cava-lheiros de que se compõe a mesma comissão, e muito menos um nosso collega, tanto no parlamento como no tribunal, tão distincto por sua illustração, abalizados conhecimentos juridicos, pratica do fôro, tanto em materia civil, como criminal, ou administrativa, talento, probidade e amor do paiz.

Exprimimos sómente a nossa intima convicção, e por muito felizes nos julgaremos, se estas palavras, e alguma parte do nosso trabalho, merecerem alguma contemplação, que estimule o zelo da mesma comissão, que improduttivamente, em apparencia, vai deixando correr, sem resultado visivel, não só mezes, mas annos.

É preciso que digámos, alto e bom som, que, não criticando a intempestiva e precipitada promulgação do Cod. Pen., se não como preliminar historico, indispensavel á critica, analyse, e confrontação das disposições do mesmo Cod. a que nos propoemos, seríamos injustos, pois que são essas disposições lei do Estado, se não reconbecessemos o distincto serviço, que os membros da comissão, creada por Decr. de 1845, e 1850, prestaram á jurisprudencia criminal, levantando o seu projecto. ¹

¹ A demonstração de que o Cod. Pen. não foi precedido da precisa reflexão e aturada meditação, pela comissão, como demandava a importancia do objecto, encontra-se na declaração feita (no Cod. Adm. ao Art. 363.º nota *) por um dos seus illustres collaboradores o sr. Neto, nos termos seguintes:

« Por Dec. de 10 de Dezembro de 1845 foi encarregada uma comissão de preparar o Cod. Pen.: mas depois de estar esboçado o projecto, e até já discutido o 1.º Liv., e parte do 2.º, interrompen-se « este trabalho, por ordem vocal do ministro da justiça, em Maio de 1847. »
Foram, pois, interrompidos estes trabalhos em Maio de 1847, em que

Será á custa de alguns erros judiciarios, de algumas injustiças relativas, de algumas repressões inadequadas e contraproducentes, de que serão victimas os cidadãos e a sociedade portugueza, que se alcance, com palpavel evidencia, o conhecimento dos vícios, erros, defeitos, exagerações, lacunas, e imperfeições do Cod. Mas a nação, que não morre, como os individuos, encontrará no futuro, amestrada por esta experiencia, os correctivos ou remedios necessarios.

Muitas das disposições do Cod. Pen. não são reputadas boas nem más, porque, sendo não occorrentes, ou muito raras, os casos, a que se applicam, não apparece a occasião de se manifestar a existencia do mal, nem, por tanto, a necessidade de se lhe procurar o remedio conveniente.

No intuito de acompanhar a *experiencia da critica*, ou de *demonstrar, à priori*, inconvenientes na possibilidade de determinadas hypotheses, e assim, em presença dos *factos e dos principios*, apressar o momento da reforma, é que dedusimos as nossas reflexões.

era ministro da justiça outro collaborador do mesmo Cod.: seguiu-se outro ministro, que nenhuma communicação, nem solicitação teve, como podemos affirmar de sciencia propria, á cerca da progressão dos mesmos trabalhos, antes apenas *esboçados*, e sómente discutida uma parte do 1.º livro. Não sabemos o que depois aconteceu sobre o impulso dado pelos ministros, que succederam até 1849; havia, com tudo, bem fundadas esperanças em 1850, de que o anno de 1851 não correria sem que a commissão desse conta definitiva da sua incumbencia, e de tal *esperança* partilhámos e assim o manifestámos no opusculo, que então publicámos, e que intitulámos — *o uso e o abuso da imprensa*.

Não nos enganámos: poucos mezes mais, em Setembro do anno de 1852, foi apresentado ao governo o projecto do Cod. Pen., tal como hoje rege, sem alteração alguma. Uma commissão, porém, assim contrariada, assim interrompida, e limitado o seu tempo disponivel, a tão curtas dimensões, não podia offerecer um Cod. tão completo, como poderia ser em outras circumstancias, quando elaborado mais de espaço, e na presença dos novos Cod., que, ou se promulgaram depois, ou eu já as traducções e commentarios só appareceram modernamente.

Os illustres collaboradores do Cod. tiveram presentes sempre os Cod. Fr. e Hesp., que facilmente se conhece predominarem, doutrinal e litteralmente. Algumas vezes, porém, apparecem vestigios do Cod. do Brazil, de Napoles, e de Austria, da Lei Belga sobre o duello, uma ou outra disposição do Direito Romano, muito pouco respectivamente das leis Patrias, e abundantemente as opiniões de Rossi e de Chauveau e Helie.

Caminhámos assim de accôrdo com os desejos do proprio Governo, como se manifesta na seguinte portaria circular, expedida a todos os membros dos tribunaes judiciarios.

« Repartição da justiça. — Convindo saber quaes são os inconvenientes ou estorvos que se encontram na execução do Cod. Pen. Portug., se elles provém da falta do Cod. de processo criminal, ou de outros motivos; e se importa *fazer alterações, emendas, ou substituições em alguns artigos do referido Cod. Pen.*: Manda Sua Magestade El-Rei, Regente, em Nome do Rei, que o conselheiro presidente do Supremo Tribunal de Justiça, tendo em vista o decreto de vinte e cinco de Fevereiro de mil oitocentos e quarenta e um (*Diario* numero cincoenta e oito) comprehenda no relatório annual, que até trinta de Dezembro deve apresentar no ministerio da Justiça, as ponderações ou observações, que se lhe offerecerem sobre cada um dos pontos que ficam indicados com respeito ao Cod. Pen. de que se trata. Paço em dez de Julho de mil oitocentos e cincoenta e quatro. — *Frederico Guilherme da Silva Pereira.* »

Não somos, comtudo, os primeiros a fazer um commentario sobre o Cod. Pen. Portug. Precedeu-nos o Sr. doutor Levy Maria Jordão, que, apenas despedido da Universidade, aonde mostrou a frequencia mais brilhante e distincta, offerece já, no principio e vigor dos annos, mais que uma *esperança*, uma importante realidade, para honra e vantagem da jurisprudencia portugueza, especialmente com relação ao Direito criminal.

Tendo nós colligido diversos elementos sobre a materia antes da promulgação do Cod. Pen., e continuado depois, com perseverança, o nosso exame e estudo, tanto sobre o mesmo Cod., como sobre a legislação estrangeira, achava-se tão adiantado este nosso trabalho, que já não podíamos re-
cuar, muito especialmente achando-nos ligados pela espon-
tanea offerta do nosso trabalho a um grande Principe:

Essa foi, com tudo, a primeira idéa, que nos suscitou a apparição do commentario do Sr. Levy, que succinto e claro, e mais de explicação dos textos e fontes do Cod., que critico, em que, todavia, não é escaço, tem feito grande beneficio aos interpretes ácerca do estudo de uma lei nova, complexo de tantas, que, por sua immediata applicação, carecia de um auxilio prompto.

O nosso trabalho tem outro fim : predomina nelle a critica, e a confrontação com a Theoria, e com os exemplos, para que possâmos encaminhar-nos á reforma radical do nosso Dir. Pen., concluindo como é nossa tenção pela apresentação de um novo projecto, fundado nos principios da philosophia, ligadas, por um laço indissolúvel, a moral e a politica, a rasão e a civilização do seculo.

A par da utilidade, considerâmos hoje, em tão subido gráo, a urgencia desta reforma, que precipitâmos esta nossa publicação, sem primeiro arregimentar e disciplinar devidamente as nossas idéas, nem corregir, como convinha, o nosso pensamento, para que podesse ser-nos gloriosa esta obra. Violâmos, assim, o preceito de Horacio ; soffreremos, sem nos queixar, a punição merecida.

Todavia, achando-nos, constantemente distraihidos pelos trabalhos do Parlamento, e pelos do Supremo Tribunal de Justiça, a que não faltâmos : sendo tão poucos os momentos disponiveis, ou livres, no espaço de quatro annos, incluindo o da impressão, companheiro da tarefa, que tomâmos ; não serão para estranhar as obscuridades, incoherencias, impropriedade de expressão, faltas de ordem, erros de citação, e mesmo de doutrina, que nos hão-de ser notados.

Mas, escudados de bons principios e dos melhores exemplos, temos, não só a consciencia da utilidade da presente obra, como a esperanza de que a opinião publica será indulgente para com um magistrado, que, depois de uma larga carreira de serviços e de soffrimentos, e de haver procurado vencer pelo estudo, em tão diversos ramos, para desempe-

nho de seus deveres publicos, a pobreza de seus talentos, concebeu e manteve a ambição de deixar á Nação, e ao Brazil, irmão germano, ou antes filho, de Portugal, um monumento, e um legado, fertil em consequencias uteis.

Foi um grande arrojo, talvez uma grande imprudencia : e, com tudo, reclamâmos para este nosso trabalho, desculpa, na parte moral, louvor, na parte material, em attenção ás difficuldades, immensas difficuldades, que precisâmos vencer, despezas, que nos foi mister arrostar, e esforços, que tivemos de empregar, em tal estreiteza de meios e forças.

SENHORA :

A commissão encarregada, pelos decretos de 10 de Dezembro de 1845, e 8 de Agosto de 1850, de redigir um projecto do Código Penal, em que se consignassem os mais solidos principios do direito criminal, conforme as luzes do seculo, e segundo o systema constitucional da Monarchia, tem hoje a honra de fazer subir á presença de Vossa Magestade o resultado de seus trabalhos.

Obstaculos insuperaveis foram causa de que a commissão não podesse desempenhar-se mais promptamente do honroso encargo, que Vossa Magestade Houve por bem commetter-lhe.

Os graves acontecimentos politicos do paiz neste intervallo, o chamamento de dois de seus membros aos conselhos de Vossa Magestade, e outros motivos extraordinarios, fizeram não só que as reuniões regulares da commissão fossem frequentemente interrompidas (sendo-o de uma vez por vinte e seis mezes, de outra por dezenove, e de outra por oito), mas até á maxima parte das sessões não podessem concorrer senão os tres vogaes signatarios do presente relatorio,

e do projecto que o acompanha. Estas circumstancias demonstram sufficientemente que a commissão se houve com o zelo e diligencia possiveis, sobretudo reflectindo-se na difficuldade da materia; porque não se pôde desconhecer, que um Codigo Penal, em que se harmonisam os bons principios com os costumes, e legislação politica e civil do paiz, exige longo e profundo estudo das doutrinas, e a maior exactidão nas expressões; e que este vasto trabalho não pôde ser a cópia informe de diversas disposições de outros Codigos, admittidas sem escolha, e sem exame.

A commissão divide o seu projecto de Codigo Penal em dois livros: o primeiro contém as regras geraes, que dominam todas as materias do Codigo; e estão nelle reduzidas a preceito as melhores doutrinas dos Codigos, e juriscultos mais acreditados. O segundo livro trata dos crimes em especial, e offerece as incriminações de todos os factos prejudiciaes á sociedade, que devem ser punidos, bem como a designação das penas correspondentes.

Os limites rasoaveis de um relatorio não consentem que a commissão se occupe aqui com uma exposição detalhada do projecto, e justificação do seu systema e disposições; porém é de esperar que, se fôr necessario, alguns dos membros da commissão publiquem as notas, ou explicações, que possam parecer convenientes.

Por agora a commissão, limitando-se a dizer, que a escolha das doutrinas foi feita com muito estudo e discussão, e toda a redacção mui meditada e debatida, de modo que suppõe não se conter no projecto erro grave, ou incoherencia notavel, não pôde comtudo dispensar-se de chamar a attenção de Vossa Magestade para certos pontos essenciaes.

A commissão entendeu que todos os crimes, offendendo a boa ordem da sociedade, devem por isso ser perseguidos sempre pelo Ministerio publico, com a excepção dos poucos casos que o projecto especialisa.

Igualmente entendeu não dever occupar-se com a designação dos crimes em que os réos podem, ou não livrar-se soltos sob fiança; porque sem embargo da remissão do artigo 69.^o da 3.^a parte da Reforma Judicial de 13 de Janeiro de 1837, a que boje corresponde o artigo 921.^o da Reforma Judicial novissima, a commissão pensa que esta materia é só propria de um Codigo de Processo Criminal.

É por esta mesma consideração que o projecto, determinando a duração das penas correccionaes, todavia não se occupa da fórma do processo em que taes penas correccionaes hão-de ser impostas.

Cumpré mais á commissão fazer aqui rapidamente algumas observações sobre os seguintes pontos, que entende serem gravissimos.

A consideração de que são summamente variaveis as circumstancias, que augmentam, ou diminuem a culpabilidade; de que as mesmas circumstancias influem de modo mui diverso em differentes casos para esse augmento, ou diminuição; porque a mesma pena imposta a dois individuos culpados do mesmo crime, e ainda com as mesmas circumstancias do facto, produz muitas vezes em cada um delles um gráo diverso de soffrimento, e importa por conseguinte uma pena diversa; levou a commissão a não subdividir em grãos a duração das penas, mas a deixar aos Juizes um rasoavel arbitrio, com quanto mui temperado pelo maximo e minimo de cada uma das penas, e pelas regras que o Codigo lhes prescreve, e cuidadosamente trabalhadas, sobre as circumstancias aggravantes e attenuantes, e sobre a applicação, aggravação, attenuação, e substituição das penas.

Se por taes motivos a lei não pôde formular senão a regra geral para a applicação da pena; e só o Juiz pôde em cada um dos casos especiaes graduar a sua duração dentro dos termos legais; se o resultado da exaggeração da lei seria uma justiça igual para todos em apparencia, iniqua em realidade; se é absolutamente indispensavel esta faculdade

dada aos Juizes; o contrario se verifica no que toca ás incriminações. Aqui tudo é estricto, tudo é do ultimo rigor. Ninguém pôde concluir de um caso ao outro por similitude, ou por indução. É este talvez o trabalho mais difficil da obra. As incriminações demasiadamente vagas dão occasião a que não só se comprehendam os factos, que devem ser qualificados crimes, mas aquelles, que ou nunca o devem ser, ou que unicamente dão logar á reparação civil. Por outro lado a insufficiencia das incriminações é causa, ou de muitas lacunas, ou do perigo ainda maior de se abusar da analogia, para julgar criminosos os factos, que a lei não qualifica como taes.

A commissão pensa não ser chegado ainda o tempo, em que a pena de morte possa ser de todo eliminada das nossas leis penaes; entretanto, sómente a admite nos muito raros casos em que a justiça, e indispensavel necessidade não pôde ser rasoavelmente contestada. O Acto addicional á Carta Constitucional, decretando a abolição da pena de morte nos crimes politicos, reservou para uma lei a declaração de quaes são estes crimes; e em consequencia a commissão, sim se absteve de fazer enumeração ou classificação de crimes politicos; mas pensou conformar-se com o espirito da disposição do Acto addicional, rejeitando a pena de morte nos crimes de rebellião.

Taes são, Real Senhora, as rapidas ponderações, que a commissão julga dever offerecer á sabedoria de Vossa Magestade neste relatorio; ao qual pôe termo, protestando ter feito quanto estava da sua parte para corresponder á alta confiança com que foi honrada.

Lisboa, 30 de Setembro de 1852.

Manoel Duarte Leão.

José Maximo de Castro Neto Leite e Vasconcellos.

José Maria da Costa Silveira da Motta.

SENHORA :

A necessidade de umCodigo Penal portuguez, onde, conforme as luzes do seculo, se qualifiquem os crimes com suas circumstancias aggravantes, ou attenuantes, e se graduem as penas com a devida proporção, já por mais de uma vez foi reconhecida assim no systema passado, como no actual, até que, pelo providente Decreto de 10 de Dezembro de 1845, se confiou esta importante obra á intelligencia e efficacia de uma commissão, composta de distinctos Jurisconsultos.

Com effeito, esta commissão, não obstante ficar ultimamente reduzida a tres de seus vogaes, por diversos motivos que impossibilitaram os outros de a auxiliar, e sem embargo de se vêr obrigada por obstaculos invenciveis a interromper suas sessões repetidas vezes, e algumas por grande espaço, acaba de se desempenhar cabalmente de tão difficil encargo, apresentando o projecto de Codigo Penal que lhe fôra incumbido.

Em verdade, neste Codigo, fructo da illustração e experiencia de seus auctores, Jurisconsultos tão eximios quan-

zelosos, está consignado, com precisão e clareza, quanto pareceu melhor, em vista não só das regras que a justiça universal tem prescripto para a qualificação dos crimes, e para a gradação das penas, senão também das doutrinas mais applicaveis á indole, tendencia, e habitos da nação; mais adequadas aos systema constitucional da Monarchia; e mais seguidas nos differentes Codigos Penaes, até agora publicados.

Forçoso é, porém, como reconhecem os ministros de Vossa Magestade com os vogaes da commissão, que na escala das penas estabelecidas neste Codigo se conte ainda a de morte, posto que mui limitada e circumscripta. É comtudo de esperar, attento o nosso progressivo estado de civilisação, que não virá longe o dia em que a pena capital possa de todo ser abolida entre nós.

Expõe a commissão em seu relatorio que, tendo o Acto addicional á Carta Constitucional da Monarchia decretado a abolição da pena de morte nos crimes politicos, e reservado para uma Lei a declaração de quaes são estes crimes, se absteve ella de os enumerar e classificar; mas pensou conformar-se com o espirito da disposição do dito Acto addicional, rejeitando a pena ultima nos crimes de rebellião.

Em vista de taes ponderações, e attenta a difficuldade da materia, também os Ministros de Vossa Magestade entendem que este assumpto devera ser tratado em Côrtes, apresentando-se-lhes em sua proxima reunião a competente proposta de Lei, a fim de que a generosa disposição do artigo 16.º do Acto addicional se complete quanto antes como cumpre; não deixando por isso de publicar-se desde logo o Codigo Penal, até para que em presença delle se consiga mais facilmente tão proficuo resultado.

É pois manifesta, a todos os respeitos, a utilidade de um Codigo Penal portuguez, que vá de prompto substituir a antiga Legislação criminal, dispersa e cruenta; acabar de uma vez com o illimitado arbitrio que necessariamente re-

sulta não menos da confusão que da nimia severidade das Leis; abrir uma nova época de moralidade e justiça; e levantar mais um padrão de gloria no Reinado de Vossa Magestade.

Por todas estas considerações os Ministros de Vossa Magestade, movidos só por interesse do paiz, têm a honra de propôr a Vossa Magestade aquelle projecto de Codigo Penal, como digno de ser approvado.

Secretaria d'Estado dos Negocios Ecclesiasticos e de Justiça, em 10 de Dezembro de 1852.

Duque de Saldanha.

Rodrigo da Fonseca Magalhães.

Antonio Maria de Fontes Pereira de Mello.

Antonio Aluzio Jervis de Atouguia.

DECRETO.

Tomando em consideração a proposta dos Ministros e Secretarios d'Estado das differentes repartições ; Hei por bem Decretar o seguinte :

ARTIGO 1.º

Fica approvedo, para reger como Lei nestes reinos e seus dominios, o Codigo Penal portuguez, que faz parte deste Decreto, e baixa assignado pelos ditos Ministros e Secretarios d'Estado.

ARTIGO 2.º

É revogada toda a legislação em contrario.

ARTIGO 3.º

O Governo dará conta ás Côrtes das disposições contidas no presente Decreto.

Os referidos Ministros e Secretarios d'Estado o tenham assim entendido, e façam executar. Paço, em dez de Dezembro de mil oitocentos cincoenta e dois.

RAINHA.

Duque de Saldanha.

Rodrigo da Fonseca Magalhães.

Antonio Maria de Fontes Pereira de Mello.

Antonio Aluizio Jervis de Atouguia.

CODIGO PENAL.

LIVRO PRIMEIRO.

DISPOSIÇÕES GERAES.

TITULO I.

DOS CRIMES EM GERAL, E DOS CRIMINOSOS.

CAPITULO I.

DOS CRIMES.

ARTIGO 1.º

CRIME ou delicto é o facto voluntario, declarado punivel pela Lei penal. Art. 2.º; 3.º; 4.º; 5.º; 14.º; 23.º; 68.º; 69.º; 70.º; 74.º; 193.º; 368.º; 369.º; e 485.º

O Cod. Penal Portuguez começa por estabelecer neste Livro a parte dogmatica do Direito penal, apresentando, formulados em regras e definições, os preceitos geraes e practicos, que devem guiar os Juizes na applicação das penas, conforme á natureza e gravidade dos factos ou omissões prohibidas; gráo de desenvolvimento da acção ou inercia e da participação; elementos moraes e materiaes dos crimes; e principios seguidos pelo legislador, como reputados os mais exactos, com relação á sciencia, á philosophia, á experiencia de outras Nações, que escolheu por typo, e aos costumes e necessidades do Povo Portuguez. Esses preceitos são igual-

mente uma instrução para o cidadão; e para os homens do fóro, que podem ser instrumentos de acção, de queixa ou accusação, de noticia ou repressão, tendo por objecto os factos especialmente incriminados no 2.º Livro.

Consequentemente inscreveu, como epigrafe do Liv. 1.º — *Disposições geraes* — mas parecia logico e natural, que o Liv. 2.º se inscrevesse — *Disposições especiaes*. — Não aconteceu porém assim, porque tomou por epigrafe — *Dos crimes em especial* — vindo, por esta fórma, a ficar correspondente á primeira parte do Tit. 1.º do presente Livro, de que tratou no presente Cap.

Para que o Liv. 1.º pudesse ficar em concordancia com o Liv. 2.º, devia este inscrever-se — *Dos crimes em geral* : — o que, em ultima analyse, comprehenderia toda a sua materia. O 1.º Liv. trataria assim da materia criminal em geral; o 2.º Liv. da materia criminal em especial.

Assim o praticou o Cod. do Braz. e o moderno Cod. da Prus., precedendo algumas disposições, a que, a exemplo do Cod. d'Aust., chamou *preliminares*.

Passando da epigrafe do Liv. 1.º á do Tit. 1.º, e desta á do Cap. 1.º, notámos, que a palavra — *crimes* — comprehende, genericamente, toda a sorte de infracções de uma lei penal; e nisso concorda com o Cod. do Braz., e com a doutrina expressa no Cod. das Duas Sicilias, Art. 2.º

Que este foi o pensamento doCodigo, parece deprender-se da materia do Cap., porque nelle se trata, assim de *crimes*, como de *contravenções*, e o mesmo se verifica a respeito das disposições, de que se tratou no Liv. 2.º

Esta appropriação *in genere* da palavra — *crime* — é, até certo ponto, acertada; porque vae de accordo com a significação ampla, que o uso e a sciencia applicam aos derivativos della, como é — *incriminação* — *leis criminaes* — etc.

Todavia não ficam assim os Art. 1.º 3.º e 4.º deste Cap. de accordo com esta terminologia; por isso que a palavra — *crime* —, com quanto definida no presente Art., por fórma tal, que comprehende as — *contravenções* — pois tambem são factos voluntarios, que a Lei declara puniveis, vem a excluir as pelos caracteres especiaes, com que são definidas no Art. 4.º

O Cod. Hesp. não tem esta imperfeição, por isso que nas epigrafes do Liv. 1.º e seu Tit. e Cap. 1.º, assim como na definição do Art. 1.º, se encontram constantemente as pa-

lavras — *delictos y faltas* —. A mesma uniformidade de distincção se observa na epigrafe do Liv. 2.º, do mesmo Cod., na qual se trata dos *delitos* e suas penas, e na do Liv. 3.º consagrado especialmente ás *contravenções* — *faltas* —¹

Em segundo logar, entrando na materia do Art., notámos que, tendo por objecto dar a definição de crime ou delicto, ainda que a palavra *facto*, em sentido legal, se possa e deva entender tanto da *acção*, como da *omissão*, principalmente porque assim se acha considerada no Art. 5.º, pedia a precisão e clareza, que se deve encontrar na definição de crime, que assim se declarasse neste logar.

De assim se não praticar resultou o escrupulo do legislador, manifestado no mesmo Art. 5.º. Senão ficasse a menor duvida de que a palavra *facto*, depois de empregada neste Art. 1.º, comprehendia as omissões, seriam redundantes as palavras do mesmo Art. — *ou consista em acção, ou em omissão* — as quaes deviam entrar aqui, e omitir-se alli.

Esta transposição tornaria o presente Art. conforme á redacção do § 1.º do Art. 145 da Carta; ao Cod. dos delictos e penas de 3 brumaire, Anno 4.º, Art. 1.º; ao Cod. Hesp. Art. 1.º — « *Es delicto ó falta toda a accion ò omission voluntaria penada por la ley* » ao Art. 1.º do Cod. dos Paizes Baixos; ao Ensaio do Cod. Cr. de Mello Freire, § unie. do Tit. 1.º; ² e, com especialidade, ao Cod. da Bav. Art. 1.º — « *Qui conque se rendra coupable d'une action ou omission illicite, etc.* »

Em terceiro logar, pensámos, que não foi acertada a fusão, que o Cod. fez dos — *crimes e delictos* — constituindo, co-

¹ A semelhança do Cod. penal d'Austria, que dividiu os crimes em *delictos e graves infracções* de policia, na primeira edição do Cod. Hesp. se acrescentava — *graves* — á palavra — *faltas* —, ficando esta simplesmente empregada na segunda edição reformada por virtude do Decr. de 7 de Junho de 1850.

² « *Tão mal é fazer o que se não deve, como deixar de fazer o que se deve* » se diz no Decr. de 27 de Setembro de 1701. « *As necessidades das moraes impostas á actividade do homem sendo tanto de acção como de inacção, assim a justiça absoluta como os interesses sociaes podem ser lesados pela violação, quer de umas, quer de outras; donde se segue que o facto constitutivo de um delicto (tomado em sentido amplo) póde ser já uma acção já uma inacção.* » Ortolan Elem. du Droit Pen., publicados em 1855, Liv. 1, P. 2 Tit. 3.º N.º 569.

Isto porém não quer dizer que a omissão, ou o facto negativo, não careça de ser demonstrado por provas extrinsecas. É preciso que a inacção seja um facto *voluntario*, o que se não confunde com a *negligencia*, ou descuido, de que parece tratar o Art. seguinte.

mo synonymas, estas duas palavras, para ambas significarem uma unica especie, distincta das *contravenções*.

Seguiu nisto o Cod. do Braz., o da Aust., o Hesp., e concordam alguns dos modernos Cod. d'Allem., que se tem publicado depois de 1838.

Corrigiu-se assim o Cod. Fr., Art. 1.º, das Duas Sicilias, Art. 2.º (1819), da Sardenha, Art. 1.º (1839), e o nosso Cod. Art. 2.º (1837).

Criminalistas distinctos d'Allemanha haviam criticado a divisão triple do Cod. Fr. — Rossi fez a mesma critica com a maior severidade ¹, e depois delle Boitard ². — Chauveau e Helie seguiram a mesma opinião. ³

O nosso Cod. dominado pelas razões, deduzidas por tão illustres criminalistas, não admittiu outra divisão mais, que a do crimes (ou delictos) e contravenções.

Mas essas razões foram combatidas, por M. Haus, e reivindicada a divisão triple para o seu Projecto de novo Cod. ⁴ Foram victoriosamente refutadas por *Trébutien*. ⁵ — Achase conservada a triple divisão no Cod. Fr., reformado por virtude da Lei de 28 de Abril de 1832; e os mesmos Cod., mais modernos d'Allemanha, voltaram a ella, como foi o da Bav. (que rege no Oldembourg com pequenas alterações) Art. 2.º; e, sobre tudo, encontra-se em o novissimo Cod. da Prus., Disposiç. preliminar. § 1.º

A condemnação da divisão triple assenta em uma errada supposição. — Rossi, assim como Guizot, não viram no Art. 1.º do Cod. Fr. mais que a expressão materialista de um systema insultante para a humanidade; mas, se houvessem contemplado as vistas praticas do legislador, facilmente se convenceriam de que este teve mais por fim, indicar a *competencia*, segundo a natureza ou quantidade da pena, do que *definir a gravidade moral* da infracção. — Essa divisão foi, e não é mais que, uma regra de methodo, e não a formula de uma theoria.

¹ *Traité de Droit Pen.*, Tom. p. 54.

² *Leçons de Droit*, pag. 22.

³ *Theor. du Cod. Pen.*, p. 33.

⁴ Com acerto por tanto se achava esta divisão admittida em o nosso Cod. anterior, aprovado, ainda que não publicado, por Decr. de 4 de Janeiro de 1837.

⁵ Professor da Faculdade de Dir. em Rennes, Cours Elem. de Droit Cr. Tom 1. p. 75 e 76, publ. em 1854. Já haviam sido stigmatizados na Rev. Cr. de Leg. e de Jurisp. 1833, por Gustavo Rousset, p. 352 not. 2.

O legislador não quiz, com semelhante divisão, nem exercer despotismo sobre a moral, nem dar lições de moral. — Não fez mais do que qualificar as infracções sob o ponto de vista social, o unico de que podia e devia occupar-se. ¹

Não quer isto dizer, que os seus preceitos, a semelhante respeito, são caprichosos ou arbitrarios; mas que, tendo, pela sua apreciação moral, classificado os factos em *graves*, menos *graves*, e *leves*, e escolhido, em consequencia, as penas correspondentes a cada uma das classes, passou a sancional-as por uma disposição legal, dando a conhecer ao publico a maior, ou menor, gravidade das infracções, pelo seu característico unieo, de que podia lançar mão, a *maior, ou menor, quantidade e qualidade da pena*, principalmente por que a instrucção, que resulta de um Cod. penal, se firma na razão do Legislador; pois como disse M. de Broglie: ²

« Le législateur est seul à apercevoir sous son vrai jour, « parece qu'il voit de haut et de loin. »

Em todo o caso é hoje geralmente reconhecido, que esta triple divisão, tão injustamente criticada, é de uma evidente utilidade pratica.

É base e fundamento de regras seguras para resolver uma infinidade de questões sobre tentativa, reincidencia, e prescripção. A este resultado, que é, já em si mesmo, de utilissima importancia, accresce o de fixar a competencia dos Juizes em materia de crimes, delictos, e contravenções, e de distinguir a ordem do processo respectivo a cada uma das grandes classes de infracções.

É indispensavel, mesmo para de uma vez se determinar em que casos deve ter logar a intervenção dos Jurados. — Em harmonia com a Carta, Art. 118, é preciso que o Cod. distinga os casos *crimes*, em sentido restricto, em que os Jurados devem julgar da existencia dos factos — *criminosos*.

Esta necessidade reconheceu o Legislador, reservando para as Leis do processo, e para a competencia, a mesma divisão triple, tirada da natureza e quantidade da pena, que regeitou no Cod. penal, como se vê do Dec., que simul-

¹ Loaré tom. 29 p. 202, referindo-se á exposição de motivos do Cod. Fr. feita por M. Treillard, exclama: « On a peine à retrouver dans cet « expose si simple la pretention au despotisme en morale, et la pensée « signalée par M. Rossi de consacrer tout un systeme de Droit pénal »

² *Revue Française*, Sept. 1828, p. 57.

taneamente foi promulgado, na mesma data, 10 de Dezembro de 1852.¹

De mais, por isso mesmo que o Cod. é uma instrução social ao Povo; que é impossível que o Legislador lha dê em formulas de preceitos de moral, mas de incriminações, e de penalidade, por um modo claro, sensível, e por todos comprehensível: por isso mesmo que as Leis, assim como destroem abusos, servem de guiar e estabelecer o habito da observancia dos deveres sociaes, cumpre que os *nomes* e as *penas* correspondam á *verdade moral intrinseca* dos factos prohibidos ou ordenados.

Cumpra que a Lei ensine, 1.º que os authores de tal ou tal facto, soffrerão uma pena, que fará a desgraça da sua vida; — 2.º que os de tal, ou tal facto, tem ainda de ser sujeitos a duras provas de expiação — 3.º, finalmente, que os que praticarem certas faltas menos graves, nem perdem a estima social, nem são punidos, se não com brandura, e como formula de admoestação paternal.

Para que, pois, mesmo a definição, dada no presente Art., não respire materialismo, uma pura abstracção da verdade moral, e não tenha a simples utilidade de constituir um preceito para a *obediencia material* do cidadão, deve ser admittida a divisão triple do Cod. Fr.

Essa divisão revela o pensamento do legislador, e instrue tanto a consciencia do cidadão, como dirige a apreciação, ou pratica do Juiz, ou critica e especulativa do Jurisconsulto, que sabem que a primeira condição da justiça das leis penaes, e do direito de punir as infracções da ordem, do dever, ou do direito, não está nos caprichos do legislador, mas na realidade moral do acto pausível.

Em logar dessa divisão, semelhante definição só tem de boa cobrir muitas e muitas incriminações, não só repugnantes á moral universal, e aos imprescriptiveis direitos do homem, mas até aos bem entendidos interesses da sociedade. Assim o veremos pelo decurso deste commentario.

Em conclusão, é, e teria sido, mais conveniente: 1.º ado-

¹ Se a divisão triple tivesse sido admittida, e sancionada no Cod. pen., como base essencial de methodo, e de fixação de materia criminal em sentido restrito, não teria sido, como foi, revogado este Decr. pela Lei de 18 de Agosto de 1853, deixando a jurisdicção correccional na mesma desordem, em que se acha, em vista da Reforma Judicial.

ptar o termo generico de *infracções*, para toda e qualquer violação da Lei; 2.º a de *maleficio* para toda a *infracção* a que corresponda uma pena; 3.º *criminalisar* certos *maleficios*; *correccionalisar* outros¹; e *policialisar* outros; 4.º declarar quaes são as penas *criminaes*, quaes as *correccionaes*, e quaes as *policiaes*.

Isto só é o essencial; a definição é inútil, não só pelo perigo de se dar uma incompleta e perigosa, mas porque, boa ou má, não pôde preoccupar nunca a sciencia, que na sua investigação procura fixar o que é *delicto* em si mesmo, cingindo-se ás verdades moraes, que serviram de fundamento ao legislador para o estabelecimento da penalidade social.

A definição não é então mais que um problema a resolver pelos principios do Direito penal, segundo os quaes a legitimidade das restricções da vontade e liberdade individual, submettidas a uma penalidade humana, depende essencialmente da concorrencia de duas circumstancias: 1.ª que a acção ou omissão seja contraria á justiça absoluta; 2.ª que importe á conservação, ou ao bem-estar, da sociedade, que essa acção ou omissão seja reprimida.

Além disso é preciso que a definição tome em conta, que o mal moral dos factos constitutivos do *maleficio* devêr ser manifestado externamente, não porque os actos psychologicos, puramente internos, não possam ser, e não sejam contrarios á conservação e ao bem estar da sociedade, e que, por tanto, não fosse muito util e necessario reprimil-os, evitando-se o perigo da explosão ou infracção material, mas porque a justiça social seria impotente para alcançar as provas da existencia da corrupção moral dos individuos, e dos designios formados anteriormente.

Assim *maleficio*, *in genere*, se poderia definir=Toda a acção ou omissão externa, contraria á moral, e prejudicial á sociedade, que fôr declarada punivel por uma Lei positiva anterior.— Mas desmaterialisada assim a definição, e erigida em preceito legislativo offereceria o grande inconveniente de estabelecer uma antinomia entre o preceito geral e

¹ Na Rev. Crit. de Leg. et Jur. Tom. 5.º a pag. 35, anno de 1853, se acha um excellente artigo, que se insereve — *De la correctionnalisation des crimes*.— Ahí se demonstra a necessidade de submeter á jurisdicção correccional certos factos confundidos com os crimes.

² É superflua a qualificação — *voluntario*, — porque vai virtualmente comprehendida nas palavras — *contraria á moral*. —

disposições especiaes, que, segundo a intelligencia do Interprete e do Juiz, não fossem consideradas com fundamento em realidade moral.

A apreciação moral dos factos, declarados puniveis, devida de feita pelo Legislador, como se deve presumir sempre, não pôde servir, senão para a critica, e para a sciencia, a fim de provocar a reforma das Leis injustas. — Louvamos por tanto a sabedoria dos Cod. que se abstiveram de dar a definição do crime, ou *delicto, in genere*.

Voltando á definição, mesmo materialisada, como se acha, com abstracção da justiça moral, cumpre notar, que a expressão — *voluntario* — devia ser omitida, 1.º, como inutil, em vista do Art. 14.º regra 1.ª das que respeitam á intencionalidade: 2.º porque essa regra não é absoluta. — Factos *involuntarios* existem, que, em razão de certas circunstancias, são puniveis, ainda que com penas menos severas, pelo mesmo Cod., como se demonstra dos Art. 368.º, e 369.º, e mesmo do Art. 2.º, como a elle notaremos.

É a doutrina expressa no Cod. da Baviera Art. 2.º lin. 2:

« Sous la dénomination de *délits*, sont comprises toutes les infractions à la loi commises *involontairement*, etc. ¹ »

¹ Ha pouco teve o Supr. Tr. de J. de conceder revista em um processo, em que, por applicação deste e outros Art. do Cod., os tribunaes inferiores, absolviu um Réo do homicidio involuntario, causado pela explosão de uma espingarda carregada, de que se servira, como de pão, contra outro pão, em brincadeira. — Não havia vontade de matar, nem mesmo *intenção malefica*, mas havia culpa, que não podia ficar impune, nos termos do dito Art. 368.º — Todos são obrigados a conhecer, ninguém racionavelmente se pôde suppor que ignora, a não ser um menor sem discernimento, ou um louco, os perigos, que podem resultar do manejo ou movimento de uma arma carregada.

ARTIGO 2.º

A punição da negligencia, nos casos especiaes determinados na Lei, funda-se na omissão voluntaria de um daver. Art. 1.º; 3.º; 4.º; 5.º; 74; 193, decl. 1.ª; 368; 369; 485.

Neste Art. parece haver ou erro de doutrina, ou de redacção, ou impropriedade nos termos, além de conter uma declaração estranha aos assumptos de um Cod. penal.

A negligencia, que os Latinos definiam — « *intermissio debite diligentie et prudentie absque animo delinquendi* — » exclusiva, como é, de toda a intenção criminosa, nunca pôde ser punivel, excepto quando a Lei positiva fez da diligencia, um dever especial, em relação, ou a certas pessoas, ou a certos factos. — Donde resulta a regra em contrario, mesmo quando a negligencia deu causa a um facto prejudicial a outrem ou á Sociedade, como estabelece o Cod. d'Austr. no Art. 2.º da P. 1.ª

« *Nulle action, ou omission, ne constitue un délit... quand le dommage provient d'une négligence.* »

O Art., nas palavras — *nos casos especiaes determinados na Lei* — parece reconhecer tanto a excepção, como esta regra em contrario, mas declarando logo, que a punição excepcional se funda na omissão voluntaria do dever, tornou-se confuso e inintelligivel.

A negligencia, nunca é punivel, mas o facto, que ella revela, e que pôde ser tanto de acção, como de omissão, e o mal do crime consiste então na infracção ou violação material da mesma Lei, — e é punivel, ou em si mesma, ou sómente quando della se seguir outro facto involuntario, considerado com abstracção da sua causa moral remota.

No primeiro caso, pune-se a infracção da Lei, independentemente, não só da intenção malefica, mas de qualquer damno, que se tenha seguido; no segundo, concorrem para a

punição do facto incriminado, tanto a infração da Lei, como a consequencia, prevista pelo legislador.

Em ambos os casos, a punição recahe, ou sobre infração *voluntaria*, ou *involuntaria* da Lei; e os fundamentos da punição são especiaes, e distinctos em cada caso, que não podem ser declarados em regra geral, a menos que se não tivesse, em logar da do Art., adoptado uma disposição analoga á do Cod. da Bav., que no Art. 64 estabelece: ¹

« Tout sujet du royaume est obligé de s'abstenir de tous actes dangereux, et de procéder en tout ce qu'il entreprend avec l'attention et la réflexion nécessaires, pour ne porter atteinte, même involontairement, ni aux droits d'autrui, ni aux lois de l'État. Quiconque, contrairement à cette obligation, fera ou omettra quelque chose, et occasionnera par là, sans intention, une contravention prévue par le présent code, sera coupable de *Délit par négligence*. »

Assim a *diligencia*, ou a necessaria *atenção* e *reflexão* nos actos da vida social, foi convertida em *preceito* geral, e a infração do preceito declarada punivel.

As palavras — *omissão* e *negligencia* — empregadas neste Art. 2.º, não tem, pelo modo com que se acham collocadas, uma referencia precisa ao facto ou *omissão* material, mas á *intellectualidade* do agente, ás suas cogitações anteriores, ou ao facto da contravenção, que produziu, ou não, um damno material, além do da infração da Lei.

Se houvesse de se estabelecer, a este respeito, uma regra para o Legislador, se poderia dizer, com mais precisão e clareza, que o *perigo dos actos* ou omissões materiaes, a maior ou menor facilidade, absoluta ou relativa, de as prever ou prevenir, e as obrigações especiaes á pessoa do agente, são circumstancias, que devem entrar em linha de conta, para se regular e graduar a penalidade, quando não exista, quanto ao elemento moral, a *intenção*. mas só uma *negligencia*.

Mas semelhante declaração, desde que não fosse um preceito, seria estranha ao Cod. Pen., e não teria utilidade alguma, como instrucção, nem para o cidadão, nem para o Juiz.

A um e outro basta saber, que ha factos puniveis, como contravenção da Lei, independentemente de se examinar, se houve, ou não, intenção, de violar a mesma Lei. As rasões, ou

fundamentos, que teve o Legislador, para dispensar o exame do elemento moral, a *intenção*, foram para elle, e sómente o são para as investigações da sciencia pratica, em cada hypothese especial.

Em summa, as palavras — *punição da negligencia* — sôam mal, porque, tanto abstrahem do *elemento material*, sem o qual não ha castigo legal; como respiram a falsa theoria da *vindicta publica*, que na punição contempla o malfetor só pela intenção.

Se a palavra *negligencia* se toma em sentido figurado, para comprehender a contravenção da Lei, e, por tanto, o facto que a produziu, fica em desharmonia com o Art. antecedente, assim como com o Art. 14, que, para a punição, exigem sempre um acto externamente manifestado.

A palavra *omissão*, não explica o fundamento da excepção, como deficiente, por que a negligencia pôde ser, tanto *negativa*, ou consistir *in non agendo*, como *positiva*, ou consistir *in agendo*.

A palavra, *voluntaria*, é outra inexactidão, porque, tanto se pôde ser *negligente*, de proposito, como por descuido, ou falta de advertencia e de reflexão, isto é ser, *negligente* na propria *negligencia*.

A *negligencia*, ou descuido, falta de *atenção*, ou de *reflexão*; tanto se verifica no que se faz, como no que se deixa de fazer.

Pôde mesmo dar-se a concorrência de dous factos, ambos involuntarios, na *causa* e no *effeito*: 1.º contravenção, independente da intenção de contravir, 2.º damno material resultante. Em ambos os casos, quando a infração da Lei é sómente punivel em razão de outro facto material resultante, que toma o nome de *crime* ou *delicto occasional*, esse facto, como *involuntario*, pune-se em razão sómente da *culpa*, lata, leve, ou levisima, como se exprimiam os antigos Jurisconsultos. — O que então se pune é sempre o facto criminoso, attenuado o remedio da pena, em relação á falta do elemento moral na pessoa do agente. — E assim que se justifica a divisão das incriminações do Cod., com especialidade, entre outros, nos casos de homicidio, em *premeditado*, *voluntario*, e *involuntario*.

É o que na mesma especie, com toda a clareza, applica o Nov. Cod. da Prus., nos §§ 175, 176, e 184.

No § 175 trata do homicidio *voluntario* com premedita-

, Vid. o que dissemos ao Art. 14 n.º 4.

ção; no § 176 do *voluntario* sem premeditação; no § 184 do *causado por negligencia*: e esta pôde ainda ser *qualificada*, se o agente tinha, em razão de emprego ou officio, um dever especial de não ser *negligente*: como se verifica na especie prevista no Art. 193 do nosso Cod.

Além disso, as palavras — *omissão do dever* — constituem uma redacção defeituosa: 1.º porque a expressão *dever*, é demasiadamente generica, ficando-se em duvida, se abrange o dever moral, apesar do disposto no Art. 145.º § 1.º da Carta, que declara que ninguém é obrigado a fazer, ou a deixar de fazer, o que a Lei não ordena nem prohibe: 1 — 2.º porque a expressão — *omissão* — devia, quando em contravenção de *dever* legislado, ser substituida por outra, que exprimisse o facto material da infracção da Lei, quer preceptiva, quer prohibitiva.

O Cod. da Bav. no log. cit. removeu estas difficuldades, convertendo, como fica dito, a *negligencia* em preceito prohibitivo, reservando porém a sua punição para os crimes ou delictos *occasionaes*. — O Cod. da Prus. não contém expressamente a mesma disposição, e com tudo na *Lei* complementar do mesmo Cod., de 14 de Abril de 1851, se vê adoptada a mesma idéa, em quanto, que no Art. 25.º se determina, como regra geral:

« Devem tambem ser propostos aos Jurados quesitos even-
« tuaes, para se determinar, se o accusado, ácerca do crime
« ou delicto, objecto da accusação, não é, ao menos, culpado
« de tentativa, de participação, de fautoria, ou de sonegamen-
« to, ou, se, ao menos, não é *culpado de ter perpetrado por*
« *negligencia o facto* que a accusação lhe imputa, como per-
« petrado de proposito. »

Em vista do que dispõem o Art. 145 § 1.º da Carta, se compararmos o presente Art. com o Art. 14 n.º 5.º, resultaria antinomia, se a *omissão voluntaria*, se entendesse do *dever moral*, e não somente do *dever legislado*, por isso que não pôde ser crime, comoahi se diz, qualquer acto que seja *consequencia accidental de um facto licito*, que é toda a *omissão*, ou acção, não prohibida, ou determinada por Lei ao mesmo passo que entendendo-se somente do *dever legislado*, ficam os dous Art. de accordo, porque do citado Art. 14 n.º 5, se deduz a *contrario sensu* a regra de que os crimes, com quanto *involuntarios*, podem ser puniveis, se foram consequencia de um facto illicito, regra de que o Cod. faz expressa applicação no § unico do Art. 368. — Como porém o Art. não faz distincção, entre deveres moraes e deveres legislados, poderá a palavra — *dever* — ser tomada em ambos os sentidos, e para se conciliar com a Carta, entender-se, nos casos da violação dos deveres moraes, causa remota de outras infracções, como virtualmente legislados, para serem punidos, quando estas se lhes sigam.

O nosso Cod. tambem, no Art. 368.º e 369.º, manda punir os homicidios, ferimentos, e offensas corporaes, involuntarias, ou occasionaes, resultantes de *negligencia*; no Art. 193.º manda punir os carcereiros, quando causa *involuntaria* da fugida dos presos, se não provarem caso fortuito, ou força maior, que exclúa *toda a imputação de negligencia*; é, pelo mesmo fundamento, que no Art. 70.º manda punir, em these geral, os delictos *occasionaes*, resultantes da *embriaguez*, facto de *negligencia*, mas de *commissão*, e não de *omissão*; e que, finalmente, no Art. 435.º manda punir os delictos *occasionaes*, de incendio, ou damnos, resultantes da *violação*, ou falta de *observancia* das Leis de policia ou de administração.

O mesmo Cod., tanto neste ultimo Art., como no cit. Art. 369.º, resalva a pena correspondente á contravenção, se houver logar.

Por outra parte, no Art. 4.º se declara, que nas contravenções é sempre punida a *negligencia*. — Da combinação destes logares entre si, se conclue: 1.º que os casos *excepcionaes*, a que o presente Art. se refere, e de que o Cod. se occupa, são sempre, não a punição da *negligencia*, mas a do *delicto occasional*, que teve por causa remota uma *negligencia*, *in agendo*, ou *in non agendo*: 2.º que a doutrina generica dos Cod. da Bav. e da Prus., sobre punição de crimes *involuntarios*, resultantes do não cumprimento de um dever, por acção, ou *omissão*, sómente é seguida nos casos de *embriaguez*, e nos especiaes, que ficam apontados, a que se refere o Art.: 3.º que o Cod. distingue, e não confunde, o facto ou *omissão* anterior, de *irreflexão* ou *imprudencia*, e a pena que lhe corresponde, se alguma lhe corresponder, com os crimes ou delictos *occasionaes*, e penas respectivas.

Mesmo, quando a *negligencia* não produziu mais que a infracção do *dever* especialmente legislado, reconhece o Cod., no Art. 326.º, decl. 1.ª, que o objecto da punição não é a *negligencia*, em abstracto, mas a *contravenção*:

« Havendo sómente *negligencia* não se imporá pela *contravenção* a pena, etc. »

É pois evidente, e convencida, a nosso ver, pelos logares parallelos do nosso Cod., a impropriedade de termos e de redacção do presente Art.; e, por tanto, o que se quiz dizer foi:

« A punição dos crimes ou delictos involuntarios, nos casos especiaes determinados nas Leis, funda-se na violação

« dos deveres, que as mesmas, ou outras Leis, expressa, ou « virtualmente, impõem, repressivas da negligencia, ou da « imprudencia, voluntaria, ou involuntaria, ¹ de que resultam os mesmos crimes ou delictos. »

Fixada, por esta fórma, a verdadeira intelligencia e significação do Art., é elle uma excepção feita, tanto ao Art. 1.º, como ao Art. 14.º, n.º 5.º, e ao Art. 22.º, dispensando o elemento moral, a resolução e vontade, no commettimento de um determinado crime ou delicto.

A regra estabelecida nos Cod. da Bav. e da Prus. parece-nos mais acertada; porque dá vida legal a um preceito moral, o que muita honra faz aos legisladores dos mesmos Cod.

¹ Corrigimos assim a redacção, porque, se para a omissão, ou não cumprimento do dever, poder servir de fundamento á punição de um delicto occasional, é preciso que a contravenção seja voluntaria, leva consigo a idéa de proposito, e de má intenção, exclusiva da negligencia: o que repugna, tanto, ao que se dispõe no Art. 4.º, como ao que se determina nos cit. Art. 74.º, 193.º, 368.º, 369.º, e 435.º — (Veja-se o que dizemos ao Art. 3.º e 4.º) — Por aquella outra fórma a redacção ficaria, além de obscura, repugnante e antinómica, por isso que 1.º a contravenção é sempre punivel, e, por tanto, quer voluntaria, quer involuntaria; 2.º a vontade exclue a negligencia, assim como a negligencia exclue a vontade, tomada a negligencia na accepção pratica e vulgar.

ARTIGO 3.º

Considera-se contravenção o facto voluntario punivel, que unicamente consiste na violação, ou na falta de observancia das disposições preventivas das Leis e Regulamentos, independentemente de toda a intenção malefica. Art. 4.º; 369; 485.º

Se na contravenção ha facto voluntario punivel; se o que pratica por vontade qualquer facto, que a lei prohibe, faz mal com intenção de o fazer; se, por tanto, em geral, a toda e qualquer infracção da lei, quadra o nome de maleficio, como se estabelece no moderno Cod. dos Paizes Baixos Art. 1.º, 2.º, e 3.º, e bem se estabelecia em o nosso Cod. de 1837, Art. 1.º como é que o característico das contravenções é a independencia de toda a intenção malefica?

O que o Cod. quiz dizer, se deprehenderá facilmente, transcrevendo para este logar as palavras de Chauveau, Theoria do Cod. Pen., Cap. 1.º p. 30.

« Parmi les actions punissables, il n'existe, qu'une seule « division qui soit vraie, parce qu'elle est puisée dans leur nature. »

« En effet les uns prennent leur criminalité dans la moralité du fait, dans l'intention de l'agent, on les appelle criminelles ou délites; les autres ne sont que des infractions matérielles à des prohibitions ou à des prescriptions de la loi: « elles existent par le seul fait de la perpétration ou de l'omission, et indépendamment de l'intention de l'agent; ce sont « les contraventions. Voilà la division la plus naturelle des « actions punissables; elle est à l'abri de l'arbitraire et du caprice des législateurs, car les législateurs ne sauraient modifier le caractère des faits. »

Confrontados estes quatro primeiros Art. do Cod., parece-nos evidente, que, na redacção do presente Art., estiveram presentes as palavras de Chauveau et Helie; pois é certo, que a mesma doutrina se acha nelles completamente adoptada. — Então

corre de plano qual foi o espirito das determinações do Cod. nesta parte.

O Cod. repelliui no Art. 1.^o com *Chauveau*, a divisão de crimes, delictos, e contravenções, fundada na gravidade das penas, como se achava no Cod. Fr., e nos outros, que o imitaram, incluindo os nov. Cod. da Bav. e da Prus.

O Cod. admittiu com *Chauveau*, a distincção, entre *crimes* (ou *delictos*, confundindo estas duas palavras) e as *contravenções*.

O Cod. fundamentou com *Chauveau* esta distincção na diversa natureza dos factos, cuja reprehensibilidade nos primeiros, não podia ser apreciada, nem moralisada, independente da intenção do agente; entendendo, nos segundos, que nada importava para a punição, essa apreciação; que era mesmo inutil, porque a lei contemplava o *facto material* da infracção, *independentemente da intenção* do agente.

Assim era logico, que do primeiro fundamento, quanto aos *crimes e delictos*, tirasse o Legislador, como tirou, no Art. 2.^o, a conclusão de que a *negligencia* não era punivel, senão por excepção; por isso que a *negligencia* pode fazer suppôr culpa, desmazelo, descuido, mas nunca a *intencionalidade*, ou proposito de commetter a infracção da Lei.

Da mesma fórma era logico, que do segundo fundamento, quanto ás contravenções, tirasse, como tirou, no Art. 4.^o a conclusão, de que, nestas, é sempre punida a negligencia.

A conclusão era mesmo inutil; desde que neste Art. 3.^o se havia dito, que bastava a existencia material do facto, a questão da negligencia, ou não negligencia, só podia vir para o caso, se a punição dependesse de se moralisar a intenção do agente.

Manifestado, porém, assim o pensamento do Cod., pela sua fonte proxima, se torna evidente, que a expressão — *independentemente de toda a intenção malefica* — ficou inexacta, comparada com a mesma doutrina de *Chauveau* e *Helie*.

Estes criminalistas, empregando as palavras — *independentemente da intenção do agente* — não quizeram dizer, que ficava excluida a defesa do contraventor, quando se enrincheirasse na intencionalidade de não fazer mal, ou na ausencia do dolo. Pelo contrario *presumiram sempre* a intenção *malefica*, sem admittir allegação, defesa, nem prova, em contrario. — Não disseram que se considerava contravenção o facto punivel, que *consistia* unicamente na violação ou falta de observancia das disposições *preventivas*; disseram que as con-

travenções não eram mais que infracções *materiaes* de prohibições ou preceitos da Lei; que *existiam* pelo *simples facto* de perpetração ou omissão, independentemente, isto é, de se examinar, de se moralisar, a intenção do agente.

A definição, porém, de contravenção, ainda assim corrigida, ficaria defeituosa. A que se dá, no Cod. da Bav., Art. 2.^o, parece-nos digna de ser adoptada, para o fim de comprehender, como alli se comprehendem: 1.^o as acções ou omissões, que, não sendo offensivas em si mesmas, nem por si mesmas, dos direitos, nem do Estado, nem dos individuos, são declaradas puniveis, em rasão do *perigo*, que póde resultar contra a ordem ou segurança publica: 2.^o aquellas, cuja repressão pertence, por Leis especiaes, aos magistrados de policia. ¹

Da doutrina de *Chauveau* et *Helie*, e outros ², resulta a divisão de maleficios, ou delictos, em *intencionaes*, e não *intencionaes*. — Nos primeiros, exige-se, como elemento ou condição constitutiva, a prova da intenção de *mal fazer*, ou de *infringir* a Lei; nos segundos, a prova desse elemento, ou condição, não é essencial. Assim póde haver uma culpabilidade legal, por um facto ou omissão, voluntaria ou involuntaria, praticada sem máo proposito, sem intenção de produzir uma falta, nem de causar damnos. É precisamente esta a especie, que o presente Art. assemelhou ás — *contravenções* — porque nella se considera simplesmente o *facto material* da infracção — *contra venire* — com inteira abstracção da intenção.

O Cod. d'Aust., P. 2.^a, que é o que mais largamente tratou de *contravenções*, as comprehendeu nas graves *infracções* de policia, e declarou no Art. 1.^o consistirem na violação de certas disposições especiaes, que o infractor devia conhecer, em rasão do seu estado, da sua profissão, do seu officio, ou das suas relações pessoaes. E no Art. 5.^o declarou, que tambem era comprehendida, nas graves infracções da policia, toda a *acção* commetida contra uma prohibição, ou determinação da autoridade, ou *omissão* contra um preceito da Lei:

« bien qu'elle ait lieu *sans intention criminelle* et qu'il « n'en soit résulté aucun dommage ou préjudice. »

Esta especie de infracções, e que se verificam, ou sim-

¹ O moderno Cod. da Prus., Art. 1.^o, estabeleceu, como regra geral e pratica, que toda a acção, a que a Lei commina a prisão até seis semanas, ou multa até 50 escudos, se considera uma contravenção.

² Como Otloran n.^o 609 e seg. Elem. de Dr. Pen.

ples, ou qualificadas por um resultado material, além do da violação da Lei, denominadas, por alguns criminalistas, *não intencionaes*, só porque não carecem de ser moralisadas, para ter uma existencia punivel, encontra-se disseminada no Cod., e abrange todos os casos de Leis e Regulamentos preventivos, ou de policia, tanto geral, como municipal.

Mas, quando se trata de funcionarios, propostos, ou mesmo quaesquer cidadãos, especialmente chamados a preencher certos deveres, praticar certos actos, ou fazer certas declarações; ou de certos artistas, facultativos, ou peritos, que devem offerecer certas garantias, e estão sujeitos a certos deveres, no exercicio dos seus mesteres ou profissão; ou, mesmo na vida privada, ou no trato social com os outros homens, no exercicio, ou não exercicio, da actividade humana, de que resultem certas consequencias materialmente nocivas; pode não haver dolo, mas sómente culpa, e imputação em rasão della. — O que se pune não é a *negligencia*, *commissão* ou *omissão*: — mas a violação do *dever especial*, ou como *erro de officio*, ou como não adimplemento de obrigação respectiva á posição social de cada um.

Por ultimo, deve notar-se, que este Art. é redigido de maneira, que não pôde ser tomado como *definição de contravenção*. — Define uma especie, que lhes assemelha — *considera-se contravenção* — mas não define o genero, em que essa especie se comprehende, e, com tudo, no Art. 2.º refere-se ás contravenções — *in genere* — cuja existencia admite, como classe distincta dos crimes ou delictos, em que se exige sempre, pelo menos, a intencionalidade de *omissão* ou *anegligencia*, no sentido, em que o Cod. parece empregar esta palavra.

Não temos, por tanto, nem uma definição de contravenção, ou infracções de policia, como se encontra em outros Codigos; mas sómente confusão nestas violações da Lei, que o Cod. distingue, de quando em quando, para depois tratar dellas de envolta com os delictos, e estes com os crimes, como se vê por todo o 2.º Livro.

ARTIGO 4.º

Nas contravenções é sempre punida a negligencia. Art. 2.º; 3.º; 326.º decl. 1.ª 485.º

Nas contravenções se dá falta de observancia das Leis e Regulamentos, ou porque se pratica o facto prohibido, ou porque se deixa de praticar o facto ordenado. — Em um, e outro caso, dá-se, da parte do contraventor, uma falta de conformidade com essas Leis e Regulamentos, o que é uma preterição ou infracção de dever, e não negligencia.

Nem as regras da moralidade e da imputação consentem, que, sempre que se possa provar, que não houve pensamento, nem resolução de contravir, mas só desleixo, ou descuido, o contraventor, agente, ou negligente, material, seja punido, e, muito menos, que seja equiparado áquelle, que, de proposito, despresou essas Leis e Regulamentos.

Admittindo-se, pois, como regra pratica, que, nas contravenções, seja sempre punida a negligencia, nunca se devem por isso entender feridos os principios da justiça a respeito dellas, sempre que a infracção material seja tal, que sómente constitua um grão de culpa leve, levissima, ou nulla.

A prova porém, da attenuação ou da escusa, é difficil, e quasi sempre inapreciavel, e é neste sentido, que a Lei, igualando, nas contravenções, a *resolução á negligencia*, presume sempre que, pelo menos, houve *culpa*, como notámos ao Art. 3.º, e por isso não cura mais, que de constatar a existencia material da infracção.

Todavia, mesmo nas contravenções, esta presumpção, nos termos absolutos, em que é concebida — *sempre*, — é inadmissivel; porque, se a *negligencia*, no sentido da irreflexão, ou do descuido, nunca é punivel, em si mesma, porque é exclusiva de intencionalidade, e sem intenção não ha justiça na punição: — o desmazelo só pôde dar logar á reparação do dano, se o houve, e a uma penalidade, na presenca da infracção material da Lei, se, nos termos, que bem explica o Cod. d'Aust.,

no cit. Art. 1.º e 5.º da P. 2.ª, ha justo motivo de *suppór*, que o contraventor, devia, ou podia, saber o que lhe competia fazer, ou deixar de fazer.

Um estrangeiro, por *ex.*, não póde allegar ignorancia dos regulamentos *geraes*, que respeitam á segurança e boa ordem publica, ou a das *disposições* legislativas especiaes, não quando absolutamente negligenciou tomar conhecimento de todos os Regulamentos e Leis do paiz, o que é impossivel aos mesmos nacionaes, mas sim quando, e restrictamente na parte em que, esses Regulamentos e Leis tem relação com os negocios, a que se propõe — « *lorsqu'ils entreprennent des affaires qui y ont « rapport »* — como se estabelece no mesmo Cod. Art. 2.º — A expressão, pois,— *sempre* — repugna á justiça e á verdade moral.

Resulta mesmo da disposição deste e do Art. antecedente, confrontada com a do Art. 2.º, uma conclusão absurda.

Pondo de parte o gravissimo defeito da redacção destes Art., em quanto se considera *punivel a negligencia*, que é elemento constitutivo de attenuação, e não de incriminação, quando os factos, ou omissões resultantes, com relação a determinado objecto, são *involuntarios*, temos que, nos casos gravissimos, ou menos graves, que não são meras *contravenções*, ou em que, além dellas, concorre o *facto material*, de um crime ou delicto, sómente, *por excepção*, a *negligencia* é punida, em quanto que nestas, que respeitam a casos leves e *levissimos*, só ha *materialismo*; porque *sempre* é punida a *negligencia*, qualquer que ella seja, e bem que da infracção não resulte outro maleficio occasional, ou damno, mais que a violação da Lei ou Regulamentos.

ARTIGO 5.º

Nenhum facto, ou consista em acção, ou em omissão, póde julgar-se criminoso, sem que uma Lei anterior o qualifique como tal. Art. 1.º; 12.º; 15; 17.º; 18; C. Const. Art. 145.º § 1.º, 2.º, e 10.º

Se a questão, que resolve este Art., tivesse de ser decidida pelos principios da justiça absoluta, a solução seria contraria. Se o acto é bom, ou máo, em si mesmo, pouco importa, para se lhe corresponder com o merecido premio, ou com o castigo, que elle tenha sido anteriormente previsto na Lei.

Mas a penalidade social, não se firmando sómente sobre as idéas da justiça absoluta, e devendo ter, simultaneamente, por base o justo e o util, é preciso examinar, se alguma consideração maior de utilidade publica se não oppõe á retroactividade da Lei penal.

Costuma dar-se, como rasão determinante, a necessidade, que tem cada um de ser préviamente advertido, ou que, pelo menos, tenha tido a possibilidade de o ser. Esta rasão, que é decisiva a respeito de delictos variaveis, que dependem unicamente dos interesses, situação e usos particulares, de cada paiz, e que não contém, por isso, mais que uma criminalidade local, seria impotente, se se tratasse de crimes de Direito universal, como o homicidio, o roubo, o incendio, que são crimes, em todos os tempos, e em todos os logares.

Depois da publicação de uma Lei penal, é geralmente seguido o principio de que ninguem se presume ignora-la. Mas, bem examinado o fundamento desta presumpção, não é uma base solida. — Se presumpção não é mais que uma consequencia logica, deduzida, para cada especie, do que em geral costuma acontecer; muito pelo contrario, o facto commum é, que ninguem conhece, nem todas, nem na maior parte, as Leis do paiz, em que vive. — Esse conhecimento é impossivel, tanto a respeito das que entram em um Cod. penal, como das extravagantes e especiaes: é impossivel mesmo aos Juizes e Juris-

consultos, pois que tem, a cada momento, de as procurar e estudar, sempre que precisam de as applicar aos casos occorrentes.

Essa presumpção, se fosse uma razão, não haveria, nem sombras de justiça, a fazer della applicação a um estrangeiro, que viaja, e desde logo fica sujeito ás Leis penaes do paiz, em que se acha, ou transita.

E, pois, indispensavel buscar em outro principio a justificação da não retroactividade das Leis penaes. — Esse principio é o da necessidade de se evitar o arbitrio. — Se as Leis penaes tem por objecto garantir a segurança dos cidadãos, a incerteza dellas seria causa de continuados sustos e inquietações, e o mal, que causariam, seria maior, que o mal do crime, a que pertendesse dar-se remedio.

Accresce, que a sociedade, na sua legislação penal e nos seus tribunaes repressivos, não representa um caracter conforme aos de pura justiça. Sendo ella mesma sempre *parte lesada* pela perpetração dos crimes, não tendo o direito de repressão, se não precisamente em razão do seu *proprio interesse*, é, a um tempo, *juiz e parte*, nessa repressão, ou a decrete, ou a julgue.

É este um vicio radical, inevitavel, da situação social; que todas as instituições publicas devem attenuar. — A Lei decreta anticipadamente, para, ao menos, oppôr uma barreira aos ressentimentos, ás paixões, ou ás exaggerações, do momento.

Por esta fórma a disposição da não retroactividade das Leis penaes é um palliatio á imperfeição da justiça social. — Fica nas condições imperfeitas, mas inevitaveis, da penalidade humana, não se punir um acto qualquer, por mais contrario que seja á moral, e por mais prejudicial que possa ser, sob o ponto de vista social, senão em virtude de um texto de Lei, anteriormente publicado.

Quanto ao principio, em si mesmo, foi elle proclamado nas Declarações Americanas de 1776; nas dos direitos do Homem e do Cidadão, em França, Const. de 3 de Setembro de 1791; na Const. do anno 3.^o, Art. 12.^o e 14.^o; na do anno 4.^o Art. 3.^o; e finalmente no Cod. Pen. de 1810 Art. 4.^o

Concordam o Cod. do Braz. Art. 1.^o; o Hesp. Art. 2.^o;

¹ É digno de ler-se, a este respeito, Ortolan, Elem. de Droit. Pen., Liv. 1.^a, p. 2.^a, tit. 3.^o, n.^o 571, e seg., e n.^o 383, donde extractámos estas considerações.

Austr. Art. 6.^o; e outros.¹ Muitos delles a omittem, por ser desnecessaria, ou porque é de Jurisprudencia geral, ou porque está consignada na primeira das leis, a fundamental dos Estados.

Entre nós estava em harmonia com a Lei de 4 de Dezembro de 1606, com o Alv. de 28 de Julho de 1751, e com os Assentos da extincta Casa da Supplicação, de 4 de Maio de 1754, de 8 de Agosto de 1758, de 23 de Novembro de 1769; e finalmente não só com a Carta Const. Art. 145.^o § 1.^o, 2.^o, e 10.^o, mas com a Lei de 9 de Outubro de 1841, Art. 1.^o, e disposições regulamentares do processo crime, na Ref. Jud., Art. 991.^o, 995.^o, e 996.^o

Esta disposição, pois, era *escusada*; todavia da sua reprodução não resultaria inconveniente algum; se ella aqui não fosse *deficiente*, por que, restringindo-se ao julgamento do *facto criminoso*, parece excluir as *contravenções*, admitindo para ellas a retroactividade da Lei, assim como excluiu a *intenção malefica*, e a mesma *negligencia simplex*. — Esta omissão não existe, nem no Cod. Fr., Art. 4.^o — « *Nulle contravention, nul délit, nul crime etc.* » nem no da Austr. Art. 6.^o — « *N'est délit ou grave infraction de police, etc.* » nem no Cod. Hesp. Art. 2.^o — « *No seran castigados otros actos ú omisiones, etc.* » nem no nov. Cod. da Prus. Art. 2.^o — « *A nenhum crime, delicto, ou infracção, etc.* »

A omissão, porem, por que importaria, se alguma cousa significasse, uma conclusão absurda, e inconstitucional, somente se deve considerar um vicio de redacção, e a palavra — *criminoso* — se deve entender substituida, no espirito do legislador, pela palavra — *punivel* —, tomando-se aquella na generalidade dos termos da epigrafe do presente Tit. e Cap., para que a palavra — *crime* — comprehenda as — *contravenções* — no mesmo sentido, em que foi adoptada no Cod. do Braz. Art. 1.^o

De resto, cumpre advertir com Rossi, que posto que, por este modo, a regra que estabelece o Art. seja *absoluta*, e em

¹ Esta disposição faz o objecto do 1.^o Art. das Disposições geraes do Cod. de Livingston — « *Nenhuma acção ou omissão commettida antes da promulgação da Lei, que a reprova, pode ser punida como delicto.* » — No mod. Cod. da Prus fez o objecto do Art. 2.^o: — « *A nenhum crime, delicto, ou infracção pode ser imposto um castigo, que não seja legalmente estabelecido antes da acção ser perpetrada.* »

consequencia, não possa haver *delicto legal*, sem uma *Lei positiva*, applicavel *directamente* ao facto imputado; acontecendo ordinariamente, que os processos illegaes são dirigidos contra factos, que tem analogia, com um ou outro texto de Lei, cumpre ao Juiz examinar escrupulosamente, se nos mesmos factos falta algum, ou alguns, dos caracteres, que constituem o *delicto legal*.

Para prehencher esta obrigação, por mais clara e precisa que seja a Lei, não se pode negar aos tribunaes o direito de a interpretar, na intelligencia, porem, de que pela não existencia de algum desses caracteres ou elementos, que excluam os actos, ou omissões, de alguma das cathogorias de factos puniveis, devem os seus authores ficar impunes, por mais evidente e manifesta, que pareça, e se demonstre, a violação das regras da justiça moral.¹

ARTIGO 6.º

Considera-se tentativa do crime qualquer acto exterior e voluntario, que constitua começo de execução do crime. Art. 7.º; 8.º; 9.º; 10.º; 89.º; 183.º; § 3.º; 240.º; § 3.º; 297.º; § 2.º; 350.º; 355.º; § 3.º; 421.º; § 2.º; 433.º; 434.º; n.º 1, 2; 470.

Todos os Cod. laboram em mais, ou menos, confusão a respeito dos actos, que precedem o crime ou delicto, mas que o não consummaram.—D'ahi as disposições injustas, em que laboram.

O Cod. Fr. Art. 2.º determinou:

« *Toute tentative* de crime qui, aura été manifestée par « *un commencement d'exécution*, si elle n'a été suspendue ou « si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indé- « pendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme « le crime même. »

Determinação acertada, sob o ponto de vista da justiça absoluta e das conveniencias sociaes, em quanto presta a devida homenagem ao arrependimento, mas horrivel em quanto assemelha o delicto frustrado ao delicto consummado, e ainda mais horrivel em quanto equipara ao mesmo crime consummado um começo qualquer de execução. — Um homem lança mão de um punhal, contra outro homem: d'ahi ao emprego do punhal havia uma distancia a percorrer, durante a qual, o delinquente podia, e tinha o direito de, espontaneamente suspender a execução do crime; roubou-lhe a possibilidade desse merito um terceiro... Foi para o réo esse facto uma desgraça, e paga com a vida uma situação, a que deu causa o facto de um terceiro!

Se existia a possibilidade do arrependimento, o legislador não podia, com justiça, nem com certeza moral, concluir, nem presumir, que o delinquente se não arrependeria; porque não

¹ V. Rossi Tr. du Dr. Pen. Tom. III. Liv. IV. C. IV.

tem base alguma solida, em que assente semelhante presumpção, e, por tanto, a assemelhação é uma iniquidade.

Mas esta assemelhação ainda senão justifica, quando o crime ficou frustrado. — O mal resultante do crime, não é o mesmo, porque se existe na pessoa do delinquente o *mal moral*, não existiu de *facto*, sob o ponto de vista social, o mal, ou toda a quantidade de mal, material, que offendesse a sociedade. — A *justiça absoluta* e a *justiça social* não se confundem.

Quanto á definição, que se dá de *tentativa* no presente Art., não nos parece completa.

O Cod. da Bav. é minucioso e claro a respeito da *tentativa*, como se vê dos Art. 57.^o e seguintes, confundindo, porém, nesta denominação, os *actos preparatorios*, e os do crime *frustrado*: — considerando, nestes, uma *tentativa* proxima; n'aquelles, a *remota*; — e graduando a penalidade nessa conformidade.

Tambem não confundiu, para a punição do crime, a tentativa, o novo Cod. dos Paizes Baixos, como se vê dos Art. 1.^o, 2.^o, e 3.^o

Mais perfectos ainda são os Cod. das Duas Sicilias, nos Art. 70.^o, e seguintes, e da Sardenha, Art. 101.^o e seguintes, distinguindo, para o mesmo fim, não só a tentativa, mas o crime frustrado, do crime consummado. — Concorda o Cod. Hesp., como se vê do Art. 3.^o

O Cod. d'Aust. P. 1.^a, Art. 7.^o estabeleceu uma doutrina contraria em harmonia com o Cod. Fr., e o que é mais, e que muito lamentámos, o Cod. do Braz., Art. 2.^o § 2.^o — O moderno Cod. da Prus., Art. 32.^o, depois de estabelecer, em regra, a doutrina do Cod. Fr., a modifica, deixando ao *arbitrio* do Juiz o tomar em consideração, que o crime não foi consummado, prescrevendo-lhe então regras, para verificar a attenuação, quanto á penalidade. — É um meio termo, entre o Cod. Fr., e os outros Cod., que o não seguiram, tornando dependente do *arbitrio* aquillo, que era superior a elle, a *Justiça!* É este o ultimo, e o mais recente, dos Cod., que devia ser, por isso, de todos o mais perfeito!!

O presente Cod. seguiu aqui as boas doutrinas, não confundindo, nem o delicto frustrado com o consummado, nem a tentativa com o crime frustrado; nem os meios preparatorios com os actos de execução, que constituem a tentativa: como se vê do presente Art. e dos seguintes, até ao 11.^o inclusivè: e

Art. 89.^o — Oxalá que destas disposições geraes não aberrasse tanto, como aberrou, nas disposições especiaes, principalmente quando tractou de crimes de maior gravidade!

A sua redacção ficaria mais perfeita, se fosse substituida pela que se encontra no Art. 6.^o do Cod. dos Paizes Baixos — *todo o acto, que tem uma relação tão íntima com o maleficio, que deve ser considerado um começo de execução*.

Não bastava dizer — qualquer acto *que constitua* começo de execução — cumpria declarar, já que se entrou no dominio da sciencia, quando esse acto deve ser considerado constitutivo do começo.

O cit. Art. 6.^o dos Paizes Baixos satisfaz a esta necessidade, pois que, em vista da sua definição, se fica entendendo, que, se a relação do acto com o maleficio não fôr *íntima*, isto é, inseparavel d'elle, exclusiva com elle, não é considerada sufficiente para constituir um começo de execução aos olhos da Lei.

Além disso este Art. está muito longe de dar a definição de tentativa, confundindo esta com os seus elementos constitutivos. Estes elementos podem ser um, poucos, ou muitos, uma vez que não sejam os que forem, ou o qualfeitor julgou, necessários para se consummar o delicto. A tentativa é o complexo desses elementos, ou actos de começo de execução, e que devem, para ser considerados taes, ter uma relação directa com o facto punivel.

« Ubi tamem deest aliquid ad delicti perfectionem necessarium. ¹ »

Cumpra mais notar, que nos expositores de Dir. Crim., e em outros Cod., a tentativa, tomada em sentido lato, comprehende, tanto os actos puramente preparatorios, *conatus remotus*, como os actos de execução, *conatus proximus*, como ainda o delicto frustrado. ² Em qualquer dos casos falta alguma cousa, que era necessaria para a consummação do delicto.

Mas a tentativa, em sentido restricto, e como aqui é tomada, comprehende somente os actos de execução, excluido porém sempre o *ultimo* necessario, com relação ao delinquente, e com abstracção do objecto do crime, para se distinguir do crime frustrado, que se define no Art. 11.^o

¹ Fr. Meisteri Pr. Jur. Cr. 25.

² Como nos cit. Cod. Fr., da Baviera, da Austria, e do Brazil.

ARTIGO 7.º

A tentativa do crime é punível quando a execução começada foi suspensa por effeito de circumstancia independente da vontade do criminoso. Art. 6.º; 8.º; 9.º; 10.º; 89.º; e (ref. ao Art. 6.º)

Entre o pensamento de uma infracção, e a sua execução completa, com todos os resultados, que se propoz o seu author, ha uma serie de phases do mesmo facto, de que a primeira é separada da ultima por um espaço immenso, e que, todavia, se encadeiam intimamente, e servem de transição umas ás outras. Tanto a religião, como a moral, nos ensinam, á porfia, que a culpabilidade moral existe em todos esses periodos. Que ella começa no pensamento para progredir, tomando maior gráo de gravidade, acada phasenova, até ao momento, em que, pela execução *completa*, toca o maximo da sua intensidade.

É certo, que a lei social não fere, nem pôde ferir, a vontade perversa de um delinquente, senão quando esta se manifestou por um acto externo. — Daqui resulta ser uma questão delicada o examinar, em que momento preciso existe um acto externo, que verdadeiramente manifeste a vontade. — Para a resolver adquadamente, é preciso remontar á origem do facto; tomal-o, para assim dizer, no mesmo pensamento, e seguil-o, passo a passo, nas suas diversas phases, até nos apossarmos daquelle, em que começa a culpabilidade social.

Estas phases se podem reduzir a seis. Duas são operações internas do espirito humano — o *pensamento* ou a *concepção*; e a *resolução* — quatro se passam externamente e se manifestam; 1.º nos *actos preparatorios* da execução do crime; 2.º nos actos, que constituem um começo de execução; 3.º na execução inteira da parte do agente, mas que não produziram seu effeito, outodo o seu effeito, no objecto do crime. 4.º na execução completa da parte do agente, que obtem todo o seu fim no mesmo objecto.

O *pensamento*, ou a *concepção*, do crime não é punível. — As exigencias da Lei social limitam-se á *obediencia*: se a obediencia não foi materialmente perturbada, não procede o direito de punir. — Quando mesmo por uma carta interceptada se provasse, que um malfecedor, tendo meditado um crime, não renunciou ao seu projecto, senão por causa dos perigos da sua execução, o legislador não poderia irrogar-lhe o menor castigo, não só por que a sua Lei não chegou a ser desobedecida, como porque, em ultima analyse, a parte preventiva da sua Lei, pela intimidação da pena, teria produzido o seu salutar e desejado effeito.

Se, do pensamento ou projecto do crime, o agente passa á *resolução* de o commetter, não ha duvida, que elle subiu um gráo na escada da *criminalidade moral*, assim como que o perigo para a sociedade se tornou menos remoto; mas ainda não basta isso, para ter começo a *criminalidade social*.

A *Lei moral* é violada pelo acto interno da resolução malefica, por isso que as *relações moraes* são perturbadas pela *possibilidade* de um maleficio. — Mas a *Lei social* não regula senão as *relações sociaes*, que se manifestam por *factos materiaes*; porque esse é o seu unico e restricto objecto.

O legislador, pois, não tem direito algum a punir a resolução do crime, mas que o tivesse, faltar-lhe-ia o *interesse*: 1.º porque o perigo, que tem a prevenir é puramente eventual; 2.º porque ha uma immensa distancia entre a resolução, a mais deliberada, do crime, e a sua execução, e nada existe, que manifeste, que essa distancia havia de ser percorrida; 3.º porque, para constatar a resolução do crime, seria necessario o emprego de uma instrucção inquisitorial, cujos escandalos seriam um perigo maior, para a ordem social, que o que assim se quizesse evitar. Deve ter-se, pois, como axioma, o principio da Lei Romana: ! — « Nemo cogitationis poenam patitur. »

O Cod. adopta em principio, que o crime social começa a ter existencia na *tentativa*, e esta, ainda assim, não como regra geral absoluta.

A doutrina estabelecida neste Art. importa a disposição virtual de que, em regra geral, a tentativa de um maleficio não é punível quando foi suspensa por mudança de vontade es-

¹ L. 18, D. de pœnis.

pontanea do malfetor.¹ Importa pouco saber quaes foram os agentes moraes, que determinassem essa mudança. Foi coherencia, receio de resistencia, remorsos do mal, arrependimento, ou propiciação por dadiuas ou promessas? — Não é necessario indagar as causas, basta o facto: a Lei presume o arrependimento, em quanto a accusação não provar a circumstancia estranha.

Esta disposição virtual é expressamente manifestada no Cod. da Bav. Art. 58; mas o seu pensamento filosofico, e politico, é destruido pelas ultimas palavras do mesmo Art., exigindo que o delinquente demonstre, que a desistencia do crime foi um movimento espontaneo da sua consciencia, ou de piedade, ou de temor da pena, sem que todavia isso seja presumivel: — *ce qui ne se presumerait pas* — o que Rossi condemna como aberração do fim, a que se propoz o legislador.²

Esta disposição, que se encontra em todos os Cod., é não só santa e justa, mas eminentemente politica.

O arrependimento é um sublime effeito d'alma, e a impunidade, que lhe é concedida, algumas vezes mesmo, a recompensa, é mais que justificada pelas conveniencias sociaes. — Se o fim mais nobre da penalidade é a emenda do culpado, a penalidade é inutil, quando o malfetor, cedendo aos impulsos da natureza e da consciencia, volta ao caminho do bem, ao estado inoffensivo.³ — Deus nos livre de uma Lei, que ferisse o delinquente, que tendo chegado aos ultimos actos de execução, se abstivesse do crime por uma resolução espontanea; — pois que então, vendo elle, que assim não tinha mais cousa alguma a temer pela continuação no mesmo crime, encontraria na mesma Lei um incentivo para o consummar. —

¹ Um leve toque de redacção manifesta immediatamente esta intelligencia *à contrario sensu*. Basta introduzir um — *não* — na oração principal, e substituir a palavra — *independente* — pela palavra — *dependente* — na oração, que exprime o elemento constitutivo da tentativa punivel.

² Trait. de Dr. Pen. tom. 3.º Liv. 2.º, C. 22.º, pag. 6.

³ Mesmo quando seja possivel, que o malfetor se arrede do crime, por outros motivos, como os do temor da pena, ou da resistencia, deve, como é declarado no Cod. da Bav. cit., a tentativa ficar impune. Nem por isso a espontaneidade da desistencia fica tendo menor força. — Dahi somente se segue, que a Lei penal já produziu o seu effeito preventivo, que dispensa o coercitivo; e se o receio de não compromettimento pessoal, foi o motivo da abstenção, a Lei lhe deve deixar toda a sua força, para engrossar os que possam impedir a perpetração do crime.

Desgraçadamente existem no Cod. muitos destes casos assim considerados!

A mesma doutrina do Art. já se achava admittida pelo nosso Direito anterior, como se vê da Ref. Jud. Art. 1097, 1150 e 1159, considerando, para se dar tentativa punivel, necessario o concurso de duas circumstancias: 1.ª um começo de execução; 2.ª suspensão por causas estranhas á vontade do delinquente.

Concordam o Cod. Fr., Art. 2.º, modificado, porém, quanto á assemelhação ao crime consummado, no Projecto de M. Haus, Art. 51; o Cod. das Duas Sicilias, Art. 69 e 70; o Cod. do Brazil, Art. 2.º § 2.º; o Cod. Hesp. Art. 3.º; os Cod. d'Allemanha mod., Leg. comp.; o da Bav. Art. 58; o da Prus. Art. 31.

O Cod. dos Paizes Baixos, ainda é mais explicito e positivo, estabelecendo, no Art. 2.º:

« *la tentative est seulement punissable lorsqu'elle n'a manifesté son effet que par des circonstances fortuites indépendantes de la volonté de l'auteur.* »¹

O nosso Cod. não usou aqui deste termo — *sómente* —, como praticou no Art. seguinte; e, em verdade, a regra ficaria assim concebida em termos demasiado absolutos, para supportarem uma proposição a *contrario sensu*, em parte destruida pela excepção, estabelecida no Art. 9.º

Nós identificámo-nos com o pensamento do Cod. dos Paizes Baixos, e de Rossi, entendendo: 1.º que deve cessar todo o procedimento penal, quando o crime se não consummou por acto e deliberação espontanea do delinquente; 2.º que a desistencia se presume voluntaria, e *absoluta*, sempre que na accusação senão prove o contrario.

Dizemos *absoluta*, para salvar a hypothese, aqui não prevista, nem em outro algum Cod., á excepção do da Baviera, Art. 58, de haver a desistencia sido, voluntaria sim, mas condicional, ou que não importe mais, que o adiamento do crime:

« *Celui qui s'arrêtera dans l'exécution d'un crime volontairement, mais avec la pensée de le consommer dans un autre temps, dans un autre lieu, sur une autre personne ou*

¹ Confunde porém, como outros Cod., o crime frustrado e os meios preparatorios com a *tentativa*, comprehendendo-os todos debaixo desta denominação.

« d'une autre manière, sera puni comme s'il n'eût été empêché de le commettre que par des circonstances indépendantes de sa volonté. »

Tambem muito desejariamos ver consignada a idéa de que se reputa tentativa voluntariamente suspensa, com relação á pessoa do delinquente, quando a causa estranha e directa dessa suspensão, provier de esforços fisicos, ou moraes, de algum dos co-auctores, socios, ou participantes do crime, mas restrictamente durante os momentos da execução, praticada por todos os participantes do crime, os quaes, assim como tem uma indivisibilidade de interesse e responsabilidade, mais ou menos solidaria, quanto á culpabilidade resultante, tambem tem a obrigação moral, e por tanto o *direito*, de fazer com que o proprio arrependimento, e o dos mais participantes, produza pleno effeito.

Um por todos, e todos por um, tambem quanto á reparação do damno material, se elle é reparavel ¹, além das penas individuaes. O facto, pois, de um dos socios, que teve o poder, a influencia, ou a coragem, de impedir, no momento do crime, a consummação do mesmo crime, deve aproveitar a todos, quando senão prove, que estes sómente cederam momentaneamente, ou para dar á execução criminosa uma outra fórma ou direcção.

O interesse publico, ou a mesma rasão de politica, justificativa da disposição do presente Art., fundamentaria uma semelhante ampliação; porque ella evitaria muitos crimes, e tornaria completa a disposição do Art. 26.º n.º 5; porque, a par do castigo, que ahi se commina, se estabeleceria uma garantia do que ahi se ordena.

Assim o socio de um crime consideraria, ou poderia reflectir, na grande vantagem, que ganharia em obstar á consummação do crime, adquirindo direito á impunidade, tanto para si, como para os seus. — É mais facil, que se arrependa um de entre muitos criminosos, do que um só criminoso. — Um pôde desistir, ou não desistir, até aos ultimos momentos da acção. — Entre muitos a possibilidade converte-se em probabilidade; porque é mais difficil então a perseverança, a unidade e constancia de pensamento e de vontade. — O arrojo, por tanto, de uns seria moderado pela prudencia, ou arrependimento, de

outros. — O Legislador, que a todos remittisse a pena, em taes circumstancias, com muita mais justiça seria inexoravel e severo, nos casos de co-participação, ou de cumplicidade, no crime frustrado ou consummado.

Advirta-se, porém, que esta disposição não deveria, de modo algum, aproveitar para a impunidade dos participantes, fóra do logar e momento do crime, na especie, que figurámos no Art. 11.º, em que os agentes do crime, se se arrependem, é por acto, não só moral, material, e exclusivamente seu, mas ainda contrario á vontade manifestada irrevogalmente pelos outros co-reos.

¹ Vid. Art. 106.

ARTIGO 8.º

A tentativa do crime é sómente punível quando a Lei manda punir esse crime com alguma das penas maiores, salvos os casos especialmente declarados. Art. 6.º; 7.º; 9.º; 10.º; 89.º; etc. (v. r. ao Art. 6.º)

Esta nova doutrina, se se contempla, tanto conforme aos principios da justiça absoluta, como em relação ás conveniências sociaes, não pôde ser justificada, senão em casos muito leves, porque, se a inteira impunidade é um mal na tentativa dos *crimes*, ella o é também na dos *delictos*, com quanto malefícios menos graves.

Todavia, faltando no malefício *tentado* um dos elementos do mal do crime, qual o damno material, ou seus resultados, quanto á perturbação da ordem social, attenuada a corrupção moral do agente pela *possibilidade* da desistencia espontanea, torna-se inapreciavel a tentativa, nos casos de menor gravidade, se não indica uma tendencia a certa e designada especie de malefício, que possa produzir o habito, ou a origem de *crimes*, como na especie do Art. 421.º n.º 2.º, ou que, em si mesma, apresente caracteres immediatos de perturbação da ordem, como na especie do Art. 180.º § 3.º

Notámos, além disso, neste logar, que a disposição deste Art. confirma o que dissémos sobre a inconveniencia de não se adoptar a divisão de *crimes* e *delictos*. — É o mesmo Cod. que reconhece aqui a distancia, que os separa, para um effeito importante, qual o de ser, ou não ser, punível, a *tentativa*.

Se, pois, nos termos do Art., se tracta de um *delicto*, isto é, de um malefício, a que por Lei só correspondem *penas correctoriaes*, que importa o mesmo, que exprimir a mesma idéa pela negativa, dizendo-se, *de malefício, a que não corresponde alguma das penas maiores*, ou *criminaes*, a regra estabelecida no Art. antecedente, sobre a punição da tentativa, não procede, e sómente por excepção a uma regra contraria é que

a tentativa pôde ser punida: — e, como toda a excepção deve ser expressa na Lei, se fôra admittida a referida divisão de *crimes* e *delictos*, facil teria sido formular a disposição do presente Art., nos termos, em que a formulou o moderno Cod. da Prus., Art. 33.º

« A tentativa de um *delicto* não é punível senão nos casos expressamente determinados na Lei. ¹ »

A nossa Legislação anterior ao Cod., sobre tentativa estava nas disposições da Ref. Jud. Art. 1097.º, § 2.º, 1150.º, e 1159.º, considerando para a punição da tentativa sómente duas condições essenciaes: 1.ª um começo de execução: 2.ª suspensão de execução por causas estranhas á vontade do delinquent. — Agora é preciso addicionar uma 3.ª, que é a de corresponder ao malefício alguma das penas maiores, isto é, admittida a referida divisão, a de ser *crime* o facto consummado.

¹ Concorde com esta redacção o Projecto de M. Haus, Art. 53.º

« Les tentatives des délits ne sont punies que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi. »

ARTIGO 9.º

Nos casos especiaes, em que a Lei qualifica como crime consummado a tentativa de um crime, a suspensão da execução deste crime pela vontade do criminoso não é causa justificativa. Art. 7.º; 130.º; n.º 2.º; 3.º; 131.º; 143.º; 146.º; 163.º; e n.º 1.º; 170.º; 171.º; n.º 1.º, e 4.º; 190.º; 191.º; 357.º; 390.º; 391.º; 433.º

Do contexto deste Art. e tres antecedentes, se deduz em summa a doutrina seguinte:

A tentativa do crime é *punitel*, quando concorrem nella os seguintes requisitos:

1.º ser o crime, a que ella respeita, de natureza tal, que a Lei o manda punir com alguma das penas maiores; ou em que a Lei a manda especialmente punir, posto que ao crime correspondam outras penas:

2.º haver sido suspensa a execução do crime por effeito de circumstancias independentes da vontade do criminoso.

A tentativa do crime não é *punitel*, concorrendo nella os seguintes requisitos:

1.º de haver sido suspensa a execução pela vontade do criminoso:

2.º não ser qualificada crime consummado por disposição especial da Lei penal.

O presente Art., porém, não quer dizer, que igualada por Lei especial a tentativa ao facto consummado, a pena seja precisamente a mesma, embora fique a execução suspensa por vontade do criminoso. Diz somente que essa circumstancia não é causa justificativa, isto é *dirimente* de toda a culpa e pena.

Assim, mesmo nestes *casos especiaes*, pois que não ha uma causa de *justificação* para a absolvição, nos termos da regra estabelecida no Art. 7.º, subsiste a de *attenuação*, nos termos da regra estabelecida no Art. 89.º; logo, mesmo nes-

tes *casos especiaes*, ou a Lei, a que se refere o Art., seja alguma das do Cod., ou qualquer outra em vigôr, sujeitas todas á referida regra do Art. 89.º, nunca a tentativa é, nem pôde ser, qualificada como o crime consummado. — Dá-se por tanto aqui uma antinomia entre a supposição do Legislador e a sua disposição.

Para haver facto punivel, é preciso que appareçam os seus elementos constitutivos. — *Mal moral* e *mal material*. — O *mal social* é consequencia destes. Ora na tentativa o *mal material*, um dos elementos essenciaes do facto punivel, não existe; e quanto ao *mal moral*, quando suspensa a producção daquelle por vontade do criminoso, ou desaparece tambem, ou se torna inapreciavel, quanto ao mal social, produzido pelo *começo do alarma*, que a mudança de vontade, e a presumpção de arrependimento, atténua ou antes previne necessariamente.

Se, nos termos do Art. 20, n.º 11, é circumstancia attenuante aquella, que *diminue* por qualquer modo os *effeitos do crime*, como seria possivel deixar de considerar tal aquella, que os *evita*, que os *previne*, que os *destrõe inteiramente*, e que torna sem objecto a *satisfação* em relação ao damno, que não chegou a existir, e que se existisse, a *espontanea reparação*, tambem seria causa de *attenuação*, conforme ao § 9.º do mesmo Art.?

Logo não é exacta a supposição, que exprimem as palavras deste Art. — Pôde a Lei confundir a *tentativa* com o crime na sua expressão, mas nunca se pôde dizer, que fica por isso igualada ao crime consummado, quando a *tentativa* deixou de ser *tentativa*, em consequencia da *espontanea* mudança de vontade do criminoso, como notaremos em seus competentes logares.

Ha pois no presente Art. ou um gravissimo defeito de redacção, que é preciso conciliar e explicar, ou um erro de doutrina, que o torna repugnante, não só com os principios do Direito penal e da justiça moral, mas ainda com outros Art. do mesmo Cod.

Mas ainda não excluida a attenuação da pena, em consequencia da mudança de vontade do criminoso, a doutrina nos parece insustentavel.

Equiparada a tentativa, propriamente dita (que é a suspensão por vontade independente da do criminoso), ao crime consummado, para o effeito da punição com a mesma pena, a repressão é injusta, porque no crime consummado ha *certeza*

da existencia do elemento moral; na tentativa punivel, não ha certeza de que o *arrependimento* do proprio criminoso não suspendesse os effeitos do crime:—e quando não pôde ser bem definida, bem constatada, a *intenção irretractavel*, a justiça social-exorbita, procedendo, com o mesmo rigor, que sómente justifica a prova da verdade bem demonstrada.

Além disso, entre a *tentativa* e o *crime consummado*, ainda se mette de permeio uma outra hypothese do facto punivel, e é a do *crime frustrado*.

É o mesmo Cod. que assim o distingue, tanto no Art. 11.º, como no Art. 89.º, § un.—Como é, pois, possível moral, que a Lei qualifique, *em caso algum*, como crime consummado, aquelle, que nem frustrado foi, aquelle, em que se não empregaram *todos os meios* de execução, e, em que apenas houve *um começo della*?

A injustiça, porém, cresce na punição da tentativa, quando suspensa esta por vontade do criminoso, embora tomadas as palavras do Art. — *causa justificativa*, — sem prejuizo da *attenuação* authorisada por outras regras do Cod.

Por exemplo, nos casos de attentado contra a vida do Rei ou Rainha reinante, ou do successor do throno, em que a pena, sem distincção, de assassinio ou de homicidio, é a de morte, equiparada a tentativa ao crime consummado, conforme ao § 1.º do Art. 163.º, o criminoso, que salvar a vida do Principe, desistindo do seu proprio intento, não podendo *justificar-se* por esse modo, tem de soffrer pela applicação das regras do Cod. no Art. 89.º, e 81.º, uma das penas perpetuas!

Tem-se pertendido explicar o presente Art. com o exemplo tirado do ladrão, que arrombou a porta da casa, que entrou, mas que depois se arrependeu, e se retirou sem roubar.

Mas mal e indevidamente, porque, nestes casos, temos dous crimes distinctos, o do arrombamento, e o do roubo.

A pena do roubo com o arrombamento, se fosse consummado, seria, nos termos do Art. 428.º, o maximo do degredo temporario aggravado com prisão no logar do degredo, a arbitrio dos Juizes, em quanto que, nos termos do Art. 380.º, § 1.º, não tendo havido roubo, mas só arrombamento simples, só tem de ser a de um a tres annos de prisão simples.

A Lei qualifica, é verdade, como crime consummado, o arrombamento ou a entrada por esse meio na casa alheia,

e por isso a mudança de vontade deste crime não pôde ser causa justificativa delle, mas é infallivelmente causa justificativa a respeito do roubo, crime principal, de que o arrombamento não era mais, que um delicto accessorio, que se tornou principal e unico pela desistencia daquelle.

Já era esta a doutrina do Direito Romano como se vê entre outras da L. 21, D. de *furtis* — «*Qui furti faciendo causa conclave intravit, nondum fur est, quamvis furandi causa intravit; quid ergo? Qua actione tenebitur? Utique injuriarum, aut de vi accusabitur.*»

Não ha pois verdade moral nesta assemelhação. Já assim o tinha notado *Tiraqueau*: «*Nam quod delictum attentatum habeatur pro consummato, non est secundum rerum naturam atque veritatem, sed est ex fictione.*»

É a ficção, que o legislador toma por fundamento para a imposição das penas!!

Temos, pois, palpavel o erro da doutrina, junto á precipitação, que faz apparecer a falta da harmonia deste Art. consigo mesmo, e com outras disposições do Cod.

Talvez que este Art. quizesse aqui tratar da tentativa qualificada, de que fallam os modernos Cod. d'Allemanha, e ensinam verificar-se, quando — os actos de execução constitutivos d'uma tentativa ou d'um delicto frustrado, constituem *ao mesmo tempo*, e *de per si mesmos*, um crime consummado, *sui generis*, não previsto pelo agente — no que concordam os Cod. das Duas Sicilias e da Sardenha.

Mas então é preciso reconhecer, sem a menor hesitação, que este Art. labora em defeito de redacção. ¹ Não é a tentativa

¹ O Cod. considerou a tentativa debaixo de oito pontos de vista

1.º Como não punivel, Art. 6.º e 7.º

2.º Como punivel, equiparada ao crime consummado, quando com circumstancia attenuante, Art. 6.º, 7.º, e 89.º

3.º Como punivel, com attenuação especialmente determinada, Art. 77.º, 183.º, § 3.º, 355.º, § 3.º

4.º Como punivel por excepção, Art. 7.º, 297.º, § 2.º, 421.º, § 2.º

5.º Como punivel, equiparada á tentativa de outro crime consummado, Art. 350.º

6.º Como punivel, equiparada ao crime consummado, Art. 131.º, 143.º, 146.º, 163.º, 171.º, n.º 4.º, 190.º, 191.º, 390.º, 433.º

7.º Como punivel, *em si mesma*, com abstracção do crime consummado, Art. 130.º, n.º 2.º, 3.º, 470.º, 471.º, n.º 4.º

8.º Como punivel, considerada a tentativa e a execução, como attentado, digno de igual castigo, Art. 163.º, e n.º 1.º, 357.º, Art. 391.º

Em qual destes casos tem applicação o presente Art.?

Será nos de attentado, nos de equiparação, nos de assemelhação a

do crime principal, que a Lei especial qualifica então, como crime consummado, é algum, ou alguns, dos actos de começo da execução do mesmo crime principal, elementos da tentativa, que independentemente d'elle, são, *em si mesmos*, crime, ou crimes.

Compraz-nos acreditar, que foi esta a intenção do Art., mas cumpre que a redacção do Cod. sobre a tentativa seja emendada em harmonia com os ditos Cod. dos Paizes Baixos e da Sardenha. E assim o praticariamos nos termos seguintes:

« A tentativa do crime *sómente* é punível quando a execução começada foi suspensa por effeito de circumstancias independentes da vontade do criminoso. A desistencia, ou arrependimento, *voluntario* do criminoso é sempre causa justificativa da tentativa do crime, salva a punição de algum, ou alguns, dos actos que foram começo de execução, quando estes de per si mesmos, independentemente do crime tentado, por expressa determinação da Lei penal, constituírem crime ou um delicto. »

Depois supprimiríamos no Art. 8.º o adverbio — *sómente* — que assim accrescentámos neste, e todo o Art. 9.º

Costuma-se citar também, com relação ao Direito Romano, o texto da Lei *Cornelia de Sicariis*.

« *Qui hominem non occidit, sed vulneravit ut occidat, pro homicidio dammandum.* »

E ainda mais terminantemente outro texto, da Lei 6.ª Cod. ad. leg. *Cornel. de Sicariis*.

« *Is qui cum telo ambulaverit hominis necandi causa, sicut is qui hominem occiderit, legis Corneliae de sicariis poena coercetur.* »

Mas, na primeira hypothese, temos dois crimes distinctos, provada a intenção de matar, um é o de *homicidio*, que ficou em crime *frustrado*, outro é o de *ferimento*, mais ou menos grave, que ficou consummado.

Ainda mesmo, provada a intenção de matar, o primeiro crime não passou de mera tentativa, se o ferimento não

tentativa de outro crime, ou nos de incriminação em si mesma, com abstracção do crime consummado? — A redacção vaga, e confusa do Art. não satisfaz a estas perguntas — E note-se que, nestes casos, pôde haver tentativa de tentativa, sobre que o Cod. guarda silencio, entrando por tanto nas regras geraes, e se bem que, para assim se verificar, considerou precisa uma declaração no § 1.º do Art. 146.º

foi mortal, ou descarregado, em lugar d'onde se podesse seguir a morte.

Para que a penalidade não saia dos limites da justiça moral, é indispensavel, que *em todos os casos*, sem excepção, se siga na apreciação dos factos criminosos, a regra da Lei 16. D. de poen. — *Eventus spectetur*.

Se o ferimento não foi mortal, o facto não passou as raiaes da *tentativa*: esse ferimento não foi sufficiente; eram precisos mais golpes. — O delinquente não praticou *todos os actos de execução*, que deviam produzir o resultado. — Não existe, pois, nem mesmo *delicto frustrado*, quanto ao homicidio.

É possível que o proprio delinquente se horrorisasse do seu crime no momento mesmo de o commetter, e se abstinisse de aggreder mais a sua victima. E basta esta *possibilidade* para attenuar a imputação.

É pois visivel a injustiça da excepção, que se faz no presente Art., que não pôde ser justificada, por mais enorme que seja o crime, que se intentou praticar.

Costuma dizer-se a semelhante respeito, que em circumstancias graves, ou quando a segurança do Estado se acha compromettida por factos, de maior gravidade, as *distincções* seriam perigosas: e que então é preciso esmagar o crime á sua nascença, por meio de grandes exemplos.

É, pois, o medo, a apprehensão, a preocupação, que toma o lugar da justiça moral. — É o *salus populi* invocado para a vingança de delictos, que não chegaram a commetter-se. — É o cadafalso substituido ás medidas preventivas e correccionaes! — Foi sempre este o direito criminal da tyrannia, mas não deve ser o dos povos constitucionaes, e nem é o de criminalistas distinctos da Europa civilizada.

Em todo o caso, a disposição do Art., que é uma restricção da regra, *a contrario sensu*, deduzida do preceito do Art. 6.º, é inadmissivel, porque essa regra não soffre *limitação alguma*.

Qualquer que seja a pena do crime, nunca a execução, apenas começada, e *espontaneamente abandonada*, deve ser punida.

Assim o estabelece, em termos claros e positivos, o mod. Cod. da Bav. Art. 58.º:

« *Aucune peine ne sera applicable à la tentative, lorsque l'agent se désistera de son entreprise, parce qu'il se-*

« ra arrêté dans l'exécution de la dite entreprise, non par « des obstacles extérieurs, par impuissance ou par accident, « mais au contraire par un mouvement spontané de sa vo-
« lonté, de sa conscience, ou par pitié ou crainte de la « peine. »

Esta regra deve ser absoluta, e, como tal, se acha também no mod. Cod. da Prus., § 31.º—Já assim fica demonstrado ao Art. 7.º — As razões de justiça, se juntam as da política, e de conveniência, como se pondera no Comm. Offi. ao Cod. da Bav.

Não só a desistência voluntaria, o arrependimento, merece, em si mesmo, esta contemplação, mas assim a exigem os interesses do Estado e dos cidadãos na prevenção da consummação do crime, provocando-se a mesma desistência pela solenne garantia da impunidade.

Sendo doutrina de muitos Cod., mas velha doutrina, a de que as penas da tentativa, são as mesmas que a do crime consummado, haveria erro na theoria e injustiça, mas não incoherencia, em se considerar nesses Cod. inutil, como *causa de justificação*, o arrependimento. — Mas admittida no Art. 7.º uma doutrina contraria, é repugnante a disposição excepcional do presente Art.; porque demonstra a adopção de theorias diversas, uma verdadeira outra falsa, embora se conciliem a pretexto de serem as consequencias, derivadas da falsa theoria, excepções ás consequencias, derivadas da que o Cod. considerou como verdadeira. — Essas excepções são outras tantas aberrações, que só poderiam ser sanctificadas pela procedencia de razões, que preponderassem sobre a regra em contrario, o que não é possível moral, porque estas são de natureza tal, que não consentem a menor quebra nos seus termos absolutos.

Resta-nos advertir, que se omitiu declarar no presente Art., que nas *contravenções* nunca é punida a tentativa.

Assim o declarou o Cod. Hesp. Art. 5.º, e Napol. Art. 71.º, e também expressamente o mod. Cod. da Prus. § 336.º

Mas, não só em razão da menor importancia da imputação, como porque nas contravenções sómente se contempla a *infração material da Lei ou regulamentos*, a criminalidade não sáe, nem mesmo por excepção, dos strictos limites de facto consummado. — Era por tanto inutil semelhante declaração; além de que a excepção feita n'este Art., sen-

do restricta a crimes, não pôde ser ampliada além dos seus termos. — Assim, ainda que alguma Lei, em casos especiaes, qualifique a tentativa de uma contravenção á contravenção consummada, não poderá ser punida, se houve a desistência espontanea.

ARTIGO 10.^o

Os actos puramente preparatorios não constituem a tentativa; e sómente são puniveis quando a Lei os qualifica como taes. Art. 142.^o; 143.^o; 144.^o, § un. 145.^o; 146.^o; 165.^o, § un.; 172.^o; 176.^o; etc.

Não se pôde pôr em duvida a doutrina do presente Art. depois da definição dada no Art. 7.^o Os actos *puramente* preparatorios não constituem começo de execução; não tem, em si mesmos, relação intima, directa, e exclusiva com o crime, e menos com a resolução de o commetter, e, portanto, não podem ser apreciados com segurança para a impunibilidade penal.

Um homem quer matar outro, preparou-se, procurou o haver uma arma de fogo, e as competentes munições; depois, se effectivamente foi ao encontro do assassinando com a mesma arma carregada, e mesmo, provada *aliunde* a resolução do crime, não apparece todavia n'estes factos o que possa constituir *começo* de execução, *em sentido legal*, porque todos elles podem ter diversa explicação. — Não podem, como ambíguos, offerecer base segura, para a imposição de uma pena, a qual pôde ser uma iniquidade. ¹

¹ Este impossivel, porém, não é absoluto.—Casos pôdem existir, em que os actos preparatorios sejam tão intimamente ligados com a resolução do crime, que não possam ter outra explicação senão a execução do mesmo crime.—Mas ainda então a regra subsiste por outro principio que justifica a impunidade.—O interesse social, unico fundamento do direito de punir, resiste á punição, porque esta precipitaria o culpado á execução, que as Leis penaes devem prevenir.—Alem disso, se dos actos preparatorios á tentativa ainda vae uma distancia immensa a precorrer, se a tentativa não é punivel, quando suspensa por vontade do culpado, com mais razão não devem ser punidos os actos preparatorios, pois que, por vontade do mesmo culpado, a tentativa não chegou a ter começo algum. — Não haveria, portanto, segundo os principios, materia bastante para a incriminação.

O Cod. omittiu aqui dar-nos uma idéa do que são *actos puramente preparatorios*.

E, contudo, a definição era precisa para senão confundirem com a tentativa, principalmente empregada a restrição, que designa a palavra — *puramente* —. Actos *preparatorios* devem reputar-se taes aquelles que, *podendo ser tendentes* a fornecer, ou a facilitar, os meios da execução do crime, ou delicto, não chegaram a ser empregados, por forma tal, que devam ser considerados por esse emprego um começo de execução.

Por ex., o assassino foi munir-se de um *punhal*, ou de outra arma defesa; comprou, ou fabricou, as drogas ou substancias, com que intentou envenenar; nestes casos, o que se pune é a contravenção das Leis preventivas, mas nunca um supposto crime, ou delicto, que se pertendia commetter.

O possuidor do punhal pôde allegar, que o houve, não para aggreddir, mas para se defender; e o do veneno pôde dizer, que o comprou, ou fabricou para destruir animaes damnhinhos; ou para uma applicação inoffensiva, em relação á vida ou á saúde de alguém.

Todavia, o Cod. considera algumas vezes, os actos *preparatorios*, desta natureza, como perdendo a sua incerteza, e ambiguidade, quando com elles concorre algum outro facto, que tenha relação intima com o delicto, e que deva ser punido, como nos casos, do Art. 144.^o, 165.^o, e 178.^o, — *de concerto ou de conjuração* —: mas então cessam de ser — *puramente* — preparatorios. ¹

A combinação entre duas ou mais pessoas, para commetter um maleficio, não é mais do que meio preparatorio, porque está longe do crime frustrado, e mais longe da tentativa, e ainda que este acto se junte a outros tambem preparatorios, d'ahi á perpetrção do crime vae sempre grande distancia.

Estes actos *precedem sempre*, mas *não começam*, a exe-

¹ Ao Legislador pertence decidir a questão, se os actos *preparatorios* do crime devem, ou não, ser seguidos de algum castigo. — Resolvida pela negativa esta questão, uma outra o deve ser tambem, e é, se a regra, que tem de estabelecer, deve ter ou não alguma excepção. — Neste Art. foi esta resolvida affirmativamente; admitida, porém, a possibilidade, de, em alguns casos, serem punidos os actos *preparatorios*, cumpre, que, pelo menos, se encontrem bem positivamente caracterizados. (Rossi, Tratt. do Dir. Pen., Liv. 4.ª U. IV.)

cução do crime. — A possibilidade do arrependimento, se sempre se deve suppôr até ao ultimo acto da tentativa, com mais razão se deve presumir, quando nem um só dos elementos constitutivos da tentativa se verificou.

Mas na conjuração e concerto, manifestada por actos externos, dá-se sempre uma relação, necessaria e immediata, com o projecto do crime. O Cod., nos ditos casos, fez della então uma incriminação especial, mas ha manifesta incoherencia e injustiça em senão determinar outro tanto a respeito do concerto para outros crimes tambem muito graves.

A Sociedade tem o direito de punir certos actos preparatorios, não só quando elles forem determinadamente ameaçadores da segurança do Estado, mas quando convier que sejam reprimidos.

Mas esses actos devem ser punidos pelo seu valor intrinseco, e com abstracção das penalidades impostas contra crimes, a que taes meios não eram mais que um crime preparatorio e não, devem portanto, confundir-se, nem com a tentativa, nem com o crime principal, a que eram destinados; aliás a pena será desproporcionada, e desigual, e até contraproducente e prejudicial, como fica demonstrado.

O mesmo Cod., outras vezes incrimina os actos preparatorios, mas erigidos em factos distinctos, e com dependencia de algum outro, que tenha relação com determinação do crime ou delicto.

Por ex., a fabricação, alteração, ou porte de chaves falsas, gasuas, etc., Art. 443.^o e 444.^o; — a venda, ou fabricação, de substancias venenosas, abortivas, ou nocivas á saúde, Art. 248.^o, e seg.; — o porte, ou a fabricação, de armas prohibidas, Art. 253.^o; — os escalamento, ou arrombamento, da casa alheia, Art. 380.^o § 1.^o — e outros muitos casos.

É muito facil, nestes casos, confundir-se o acto preparatorio com a tentativa. A escalada ou arrombamento, não podem ser incriminados senão, em si mesmos, sem relação alguma a determinado crime. — Tanto podem ter relação com o crime de furto, como com os de seducção, rapto, assassinato, acquisição de um segredo, de um asylo, etc. — No Dir. Rom. assim se reconhecia perfeitamente, como se vê da Lei 21. § 7 ff. de furtis — « Qui, furti causa, conclave intraverit, nondum fur est. Quid ergo? Qua action tenebitur? Utique injuriarum, aut de vi accusabitur, si per vim introibit. » — V. Trébutien, Cour. El. de Dir. Cr. P. 1.^a

Em vista do que fica ponderado, mostrada a difficiencia do Cod., sobre a definição de actos preparatorios, a quem deverá pertencer a sua qualificação, aos Juizes de Direito ou aos Jurados?

Segundo a doutrina seguida na Jurisprudencia franceza, a apreciação dos factos constitutivos da tentativa pertence aos Jurados soberanamente, de sorte que, contra as suas decisões, nem o Tribunal de Cassação pôde conceder provimento algum: ¹ e por consequencia aos Jurados toca o poder de decidir virtualmente, que os actos não passaram de preparatorios.

Mas, entre nós, o officio dos Juizes de Direito achase melhor definido, tanto na Lei Fundamental do Estado, como na Ref. Jud. — O Jury limita as suas decisões á materia de facto: não de facto, com abstracção do agente, por que esse é constatado nos corpos de delictos, exames, e depoimentos, do processo de investigação, mas de facto nas suas relações moraes ou materiaes da culpabilidade com determinado réo e para com designado paciente.

Declarada a culpabilidade em determinada hypothese penal, resta aos Juizes de Direito — *applicar a Lei*, — e a Lei applica-se, já qualificando-se o facto como crime, já distinguindo-se nessa qualificação se foi consummado, frustrado, tentado, ou ficou em actos preparatorios, para depois pronunciarem a pena correspondente, maior ou menor, e se houver logar.

Das decisões de facto pelo Jury, quando validas, e mesmo nullas, se antes da absolvição, o Min. Pub. não protestou por determinada nullidade, não ha recurso algum; mas das decisões de Direito seguem-se todos os recursos ordinarios, comprehendido o da revista.

Em todos os Cod. predomina muito o elemento moral para a punição de crimes, e d'ahi vem confundir-se em muitos a tentativa com o crime frustrado ou consummado, e esta com os actos preparatorios. — Se por uns e outros actos se manifesta a resolução do crime, conhecida a perversidade do

¹ Cit. Tréb. pag. 98. — Esta jurisprudencia vê-se adoptada no Nov. Cod. Pen. da Prus. Lei de 14 de Abril de 1851, Art. 25.^o, pois que aos Juizes se impoem o dever de fazer quesitos *eventuales* ao Jury, não só sobre os pontos do facto principal, mas sobre a tentativa, etc.

agente, parece justa moralmente a punição. — Mas esta confusão provém de outra confusão — da justiça social com a justiça moral.

Este Art. apresenta um progresso na distincção sobre este objecto, mas cumpria estabelecer algumas regras, que regulassem o arbitrio do Juiz, e que lhe servissem como de instrucção e balisas, para separar os actos preparatorios *puramente*, dos de tentativa ou começo de execução, por que em rigor, começo de execução são essencialmente todos os actos preparatorios.

Para que os actos possam ser considerados preparatorios ou devem ser: 1.º *completamente indifferentes*, em si mesmos, com relação ao crime: ou 2.º, pelo menos, taes que não tenham uma applicação necessaria a uma determinada infracção.

Quando esses actos são especialmente incriminados, em si mesmos, perdem a natureza de preparatorios, se não se lhes seguiu outro crime. São crimes consummados, que também podem ter os seus actos precedentes, de tentativa, e preparatorios, que lhes digam respeito.

Assim o fabricante de um punhal, que compra as materias primas do seu trabalho, pratica um acto meramente preparatorio; se tracta de as compôr e modificar, pratica actos de tentativa ou de execução, em que fica, se não chegou a concluir o seu artefacto.

ARTIGO 11.º

Ha delicto frustrado quando o criminoso praticou todos os actos de execução, que deviam produzir o resultado considerado pela Lei como elemento constitutivo do crime, sem que este resultado se seguisse. Art. 89.º; 143.º; §. un.; 148.º; 163.º; 166.º; 186.º; §. 2.º; 187.º; 470.º

Este Art., segundo a ordem das ideias *descendente*, adoptada no Cod., parece que seria melhor collocado entre o 5.º e o 6.º, para senão confundir, de modo algum, a *tentativa* com o *delicto frustrado*, como se tem confundido em alguns Cod.,¹ tal foi no Franc., Art. 2.º tanto de 1810, como depois da reforma de 1832.

É conveniente contemplar distinctamente nesta ordem:

1.º o *crime consummado*

2.º o *crime frustrado*

3.º a *tentativa*

4.º os actos *preparatorios*

5.º a *resolução* do crime entre dous ou mais individuos.

6.º a *resolução individual* para o mesmo fim.

Sempre mais severamente deve ser punido o crime *consummado* que o *frustrado*, e este que a *tentativa*, quando punível: — assim o estabelece o Cod. no Art. 89.º, §. un.

Quanto á definição, é ella exacta, para a sciencia; mas

¹ E como parece confundir, ainda que só *nominalmente*, o mod. Cod. da Bav., conservando no Art. 60.º a qualificação de tentativa *proximo*, á acção, quando o culpado chegou a praticar o acto, de que devia resultar directa e immediatamente o crime ou delicto: — A confusão é completa no Cod. da Prus., como se vê dos §§ 31.º, 32.º e 33.º; por que, tratando unicamente da tentativa, em contraposição a crime consummado, declara que a tentativa punível o deve ser, como o crime mesmo, e sómente deixa ao arbitrio do Juiz o tomar em consideração a não consummação.

a que dá o Cod. Hesp., no Art. 3.º, é de mais facil comprehensão, para todas as intelligencias; e é a seguinte:

« O delicto frustrado verifica-se, quando o delinquente, « tendo feito tudo quanto estava da sua parte para o con- « summar, não conseguiu o seu damnado intento, por cau- « sas independentes da sua vontade. » —

Em outros termos, para se considerar *frustrado* um crime ou delicto, é preciso, que, nos actos praticados para a execução, se inclua o *ultimo*, ou mais proximo.

— « *Ultimus actus qui à delinquente agendus est ad « criminis perfectionum.* »

Nos casos do maleficio *frustrado*, se, em relação á intencionalidade, nada existe, que attende, como na tentativa, a imputação, não acontece o mesmo com relação ao *mal causado*, ou quanto aos *effeitos*. — Só fica o *alarme* produzido pela acção malograda. — A pena, por tanto, deve ser menor, não só pela regra estabelecida em o n.º 11 do Art. 20.º, mas pela disposição do Art. 88.º, como fica notado ao Art. 9.º

Como na tentativa, estimariamos também ver consignada aqui a disposição, de que será reputada existir uma circumstancia attenuante em favor do agente principal, quando o crime ou delicto fôr frustrado, por acto voluntário, praticado directamente tanto por elle mesmo, como por algum dos coactores ou cúmplices.

Por exemplo, nos casos de attentado contra a vida, quando um dos socios do crime, desvia o ferro ao descarregar-se o golpe, ou subministra a tempo soccorros efficazes, que sirvam de antidoto, contra os effeitos do veneno.

De modo algum, porém, modificariamos a imputação ao ponto de applicar as regras da tentativa não punivel áquelles dos cúmplices, a respeito dos quaes se não desse a possibilidade de obstar á execução do crime. — Póde haver crime *moral e social consummado*, com relação a algum dos agentes do crime, e não haver *crime social* com relação a outro agente do *mesmo crime*, como logo indicaremos.

Rossi, ² contemplando a criminalidade dos factos puníveis, sob o ponto de *vista moral*, não acha fundamento na distincção para a pena, entre o crime frustrado e o crime consummado: e, todavia, reconhece a existencia dessa distinc-

ção, como de um facto universal, que o legislador deve tomar em consideração, ainda que o não possa explicar.

É certo que a humanidade não confunde o author de um crime consummado com o de um crime frustrado. O proprio agente não sente os mesmos remorsos, quando a fortuna desviou o golpe, que elle dirigiu contra a sua victima. O homem que, por imprudencia, por negligencia, ou por um movimento de exaltação, produz um mal grave a outro homem, fica inconsolavel. A contemplação do mal, que poderia produzir, mas que felizmente não produziu, é para elle de curta duração. A Sociedade, que se compõe de homens, partilha os mesmos sentimentos. Que explicação pois tem este facto? Expressa elle uma verdade *moral*, assim como exprime uma verdade *social*?

Nós dizemos, que a distincção exprime uma verdade *moral* com relação ao homem no estado *social*. — Se a *justiça social* se não confunde com a *justiça moral*, é preciso não considerar no crime só o elemento *moral*, mas também o *material*, com relação ao *mal real*, produzido pelo crime; por que é desses dous elementos, que essencialmente se compõe o *crime social perfeito*. — A ausencia do segundo elemento, absoluta ou parcial, produz menor quantidade de mal, ou de damno, o que necessariamente provoca menor quantidade de pena. — Eis a justiça dos homens; a de Deus é outra, de que elles não são o instrumento, nem se podem erigir em Juizes.

Resta-nos advertir, que ha em todos os Cod., que podemos consultar, uma grande lacuna, nas hypotheses, muito frequentes, em que intervem para o crime, além do agente directo, outra pessoa, em relação á qual, a moralidade do facto não é a mesma, e que póde mesmo ser *positiva*, em quanto que a respeito de outros participantes seja *negativa*: taes são — 1.º, a do concerto entre duas ou mais pessoas, das quaes uma foi encarregada da execução; — 2.º a do mandante, que pela commissão, que deu, fez tudo, quanto de si dependia, para se consummar o crime. — O elemento moral dos agentes directos e materiaes do crime, que ou seja pelo arrependimento, ou pela possibilidade do arrependimento, se absteram da execução, ou a não concluíram, por acto espontaneo, ou não espontaneo, diminue em culpabilidade. — Os participantes porém, por acto moral unicamente, consummaram o crime intencionalmente.

² Traité du Dr Pen. Liv. 2, Cap. 33.

Deram o mandato, ou comissão; deram o dinheiro, ou garantiram a promessa da recompensa; facilitaram a occasião; forneceram os meios preparatorios, os instrumentos do crime, como a chave falsa, o veneno, o ferro, a arma de fogo, etc. — A respeito delles fica o facto no dominio do crime frustrado: e, com tudo, na falta de Lei especial, se não chegou a haver *tentativa punivel*, os participantes por *acto moral*, comprovada e premeditada resolução do crime, que assim mostram um gráo de *perversidade*, igual á que accompanha a consummação, não podem ser punidos,¹ em vista das regras geraes do presente, e dos ditos Cod. I — Não é, a nosso ver, um acerto esta impunidade.

Se a pena é um remedio contra o mal do crime; se uma parte desse mal está no estado de enfermidade moral do culpado, e no perigo de contagio, resultante da sua communhão social, o curativo é necessario, applicando-se com attenção sim á ausencia da parte do mal material, mas sempre em tanta qualidade e quantidade, quanta seja necessaria a garantir a sociedade, e a corrigir o perverso.

Assim, se a sorte destes culpados, não pôde ficar *absolu-*

¹ Ainda recentemente no S. Tr. de J. se deu o caso. — Uma mulher resolveu matar outra com veneno. — Fabricou as substancias — vidro moído e pó de vacas louras — Valeu-se de outra a quem commetteu a propinação. — Mas esta não fez uso das substancias. — Houve *tentativa*? — Certamente que não. — Os actos foram *puramente* preparatorios? — Também não; porque *houve mais alguma coisa*; — o *concerto*, e o *mandato*. — Mas a concorrência dos *actos preparatorios* com o *do mandato*, só por excepção toma em consideração o Cod. em casos especiaes, como nos de conjuração.

O Cod. pois é omisso — Por isso essa mulher, que seria agente principal do crime, segundo o Art. 25.º, se a propinação tivesse effeito, accusada como culpada de tentativa, é pronunciada pelo Juiz. foi absolvida pela Relação de Lisboa, e contra esta decisão, o S. Tr. de J., em 16 de outubro de 1855, negou a revista, que fôra interposta pelo Ministerio Publico.

Neste exemplo, a consummação do crime dependia de dous actos successivos. O *mandato* ou *concerto*, acompanhado do *facto material* da entrega e recepção dos meios preparatorios; e a *propinação*. — No primeiro participaram dous agentes, e a respeito de ambos os co-reos ficou consummado. Seguiu-se o segundo — o *da propinação* — que moralmente dependia de ambos, mas moral e materialmente só de um delles. — Um ficou plenamente responsavel pela *possibilidade* do crime, o outro ficou plenamente responsavel pela *realidade* do mesmo crime. — Se um não creou a *realidade* creou a *possibilidade*, e mais não dependeu d'elle, ou antes fez elle tudo, quanto pôde, para que a *possibilidade* se convertesse em *realidade*. — Como podia, pois, com acerto legislar-se a favor da impunidade, tanto pelo que respeita a um, como a outro, dos participantes em casos analogos?

tamente dependente dos actos de execução, praticados por um terceiro, fica alguma cousa a desejar, nestes Cod., que preencha omissão tão prejudicial. — O que Rossi expende, a respeito do delicto frustrado, tem plena applicação, em relação ao mandante:

— « Le project criminel est allé jusqu'au bout: plus de « doute sur l'intention. Il y a *délit moral*; il y a *délit social* et « très grave, car ce n'est pas aux caprices du hasard que la « société peut se confier pour ne pas craindre les résultats du « crime. » —

Advirta-se, porém, que tratámos, como já indicámos ao Art. 7.º, de actos praticados irrevogavelmente pelos co-auctores do crime, fóra dos momentos, e logares da execução do mesmo crime.

ARTIGO 12.º

A ignorancia da Lei penal não se considera como causa justificativa do crime. Art. 5.º; 15.º; 17.º; 18.º; 27.º; 487.º; 488.º; e 489.º

Causa justificativa é aquella, que, em presença de um facto legalmente punível, dirime, ou exclue, toda a criminalidade, ou imputação de offensa da Lei, em relação ao author do mesmo facto. — É neste sentido, que estas palavras são tomadas no Art. seguinte, e o foram no Art. 9.º — Não se confunde, por tanto, com as *causas attenuantes*, que não tem por effeito *dirimir*, mas só *moderar* as penas. — Nesta mesma acceção foi empregada semelhante expressão por Chaveau de Helie¹; no Cod. do Brazil, Cap. 2.º, que se inscreve — *Dos crimes justificaveis* —; assim como no Cod. d'Austr.

Apesar, porém, destas authoridades nós temos por menos adequado o emprego da palavra — *justificativa* ou *justificação* — para qualificar as causas *dirimentes* ou *peremptorias* da responsabilidade criminal.

Em sentido absoluto — *justificar-se* — leva com siga a idéa da *justiça*, tanto *social*, ou *civil*, como *natural*, ou *filosofica*. —

Pode, todavia, um réo produzir uma *causa justificativa*, aos olhos da Lei, na presença dos tribunaes, que não seja, tal aos olhos do filósofo, da Religião, ou do homem de hem.

O facto praticado pôde ser crime moral, e todavia o cidadão allegará, como *causa justificativa*, não existir no Cod. Penal, Lei alguma, que o incrimine, e, consequentemente, por muito depravada e injusta, que seja a intenção do

¹ Theor. du Droit. Pen. Fr. tom. 1.º, Cap. 13.º — *causes de justification*. —

culpado, tem necessariamente de ser justificado da imputação, em vista dos Art. 6.º e 18.º do mesmo Cod.

A palavra *justificação* abrange: não só a demonstração de que se fez aquillo, que a Lei permite, porque o não prohibe — *juste id est jure*: não só a allegação e prova de todo e qualquer meio, tendente a remover uma accusação, ou a destruir uma suspeita de se haver praticado um facto damnoso e máo em si; mas tambem toda e qualquer defesa, que conclúa a ausencia da culpabilidade, ou imputação, legal, ácerca desse mesmo facto.

Nestes termos, e porque é sempre muito conveniente bem entender a força, e significação, das palavras, que o Legisador emprega, nós, para não confundir a *justiça criminal* ou *social* com a *justiça moral* ou *filosofica*, teriamos antes usado da expressão — causas *dirimentes*, ou *relevantes*, ou *peremptorias* — e seguindo o exemplo do Cod. Hesp. Art. 8.º assim qualificaríamos todas aquellas circumstancias que — « *eximem da responsabilidade criminal*: » — ou segundo a expressão do Art. 1149 da nov. Ref. Jud. — « *circumstancias, que, segundo a Lei extinguem a pena* » — ou melhor, ainda, conforme ao tit. 4.º, da Parte 1.ª do Cod. da Prus. — « *motivos que excluem a pena*. » —

Depois, tratando-se no Art. 14.º das *causas justificaveis*, e contendo o presente Art., assim como o seguinte, disposições *exclusivas de justificação*, parece que, reunidas estas á do Art. 9.º, deviam todas fazer a materia de um §. do mesmo Art. 14.º, ou ser-lhe pospostas, por que lhe servem como de modificação ou excepção.

Pondo, porém, de parte a redacção e collocação: quanto ao objecto do Art., sendo certo que a ignorancia, em geral, se entende a privação de idéas ou de conhecimentos, tambem é certo, que, distinguindo-se esta em ignorancia de *facto*, e ignorancia de *Direito*, tem sido ensinado, que a primeira pôde algumas vezes ser defendida, quando se deem circumstancias, que demonstrem plena boa fé; mas que a segunda nunca. — Desta theoria resulta a regra aqui estabelecida, que é fundada, segundo a opinião de alguns, na presumpção do legislador, de que todos conhecem, ou devem conhecer a a Lei, desde a sua promulgação: outros, porem, não jul-

¹ V. Sr. LEVI comm. a este Art.

gando esta razão sufficiente, accrescentam, que a ignorancia das Leis penaes é indesculpavel, por que, além de publicadas civilmente, devem achar-se gravadas no coração do homem.¹

Effectivamente no Cod. d'Austr., P. 1.^a se encontra um Art. (o 3.^o) assim concebido:

« A ignorancia da *presente Lei* sobre os delictos *não pôde* « *ser allegada como escusa, porque é impossivel*, que alguem, « seja quem fôr, deixe de ter conhecimento da *sua propria injustiça.* »

Assim não se dá peso algum ao principio geral da obrigação resultante da promulgação das Leis, mas ao de que, não devendo as Leis penaes, incriminar, se não as acções intrinsicamente más, isto é, reprovadas pelo Direito natural, e não sendo este Direito outra cousa mais do que a razão e a *justiça absoluta*, ou *moral*, que Deus gravou no coração do homem, a ignorancia deste Direito, nunca pôde servir de escusa; — « *Ignorans jus naturale ignorabitur, à Deo, lege, à magistratu* »² — por que esse Direito não carece de promulgação.

Esta mesma razão, porem, nos leva a concluir, que, sempre que se tratar de factos puniveis, que o são, não com fundamento na justiça absoluta, mas em motivos de ordem e de conveniencia publica, pôde a ignorancia da Lei ser attendivel, se o culpado é um homem, ou uma mulher, do campo; sem educação, nem trato de consideração, na sociedade; um menor de 17, ou de 14 annos; um estrangeiro; etc.

A respeito de crimes, não variaveis, mas que o são moralmente em todos os tempos e em todos os logares; e que nos preceitos rudimentaes da Religião e da educação geral e commum, são condemnados como factos illicitos: a regra pôde ser verdadeira. — A respeito de outros crimes ou delictos, provada a ignorancia da Lei positiva, e, por tanto, a ignorancia

¹ Veja-se o que dissemos ao Art. 5.^o sobre o fundamento desta disposição. — Bousquet Dicc. Verb. ignorance. —

² « *Si non venissem, et locutus fuisset eis, peccatum non haberent, nunc autem excusationem non habent de peccato.* » S. João Cap. XV, v. 22.

Era o principio do Direito Romano, como na L. 12. Cod. de jur. es fact. ignor. — « *Constitutiones Principum nec ignorare quemquam, nec dissimulare permittimus* » — e na L. 20. pr. Cod. de Legibus. — « *Leges sacratissimæ, quæ constringunt hominum vitas, intelligi ab hominibus debent.* »

de que um facto é criminoso: o author do mesmo facto não pôde, com justiça, ser punido, em razão da infracção, puramente material, da mesma Lei; por que nem ha intenção malefica, nem o proposito da violação: — faltando assim, em relação ao agente, o elemento moral, indispensavel para existencia de crime imputavel.

O delinquente não pôde então ser punido, senão segundo o grão, maior ou menor, de *negligencia*, se, nos termos do Art. 2.^o, o poder ser, pela *omissão voluntaria do dever* de se instruir previamente da existencia dos preceitos, ou prohibições, da Lei.

O mod. Cod. Penal da Prus., § 145.^o, pune aquelle, que seduz uma mulher, pelo emprego de razões, tendentes a mostrar a legitimidade do coito fóra do matrimonio. Supponhâmos, pois, que a respeito deste, ou de qualquer outro facto illicito, segundo uma Lei positiva, se prova, a favor do agente, não so ignorancia da mesma Lei, mas o emprego das diligencias necessarias, e que, em logar de encontrar quem o advertisse e instruisse, sómente achou quem o induziu e provocou á perpetração do facto, occultando-lhe as penas correlativas, poderá a justiça social ver nesse agente um criminoso, um delinquente, um negligente mesmo?

De resto, se o ignorante, com quanto dominado dos me-thores desejos de não violar a Lei, a infringir, ou porque os logares, em que vive, ou por que o circulo das pessoas com quem priva, não lhe offereceram mais que outros ignorantes a consultar, não é possivel dar-se o *erro invencivel*, na qualificação do facto conforme a Direito, apesar de *toda a diligencia*?

Considerada a pena, o que é em si mesma, um *remedio* contra o mal do crime; sendo este, em relação ao *agente*, uma doença moral, punivel porque pôde ser contagiosa; o crime, commettido por uma ignorancia da Lei, quando evidentemente provada, não pôde ser punido com a pena ordinaria. — Só pôde e deve exigir correccão, como *lição*, como *instrucção*. — A regra, por tanto, que se estabelece no presente Art., não nos parece ser tão verdadeira, como os termos absolutos, em que se acha concebida.

A presumpção do conhecimento, fundada no facto da promulgação, é desmentida pela experiencia e pelos factos. — O conhecimento das Leis penaes não constituiria uma parte da sciencia particular ao Jurisconsulto, se todos os cidadãos o

podessem adquirir pelo facto da publicação, que aliás feita uma vez na presença de uma geração composta de velhos, adultos, e infantes, produz o vigor das mesmas Leis, que de facto e permanentemente vigoram, em quanto não são revogadas.

A presumpção do conhecimento, fundada na consciencia do homem, tambem não procede: 1.^o porque a *justiça moral* não se confunde com a *justiça social*. — Póde o homem sentir as influencias da *Lei moral*, mas desconhecer inteiramente os preceitos da *Lei positiva*, que para se não poder considerar gravada em seu coração, lhe basta depender das conveniencias sociaes, embora não devam ser, mas que tantas vezes são, repugnantes á *justiça moral*: 2.^o porque mesmo, pondo de parte as Leis penaes sobre factos, que são licitos intrinsecamente, ou que a *Lei moral*, nem reprova, nem condemna, não é o mesmo ter conhecimento da propria injustiça, que tê-lo das penalidades humanas, que são adoptadas e calculadas a arbitrio do Legislador, e são estas, com tudo, a parte essencial, que o cidadão deve ter em vista, como sanctão da Lei, para que se abstenha de a infringir.

Do que temos ponderado concluímos, que o preceito, ou regra, consignado no presente Art., assenta em principio diverso.

Punir os crimes é um acto de Publica Administração, como de necessidade social. — Quando e como devem ser punidos, é o objecto da Lei penal. — A execução, por tanto, da Lei penal não depende da ignorancia ou da sciencia da mesma Lei, em relação ao criminoso, mas da sua maior ou menor perversidade, e quantidade de mal material produzido pelo crime.

Nós, por tanto, substituiríamos ou addicionariamos este Art., por outro, concebido, pouco mais ou menos, nos seguintes termos:

« A applicação das Leis penaes, com promulgação legal, é independente do conhecimento, que o criminoso ou delin-
« quente dellas possa ter. O maior ou menor grão de perversidade, na infracção dos seus preceitos ou prohibições, será
« tomado em consideração, na imposição das penas, segundo
« as regras geraes de aggravação ou de attenuação. »

ARTIGO 13.^o

Contra a disposição da Lei penal não são causas justificativas as circumstancias do offendido pelo crime, ou o seu consentimento, ou approvação. Art. 21.^o; 354.^o; §. un., 356.^o; 358.^o; 367.^o e §. un., 381.^o e seg.; 391.^o e seg.

Este Art. devia, talvez, redigir-se em harmonia com os art. 381.^o e seguintes sobre o *duello*; 354.^o e §. un. sobre os auxilios prestados em favor do *suicidio*; 356.^o e 358.^o, nos casos de *infanticidio* ou *aborto*; 367.^o e §. un. sobre a mutilação voluntaria, para libertar do serviço militar; 391.^o e seguintes sobre estupro e rapto voluntario, etc.

Conforme com a doutrina do Art. se acha o Art. 4.^o do Cod. d'Austria;

« *Le délit s'infere de l'intention criminelle de celui que le commet¹ et non des circonstances tirées de l'état de la personne envers laquelle il est commis; que ce soit même envers des malfaiteurs, des fous, des enfants, ou des personnes endormies, que les délits soient commis, ou envers des personnes, qui désireraient souffrir dommage ou y consentiraient.* »

Concorda, quanto ao consentimento da victima, o mod. Cod. da Baviera Art. 123.^o:

« *Les actions, que la loi défend sous une sanction pénale, ne seront ni exemptées de peine, ni frappées d'une peine moindre, en raison du consentement exprès ou tacite donné par la partie lésée à ces actions.* »

A rasão desta disposição vem, dizem alguns, de que este consentimento não póde despir o acto do seu caracter criminoso, senão quando o seu objecto estava sujeito á livre

¹ Devia acrescentar — e da maior ou menor quantidade de mal, individual, ou social, produzido, — alem do que resulta da infracção da lei.

vontade do consentidor. — A vida, a saúde, a honra, a liberdade, não são cousas de que alguém possa moralmente dispor a seu arbitrio.

Todavia o consentimento da victima muito attenua, dadas certas circumstancias, a criminalidade: — Assim o consideram os Cod. de Saxe, Wurtemberg, Bade, etc. — Outras circumstancias tiradas da pessoa do offendido tambem podem correr para essa attenuação, o que sustenta a regra e a concilia com outros Art. do Cod.

Mirabeau, nos ultimos momentos da sua existencia pediu com instancia ao seu medico lhe ministrasse uma opiada, para lhe poupar dolorosos e inuteis soffrimentos. Simulou-se condescender com os seus desejos, e expirou depois mais tranquillo. — Se na realidade, em taes circumstancias, tivesse havido a pedida propinação, haveria neste facto, o mesmo gráo de imputação? — Ninguem o dirá.

Suppunhamos, que um condemnado á morte, tanto para salvar a fortuna ou a subsistencia, em favor de alguém, que lhe é caro, e que instituiu seu herdeiro, como para evitar a affronta do supplicio, ou a morte lenta pela commutação da pena, pede e obtem de um terceiro, o punhal, ou o veneno, com que se suicida, deve este cúmplice ser punido, como de homicidio em circumstancias ordinarias? — Quem poderá affirmar-o assim? ¹

Se, como aconteceu em alguns logares da França, alguns proprietarios agricultores, para introduzir o gosto e a cultura da batata, dessem o exemplo da mesma cultura, simulando muito empenho em defender o fructo, para mais excitar o appetite da subtracção, deveriam os formigueiros ser punidos, como réos de furto? — Tambem entendemos que não.

A regra, por tanto, estabelecida no citado Art. 123.º do Cod. da Baviera, que não vai mais longe, que o presente Art., pois que exclue, nos casos do consentimento do offendido, não só a *causa justificativa*, mas a de *attenuação* — *ni frappées d'une peine moindre* —, não nos parece adoptavel. — Assim o reconhece o nosso Cod. no Art. 354.º e seu §. — *Póde mesmo dar-se a intenção e a necessidade de evitar um mal* — e assim argumentar-se, em tal caso, para se attenuar a pena, com o Art. 20.º n.º 4.º

¹ Y. o ex. apontado pelo Sr. Levi a este Art.

Casos ha, em que o mesmo consentimento a par de outra circumstancia, póde ser causa de *aggravação*. — Tal é, por ex., o facto do facultativo, que mutila um mancebo, para o inhabilitar do serviço militar, conforme ao que se determina no Art. 367.º §. un. — Pelo contrario, se o co-réo neste facto fór uma outra pessoa, entra na cathegoria dos *cúmplices*, devendo então ser punido com a *attenuação*, resultante do que dispõe o Art. 88.º

Ainda mais, o *crime moral* póde ser justificado plenamente, quando intervenha consentimento, e approvação da pessoa, que sem esse consentimento seria offendida: — tal é o estupro ou rapto voluntario da mulher maior de 25 annos. — O consentimento não destroe a torpeza moral dos factos, mas é causa justificava do crime social, conforme aos Art. 393.º e 395.º

Finalmente tambem ha casos, em que esse consentimento e approvação *posterior* é causa justificativa, taes são todos os em que a accusação depende da queixa do offendido, ou em que a acção da justiça se extingue pelo perdão. — Sem duvida, que é uma approvação coacta, pelo mal consummado, mas, em todo o caso, a desistencia, ou o perdão, do offendido, é *uma circumstancia pessoal ao mesmo offendido*, que é causa justificativa, que absolve da culpa o author do crime ou delicto. — Sirvam de exemplo os Art. 400.º §. un., e 402.º e §. un.

A regra, por tanto, estabelecida no presente Art., com quanto verdadeira, não é tão absoluta, como indicam os termos, em que é concebida.

Nos crimes, ou delictos, individuaes passivamente, póde o consentimento, anterior, concomitante, ou posterior, e, com mais propriedade, *circumstancias pessoais* ao offendido, que antecederam, acompanharam, ou se seguiram ao crime ou delicto, attenuar, aggravar, ou diminuir a imputação; pois, com quanto sejam estranhas ao *elemento moral* na pessoa do agente, não o são ao *elemento material* na pessoa do paciente, e sabido é que o crime punivel, sob o ponto de vista social, toma em conta os dous elementos, porque de ambos se compõe o mal complexo resultante do crime ou delicto.

Assim como o *arrependimento sincero*, destroe a criminalidade, quanto ao *elemento moral* no gráo da tentativa, e algumas vezes mesmo nos factos de execução consummada, assim tambem a *desistencia ou perdão*, destroe algumas ve-

zes a criminalidade, *quanto ao elemento material a respeito dos mesmos factos.*

O defeito, pois, do Art. consiste na abstracção completa deste ultimo elemento, como resulta dos termos geraes de sua redacção, em desarmonia com muitas e muitas das disposições especiaes do mesmo Cod.

ARTIGO 14.º

Nenhum acto é criminoso :

1.º Quando o seu auctor, no momento de o commetter, estava inteiramente privado da intelligencia do mal que commettia. Art. 1.º; 2.º; 3.º; 4.º; este Art. n.º 4.º; 20.º; 6.º; e 8.º; 22.º; 23.º; n.º 1.º a 4.º; 73.º; 74.º; 369.º; 372; §. 1.º; 376; 378.

Note-se, antes de tudo, que este Art. é restricto a *crimes*, e que não comprehende, por tanto, as infracções, que, nos termos do Art. 3.º, possam ser classificadas como — *disposições preventivas* das leis e regulamentos, — porque então, tomando-se o mesmo Art. litteralmente na sua segunda parte com abstracção da primeira, não se moralisa o acto, mas se lhe applica a Lei penal independentemente — *de toda a intenção malefica*. — Isto porém seria repugnante com a primeira parte do mesmo Art., porque ahi se contempla o *acto voluntario*, ou pelo menos, a *negligencia*, conforme ao Art. 4.º, donde resulta, que, em logar das palavras — *nenhum acto é criminoso* — se deveria ter escripto — *nenhum acto é punivel* — como já advertimos ao Art. 5.º, em que se acha o mesmo vicio de redacção.

Quanto á regra estabelecida neste n.º, e que é fundamental, para se estabelecer a criminalidade de qualquer facto, se encontra por outras logo nas primeiras palavras do Art. 1.º do Cod. Pen. d'Aust. :

« Para que exista delicto cumpre necessariamente que se « mostre uma intenção criminosa. »

Ora, se não pôde haver intenção criminosa sem a intelligencia do mal, que se commette, o Cod., a respeito do agente, exprime a mesma ideia, no Art. 22.º; e, com applicação a determinadas hypotheses, no Art. 23.º n.º 1.º, 2.º, 3.º e 4.º — E tambem o mesmo que exprime a definição de crime ou delicto, dada no Art. 1.º, a qual, só de per si, bastava para se

concluir, que é uma condição essencial o ser *voluntario* o facto punível

Repetições, pois, escusadas, nascidas, talvez, imitação de diversos Cod., que estiveram presentes ¹ na redacção dos cit. Art.

O Cod. da Bav., Art. 121.º, exprime-se por um modo, a nosso ver, muito mais claro, dizendo, que é isento de imputação « qualquer acto, quando tiver sido resolvido e praticado n'uma *perturbação* qualquer de *sentidos* ou de *intelligencia*, não imputavel ao agente, e, durante o qual, este « não teve a consciencia, ou do mesmo acto, ou da sua criminalidade. »

E fazendo plena applicação deste principio, que o novo Cod. Pen. da Prussia, §. 41.º, releva completamente os excessos da justa defesa, quando praticados por consternação, medo, ou susto. — Nestes casos, como ponderaremos, ao n.º seguinte, o instincto da propria conservação impéra por tal modo sobre os homens, que a razão póde ficar subjugada, para não poder comprehender todo o alcance da reacção.

Por ultimo devemos observar, que a regra, estabelecida neste n.º, 1.º seria verdadeira, e, em termos absolutos, se a palavra — crime — fosse tomada na accepção, que suppõe a triple divisão — em *crimes delictos* e *infracções* — Mas, rejeitada essa divisão, a mesma regra fica inexacta, em vista do que dispõe o mesmo Cod. nos Art. 2.º; 3.º; 4.º; 74.º; 345.º; §. 3.º; 366.º §. un.; 368.º, e §. un.; 369.º; e outros muitos, em que se pune o facto accidental, não pensado, nem previsto pelo agente, em consequencia, ou em razão, da sua negligencia, ou da sua intelligencia ácerca de outro facto. — Então dispensa-se o *elemento do mal moral*, no *effeito*, contentando-se o legislador, para a punição do *mal material* no mesmo *effeito*, com a existencia do *mal material* no *mal complexo da causa*, ainda que esta, em si mesma, não seja illicita, senão segundo os preceitos da moral absoluta, e não se ache incriminada por alguma Lei positiva.

Admittida, por tanto, a triplice divisão: a doutrina deste n.º é plenamente verdadeira, declarando-se

« Nenhum acto é punível, como crime, quando o seu

« author, no momento de o commetter, estava inteiramente « privado da intelligencia do mal que commettia, excepto « quando esse acto provenha de outro qualificado *crime*. »

« Fóra deste caso, estes actos, sómente, quando especial- « mente previstos nas Leis, podem ser punidos, como *delictos*, ou como *infracções* de policia. »

Assim o praticaram muitos Cod., e com especialidade o da Austria.

E aqui temos evidentemente demonstrada a utilidade pratica, que resultaria da referida divisão de crimes, delictos, e infracções, que irreflectidamente se não adoptou no Cod. — Se tivera sido adoptada semelhante distincção, outra, e, a nosso ver, muito melhor, teria sido a redacção do Cod., nos Art. citados.

¹ Achámos a mesma observação feita pelo Sr. Levi no seu commentario.

ARTIGO 14.º

2.º Quando foi constrangido por força irresistível; Art. 22.º; 23.º; 73.º; 74.º; 376.º

A privação da liberdade pôde resultar 1.º do constrangimento físico; 2.º do constrangimento moral; 3.º d'uma especie mixta destes dous constrangimentos, constituida na necessidade da justa defesa.

O constrangimento físico, sem destruir a existencia da vontade, impede o seu exercicio. O movimento do agente é puramente mecanico.

Não nos demoraremos sobre esta especie de constrangimento, porque ella será rarissima na pratica. ¹

O constrangimento moral é assemelhado ao constrangimento físico. — Póde, todavia, entrar em questão, se, em sentido moral, pôde haver força tal, que seja irresistível. — Em termos absolutos, não ha força moral, a que não possa resistir a firmeza do espirito humano; ² por tanto não ha violencia, que exclua a vontade. — *Coactus volui sed volui*, diziam os Estoicos.

Se, por um lado, a palavra *força*, nos seus termos vagos, comprehende, tanto a coacção física, como a moral; por outro lado, a modificação *irresistível*, que acompanha a mesma palavra, parece reduzi-la ás proporções da força física.

Accresce, que a fonte deste n.º, sendo, como parece ser,

¹ Pufend., Liv. 1.º Cap. 5.º §. 9.º, figura o caso de um homem que impelle outro sobre um terceiro, ou que pega do braço do segundo para sobre este descarregar uma bofetada. Mas a vontade e a violencia existe da parte do primeiro; o segundo soffre, não pratica, a acção, pois que unicamente serve de objecto ou de instrumento puramente físico.

² Barbeyr. sobre Pufend. — Covar, tom. 1.º p. 2.º C. 3.º §. 4.º; — Burlam. Princ. de Dr. Nat., — Jausse, tom. 1.º pag. 626.º, — Trébut, tom. 1.º p. 130.

o Art. 64.º do Cod. Fr., é este Cod. concebido no mesmo vago, e que os Oradores do Governo Fr. não explicaram, por que não alludiram, em seus discursos, senão á força física: « *Lorsqu'il a été contraint par une force á laquelle il n'a pu résister.* »

As causas estranhas da força irresistível podem provir, não só do homem, mas da natureza. A intimidacção, que resulta da luta dos elementos, a par do instincto da conservação, não é um instincto de coacção menos poderoso.

Tal seria, por ex., o caso do naufragado, que se apodéra, á viva força, do bote ou da prancha, que era o unico meio de salvacção em poder de um terceiro; o caso de um soldado, que depois de uma derrota, para se salvar com mais segurança, toma o cavallo de um ferido, que assim abandona no campo ao furor do inimigo; e outros semelhantes.

O legislador toma então em contemplação, 1.º que o instincto da conservação, embora os factos não sejam rigorosamente conformes aos deveres da moral, impéra quasi sempre nos homens, em taes casos, como nos animaes irracionais; 2.º que elle tem por dever julgar *humanamente* *das cousas humanas*. O seu interesse é só incriminar então os factos, nos quaes evidentemente se manifesta a *perversidade* de intenção: o direito de punir desaparece em taes circumstancias, reputadas de força maior, como justificação, sob o ponto de vista social e penal, e não como *approvação*. ¹ — A Lei *releva*, mas não *louva*, o acto. — Assim confirmamos aqui o que dissemos ao Art. 13.º, sobre a impropriedade dos termos — *causa justificativa*.

As diversas causas, que podem produzir o constrangimento moral, se reduzem a 4 — 1.ª um preceito da Lei; 2.ª um preceito da Authoridade legal e competente; 3.ª a intimidacção exercida por uma pessoa, não tendo esta sobre o agente autoridade alguma; 4.ª a presença de um perigo físico e eminente, que se quer evitar.

Da 2.ª se trata em o n.º 5.º do Art. 23.º; da 1.ª em o n.º 5.º do presente Art.; da 4.ª em o n.º 3.º; e da 3.ª em o presente n.º 2.º — Restrictamente sobre a sua ma-

¹ Trébut., tom. 1.º p. 138. — Pufend., Liv.º 2.º C. 3.º §. 41, Lactance., Liv. 5.º Cap. 10 e seguintes, seguem a mesma doutrina — Barbeyr. sobre Pufend. Liv. 2.º C. 6.º §. 3.º segue a contraria.

teria, queria a Lei Romana ¹, para que as violencias e ameaças podessem ser tomadas em consideração, que fossem suficientes, para atterrar e abater o homem forte.

Mas esta regra, em termos absolutos, é falsa. — A resistencia é sempre relativa: a possibilidade ou impossibilidade deriva-se das circumstancias do modo, do tempo, do lugar, e da idade, sexo, e condição das pessoas: Cod. Civ. Fr. Art. 1112.

Para que a força moral tenha o caracter de irresistivel, é preciso o concurso de duas circumstancias:

1.^a que a intimidação seja de morte ou de outro mal fisico gravissimo « *talem metum probari oportet qui salutis periculum, vel corporis cruciatum continet.* » ² O temor, por tanto, de uma pena pecuniaria não é bastante, e esta conclusão do Direito Romano vai acorde com o espirito da Legislação Franceza, Leis da Prussia, Inglezas, e Americanas ³

2.^a que o perigo seja eminente, em rasão da possibilidade da execução *immediata*. O ant. Cod. da Pruss., no Art. 19.^o, decidia expressamente, que o delicto não podia ser justificado, quando o agente podia verosimilmente, por outro modo, desviar o mal, de que fôra ameaçado. — « *Métum non jactationibus tantum, vel contestationibus, atrocitate facti pro-bari convenit.* » ⁴

Se é máo, a respeito de qualquer Lei, é pessimo, em materia criminal, que os Juizes se vejam obrigados a supprir, por uma interpretação benigna, a falta de definição, da parte do legislador, quando a definição constitue, ou devia constituir, um preceito.

Pela maior parte, os commentadores francezes não hesitam em comprehender na disposição do seu Cod., Art. 64, tanto a

força fisica, como a moral: 1.^o porque são tão raros os casos de força fisica, que é muito difficil acreditar, que fosse da intenção exclusiva do Legislador o comprehendê-los: 2.^o porque uma e outra violencia produz, sobre a intelligencia e sobre o juizo do homem, effeitos semelhantes, e que seus resultados tem sido sempre assemelhados em Direito; 3.^o porque o direito de punir não se exerce, se não sobre o crime; e que, com relação á violencia moral, pôde haver, no paciente desta, uma fraqueza, ou pusilanimidade, mas não intenção perversa, elemento moral, indispensavel para constituir a criminalidade — 4.^o porque não ha no author do *facto material* mais, ou pouco mais, que o *instrumento*, mas que a Lei criminal pune o agente, nunca o instrumento.

Todavia, concordam em que, para a força moral ser uma causa justificativa, é preciso que preencha duas condições; 1.^a que provenha de uma causa estranha ao agente; 2.^a que constitua uma força irresistivel.

Sobre a primeira destas condições existe, porem, uma falta de clareza, que não era sem utilidade evitar; porque tem-se pretendido fazer entrar na força irresistivel a que resulta das paixões vehementes. — Mas a generalidade dos AA. tem protestado contra semelhante pretensão. ¹

Em verdade as paixões não podem ser qualificadas de — irresistiveis —, e todo o systema contrario repugna com as noções rudimentaes, tanto da moral, como da religião. —

Neste n.^o, pois, em logar das palavras — *por força irresistivel* — se deveria lêr — *por uma força estranha irresistivel.* —

O temor reverencial, assim como o da perda da honra, tambem se não consideram força irresistivel.

Concordam, porem, com o mesmo defeito de redacção, além do Cod. Fr. cit., Art. 64; o Cod. d'Austr., Art. 2.^o n.^o 5:

¹ I. 6. D. *quod metus causa*.

² L. 13, Cod. de transact.

³ Cheaveau e Helie tom. 1, p. 561; Trébutien, tom. 1.^o, p. 137. — Assim a coacção moral, resultante de um ataque á propriedade, não justificará o crime de morte ou ferimentos, se não fosse o *direito de defesa*, consignado no n.^o seguinte, com a ampliação do Art. 377. n.^o 1. e 2.^o — O cidadão aggreddo é authorisado então pela Lei a defender a propriedade, como praticariam os agentes e depositarios da força publica. — É, porem, em casos taes, uma excepção, que mantem a regra em contrario.

⁴ L. 1., 2., e 3.^a, D. *quod metus causa*.

¹ Lamentámos que não fosse formulada no Cod., em termos claros, esta doutrina, podendo, como fica demonstrado, entrar em duvida, principalmente pela posterioridade do nosso Cod., se a palavra — *força* — se deve entender, da moral, ou só da fisica.

Na generalidade do termo — *força* — entendemos, que uma e outra se acham comprehendidas; mas a Lei deveria ser explicita a semelhante respeito. — Escusada seria então a interpretação benigna, que aliás pôde ser justificada, pelo principio de que se não deve distinguir, o que a Lei não distingue.

« Quand le fait est la conséquence d'une force insurmontable »

O Cod. Hesp., no Art. 8.º n.º 9.º: « El que obra violento por una fuerza irresistible. » Julgou, porém, conveniente distinguir, e equiparar a coacção moral á coacção física, nas palavras do n.º 10 do mesmo Art. « El que obra impulsado por miedo insuperable de un mal mayor. »

O Cod. da Bav., Art. 121.º, também é explicito em considerar dirimente de culpa a coacção, tanto física « por uma violência irresistível e física » como moral « por ameaças, acompanhadas de um perigo de morte actual e inevitável. »

O Cod. da Prus., Art. 40.º, com a singeleza, e concisão, que o caracterisam, declara que « Não existe crime nem delicto, quando o perpetrador, ao tempo do acto, estiver demente ou imbecil, ou se a sua livre vontade fôr coacta por violencia ou ameaças. »

ARTIGO 14.º

3.º Quando foi obrigado pela necessidade actual da legitima defesa de si, ou de outra pessoa. Ord. Liv. 5.º, tit. 35, pr.; Art. 376.º; 377.º; 378.º

A Ord. do Liv. 5, tit. 35, in pr. já consignava o principio da natural defesa, nas palavras:

« Se a morte fôr em necessaria defensão, não haverá pena alguma, salvo se nella excedeu a temperança, que devêra, e poderá ter, porque então será punido segundo a qualidade do excesso. »

Concordam na doutrina os Cod. Fr. Art. 328.º; Hesp. Art. 8.º, n.º 4.º; d'Aust. Art. 127.º; do Braz. Art. 14.º e outros.

O presente Art. seguiu textualmente o Cod. Fr. — « Com-mandés par le nécessité de la légitime défense de soi-même ou d'autrui. »

Assim, se a morte, ou ferimentos, fôr commettida em defesa de bens ou de propriedade, essa defesa não é legitima. Poderá considerar-se precedida de provocação, ou acom-

¹ E' digno de transcrever-se aqui o que este Art. determina:

« Será o crime justificavel.... »

§. 2.º Quando fôr feito em defesa da propria pessoa, ou de seus direitos. »

§. 3.º Quando fôr feito em defesa da familia do delinquente.

« Para que o crime seja justificavel nestes dous casos, deverão intervir conjunctamente os seguintes requisitos.

« 1.º Certeza do mal que os delinquentes se propozeram evitar:

« 2.º Falta absoluta de outro meio menos prejudicial.

« 3.º O não ter havido da parte delles, ou de suas familias, provocação ou delicto, que occasionasse o conflicto. »

§. 4.º Quando fôr feito em defesa da pessoa de um estranho. »

« Para que o crime seja justificavel, neste caso, deverão intervir conjunctamente á familia do delinquente os seguintes requisitos:

« 1.º Certeza do mal, que se propoz evitar:

« 2.º Que este fosse maior, ou pelo menos igual ao que se causou

« 3.º Falta absoluta de outro meio menos prejudicial

panhada de circumstancias attenuantes, mas não de *causa justificativa*.

Todavia, o mesmo Cod. Fr., Art. 329.º, amplia o *direito de defesa* aos actos praticados, *durante a noute*, para repeller de uma casa habitada a violencia de uma escalada ou arrombamento; assim como, *durante o dia*, para repeller um roubo. — Analogas disposições se encontram no nosso Cod. Art. 376 e 377.

O Cod. d'Austr. tambem considera legitima defesa a dos *bens e propriedade*: a mesma doutrina seguem os Cod. Hesp.; do Braz.; e da Bav.

É, pois, evidente que o principio estabelecido neste n.º é deficiente, *por* não comprehender, ao menos implicitamente, toda a materia que podia e devia abranger, em vista dos cit. Art. do mesmo Cod.

Só entre as fêras se podem tolerar os excessos da defesa: entre homens esses excessos denotam um espirito de vingança e de crueldade, que a moral reprova, e que as Leis sociaes condemnna, quando senão demonstre, que o terror allucinou o aggreddido no momento da defesa, porque então desaparece a intenção malefica. — Os excessos da defesa entre os animaes irrationaes nenhum obstaculo encontram, em relação ao *direito*: em quanto que o *direito* do homem, passando do estado de aggressor ao de aggreddido, recupera toda a sua elasticidade e preponderancia, logo que a defesa exorbita.

O principio, que legitima a defesa, é de Direito natural, é *absoluto*, e, com tudo, parece soffrer uma restricção nos casos de *parrecidio*, como se vê do Art. 375.

« 4.º Probabilidade da efflacia do que se empregou. »

O Cod. Hesp. julgou boas estas disposições, para as seguir. — Não sabemos porque, devendo as regras do Direito criminal, ser precisas e claras, não imitámos estes exemplos.

Tambem recommendámos muito especialmente o Cod. de Bav., nos Art. 125.º até 133.º — Devem estes Art. ser lidos e consultados pelos Juizes e Jurisconsultos, como tratado de doutrina o mais completo, sobre a materia, e tanto pelo que respecta á legitima defesa, e seu objecto, como aos seus limites.

No Cod. Hesp., para se precisar a *legitimidade* da defesa, se exige o *concurso* de tres circumstancias:

- 1.ª Aggressão illegitima,
- 2.ª Necessidade razoavel dos meios empregados para impedir ou repeller a aggressão.
- 3.ª Falta de provocação sufficiente por parte de quem se defende.

A pena pôde então ser *attenuada*, mas nunca o acto pôde ser *justificado*. — Seguiu-se nisto o Cod. Fr., Art. 323 — « *Le parricide n'est jamais excusable* » —, e, com tudo, não determina o nosso Cod. outro tanto a respeito do *regicidio*, crime que considera de maior gravidade, pois que a sua *tentativa* é punida como o crime *consummado*, com a pena de morte, Art. 163, em quanto que, no *parrecidio*, é punida com uma pena *perpetua*, Art. 375; — resultando dahi, em conformidade com o Art. 7.º, que a desistencia da execução, no *parrecidio*, por acto espontaneo do criminoso, livra de qualquer pena, em quanto, que no *regicidio*, pela combinação do Art. 163.º, com o Art. 9.º, só pôde essa desistencia ser uma causa attenuante. — Destas incoherencias, encontram-se muitas no Cod.

A seu tempo e lugar irão notadas.

O Cod. tambem é deficiente, *por* não fixar algumas regras, que determinem quaes são os *justos limites* da defesa, para ser *legitima*, expressão que tambem emprega, sem a definir, nos Art. 377.º, e 378.º; ficando assim este ponto entregue absolutamente ao arbitrio dos Juizes e dos Jurados.

Não procederam assim os Cod. do Braz., da Bav., Hesp., e outros. — O nov. Cod. da Pruss. tambem, no §. 41.º, não definiu, quaes os caracteristicos ou condições da defesa, limitando-se a declarar que se deve reputar tal — « *a precisa* » para remover de si ou de *outrem* uma aggressão presente « *e injusta* — mas declara, que, em estado como de *justa defesa*, se deve igualmente considerar — » o author de um facto, em que excedeu os justos limites, impellido por *conservação*, *medo*, ou *susto*. »

Esta disposição se contém virtualmente na disposição do Art. 378.º, authorisando a absolvição dos excessos da defesa, segundo a qualidade delles e das circumstancias. — Assim os termos absolutos da condição — *necessidade actual* — não são inteiramente exactos, porque deviam comprehender mais restrictamente os casos de *necessidade relativa* ao estado moral da pessoa, que se defende, e que, sendo aggreddida, mal pôde, na presença do perigo eminente, graduar os actos da defesa, ou da reacção, para remover o mal, de que se acha preocupada.

Do que fica ponderado se conclue, que poderiam ser fixadas com maior clareza, quatro condições essenciaes, para qualificar a justa defesa:

1.^a que seja incontestavel o *direito* de conservar, e consequentemente inevitavel a *necessidade de reagir*, para a manutenção do mesmo *direito*.

2.^a que a reacção fisica seja a menor possivel, moral e relativamente.

3.^a que a lesão eminente, do *direito*, seja de natureza tal, que não possa remover-se por outros meios, possiveis, e obvios.¹

4.^a que cesse *imediatamente* desde que a *acção* tenha cessado.

4.^o Quando o acto fôr consequencia accidental de um facto licito. Art. 2.^o; 74.^o; 368.^o; 369.^o; 376.^o e outros.

Concorda com o Art. 8.^o n.^o 8, do Cod. Hesp.; « El que en occasion de ejecutar un *acto licito*, con la *debida diligencia*, causa un mal por mero accidente, *sin la menor culpa* ni intenicon de causarlo. »

O Cod. do Braz., no Art. 1.^o, §. 4.^o, declarando não criminosos — « Os que commetterem crimes *casualmente* no exercicio, ou pratica de qualquer *acto licito*, *feito com a attenção ordinaria*. »

O Cod. d'Austr., Art. 2.^o, n.^o 7.^o — « Quando o mal proviene de *um caso fortuito*. »

A doutrina deste n.^o é uma consequencia da regra estabelecida em o n.^o 1.^o

O que acontece por mero acaso não acontece com *intenção*; porque não provem da *vontade* do *agente*; mas é sempre necessario, que não haja a *menor culpa*, porque então a justificação não póde, nem deve ser, completa, mas attenuante.

O facto póde então ficar sujeito a uma pena, como delicto *culposo*, com quanto *não intencional*, e a penalidade deve descer uns poucos de grãos, relativamente á gravidade do mesmo facto e suas circunstancias.

O *mal moral* do crime, quasi que desaparece, mas o *mal material*, pesa sobre a sociedade em toda a sua intensidade, a que é preciso applicar então algum *remedio* penal, sem se desconhecerem os principios da justiça absoluta.

Nos termos da regra, aqui estabelecida, é indispensavel, que com o facto accidental concorra um outro facto *licito*: — donde resulta, a *contrario censu*, ser essencial, que esse facto, não seja *illicito*; aliás o segundo facto, involuntario em si, póde, por excepção ao n.^o 1.^o, ser punivel. —

¹ No Art. 127.^o do Cod. da Bav. se determina:

« L'emploi de la violence dans l'exercice de la défense privée ne sera pas légitime, lorsque la personne attaquée aura eu le temps et la possibilité de recourir à d'autres moyens connus d'elle pour se soustraire sans danger à l'attaque, sauvegarder sa propriété, ou déjouer, de toute autre manière, les projets de l'agresseur. »

E quando é que o facto *causa* se deve reputar lícito? — Será em presença da Lei moral, ou da Lei positiva? — É sempre em presença da Lei positiva, como já notámos, mesmo quando separadamente o facto *causa* não é incriminado. O legislador o incrimina então virtualmente, punindo os crimes ou delictos occasionaes, que se lhe seguiram, tendo, todavia, sempre em contemplação a ausencia do *mal moral* no facto consequente.

O Cod. faz applicação destes principios no Art. 74.º, não punindo a embriaguez imputavel, senão por occasião dos delictos commettidos, nesse estado quando completa. — As regras da justiça absoluta exigiriam, que *sempre* fossem punidos os factos *moralmente illicitos*, em si mesmos, e nunca os factos, *involuntarios*, que não passaram pela comprehensão, nem resolução, de quem os commetteu. — Seria a justiça de Deos, mas a social é outra. — Os legisladores deixam impunes, muitas e muitas vezes, os factos moralmente illicitos, não como approvação delles, mas com inteira confiança na saneção moral, que a todos acompanha, para sómente os punirem quando delles se segue mal material, que offenda, directa ou indirectamente, a sociedade. — Conservam-se assim dentro dos estreitos limites do *direito de punir*, cujo fundamento, *unico*, se deriva das necessidades da existencia social. — A elles toca definir, quando, ou em que circumstancias, devem reprimir os homens no exercicio da sua actividade, na escolha e pratica do vicio ou do mal.

ARTIGO 14.º

5.º Quando o acto fôr authorisado pela Lei, e praticado por pessoa competente, com as fórmás devidas, se a Lei as decretar. O pres. Art. n.º 4.º; 376.º; etc.

Concorda o Cod. Hesp. no Art. 8.º, n.ºs 11, e 12

« El que obra en cumplimiento de un deber ó en el ejercicio legitimo de un *derecho, autoridad, officio ó cargo.* »

« El que obra en virtud de obediencia debida »

Era já a regra do Dir. Rom., D. de Reg. jur. 55.

« Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur »

Nos termos deste nosso Art. é necessario o concurso de trez circumstancias :

1.ª Que o acto seja authorisado pela Lei.

2.ª Que o agente seja pessoa competente.

3.ª Que se observem as formalidades da Lei, se esta as decretar.

Aqui pertence a especie prevista, no Cod. do Braz., Art. 14.º, §. 6.º, assim concebido « Quando o mal consistir no caso « tigo moderado, que os pais derem a seus filhos, os senhores « a seus escravos, e os mestres a seus discipulos ; ou desse caso « tigo resultar, uma vez que a qualidade delle não seja contraria ás Leis em vigor » — e tambem prevista na Ord., Liv. 5, tit. 36, §. 1.º, vers. — *E estas penas.* »

Quando fallece alguma daquellas trez circumstancias, o agente é um criminoso, um aggressor, que authorisa a legitima defesa, a resistencia, de homem para homem.

Assim o consignou muito expressamente o Cod. do Braz., no cit. Art. 14.º, §. 5.º — « Quando fôr feito em resistencia « á execução de ordens *illegaes*, não se excedendo os meios necessarios para impedil-a. » ¹

¹ Por exemplo a Carta no Art. 145.º, §. 6.º torna a casa do cidadão um asilo inviolavel. — de dia e de noite.
De noite só podera ser entrada.

Este nosso Cod. ommittiu esta causa *justificativa*, mas está implicitamente comprehendida neste n.º 4.º, e pela mesma fórmula no Art. 171.º, §. 3.º, incriminando os actos de rebellião contra a *Authoridade Real*, ou contra o livre exercicio das *faculdades constitucionaes* dos Ministros da Corôa. — Obrigação de obedecer suppõe necessariamente o direito correlativo de mandar; e em todo o caso é expresso na Carta, Art.º 145.º, *que nenhum cidadão pôde ser obrigado a fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei*.

Mas do *preceito* da Lei quando a elle se limite o acto, consulta, para os funcionarios, o direito de lhe assegurar a execução pelo emprego de todos os *meios*, que forem necessarios. — As violencias, que empregarem, são legitimadas pelo seu fim legal, quando mesmo se não dê o caso de legitima defesa dos mesmos funcionarios.

O Art. 376.º do presente Cod. (Cod. Fr., Art. 327.º) nos offerece um exemplo, no homicidio, ferimentos, permittidos ou ordenados pela Lei, e praticados por pessoa competente.²

Raras vezes pôde acontecer, que a Lei determine um acto iniquo. — Nem tudo o que é justo deve ser legislado; mas só o necessario á sociedade.

Porem, tudo o que a sociedade legisla deve ser fundado na justiça.

Se uma hypothese contraria se offerecesse, pôde ser uma virtude, um dever mesmo, desobedecer á Lei, como sustentava na Tribuna Franceza, em 1827, Royer Collard; mas então o preceito do Legislador eximiria de toda a responsabilidade o seu executor, contra quem se não poderia oppôr a iniquidade do mesmo preceito.

O poder tutelar das Leis deixaria de existir, se á sua execu-

ção precedesse a apreciação da moralidade, ou da justiça, das mesmas Leis.

Neste mesmo sentido, os Juizes, quando na execução do direito de punir, dominados pela convicção da injustiça absoluta, ou relativa, da pena de morte, são moralmente contrangidos, a fulminar a mesma pena, não podem ser considerados *co-authores*, nem *cumplices*, moralmente fallando, do Legislador; por isso, que lhes não compete julgar da Lei, mas pela Lei; e não são mais que instrumentos moraes de execução do preceito e comminação legal.

Cumprem, além disso, um *dever*, e, para esse effeito, os actos, que praticam, assentam em um *direito*, que é sempre exclusivo de toda a imputação. — « Nullus videtur dolo facere », qui suo jure utitur. » L. 55, D. de reg. jur.

1.ª Consentindo o cidadão

2.ª Em casos de reclamação de dentro, ou para defesa de incendio, ou inundação.

De dia, só poderá ser entrada, nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.

Se pois, fóra destas condições, esse asylo fôr accomettido por uma authoridade ou empregado, o cidadão tem o direito de resistir, se pôde; os factos occasionaes, são consequencias de um facto heito, que não podem ser punidas, conforme á regra estabelecida em o n.º antecedente.

¹ Daqui vem o que se chama *homicidio legal*, de que tratam os Art. 186.º e 327 do Cod. Fr., e a Lei de 28, germin. anno VIII sobre gerdar-maria. — Cap. 9 de Julho e 14 de Outubro de 1825, e outros muitos.

ARTIGO 15.º

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

§. unico. Exceptuam-se da disposição deste artigo :

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

2.º Os crimes militares.

Art. 5.º; 12; 18; 27; 161; 193, §. 2.º; 309, e §. unico.

Concorda o Art. 6.º dos preliminares do Cod. d'Austr., « Nest délit ou grave infraction de police que ce qui est expressément qualifié tel par le présent Cod. » com a differença, porem, de se não estender aqui esta regra ás *contravencções*.

Destas effectivamente só tratou o nosso Cod., por um modo incompleto e de mistura com os delictos e crimes, ficando, pela maior parte, dependentes do conhecimento das Leis e regulamentos, em que se acham incriminados. Assim o resalvou expressamente o mesmo Cod. no Art. 487, na disposição do Art. 3.º, e na do Art. 188.

As excepções, estabelecidas no presente Art., §. un., em n.º 1.º e 2.º, encontram-se no mesmo Cod. d'Austr., Art. 1.º, dos preliminares; e no Cod. Fr., Art. 5.º, quanto aos crimes *militares*; e, quanto aos militares, de imprensa, de contrabando, sanitarios, e em geral, os regulados por Leis especiaes, no Cod. Hesp., Art. 1.º, reformado pelo Art. 3.º do Decr. de 7 de Julho de 1850: no Cod. das Duas Sicilias, Art. 469 e 470.

O moderno Cod. da Prus.. só exceptuou da alçada do Cod. as pessoas militares, declarando no Art. 5.º

« As Leis penaes geraes não tem applicação a pessoas « militares, excepto quando pelas Leis militares seja de terminado o contrario. » Considerada assim a disposição *subjectiva* e não objectivamente.

Sobre o §. un. do presente Art., cumpre notar, que é um pouco vaga a expressão — actos qualificados por legislação especial.

Nos termos do Art. 18.º, a qualificação de um facto punivel é sempre *especial e restrictissima*.

O mesmo Cod. contem uma parte, que toma por titulo — *disposições geraes* — e outra, que toma por titulo — *dos crimes em especial* — que não é mais que a collecção de tantas *leis especiaes*, quantas são as diversas incriminações.

Esta disposição ficaria, pois, mais intelligivel, se fosse a textual traducção do Art. 484 do Cod. Fr. de 1810, assim concebido :

« Dans toutes les matières qui n'ont pas été réglées par « le présent Cod., et qui sont régies par des lois et réglementes particuliers, les cours et les tribunaux continueront « de les observer. »

Nestas Leis e regulamentos *particulares*, se incriminam certos factos ou omissões, e determinam certas *penalidades*, que o Cod. manda observar, se as não tiver prevenido.

A rasão da determinação do Art. vem de que um Cod. Penal, é não só uma *collecção* das Leis penaes, mas a sua *revisão*, para que fiquem em harmonia, tanto entre si, como na sua applicação aos casos occorrentes, sem quebra, assim da justiça moral *absoluta*, como da *relativa*, segundo as necessidades sociaes, e as da civilisação.

A reforma, ou reunião, por partes, ou classes de crimes, não satisfaria a semelhante objecto, porque, a final, as promulgações successivas, necessariamente ficariam, aqui e alli, repugnantes, em systema e em principios.

Se mesmo a codificação não evita estes inconvenientes; porque em todos os Cod. apparecem, mais ou menos, contradicções, seja a respeito da incriminação dos factos, seja a respeito da distribuição dos diversos elementos de penalidade, maior seria o mal, legislando-se por fóra de um Cod., em que é impossivel ao Legislador abranger nas suas vistas o complexo de todas as Leis criminaes, a cada Lei criminal, que sancionasse, e, muito mais, se pretendesse conciliar-a. com outras em vigor, já repugnantes e inconcilia-

veis entre si, o que sómente é possível fazer-se, adoptadas bases e regras seguras de reforma, tendo-se presente o complexo de determinações, que constituem um Cod.

Todavia, além da razão geral, que obsta a que alguma cousa possa haver estacionaria, ou permanente, neste mundo, um Cod., por mais reflectido e discutido, que seja, converte-se, logo depois, em *incompleto*, e a sua imperfeição cresce na razão directa das novas Leis de ampliação ou de modificação, o que lhe dá sempre um caracter de *provisorio*. — De tempos em tempos, se torna precisa uma nova codificação, para simplificar o conhecimento das Leis penaes, expurgar de um Cod. os seus erros ou imperfeições, preencher as suas lacunas, e prestar homenagem aos principios da justiça moral e ás necessidades sociaes, segundo os progressos da sciencia e da civilização.

Neste sentido, não podemos deixar de considerar o presente Cod., como um dos *mais provisorios* da Europa civilizada, com quanto fosse um grande, e louvavel esforço, prestado sobre a materia, e, consequentemente, um relevante serviço feito ao paiz, tomado o mesmo Cod., não só como ensaio, mas como thema e projecto de confrontação e discussão.

Por ultimo, resta-nos observar, que a disposição deste Art., bem como a do Art. seguinte, sua dependencia, poderia ter melhor cabimento em uma Lei de promulgação do Cod.

Assim o praticaram os Legisladores Prussianos promulgando, na mesma data do Cod., 14 de Abril de 1851, a Lei de sua publicação, contendo não só regras de ampliação ou restricção sobre a sua applicação, mas sobre competencia e jurisdicção.

ARTIGO 16.º

São crimes militares os factos que offendem directamente a disciplina do exercito ou da marinha, e que a Lei militar qualifica e manda punir como violação do dever militar, sendo commettidos por militares, ou outras pessoas pertencentes ao exercito ou marinha.

§. unico. Os crimes communs commettidos por militares, ou outras pessoas pertencentes ao exercito ou marinha, serão sempre punidos com as penas determinadas na Lei geral, ainda quando julgados nos tribunaes militares. Art. 16.º; 19.º; n.º 9; 141.º; 147; 151; 156; 161; 162; 171; n.º 3; 181.º; 182.º; 103.º; §. 2.º; C. Const. Art. 145.º; §. 10.º; 11.º; 12.º; 15.º; 16.º; e Art. 130.º e 131.º

Neste Art. procurou-se evitar o defeito do Art. 5.º do Cod. Fr., que não definiu o que devia entender-se por delictos militares. — Mas, infelizmente, não foram restituídos, como tão opportunamente se poderia ter feito, ao conhecimento e jurisdicção do juizo commum, os delictos commettidos contra o direito commum, por individuos pertencentes ao exercito, ou á marinha! — Apenas se ousou estabelecer, que os crimes communs, sendo commettidos por militares, ou outras pessoas pertencentes ao exercito, ou á marinha, fossem sempre punidos com as penas da Lei geral, ainda quando julgados nos tribunaes militares.

E quando é que os tribunaes militares podem julgar dos delictos communs? — Que regras se estabelecem de reforma a esse respeito? Nenhumas.

E, com tudo, em *Chauveau*, aonde vem excellentemente tratada esta questão, se encontraria quanto era preciso,

para se fixar no Cod. a conveniente jurisprudencia excepcional a semelhante respeito.¹

« Os delictos militares, (dizem estes distinctos criminalistas), podem reduzir-se a duas especies, uns são de *uma ordem politica*, que attentam contra a disciplina do exercito, « e infringem os deveres militares; outros pretendem á *ordem moral*, e são os *delictos communs*, que tomam um caracter *misto* em rasão da qualidade militar dos delinquentes e dos *offendidos*. »

O julgamento dos crimes communs pelos Tribunaes militares offerece graves inconvenientes na administração da justiça criminal, quando commettidos por militares.

O offendido, sua viuva, filhos, etc., ficam assim sujeitos aos mesmos tribunaes. — E tanto os individuos militares, como os não militares, forçados a litigar perante esses tribunaes, ficam privados de usar do recurso de revista por incompetencia ou nullidade, que aliás, nos termos do Art. 131.º da Lei Fundamental, devia, sem excepção, competir a todos os cidadãos.

A experiencia tem mostrado, que os tribunaes militares são muitas vezes, ora severos em demasia, ora muito mais benignos, que os tribunaes ordinarios.

Em utilidade, pois, de todos os militares, e não militares, cumpriria, que se adoptassem algumas providencias, que modificassem a legislação actual.²

Além disso, nos crimes communs, seria indispensavel exceptuar sempre dos tribunaes militares, os officiaes reformados, tanto do exercito, como da armada; porque, não se podendo, n'esses crimes, invocar o foro militar, como *privilegio de causa*, tambem se não pôde invocar o *privilegio do cargo* por utilidade publica, ficando, por tanto, em diametral repugnancia com a Carta Art. 145.º §. 12.º, 15.º, e 16.º

¹ Theor. du Cod. Pén.

² Em França não se pôe em duvida que o Tribunal de Cassação é sobranceiro aos tribunaes militares.—São immensos os Accordos do mesmo Tribunal, já concedendo, já denegando a cassação dos julgados militares, e já mesmo excluindo os tribunaes militares, para restituir a competencia aos tribunaes ordinarios, quando entende que aquelles não procedem.

Assim devia ser; porque, se um S. Tr. de J. tem por fim principal uniformar a pratica na intelligencia das Leis, é na verdade uma anomalia, que exista junto de um Supremo outro Supremo.

Sem duvida é indispensavel, que exista uma legislação especial para os militares; porque assim o exigem a manutenção da disciplina dos exercitos de mar e terra. — Todas as Nações reconhecem a necessidade de uma legislação privativa a semelhante respeito; e esta é a necessidade, que legitima a excepção. — Mas o privilegio militar, que não é de *causa*, e que degenera em privilegio de *pessoa*, é insustentavel; porque priva as partes dos seus Juizes naturaes, e das garantias, que a Carta estabeleceu em favor de todos os cidadãos.

O Cod. reconhece, que os tribunaes militares tem, além da sua competencia *real*, em rasão da natureza do crime, outra *pessoal*, em rasão da qualidade dos delinquentes.

Mas que condições são precisas para fixar, neste segundo caso, a competencia dos tribunaes militares?

A jurisprudencia Franceza resolve esta questão, exigindo a concorrencia de duas condições, 1.ª que o militar tenha praça assente: 2.ª que esteja presente nas fileiras. — A competencia *pessoal*, que é tirada aos tribunaes ordinarios, lhes reverte, quando fallece alguma destas condições. — Assim o soldado, a quem se dá *baixa*, ou *licença*, como aquelle que se constitue em estado de *deserção*, não gosa do privilegio de foro, pelos crimes, communs, que commetta nesse estado, depois da baixa, ou durante a licença.

Um Ar. do Tribunal de Cassação, de 19 de Setembro de 1844, dá, a semelhante respeito, as regras precisas de interpretação, quanto aos casos de deserção. — Se o crime commum foi commettido em uma época, em que existia o estado de deserção, verifica-se a ausencia das fileiras, e consequentemente a competencia dos tribunaes ordinarios. — Se o mesmo crime foi commettido no momento, em que a intenção de desertar é duvidosa, cumpre examinar o comportamento posterior. — Se o desertor entrou no respectivo corpo militar, nos prazos, que a Lei marca, para tirar da ausencia a qualificação de deserção, presume-se que nunca esteve ausente, e os conselhos de guerra conservam a *competencia pessoal*; se se conservou ausente, deixando correr o prazo, fixado na mesma Lei para constituir a deserção, reputa-se ausente desde o momento do crime, e consequentemente sujeito aos tribunaes ordinarios.¹

Entre nós, reconhecida a competencia do foro militar, tanto a *real*, como a *pessoal*, nos termos da Lei de 21 de Ou-

¹ Trébutien, Elem. de Dr. Cr. tom. p. 79. not. (6).

tubro de 1763, é nulla, por vicio de incompetencia, toda a Sentença proferida contra um desertor, ainda que no Juizo criminal ordinario não constasse a qualidade militar!

Eram, com tudo, exceptuados os crimes de lesa magestade, divina ou humana, pelo §. 2.º da mesma Lei, e Alv. de 14 de Fevereiro de 1772 §. 2.º e 3.º, extensivo a toda a resistencia aos officiaes de fazenda, e casos de descaminhos e contrabandos.

E quaes são os crimes de lesa magestade, divina ou humana, depois da promulgação do Cod. Penal? — Graves questões e conflictos podem nascer a semelhante respeito, que cumpriria prevenir por Lei, que harmonisasse a antiga com a moderna legislação criminal.

Não se encontrando no Cod., expressão, que indique, quaes os crimes, que, nos termos da legislação anterior, se devem reputar de lesa magestade divina ou humana, póde entrar em duvida: 1.º se, abolida a classificação e denominação de taes crimes, ficou assim ampliada a jurisdição militar, e prejudicadas as excepções, feitas nas ditas Leis: 2.º subsistindo as mesmas excepções, quaes dos Art. do Cod. contem incriminações dessa natureza, que substituam os factos anteriormente assim considerados.

No silencio do Cod. sobre este ponto, deverão reputar-se crimes de lesa magestade divina todos os que forem commettidos contra a *Religião do Reino*, mencionados no Cap. 1.º, do tit. 1.º do Liv. 2.º? De lesa magestade humana os commettidos contra a *Familia Real*, contemplados no tit. 2.º, Cap. 3.º, Secç. 3.ª, ou só os perpetrados contra o Rei? Entrarão na mesma classe es praticados contra a segurança interna ou externa, contra as camaras legislativas, e outros que, pela occasião e circumstancias, não devam ter relação directã com a disciplina ou sujeição militar, que são communs e politicos, de que o mesmo Cod. tratou, com abstracção dos delinquentes militares? Não podendo responder-se a estas questões terminantemente, sonão com a disposição da Lei, é preciso que ella as venha esclarecer, preenchendo a lacuna do Cod.

No estado anterior da legislação, nos crimes, em que predominava a violação dos deveres militares, e de disciplina, não por auxiliarem contrabandos e descaminhos, negativa ou positivamente, mas por serem os militares co-auctores dos mesmos crimes, pertencia o processo aos tribunaes ordinarios, conforme ao cit. Alv. de 21 de Outubro de 1763.

Era isto uma aberração das rasões, que justificam a excepção da competencia militar, e o erro vinha de se considerar o fóro militar, como *privilegio pessoal*, de que eram reputados indignos os réos de taes crimes.

Agora, em presença do Cod. Pen., os crimes communs, rarissimas vezes, ou nunca, poderão ser julgados pelos tribunaes ordinarios, se forem praticados por militares, que estejam arregimentados, ou em actividade de serviço. Se não pugnam taes crimes *directamente* com a disciplina militar, pugnam *indirectamente*, e, como taes, adquirem um caracter *misto*, que firma a competencia militar.

Por este modo ficaram prejudicadas as excepções feitas na dita Lei e Alv., e só, por argumento do presente Art., se poderiam sustentar, nos termos fixados pela referida Jurisprudencia Franceza, se o Cod. assim o declarasse explicitamente.

Resulta destas observações, que o Cod., pelo que dispoz, e pelo que não dispoz, em lugar de restringir o *privilegio*, ampliou o *fóro militar*, ou dá causa a que se extenda a *competencia militar* a crimes, que não tem de *militares*, senão puramente a qualidade *pessoal* dos infractores.

ARTIGO 17.º

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

A doutrina deste Art. não offerece a menor duvida, e nem era necessaria a declaração da sua materia.

Todavia, muitas vezes, na pratica de julgar, se tem confundido factos e omissões civis com factos e omissões criminaes, e as suas consequencias meramente civis, com quanto condemnatorias, com as consequencias penaes. — Donde vem a applicação errada de principios, que regulam estas, áquellas. — É assim que se diz, que as consequencias da *revelia*, da *prescripção*, do *commisso*, do despejo, da consolidação, da expulsão do rendeiro pelo não pagamento da renda, e outras semelhantes comminações civis, são uma pena, a que não basta a apreciação da existencia material de facto positivo ou negativo.

Ha muitas outras acções ou omissões, que tem, em certo modo, penas por Direito Civil, como são as multas impostas ás partes pela irreflexão em suas demandas ou recursos. — Podem mesmo constituir um delicto puramente civil, como é o *estelionato*, definido no Art. 2059, do Cod. Civ. Fr.; como é a falta de manifesto para a decima no mutuo; e de insinuação nas doações: de pagamentos de sisa ou imposto detransmissão; de sêllos de franquia nas cartas do correio; de registo nas hypothecas; de recursos nos lançamentos ou repartição dos impostos; e outros casos se-

melhantes, cujas omissões produzem a perda, ou a modificação no exercicio, de *direitos civis*.

Outro tanto se pode dizer da omissão por determinado tempo, em que assenta a *prescripção*: da de um pagamento em tempo convencionado, que legitime os juros da *mora*, nos casos, em que são devidos; da opportuna junção de rol de testemunhas, ou de documentos, de que resulte a perda dos direitos respectivos; da interposição, seguimento, ou preparo, de recursos, de que se siga o transito em julgado das sentenças, quer favoraveis, quer contrarias, justas ou injustas; etc.

O mesmo pode acontecer, quanto ao exercicio dos direitos politicos, que o Art. aqui omitta, e tal é a falta de reclamação, em tempo, contra os recenseamentos, que traz a consequencia da privação, activa ou passiva, do voto.

¹ Vid. Comm. do Sr. Levi e os exemplos, que elle indica.

ARTIGO 18.º

Não é admissível a analogia, ou indução por paridade, ou maioria de razão, para qualificar qualquer facto como crime; sendo necessario que se verifiquem os elementos essencialmente constitutivos do facto criminoso, que a Lei penal expressamente declarar. Art. 1.º; 2.º; 3.º; 4.º; 5.º; C. Const. Art. 145.º; §. 1.º; 2.º; 10.º; 12.º; 17.º

Não é nova, entre nós, a disposição deste Art., com quanto fugitivamente se achasse applicada, e não fosse expressa e directamente estabelecida, como agora aqui apparece.

As regras de hermeneutica juridica, que authorisam a interpretação extensiva, falham completamente, sempre que se trata de restringir a liberdade individual do cidadão, ou de agravar a situação do homem em relação ás leis penaes. — Assim o exige a justiça e a humanidade, e é para aqui que se torna bem applicavel o 3.º aphorismo de Bacon — *Durum est torquere leges ad hoc ut torqueant homines.*

O argumento *à contrario sensu*, que pouco, ou nada, conclue, em materia civil, é decisivo e peremptorio em materia criminal. A interpretação restrictiva é sempre admissivel, a extensiva, propriamente dita, é sempre rejeitavel.

A jurisprudência do Tr. de Cass. de Paris tem energica e constantemente mantido este principio. Por ex.: a lei de 21 de Outubro de 1814 prohibia o exercicio da profissão de livreiro sem patente: mas não impunha pena. Julgou-se que o facto não constituia uma infracção, por falta de pena. Foi preciso que o Decr. de 23 de Fever, de 1852., Art. 24, viesse preencher esta lacuna. — O mesmo principio foi pelo mesmo Tribunal applicado á inobservancia do Art. 5.º da Lei de 11 de Janeiro de 1850, relativa aos professores da instrucção primaria, Cass. de 9 de Agosto de 1850; aos casos da venda de medicamentos illegaes, Cass. de 15 de Novembro de 1844; etc. etc.

De resto, a determinação deste Art., é precisamente a re-produção, e applicação das garantias, consignadas na Carta, Art. 145.º §. 1.º, 3.º e 10.º

Todavia, não é sem utilidade a consignação deste principio, por isso que a Lei de 18 de Agosto de 1769, no §. 11.º, mandou considerar, como Leis do reino, as ampliações e restricções, que dellas necessariamente se deduzissem, com quanto nenhum Magistrado ou Jurisconsulto invocasse essa disposição em materia criminal, ou penal.

O que não obstante é preciso reconhecer, que a rigorosissima observancia deste Art. 18.º pôde dar lugar a muitas difficuldades na pratica, e a grandes duvidas e questões, no julgamento dos feitos crimes.

Por ex., o Art. 353.º do Cod., que é textualmente a traducção do Art. 301.º do Cod. Fr., qualifica envenamento, todo o attentado contra a vida de alguma pessoa por effeito de *substancias*, que podem dar a morte.

Suppunhamos, porém, que o delinquente não propina veneno algum, mas mistura na comida vidro moído, pequenos bicos de alfinetes, ou outras materias, que não tenham o nome, nem a natureza, de *substancias*, segundo a significação rigorosa e technica da palavra, hade dizer-se, que não ha crime de envenamento, porque os meios propinados, com quanto possam dar a morte, não são *substancias*?

Não deve neste caso attender-se ao espirito da Lei penal? — Não devemos concluir, que foi essa a vontade do legislador?

Certamente que sim, e, para este fim, podem ser invocados os principios: *Non enim sermoni res, sed rei sermo subjectus est.* » Quint. Liv. 8.º Just. Orat. C. 1.º. « In legem committit, qui verba legis amplexus, contra legis nititur voluntatem: L. 5.º Cod. Leg.

Outro exemplo. — O Art. 479.º, faz distincção entre *côrte de arvore fructifera*, e o *côrte de arvores fructiferas*. — O Art. 854.º n.º 7.º da Ref. Jud. só menciona, como crime particular, o *cortamento da arvore fructifera*. — Deverá concluir-se da confrontação destas duas disposições, que o cortamento de mais de uma arvore fructifera é crime publico? ¹

¹ A. Nov. Ref. Jud. Art. 854.º dividiu os crimes em publicos e particulares, e declarou quaes eram os crimes que deviam ser considerados particulares, em quanto não fosse publicado o novo *Código Penal*.

Não; porque a distincção do Cod. tem por fim a aggravação das penas, e não é da gravidade dellas, que se deriva a qualificação do crime, em publico, ou particular, mas sim da dependencia da acção directa da parte offendida, para os effeitos da querella e accusação, e a extensão da Lei criminal do plural ao singular, e do singular ao plural, tem logar sempre que assim é conforme ao espirito da mesma Lei. O caso deu-se ha pouco, e foi resolvido, neste sentido, por Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Novembro de 1853.

Outros muitos exemplos se poderão figurar. — Por tanto, este Art., bem entendido, significa, que a Lei penal não pôde estender-se a casos não previstos, o que é fundado no principio de que a Lei permite o que não prohibe. — Mas não quer dizer, que não deva dar-se extensão á Lei penal, no sentido restricto de se observar exactamente o que fôr authorisado pelo raciocinio, pela legitima interpretação das palavras, em fim pela vontade do legislador, explicita ou implicitamente comprehendida no seu enunciado. — O preciso é, que, nos termos do Art., se verifique a existencia dos *elementos essencialmente constitutivos do facto criminoso que a Lei penal expressamente declarou*.

O contrario pôde conduzir á impunidade dos crimes.

Na Inglaterra já houve um advogado, que defendeu o seu cliente, accusado da mutilação de um nariz, sustentando que o nariz *não era membro*, nem anatomica, nem fisiologicamente, fallando, e que a Lei fallava de *membro*.

Os mesmos Juizes, em sua decisão, concordaram!! — Esses mesmos Juizes, e quaesquer outros dominados do mesmo rigor litteral, é natural, que não qualificassem de envenenamento a morte dada pela propinação de materias, que não

Publicou-se o Cod. Pen., e nenhuma determinação nelle se encontra, que servisse de guia para esta qualificação; ou que satisfizesse a esta promessa da Reforma Judiciaria.

Pelo contrario, não só foram confundidos uns com outros, mas sendo até aqui o característico dos crimes publicos o poderem ser, sem dependencia da acção directa da parte offendida, perseguidos pelo Ministerio Publico, segundo o Art. 855.º, da mesma Reforma, foi publicado simultaneamente o Decr. de 10 de Dezembro de 1852, que no Art. 1.º declarou, que ao Ministerio Publico ficava competindo a accusação de todos os crimes e contravenções, de que trata o Cod. Pen., com a *única exce-*

Todavia estes Assentos dão, como certo, *quod erat propositum substantias*, segundo a sciencia, porque a Lei (o citado Art. 353.º) só falla de *substantias*.¹

Tambem não tem applicação, quanto aos factos concomitantes ou accessorios, que não tem incriminação especial, em si mesmos, nem designação explicita, como circumstancias aggravantes ou attenuantes, nos Art. 19.º e 20.º; mas que podem, e devem, ser considerados, por força de comprehensão, analogia, ou indução, para a aggravação da pena, em o n.º 22 do Art. 19.º, e para a modificação della, em o n.º 11 do Art. 20.º — Com esta restricção cumpriria, que fosse redigido este Art., para ficar em harmonia com aquelles — (V. Comm. aos mesmos n.ºs 22, e 11)

Este rigor na interpretação litteral das leis penaes passou para os Estados-Unidos da America. — No projecto de Livingston, *Disposições Geraes*, Art. 8.º se lê:

« Fica expressamente prohibido aos tribunaes punir qual-quer acção, ou omissão, não condemnada pela letra expressa da Lei, *sob pretexto* de que ella o está *pelo espirito* da mesma Lei. — É melhor que actos reprehensiveis fiquem momentaneamente impunidos, do que os tribunaes usurpem o poder legislativo; *acto mais criminoso*, em si mesmo, do que algum dos que se pertendessem reprimir por semelhante meio. — Não existem por tanto delictos interpretativos (*constructive offences*). A legislatura, quando julgar preciso, ampliará a letra da Lei áquelles desses actos, que lhe parecer deverão ser punidos. »

Por ultimo podem ver-se, no mesmo sentido do Art., os Assentos da extincta Casa da Supplicação de 14 de Maio de 1754. — « Se assentou que a Lei, como era penal, *senão pôde dia entender a caso não comprehendido na sua prohibição*, » — e de 8 de Agosto de 1758 — « por ser o negocio de *materia penal, que não admitta por Direito extensão*. »

ção dos casos, em que o mesmo Cod. tornasse essa accusação, ou continuação d'ella, dependente da queixa, ou do consentimento, das pessoas offendidas, ou de seus paes ou tutores.

Donde se conclue, que o Cod. e cit. Decr., sem complementar, ou abo-
luiu a distincção, entre crimes publicos e particulares, tal como se achava estabelecida ao tempo da publicação do Cod. e Decr., ou deixou intacto o estado da actual legislação, regulados os casos de crime particular, não segundo a enumeração *provisoria*, que delles faz o Art. 854.º da Refor. Jud., mas segundo as determinações do Cod.

¹ Sobre esta materia e digno de ser consultado o tratado especial, de Chassai, *Interprétation des Loix*, §. 114 e 115.

bandum; pois nenhuma Lei citam, em que o principio se funde. O Repertorio das Ord., com referencia á do Liv. 2.º tit. 13 in. fin. pr., estabelece a mesma these, mas esta Ord. é especial para o seu caso, e é restricta á prisão, como custodia ou apprehensão, e não como reclusão, nem como pena.

Resta-nos, ainda notar que o Cod. da Bav., contém no Art. 106.º, a seguinte disposição:

« *Lorsqu'un crime étant régulièrement démontré contre l'accusé, un ou plusieurs des éléments constituant la substance du dit crime seront incertains ou incomplets, les tribunaux appliqueront une peine inférieure à la peine légalement encourue (à moins que le cas n'ait été prévu et décidé par une disposition spéciale). Cette peine sera diminuée en égard à l'importance et au nombre des conditions qui ne se rencontrent pas dans la cause, et qui auraient été requises pour l'application complète de la peine légale.* »

Por uma doutrina, pois, contraria á que se estabelece no presente Art., não é necessario, que se *verifiquem* todos os elementos ou condições constitutivas do crime. — Basta que se ache provado, que o culpado foi o author do facto material, que se lhe imputou. — A ausencia de algum elemento, ou condição substancial, tem sómente a força de fazer descer a pena, além do termo legal.

Esta determinação merece ser bem reflectida, antes de ser condemnada. — Se não ha duvida, nem sobre o facto material, nem sobre a culpabilidade da intenção malefica, apesar da falta de algum ou alguns elementos da incriminação descrita pelo legislador, apparece a essencia de crime moral e social, e, por tanto, o direito de punir. — Existe enfermidade conhecida, que é preciso, e a sociedade, por tanto, póde, combater, como faria o medico a respeito de qualquer doente. — Mas as penas extraordinarias, deixadas completamente ao arbitrio dos Juizes são mais perigosas do que a impunidade em taes casos, e por isso nós preferimos a doutrina do presente Art., nos termos absolutos, com que se acha redigido. — Na falta da Lei, que especialmente incrimine factos, despidos, de um ou mais elementos, nós antes queremos a impunidade, do que um poder discrecionario, que possa condemnar, sem que tenha podido *verificar* contra o réo *todos* aquelles elementos.

CAPITULO II.

DAS CIRCUMSTANCIAS QUE AGGRAVAM, OU ATTENUAM OS CRIMES.

ARTIGO 19.º

São circumstancias aggravantes:

Para se reconhecer no crime uma causa de aggravação penal é preciso achar nelle uma circumstancia, que, sem alterar a natureza do facto em si mesmo, exija, comtudo, uma repressão mais severa do que a que deveria ser imposta ao mesmo facto, quando despido da mesma, ou de outra circumstancia igualmente aggravante.

Não devem confundir-se estas circumstancias, que fazem aggravar a pena, segundo as regras geraes, com as mesmas circumstancias, quando se tornam constitutivas de incriminação especial, para determinar na Lei uma pena correspondente.

Não é a pena, que então se agrava, mas a criminalidade do facto: a maior pena vem como consequencia desta aggravação: não é o Juiz, que agrava a pena em rasão da circumstancia, foi o Legislador, que a tomou em consideração, para indicar ao Juiz, qual a pena, que deve applicar.

As rasões, que justificam a conveniencia de regras sobre circumstancias aggravantes, são as mesmas, que a justificam sobre as circumstancias attenuantes.

É indispensavel proporcionar o remedio da pena ao mal do crime; mas este varia, para mais ou para menos, em cada hypothese; e, para este fim, sómente o Juiz, dentro de certos limites, póde apreciar os motivos, que devem aggravar ou attenuar a pena.

O Legislador, que quizesse prever singularmente todos os

factos puniveis, descreveria milhões de casos, e o seu trabalho ficaria sempre omissso e incompleto. E por isso que todos os Legisladores, com mais ou menos concisão, são obrigados a coordenar em grupos aquelles factos, determinando a quantidade e qualidade de pena, que lhes corresponde, entre maximo e minimo, ou a estabelecer penas accessorias, que sirvam de acompanhar a pena ordinaria, quando uma circumstancia independente do facto criminoso, em si mesmo, demonstre um gráo maior de criminalidade.

Nesta conformidade, a doutrina das circumstancias aggravantes ou attenuantes, para assim se graduar a duração das penas, era corrente entre nós, como a presupõe e estabelece o Legislador, em muitos logares das Ord. do Reino.

Sobre tudo, a novissima Ref. Jud. havia dado o maior desenvolvimento e garantia á observancia dessa doutrina, determinando, que nos quesitos ao Jury, se fizessem os que fossem necessarios a tal respeito, como se vê dos Art. 1148.º, 1156.º, 1157.º, e 1158.º.

No Cod. Pen. d'Aust., Art. 36 e seguintes, se faz uma enumeração de circumstancias aggravantes e attenuantes, que é digna de meditação do Legislador e do Jurisconsulto.

O mesmo systema de enumeração de circumstancias aggravantes e attenuantes é seguido nos Cod. do Brazil, Art. 15.º e seguintes: e Hesp. Art. 9.º e 10.º—A coherencia, porém, de imitação pedia, que tambem se tratasse das circumstancias *dirimentes*, ou *justificativas*, do crime.

Os illustres Redactores do Cod. entenderam, talvez, que, se a circumstancia fazia desaparecer o crime, não era circumstancia do crime, mas sómente dõ *facto material* não punivel, e que, por tanto, procediam com maior correcção, declarando, ou os casos, em que o acto não é crime, ou em que o agente não é criminoso, preferindo repetir as mesmas idéas, consideradas já objectiva, já subjectivamente, nos Art. 14 e 23.

Mas considerada a criminalidade do facto material, com abstracção da sua imputação, que os Juizes hão de avaliar, temos por mais regular, sob o ponto de vista pratico, reduzir as causas justificativas a uma enumeração de circumstancias dirimentes, para, nessa conformidade, em termos claros, poderem ser propostas á decisão do Jury.

Assim como, por ex., se pergunta aos Jurados, como circumstancia attenuante — se está provado, que o réo commetteu o crime em estado de embriaguez *não completa*, con-

forme ao n.º 8 do Art. 20 — era conveniente, que se lhes perguntasse, como circumstancia dirimente, se está provado que o réo commetteu o crime em estado de embriaguez *completa*, conforme ao Art. 23, n.º 4.º

O novo Cod. Pen. da Pruss. abandonou completamente o systema de dar regras e exemplos, nas disposições geraes, sobre circumstancias aggravantes ou attenuantes, entregando uma tarefa de semelhante natureza, que nunca podia ser *taxativa*, ao arbitrio dos Jurados e Juizes.

Mas não só o fez assim, adoptou, quasi sempre, para restringir esse arbitrio e bem se administrar Justiça, duas penalidades distinctas, uma superior, para o facto despido de circumstancias attenuantes, e outra inferior, para os casos, em que essas circumstancias fossem declaradas existir. Em ambas estas penalidades adoptou um maximo e minimo, para que os Juizes ainda podessem graduar a pena, segundo a qualidade e importancia da attenuação, ficando, porém, logo assim inhibidos de impôr a pena ordinaria do crime.

Evitou, por esta fórma, o Legislador Prussiano a possibilidade de se punir um *facto material* semelhante, com a mesma pena, tendo um, a seu favor, circumstancias attenuantes, e outro, contra si, circumstancias aggravantes.

Por ex., supponha-se, que existem, em dous juizos criminaes diversos, dous réos do crime de furto, excedente a 20\$, os quaes, segundo o Cod., tem de soffrer a pena de degredo de 3 a 15 annos. Um Juiz, em attenção a circumstancias attenuantes, entende, que deve impôr, ao seu réo 8 annos de degredo, descendo 7 annos no *maximo* da pena. Outro Juiz, porém, em attenção a circumstancias aggravantes, entende, que deve pronunciar contra o seu réo de crime semelhante, mais do dobro do *minimo* da pena, isto é, os mesmos 8 annos.

Ambas as condemnções são *leaes*, e nem o S. Tr. de Just. poderia conceder a revista por errada applicação do Cod.; e, com tudo, taes condemnções, muito regulares, em si mesmas, são, *relativamente* injustas, logo que se comparem, ficando assim destruida praticamente a *igualdade* da Lei penal, tão recommendada na Carta.

Este absurdo, e esta injustiça, evita o systema de circumstancias attenuantes, hoje adoptado em França, depois da Lei de 28 de Abril de 1832, e da consequente reforma do Art. 463.º, do Cod. de 1810, que passou para o projecto do

Cod. Belga de 1834, Art. 462 e 463, e para o de M. Haus, Art. 76 e 77.

O Cod. da Pruss. não só abraçou este systema, mas tratou de o especialisar.

Por ex., no §. 62 deste Cod., é punido o crime de conjuração com a *prisão, com trabalho, de cinco annos até á perpetuidade*; ficando assim ao Juiz um circulo immenso, para graduar a pena, segundo as circumstancias aggravantes. Mas, se ha circumstancias attenuantes, desde logo a incriminação muda de especie e natureza. O Juiz póde sómente impôr a *prisão simples, não menos de cinco annos*.

Esta mesma distincção é feita nos §§. 65, 66, 68, 74, 76, 78, etc. etc.

Ha tanta sabedoria, e conveniencia, no mesmo systema, que não hesitámos em nos pronunciar a seu favor, maxime em presença dos inconvenientes, e inevitavel deficiencia do systema contrario, que é o dos Cod. Hesp., do Braz., e de Austr., que o nosso seguiu.

ARTIGO 19.^b

1.^a A premeditação. Art. 351.^o; decl. 1.^a; 352.^o; 355.^o; §. 1.^o; §. 2.^o; §. 3.^o; 359.^o; 375.^o

O objecto deste n.^o 1.^o é qualificado pela palavra *premeditação*. Commetter um crime *de proposito*, é menos grave, que commettel-o com *premeditação*. Esta distincção é feita no mod. Cod. da Prussia, §. 175. « *Quem de proposito, e com premeditação, matar alguém commette um assassinio* » e §. 176 « *Quem matar alguém de proposito, mas sem premeditação, commette um homicidio.* »

Quanto á definição da palavra, deu-a o Cod. Fr., no Art. 297, que o nosso, em relação aos crimes, adoptou, no Art. 352. É a mesma, substancialmente, que se acha no Dicc. mod. Univ. Fr.—« *Dessein réfléchi qui précède l'exécution du crime.* » O Cod. da Pruss. absteve-se de a reproduzir; o Cod. Hesp. fez outro tanto, mas presentindo os abusos, que se podiam praticar, suppondo-se com leveza a existencia da *premeditação*, quiz que, para ser circumstancia aggravante, fosse bem demonstrada: Art. 10.^o, §. 6.^o

« *Obrar con premeditation conocida.* »

E, em verdade, é este um elemento de aggravação muito, importante, porque d'elle depende, segundo o Cod., nos casos de homicidio, a imposição da pena de morte; e, por isso, careciam de ser bem definidos, por um modo *positivo*, quaes os seus caracteres ou elementos essenciaes, aos olhos da Lei. A referida definição, está, a nosso ver, muito longe de satisfazer a esta necessidade.

Entre a concepção do crime, e a sua resolução, ha sempre um intervallo, no qual a razão medita e a vontade se pronuncia. Todos os crimes, pois, como factos *voluntarios*, são em rigor premeditados, nos termos da definição dada, porque a todos precedeu a deliberação do espirito. ¹ Não bas-

¹ Assim se entendeu no Cod. d'Austr., P. 1., Art. 1.^o, como se vê das palavras:

tava, por tanto, dizer-se, que a premeditação é uma circumstancia aggravante, nem definil-a, depois, no cit. Art. 352.º — designio formado *antes* da acção —, era necessario declarar desde quando esse — *antes* — devia ser contado, ou porque maneira havia de ser reconhecida essa anterioridade, para constituir uma causa de aggravação penal.

Assim o entendeu o Cod. do Brazil, não se limitando a definir, no Art. 16.º, §. 8.º, a premeditação, como a definiu o Cod. Fr., pois ao mesmo tempo declarou, que era preciso, para ella pre-existir legalmente — « *haverem decorrido mais de vinte e quatro horas entre o designio e a acção.* »

Assim a expressão, *antes*, não ficou vaga, com quanto arbitraria e fallivel seja o espaço de mais de 24 horas, que, umas vezes pôde ser excessivo, e algumas diminuto. O que o Legislador quiz incriminar, como aggravação, não foi a premeditação, mas a sua reiteração: a tenacidade no proposito; a reflexão e persistencia no designio do crime. O Cod. de Austr., no Art. 36, exprime esta idéa, em termos claros.

« *En général un délit est d'autant plus grave, que la préméditation en a été plus mûrie et les moyens de l'entreprendre plus étudiés.* »¹

Todavia, nas palavras — designio formado *antes* da acção — se comprehende, em substancia, a idéa de que não basta a resolução *anterior* do crime, mas que é preciso que ella esteja *formada*, isto é, constituida por um modo, firme, inexoravel, e não vacillante. É a resolução do crime *qualificada*, por este modo.

A este respeito é, pois, conveniente notar-se: 1.º que a resolução do crime, por mais premeditada e reflectida, que pareça, deve traduzir-se em factos positivos e materialmente sensíveis, que a estabeleçam, para que seja da competencia do Legislador e dos tribunaes.

« *Il y a criminalité d'intention... lorsque, ou avant ou pendant l'action, le mal, qui résulte du délit, a été délibéré et prémédité.* »

¹ Em um antigo Dicionario Fr., de noções primitivas de Direito, encontramos a definição de premeditação em poucas palavras « *mûre réflexion sur une démarche* » e depois accrescenta « *Toute mauvaise action préméditée acquiert un degré de malice d'autant plus considérable, qu'il a fallu étouffer le cri de la conscience, et qu'on s'est disposé à braver les lois, et à mépriser la justice.* » Assim na mesma premeditação podem dar-se diversos grãos de aggravação, segundo a maior ou menor reflexão ou *ruminação* sobre a idéa e designio do crime.

Como operação do espirito, só por indução desses factos, se pôde concluir, e é, por tanto, necessario que elles tenham, como os meios preparatorios, uma relação tão íntima e tão directa com a execução posterior do crime, que não soffram o menor equivoco.

2.º Que a existencia desta circumstancia, pôde produzir dous effectos distinctos; ou, de *fixar a natureza do crime*, que o Legislador *a priori* previu, para *determinar a maior pena*, ou, para *a posteriori*, e *sem se alterar a natureza do crime*, nem *transpôr a orbita penal respectiva*, o Juiz impôr uma *quantidade maior da pena ordinaria*.

Em ambos os casos, a premeditação é uma causa de aggravação, com a differença, que, no primeiro, foi a razão do Legislador *em these*, no segundo, foi motivo legal do Juiz, *na hypothese*. No primeiro, desappareceu a circumstancia, para se tornar *elemento constitutivo da incriminação*, no segundo, conservou-se, como *circumstancia*, accessoria, e independente do crime.¹

É essencialmente ligado á premeditação, que ella se contemple sempre com abstracção do momento, em que se commetteu o crime, porque constitue um *facto anterior* provado por indução, e só, depois de apreciados os factos demonstrativos, em que se basea, é que se compara com o crime, para se concluir a relação de *causa e effecto* entre os dous factos; distinctos em tempo, mas connexos no objecto e na intenção.

Resulta destas considerações, que, sendo muito difficil fixar uma linha divisoria, entre *resolução* simples do crime, pela manifestação da vontade de o praticar, no momento, ou proximo ao momento, da execução, e a *resolução qualificada* do mesmo crime, manifestada *antes*, ou *fôra* daquelle momento: podendo mesmo haver muita reflexão em curtos momentos da proximidade do mesmo crime, assim como ausencia della, apesar da anterioridade da concepção do crime; sendo ainda possivel, que, concebido e resolvido o crime, a execução se determine, não como consequencia da premedi-

¹ Por ex., a noção de furto exige o concurso de duas circumstancias — 1.ª subtracção fraudulenta; 2.ª que o objecto seja de outrem. Mas, se a estas circumstancias se junta a *da violencia*, esta infracção muda de natureza, e até de nome, passando a tomar a qualificação de *voubo*.

tação, mas de uma provocação, ou eventualidade, a que deu causa voluntaria, a mesma victima do crime; teria sido mais conveniente, que o Legislador não tomasse, nem para elemento constitutivo de incriminação, nem para circumstancia aggravante dos crimes em geral, a da premeditação. Assim o praticou o novo Cod. da Bav., como negativamente se vê do Art. 92.¹

Estas difficuldades, e os equívocos, e obscuridades, a que podem dar causa, deviam ser evitadas, maxime quando tem de ser apreciadas pelo Jury.

Em todo o caso, para se attenuarem estes inconvenientes na pratica, sem se contrariar, nem a justiça moral, nem as vistas do Legislador, devem os Juizes cingir-se ás palavras, com que o Cod. na Art. 352.^o define a *premeditação*, propondo-as nos quesitos, que fizerem ao Jury, com designação dos factos demonstrativos della, como a Ref. Jud. prescreve a respeito da *cumplicidade* e da *tentativa* nos Art. 1159 e 1160.

Estas disposições da Lei do processo criminal são ampliáveis á *premeditação*, não só pelos seus fundamentos de verdade e de moralidade intrinseca, mas porque sómente por esta fórma se podem reputar *claras e completas* as respostas do Jury, quando recahem sobre palavras *complexas e abstractas*, que o mesmo Legislador julgou preciso definir.

Assim é indispensavel para o inteiro descobrimento da verdade; se esclarecer a consciencia dos jurados; não constranger os Juizes na applicação de uma pena mais grave, além ou dentro da ordinaria do crime; guiar o Poder Moderador; e offerecer aos réos e á Justiça social as necessarias garantias. Estes principios tem sido proclamados no Accordão do S. Tr. de Justiça de 19 de Junho de 1855; e, com especialidade, no de 6 de Novembro do mesmo anno.

¹ Tambem é preciso não perder de vista que a *premeditação qualificada* só deve considerar-se uma circumstancia aggravante nos delictos, que podem commetter-se sem ella; porque delictos ha que de sua natureza são sempre premeditados, como são todos os que demandam o emprego de certos actos preparatorios, como o da associação, e o do veneno.

Nestes casos, a *premeditação* deixa de ser circumstancia aggravante, para se tornar elemento constitutivo do crime, que a Lei contempla e pune. É importante esta observação, porque, se, se applicar a estes crimes o n.º 1.^o deste Art., commette-se um grande erro e injusticia, aggravando-se, segunda vez, a pena, que a Lei já aggravou.

ARTIGO 19.^o

2.^a A emboscada, o disfarce, a espera, a surpresa, a aleivosia, ou qualquer fraude;

O Cod. Hesp. diz, no Art. 10.^o, n.º 7.

« Emplear astucia, fraude ó disfraz. »

N.º 2.^o « Ejecutar el hecho con *alevosia*, entendiéndose « que la hay quando se obra á traicion ó sobre seguro. »

O Cod. do Braz. diz no Art. 16.^o:

§. 9.^o Ter o delinquente procedido com *fraude*.

§. 12.^o Ter precedido ao crime a *emboscada*, por ter o delinquente *esperado* o offendido em um, ou diversos logares.

§. 15.^o Ter sido o crime commettido com *surpresa*.

§. 16.^o Ter o delinquente, quando commetteu o crime, usado de *disfarce*, para não ser conhecido.

Este nosso Art., pois, refundiu neste n.º 2.^o todas as circumstancias previstas em os seis logares dos ditos Codigos. — Affastou-se, porém, do Cod. do Braz., distinguindo a *espera* da *emboscada*, e accrescentando a *aleivosia*, que a Ord. do Liv. 5.^o tit. 37, por modo diverso do Cod. Hesp., define — « uma maldade commettida atraíçoadamente sob mostrança de amizade » — e já qualificava, como circumstancia aggravante, produzindo exemplos; e com justa razão, porque o aleivoso é semelhante ao reptil, que chega em silencio, sem denunciar a sua ira, e sem dar lugar á defesa¹

Tambem compre notar, quanto á palavra — *disfarce* — que este não é circumstancia aggravante, quando não tenha com o crime uma relação intima e directa, como meio de mais facil execução. — Assim um homem, que se mascarou,

¹ Cabe aqui fazer a mesma reflexão, que já fizemos ao n.º antecedente.

Qualquer das circumstancias aggravantes, aqui enunciadas, deixam de o ser sempre que são elemento essencial constitutivo do crime, que a lei penal contemplou, e declarou punivel.

para concorrer a um baile de mascaras, pôde travar com outro uma rixa, e n'ella ferir, ou matar; e, com tudo, o estar mascarado o delinquente é circumstancia estranha, que não deve ser tomada em consideração, para se lhe aggravar a pena do crime, que commetteu.

A *alevosia*, ou ainda qualquer *fraude*, podem dar-se como circumstancia distincta da *premeditação*. Não assim porém a emboscada, a espera, o *disfarce*, a *surpresa*.

São o — *guet apens* — dos Francezes, definido no Art. 298.^o do seu Cod. — Nenhuma outra cousa, porém, mais que factos positivos externos, dos quaes se conclue a premeditação.¹ São estes, e outros os factos, sobre que se deve dar prova e exigir as declarações dos Jurados, cuja affirmativa conclue a *premeditação*.

A distincção importa, ou a pretensão de se apreciar um facto interno, com abstracção dos factos externos, unicos, que podem demonstral-o, o que é absurdo, por impossivel ao Poder Social, e, por isso — *nemo cogitationis poenam patitur* — ou significa exemplificativa, e não taxativamente, que devem ser propostos ao exame dos juizes de facto, os factos demonstrativos da premeditação, e então o n.^o 1.^o sobre esta é redundante.

A redundancia é causa de outras, que já se estão sentindo na pratica do Cod. — Assim,¹ depois de se perguntar no Jury, se houve *premeditação*, e elles dizerem, que sim; se lhes pergunta se houve espera, ou emboscada, e elles repetem, que sim. Poderiam declarar, que já tinham respondido ao primeiro quesito.

E, se elles responderem, que não, ao primeiro, e affirmativamente ao segundo, haverá contradicção? Sem duvida, moralmente fallando, porque, não provado o termo abstracto e complexo, que é o *genero*, que comprehende todas as suas *especies*, caracterisadas por determinados factos, não pôde dar-se como existente nenhuma dessas especies, ou factos, que as demonstram. Mas, material e litteralmente, não ha contradicção, porque esta desaparece, entre circumstancias, apreciadas diversamente, quando o Legislador as considerou e mencionou, como distinctas.

¹ Farinac., quest. 126.^o, n.^o 171.^o; Chauv. e Hel. t. 5, p. 108; Sulpici Cod. Pen. Art. 296.^o n.^o 1.^o e 298, n.^o 2.^o

Esta confusão de idéas,¹ e a distincção, que della nasce, produz ainda um mal gravissimo, qual é o da duplicada aggravação da pena pela mesma circumstancia. Por exemplo, na hypothese das offensas corporaes simples, ao quesito da premeditação, especialmente considerada pelo Legislador no Art. 359.^o, para aggravar a pena, accresce a da *espera*, ou a da *emboscada*, e o Juiz é obrigado então a considerar esta circumstancia, como distincta, augmentando a aggravação, segundo as regras geraes, quando ambas as circumstancias, que são uma essencialmente, forem declaradas provadas!

¹ Facto moral, conhecido pela demonstração, e factos sensíveis, base da mesma demonstração.

ARTIGO 19.º

3.ª A convocação, ou seducção de outros indivíduos para commetter o crime. Art. 142.º, a 153.º; 156.º; 161.º; 162.º; 165.º; 172.º, n.º 2.º, 3.º; 173.º; a 176.º; 177.º; 179.º; 180.º; 197.º; 199.º; 201.º; 203.º; 207.º; 240.º; 263.º; 277.º; 282.º; 283.º; 381.º a 388.º; 463.º a 465.º

O Cod. do Brazil diz assim, no Art. 16 :

§. 17 — « Ter precedido ajuste entre dous ou mais indivíduos para o fim de commetter-se o crime. »

O Cod. d'Austr. no Art. 37 considera circumstancia aggravante :

3.º « Se o culpado arrastou consigo outras pessoas a commetter o crime.

4.º « Se foi o author, instigador ou agente principal de um delicto commettido por muitas pessoas. »

Cabem a este n.º as mesmas reflexões, que fizemos ao antecedente. A convocação ou seducção de outros indivíduos, ou é um facto demonstrativo da premeditação, ou é crime, que, independentemente da acção, deve ser punido em si mesmo, quando a gravidade do perigo resultante do projecto assim o exigir. Por tanto, ou não é circumstancia distincta da premeditação, ou é, em si mesma, objecto de incriminação.

Domesmo modo, não é circumstancia aggravante da incriminação, quando, annexada a outro facto, se convertem pelo Legislador em elemento constitutivo para se determinar a pena.

ARTIGO 19.º

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

Nenhum dos Cod. (Brazil, d'Austr., e Hesp.), que tomam por systema a enumeração das circumstancias aggravantes, menciona a de que trata este n.º. E ella ainda um facto caracteristico da *premeditação*, como circumstancia, não distincta, mas comprehendida nesta, como o genero é na sua especie. Podia, pois, tambem, sem inconveniente, deixar de ser mencionada, como as dos dous n.ºs antecedentes.

Na ordem das idéas a respeito da resolução do crime, a contemplação dos meios, o seu estudo, e invenção, ou plano, são acto posterior, que demonstra a precedencia da mesma resolução, restando somente a escolha do modo da execução. A existencia dos actos intermedios prova a dos actos anteriores, assim como que a resolução foi definitiva e irretractavel : do que é sensível e material, se demonstra o que é, em si mesmo, uma operação do espirito, e nada mais.

É indispensavel, porém, que os meios, ou plano, do crime tenham alguma cousa fóra do commum ou ordinario, e por fim diminuir a defesa, ou assegurar a execução por um modo especial, ou garantir a impunidade, para que a invenção ou instrucção dada por um dos co-réos, seja uma circumstancia aggravante pessoal ao inventor ou instructor.

Em regra geral, na hypothese deste n.º, quando o crime é commettido conjunctamente com outros indivíduos, a circumstancia é commum a todos, pois que, sem concerto previo sobre meios e fim, não podia ter logar a execução. A responsabilidade *solidaria* dos meios é um accessorio inseparavel da culpa, que respeita a todos os delinquentes. A iniciativa havia de partir de algum delles, e tão criminoso é aquelle, que a concebe, como aquelle, que a comprehende, que a delibera, e que a adopta.

Sómente, pois, como excepção, a iniciativa e regulamento dos meios, pôde, algumas vezes, demonstrar que o mesmo crime, considerado em relação a um dos co-réos, contem uma quantidade de *mal moral* superior.

A regra, por tanto, não só como distincta da premeditação, mas como de imputação individual, não nos parece conforme á verdade moral.

A regra só se pôde formular na especialidade de certos crimes, quando commettidos por muitos individuos, e, que por sua mesma natureza o não podem ser por uma só pessoa, e taes são a sedicção, a assuada, etc. Mas, mesmo nesses crimes, é então uma circumstancia aggravante especial delles, em relação a um dos co-réos, que teria cabimento na parte respectiva especial do Cod., e que o não devia ter na parte geral.

5.ª Commetter o crime acompanhado de outras pessoas, ou ter manifesta vantagem sobre o offendido, em rasão da idade ou do sexo; Art. 144.º; 162.º; §. 2.º; 165.º; 171.º; e 173.º; 174.º; 175; 176.º; 177.º; 178.º; 179; 180.º; 201; 263.º; 271.º; 277.º; 279.º, §. un., 283.º; 282.º; 284.º; e seg.; 428.º, n.º 2.º; 434.º, n.º 2.º; n.º 3.º; 436.º

O Cod. Hesp. Art. 10.º n.º 8.º diz :

« *Abusar da superioridad, ó emplear medio, que debilite a la defensa.* »

O Cod. do Braz. Art. 16.º §. 7.º diz :

« *Haver no offendido superioridade em sexo, forças, ou armas, de maneira que o offendido não podesse defender-se com probabilidade de repellir a offensa.* »

As circumstancias, de que tratam os n.ºs antecedentes, não são, como temos dito, outra cousa mais do que factos, que servem á demonstração da *premeditação*, ou designio formado antes do crime.

As de que trata o presente n.º são propriamente circumstancias do crime em si mesmo, considerado no seu objecto, e no momento da execução. Mas a do acompanhamento de outras pessoas se pode ainda referir á premeditação, por isso que a co-participação suppõe accordo ou concerto previo, e, consequentemente, um designio formado entre muitos antes da acção. — É esta, na essencia, a do ajuste, entre dous ou mais individuos, mencionado no §. 17.º do cit. Art. 16.º do Cod. do Braz.

A circumstancia do numero dos delinquentes, em relação ao mesmo crime pode sómente demonstrar, que existem, ou *co-authores*, nos termos do Art. 25.º, e todos devem ser punidos com a mesma pena, ou *cumplices*, nos termos do Art. 26.º, e então procede a favor destes uma attenuação na

pena, conforme ao Art. 88.^o, para os distinguir do author principal.

Assim não resulta contra este uma aggravação de pena, ainda que a sua punição seja effectivamente mais grave, comparada, não com as suas circumstancias pessoas, mas com a que resulta da cumplicidade.

O pensamento, porém, do legislador foi, abstrahindo da differença penal relativa á cumplicidade, assemelhar a força, que resulta do numero dos delinquentes, á que resulta da fragilidade da victima, em rasão do sexo ou da idade. Teve em vista punir o *abuso* da mesma força, e assim proteger a fraqueza contra a violencia, ou força maior.

ARTIGO 19.^o

6.^a Commetter o crime com auxilio de pessoas que facilitem a impunidade: Vid. os Art. cit. ao n.^o antec.

O Cod. Hesp. no Art. 10.^o; diz:

« Ejecutarlo *com auxilio* de gente armada, ó de per-
« sonas que aseguren a impunidade. »

São alli duas circumstancias distinctas, com quanto equiparadas, e comprehendidas em o mesmo n.^o — O character, que as constitue em circumstancias *geraes aggravantes*, não é o commettimento do crime por muitos, mas o de ser a reunião *armada*, e, por tanto, destinada a coadjuvar a acção criminosa, ou não armada, mas destinada, contra a acção da Justiça, a proteger o malfetor.

O simples concurso de muitos individuos, como fica dito, não é circumstancia aggravante do crime de nenhum dos co-réos, mas sómente, ou uma condição intrinseca, moral e material, da existencia do mesmo facto, quando exige a actividade de muitos individuos, não bastando a de um só, ou é uma prova de que o crime tem mais de um réo, como author principal ou como cumplice.

No presente n.^o, de duas disposições disjunctivas do Cod. Hesp., fez-se uma só, supprimindo-se a que respeitava á circumstancia de ser *armada* a reunião. — Esta suppressão não tem fundamento algum plausivel, e é o mesmo Cod., que, deslocadamente, ¹ assim o declara no Art. 177.^o §. un.

« É *sempre* aggravante a circumstancia de ser *armada* « a reunião. »

¹ Tanto o Art. 177.^o, como o 178.^o e seus §§., comprehendidos sob a epigrafe — *disposição geral* —, tinham aqui o seu competente lugar. — A boa ordem, e clareza das materias, assim como a distincção entre a parte *geral*, e a *especial*. do Cod. assim o exigiam. — Vid. comment. a esses Art.

Tanto esta, como a antecedente circumstancia, pondo de parte a sua significação redundante, ou exemplificativa, como indicadores da premeditação, poderiam ser substituídas pela 5.^a do Art. 37.^o do Cod. Pen. d'Austr. :

« S'il a été l'auteur, l'instigateur, ou l'agent principal
« d'un délit commis par plusieurs personnes. »

Accrescentando-se na tradução as palavras — *director*.
ou regulador — se satisfaria plenamente, e com toda a precisão e clareza, ao pensamento do Legislador.

ARTIGO 19.^o

7.^a Commetter o crime por dinheiro, ou por qualquer recompensa, ou promessa. Vid. os Art. cit. ao n.^o 1.^o; Art. 240.^o e §§.; Art. 318.^o e seg.

Concordam, quasi pelas mesmas palavras, o Cod. Hesp., Art. 10.^o, n.^o 3.^o, e o do Braz., Art. 16.^o, n.^o 11.^o

Não ha duvida, que esta circumstancia é uma, que agrava o mal moral, resultante do crime, com relação ao estado de corrupção e perversidade do malfetor, e que, por tanto, é causa justa de aggravação na pena, seja para se erigir pelo Legislador em elemento de incriminação, como se fez na nossa Ord., Liv. 5, tit. 35, §. 3.^o, seja para ficar, como regra geral, de applicação a arbitrio do Juiz.

Não ha procedimento mais vil, nem mais ignobil, do que a perpetração do crime, quando o braço, que descarrega o golpe, é o de um *torpe* mercenario. Sómente a alcivosia, por que priva a victima de se defender, se póde considerar uma circumstancias mais aggravante.

Pondo de parte os mercenarios, que justamente recebem o seu salario, como premio devido ao seu trabalho, de que vivem, e que é a origem e o fundamento de toda a propriedade, — « dignus est operarius mercede sua » — se a mesma virtude se desauthorisa, quando se pratica por interesse :

« Je dois mes premiers jours à la femme étrangere.

« Qui me vendit son lait et son cœur *mercenaire* » ¹
que deverá dizer-se do vicio e do crime, quando tem por incentivo semelhante motor?

Se o interesse é de *cobiça*, ou de *avareza*, faz ver no *criminoso* uma paixão baixa, que o torna incapaz de aspirar a cousa, que seja nobre e grande : se é de *ambição*, demonstra outro sentimento predominante, que lhe enche a

cabeça e cerra o coração. ¹ Em qualquer dos casos, a par da perversidade, provada pelo crime, apparece a maior perversidade, provada pela causa moral, que o produziu. Existindo, por tanto, maior gráo de enfermidade, ou antes uma complicação de doenças moraes, é preciso, ou usar do mesmo remedio penal em maior quantidade, ou buscar outro apropriado a esse estado.

Mas, se todos os crimes, em que póde dar-se esta circumstancia, presuppõe necessariamente um mercado, uma convenção, em que ha, de uma parte, a offerta do preço, e, da outra, a aceitação, tendo por objecto a prestação do facto criminoso, ella é, em si mesma, um meio preparatorio, quando externamente provado, que demonstra a *premeditação* em ambos os criminosos, no *designio formado* antes da acção. Por tanto, podia omitir-se; porque se reduz á premeditação, como acontece a respeito das circumstaneias, contempladas em os n.ºs antecedentes. ²

¹ Bastos coll. de pensamentos

² V. Pacheco Comm. ao ctt. n.º 3.º do Cod. Hesp.

ARTIGO 19.º

8.ª A obrigação especial que o criminoso tinha de não commetter, ou de obstar a que se commettesse o crime, ou de concorrer para a sua punição. Art. 135.º, §. 1.º; 136.º a 139.º; 143.º, §. un.; 152.º; 161.º; 163.º a 169.º; 192.º a 195.º; 203.º; 218.º; 224.º, n.º 1.º; 225.º; 229.º §. un.; 238.º; 249.º; 250.º; 284.º a 329.º; 333.º; 334.º §. 3.º; 345.º, §. 2.º; 347.º; 348.º; 355.º; 356.º, §. un.; 358.º, §. 4.º; 365.º; 372.º, e §§.; 375.º; 401.º a 404.º; 405.º; 415.º; 425.º e §§.; 461.º e §§.

Nos trez Cod. supracitados se omitta esta circumstancia, e os mesmos termos do n.º demonstram, que ella não devia ser incluída aqui, como circumstancia *aggravante* geral, e commun a todo e qualquer crime.

Não se trata dos actos de omissão ou de commissão, de que todos os individuos se devem *geralmente* abster, mas da violação de uma *obrigação especial* á pessoa do delinquente, com relação a determinado facto, negativo ou positivo.

Era, pois, na parte *especial* do Cod., que essas *especies* deviam ser incriminadas e tratadas, e de facto o foram, em grande parte, e desde logo a circumstancia derivada da posição especial do delinquente, com relação ao preceito ou prohibição da Lei, se tornou elemento constitutivo de incriminação.

Todavia, como não foi possível, ou muito difficil, que a particular consideração do Legislador fosse completa na parte especial do Cod. para semelhantes casos, a disposição deste n.º supprime esta deficiencia; e se torna, consequentemente, de alguma utilidade pratica.

Deve, porém, advertir-se, que a *obrigação especial*, de que aqui se trata, não se entende, nem da obrigação *moral*, nem da obrigação *religiosa*. Da *moral*, porque as Leis sociaes

sómente se occupam della, quando a tomam por base de uma obrigação positiva, e, por tanto, como elemento essencial da disposição legislada; da *religiosa*, porque a infracção das obrigações *especiaes* impostas pela Religião, tem o seu correctivo nas penas espirituaes, ou disciplinares da competencia da Igreja, excepto, igualmente, quando a mesma Lei a toma por fundamento de uma providencia especial, como se praticou no Cod. Art., 130, e §. 1.º¹, e Art. 135, não se distinguindo, com tudo, os estrangeiros dos portuguezes, nos casos do mesmo Art. 130.º, §. 3.º, Art. 131.º, 132.º, 133.º, e 134.º.

Assim, com quanto um catholico, nacional ou estrangeiro, residente em Portugal, tenha uma obrigação *especial* de respeitar a Religião do Estado, porque é a mesma, que professa, tem a mesma pena que o mouro, o judeo, ou protestante, que, por actos de violencia, ou desacato, a offender.

Não se pune a offensa feita á Religião, mas a que se dirige contra a Sociedade, na infracção e perturbação da ordem social, na primeira das suas instituições, a mais inviolavel e constitutiva da sua existencia moral e politica.²

Ninguém, estabelece a Carta, é obrigado a fazer, ou a deixar, de fazer o que a Lei positiva não manda, ou não prohibe; e o que se diz do facto, negativo ou positivo, diz-se precisamente nos termos restrictos da *obrigação* legislada, que não passa de *geral* a *especial*, sem declaração expressa a determinado individuo, em designada posição, situação, ou qualidade, previstas pelo Legislador.

¹ Mesmo nas hypotheses, a que este §. se refere, não ha *diminuição* na *penalidade* (prisão e multa), mas *substituição* por outra, que, ao contrario, é *inconsiderada* entre as *maiores* (expulsão temporaria do reino).

² Não nos parece, pois, admissivel o exemplo adduzido pelo sr. Levi no seu Commentario, tom. 1, pag. 34.

ARTIGO 19.º

9.º Ser o criminoso empregado público, civil, militar, ou ecclesiastico. Art. 20.º, n.º 11.º; 21.º; 58.º, §. un.; 62.º, e §. un.; 63.º; 79.º, §. 5.º, e 6.º; 129.º, §. 4.º; 135.º, §. 1.º; 136.º a 140.º; 143.º, §. un.; 152.º; 157.º; 158.º; 161.º; 192.º; 218.º; 224 e 225.º; 250.º; 284.º; a 327.º; 358.º, §. 4.º; 398.º n.º 2.º; 465.º.

Este n.º, para ser entendido por maneira, que fique em concordancia com os principios da justiça moral, deve restringir-se aos crimes ou delictos, embora communs, mas em que se não póde abstrahir a qualidade de homens da de empregados, ou por que, para os praticarem, se *prevaleceram* da influencia, ou facilidade, que não teriam, se o não fossem, segundo a frase do Cod. Hesp., Art. 10.º

« *Prevaler-se* del caracter publico, que tenga el culpable » ou do Cod. do Brazil :

« O *abuso do poder* dos empregados publicos nestes delictos será considerado circumstancia aggravante » comprehendendo assim toda a influencia, directa ou indirecta, ou abuso, tanto material como moral.

De outro modo a disposição ficaria contraria ao Art. 145.º §. 12.º da Carta, por isso que a Lei penal iria ferir-os com desigualdade, como homens, e como cidadãos.

Os empregados publicos contraheem, além dos deveres communs, o dever especial : 1.º de satisfazer para com a sociedade as attribuições de seu cargo ou officio : 2.º de não abusar dellas, ou do seu caracter, para fins estranhos ás suas funções.

Este *abuso*, ou e considerado crime em si mesmo, e então deixa, em relação a elles, de ser circumstancia geral aggravante, por haver sido tomado pelo legislador, como elemento constitutivo de incriminação especial, entrando assim

na ordem dos crimes, a que Mello Freire chamou *privilegiados*¹, como são os contemplados no Cod., Art. 336.^o e seg., a respeito dos ecclesiasticos, e largamente, quanto aos empregados publicos, desde o Art. 284.^o até 327.^o *inclusive*, de que se podia formar um *Cod. especial* para o functionalismo, ou é considerado, na falta de incriminação especial, como circumstancia aggravante de outros crimes.

Mas, em ambos os casos, a especialidade da incriminação, ou da aggravação, justifica-se pela violação do dever especial, pelo *abuso*. Assim o Ministro de Estado, o Juiz, ou Governador militar, que induz, ou seduz, para fins deshonestos, uma mulher casada, solteira, ou viuva, não deve sofrer maior pena, que outro qualquer seductor.

Porém, se para conseguir o seu impuro intento, se prevaleceu da sua posição ou character, em razão de negocio pendente, ou de sujeição, a imputação é, e deve ser, certamente, maior.

Conforme á regra estabelecida no n.^o antecedente, para, com abstracção da lei commun, um delinquente, poder ter contra si uma circumstancia aggravante, derivada da sua mesma pessoa, é necessario, como vimos, que haja lei que lhe estabeleça a obrigação *especial*, com relação a determinados factos, positivos ou negativos.

Todavia, não considerámos segura esta nossa interpretação, por que é possível, que outras idéas dominassem o Legislador na redacção do presente n.^o,² tomando talvez por modelo o Cod. Hesp. de 1822, Art., 106.^o, que havia determinado, que seria reputada circumstancia aggravante a *maior dignidade do delinquente, e suas maiores obrigações para com a sociedade.* »

Esta doutrina, porém, havia sido reprovada no Cod. Fr., Art. 198, aonde especialmente foram mandadas aggravar as penas impostas nos crimes commun, em que participassem os empregados publicos, *quando estejam encarregados, por dever do seu officio, de os vigiar ou reprimir*, — constituindo assim a consagração de outra idéa, que era um meio ter-

mo, entre a doutrina do Cod. do Brazil, e Hesp. de 1848, e a do Cod. Hesp. de 1822.

Na discussão, que houve no Conselho de Estado sobre o Cod. Fr. de 1810, tinham os oradores do Governo ponderado¹, que mais um homem é elevado em dignidade, mais graves são os crimes commun, que elle commette: que a melhor educação, que recebeu; o conhecimento mais familiar dos principios da Lei, e dos sagrados deveres de cidadão; dos limites, que a justiça prohibe ultrapassar: o torna mais culpado, que outro homem pouco instruido, educado com pouco esmero, e que, muitas vezes, tem na sua pobreza o incentivo da infracção dos seus deveres moraes. Não pareceram, porém, concludentes semelhantes ponderações.

Todavia, Berlier acrescentou, que era difficil não considerar, como mais culpado aquelle, que, sendo encarregado pela Lei de reprimir os maleficios, ousava commetter-os elle mesmo. Esta foi, pois, a consideração capital, que motivou a disposição do Art. 198.^o do Cod. Fr., com a sua restricção.

Dessa restricção concluem os interpretes, ² que, tractando-se de maleficios, commettidos por funcionarios fóra do territorio, em que tem jurisdicção; e que é estranho á sua missão vigiar, prevenir, ou reprimir: entram os delinquentes na disposição do Direito commun. Taes conclusões, porém, não são possiveis, entendido este nosso n.^o 10.^o nos restrictos termos das suas palavras.

Lamentámos, pois, ou a doutrina, ou a redacção. Deve tomar-se em conta, pelas mesmas razões de M. de Noailles, que, partindo-se da supposição, de que os empregados publicos tem uma educação mais apurada, que o commun dos homens: e são, por isso, mais reprehensiveis: o argumento é falso; por que prova de mais. Seguir-se-ia, que o mesmo principio devia ser ampliado a todos os cidadãos, que tivessem uma instrucção, ou educação, não vulgar.

É falso; por que leva a uma conclusão diametralmente contraria. A maior sensibilidade nasce e cresce no homem na razão directa do maior desenvolvimento das suas facul-

¹ 4

¹ Ens. do Cod. Cr. tit. 1.^o § 7.^o

² O sr. Levi assim o entendeu; concluindo — *Dura lex, sed lex.* — É possível que outros interpretes assim o entendam tambem. Nós, porém, pouparamos ao Cod. uma interpretação absurda.

¹ M. Berlier, 6 de fevereiro de 1810, e M. de Noailles, 16 do mesmo mez e anno. Estas razões somente podem authorisar a aggravação, não contra todos, mas somente contra certos. Não podem, por tanto, authorisar uma regra geral, mas restrictamente uma excepção.

² Sulpici, e outros.

dades intellectuaes : donde se segue, que de menos quantidade de pena, em determinado crime, lhe resulta então maior impressão afflictiva, que para o commum dos homens.

A pena ordinaria do crime, que a Lei julgou sufficiente para estes, é excessiva para aquelles, e todo o excesso penal é injusto por desnecessario, e, como tal, se não contém nos strictos limites do direito de punir.

É falso; por que a instrucção e a educação apurada não é inherente á qualidade de empregado publico, mas á qualidade e natureza do serviço, que se presta, e das habilitações, que este demanda, ou que se exigiram, para o provimento do officio ou emprego.

Um porteiro, um guarda de policia, um soldado, um official de diligencias, um carcereiro, um sachristão, ou um minorista, não se confundem com o magistrado, como o Bispo, Juiz de Direito, General, Conselheiro d'Estado ou do Supremo Tribunal de Justiça.

A intelligencia, que damos a este n.º, parece ser a verdadeira, em vista do que se determina no Art. 333.º

« As disposições dos Art. antecedentes, são applicaveis « aos empregados publicos, que commetterem este crime *fora* « do exercicio de suas funcções. »

Nem póde haver rasão alguma, para, com justiça, se aggravar a pena contra os empregados a respeito dos crimes communs, e que commetterem sem relação alguma de preponderancia, ou de abuso, no exercicio do seu emprego; porque o elemento moral e material dos mesmos crimes não muda de especie, nem de natureza, e á mesma qualidade e quantidade de mal, deve corresponder a mesma qualidade e quantidade de remedio penal.

Sómente as autoridades superiores administrativas, os magistrados, os ecclesiasticos, os professores de instrucção moral e religiosa, sendo especialmente obrigados a dar exemplo de bons costumes, poderiam merecer uma punição mais severa : mas, para os ecclesiasticos, se deve ter em conta as punições, que lhes hão de ser irrogadas pela authoridade competente, e para os outros, nas consequencias legais da demissão, suspensão, ou outras correções, impostas disciplinarmente, se encontra quanto é bastante, para que sintam maior repressão, que qualquer cidadão, sem que o Cod. a formule, por meio de uma regra geral, de aggravação, que, por semelhante fórma, ficaria duplicada, ou repetida.

Assim, se devesse ser tomada em consideração no criminoso, ou delinquente, a sua qualidade de funcionario publico; e ainda, concedendo-se, que essa simples qualidade especial, com abstracção, ou não, da natureza do crime, o devesse tornar mais digno de castigo, que o commum dos homens, em igualdade de circunstancias, quanto ao crime, em si mesmo; e de tudo houvesse de se tirar por conclusão um castigo mais severo; a justiça, e a logica, do legislador ficariam, mais que plenamente satisfeitas, sem necessidade de converter em preceito legislativo semelhante circumstancia; porque o funcionario publico, commettendo qualquer crime ou delicto, de uma certa gravidade, soffre necessariamente, além da pena commum, e como effeito della, nos termos dos Art. 53.º, 54.º, 55.º, 56.º, e outros, a *perda*, ou a *suspensão*, do seu emprego, o que é realmente para elle uma aggravação com outra penalidade, *especial*, como a caracteriza o Cod. no Art. 31.º, e verdadeiramente *afflictiva*, nos termos do Art. 24.º do Cod. Hesp.

Em conformidade com o n.º 11 do Art. 20.º, e com o Art. 21.º, é uma circumstancia, que acompanha o crime, ou delicto, derivada da qualidade ou posição pessoal do malfector, a de ser funcionario publico; que, em lugar de augmentar, diminue, nos crimes communs, a sua culpabilidade, com relação á pena; porque, antes da execução della, e desde que a sentença passar em julgado, já tem soffrido uma penalidade, na perda ou suspensão do emprego : donde, para a consciencia do Juiz, dos jurados, e do homem justo, longe de ser semelhante circumstancia erigida em aggravante; com mais rasão o deveria ter sido entre as atenuantes : ou, pelo menos, guardar-se silencio no Cod. a semelhante respeito, nesta parte, em que se trata dos crimes em geral; ficando para ser contemplada especialmente, ou seja para se remittir, ou prescindir de, uma pena commum; ou para esta se accumular, como accessoria ou como effeito; ou para ficar a punição nos restrictos termos da igualdade penal relativa aos mais cidadãos.

Assim o praticou o mesmo Cod., como veremos em diferentes Art. do 2.º Liv. — Em ultima analyse, por tanto, a doutrina deste n.º, collocada neste logar, além de contraria á justiça, e á verdade e realidade moral dos factos, é repugnante e inutil.

ARTIGO 19.º

10.^a Ser o offendido parente ou affim do criminoso até ao segundo gráo por Direito Civil, ou ser, ou ter sido seu mestre, tutor, amo, ou de qualquer maneira seu superior. Art. 124.º, §. 3.º; 197.º, §. 3.º; 261.º; 321.º, §. un.; 340.º, e 341.º; 345.º, §. 2.º; 347.º, e 348.º; 335.º, e 356.º; 358.º e §§.; 365.º; 372.º e §§.; 375.º; 398.º, n.º 1.º; 2.º; 3.º; 461.º e seg.; 405.º, §. 1.º e 2.º; 415.º; 427.º; 425.º, n.º 1.º, 2.º, e 3.º; 431.º, n.º 1.º, 2.º, e 3.º; 461.º, §. 1.º, 2.º

O Cod. Hesp., Art. 10.º, colloca esta circumstancia, como a primeira, nos seguintes termos:

« Ser el aggraviado ascendiente, descendiente, conjuge, « hermano, ó affin en los mismos grados del offensor. »

O Cod. do Brazil apresenta, em parte, a mesma idéa no Art. 16.º, §. 7.º, pela seguinte fórmula:

« Haver no offendido a qualidade de ascendente, mes- « tre, ou inferior do delinquente, ou qualquer outra, que o « constitua a respeito deste na razão de pai. »

O estudo das relações entre agente e o paciente de um maleficio, ao tempo, em que elle se commette, faz ver ao Legislador a possibilidade de existirem taes relações, de um modo especial, em razão de parentesco, ou de alliança, de autoridade ou de direcção, moraes, de tutela, protecção, subordinação ou confiança.

Estas relações, tanto podem constituir causas de aggravação, como de attenuação.

Assim os vinculos de parentesco, ou de alliança, suppõe até certo ponto, e mais ou menos, segundo as circumstancias, uma certa communhão de bens, não porque a Lei a authorise, mas *de facto* e no trato ordinario da vida particular e domestica, e dahi se conclue a attenuação das penas em crimes contra a propriedade.

Em casos de furto, o Art. 431 do Cod., chega a declarar-os não puniveis, ou não sujeitos á acção criminal, entre conjuges, ascendentes, descendentes, ou affins no mesmo gráo, ou ainda entre irmãos, dadas certas circumstancias: e o mesmo acontece, quanto á participação entre marido e mulher, pai ou mãe e seus filhos impubres, nos casos de *mendicidade*, Art. 261.º; e, quanto á violação do segredo de cartas, por marido, pai, ou tutor, Art. 461.º, §. 1.º

As relações de serviço e de confiança, entre amo e creado, dão pelo contrario em resultado uma aggravação de penalidade, como se vê do Art. 398.º, §. 3.º, e 425.º, n.º 1.º e 2.º: 461.º, §. 2.º; e outros.

Em summa, é a medida *do dever* na pessoa do agente, e *do direito* na pessoa do paciente, o que é preciso ter em consideração. Sempre que das relações entre estas duas pessoas se derivar um dever mais rigoroso no agente, e um direito mais inviolavel no paciente, a culpabilidade é maior: ella diminue no caso inverso.

Estas relações, pois, não podem influir de um modo tão abstracto e absoluto, sobre a culpabilidade, que o Legislador possa prevê-la e precisal-a em regras, ou regra geral, como aqui faz, e se praticou nos Cod., do Brazil, Art. 16.º, §. 7.º, e Hesp. Art. 10.º

A aggravação ou attenuação depende da diversidade dos delictos e situações das pessoas, por fórma, que deve ter cabimento, não na parte geral, mas na parte especial do Cod. Assim se vê feito nos demais Cod., e, entre elles, no Cod. Fr., Art. 299.º, 302.º, 312.º, 323.º, e 324.º, relativos a homicidio e ferimentos: no Art. 333.º, 334.º, e 335.º, relativos e diversos delictos contra a honestidade; no Art. 350.º e 353.º, relativos á exposição ou abandono de um menor de 7 annos; no Art. 380.º, 386.º, e 408.º, relativos a roubos, furtos, e abusos de confiança.

A redacção, por tanto, synthetica, abstracta, e absoluta, da circumstancia mencionada neste n.º 1.º, como sempre aggravante, é *desgraçada e erronea*.¹

Inspirada por um sentimento nobre, é, comtudo, concebida em termos tão geraes, que fica em contradicção com outros sentimentos igualmente racionais e outros Art. do Cod.

¹ Assim qualifica o Commentador Pacheco o correspondente n.º 1.º do Art. 10.º do Cod. Hesp., firmando-se em considerações analogas. Igual doutrina expõe Ortolan, Elem. de Dir. Pen., tom. 1, pag. 213 e 214.

Accresce 1.º que este n.º não comprehendu os *conjuges*, como se praticou no Cod. Hesp., e desta omissão resulta uma conclusão repugnante. É esta a de que o *conjugue*, que offender o irmão do seu consorte, deve ser punido com aggravação, mas se offender esse mesmo seu consorte, não sofre mais que a pena ordinaria, ou, como está estabelecido em certos delictos, fica inteiramente impune, cit. Art. 431.º¹

2.º A desarmonia deste n.º com o Art. 365.º. Em quanto aqui se contempla, como circumstancia *aggravante*, a offensa feita aos parentes ou affins até ao 2.º grão por Direito Civil, alli se igualam ao pai ou mãe, legitimos ou naturaes, todos os ascendentes.

Assim, em quanto a offensa ao bisavô pelo bisneto, nos termos deste n.º, não é circumstancia *aggravante*, pelo Art. 365.º é mais que *aggravante*, porque essa offensa é igualada á que se fizer a pai, ou mãe!²

¹ A communhão de bens entre conjuges não impede a offensa commettida pelo furto quanto á administração e menção do marido; e não pode servir de excusa completa nos casos exclusivos da mesma communhão, ou condominio, como nos de casamento por dote, ou pacto antenupcial em contrario.

² Não fazemos mais nesta observação, que reproduzir a opinião do nosso illustre collega, o sr. Mello e Carvalho, emitida no discurso, que pronunciou na Camara dos Deputados, em sessão de 8 de Abril de 1853. Eis as suas palavras:

« No Art. 19.º, n.º 10.º, quando falla das circumstancias *aggravantes*, se prescreve, que é circumstancia *aggravante*, se o offendido for « parente ou affim do criminoso ate ao segundo grão por direito civil. « Note-se, porem, que no Art. 365.º ao pai ou á mãe legitimos ou naturaes, são equiparados os ascendentes legitimos, devendo impôr-se ao « offender a mesma pena, que pode ser *aggravada* conforme as circumstancias. Uma disposição considera todos os ascendentes iguaes; outra « exclue desta igualdade os que estiverem fóra do segundo grão por direito civil. Como conciliar estas duas disposições?

« O Art. referido 365.º equipara o ascendente em qualquer grão ao « pai ou mãe: a offensa a estes é circumstancia *aggravante*; mas deixa « de ser pelo n.º 10 do Art. 19.º, se o ascendente estiver fóra do segundo grão! Por direito civil em que grão está o bisavô em relação ao « bisneto? Aqui temos que a offensa feita pelo bisneto ao bisavô não é « circumstancia *aggravante* não obstante serem todos os ascendentes equiparados para o soffrimento de igual pena imposta aos descendentes « offensores. (Uma voz — O código lá diz. ou seu superior). Seu superior! Pois o ser mestre, tutor, amo, ou de qualquer maneira seu superior, pode-se nunca referir ao bisavô? Isso não esperava eu ouvir.

« A falta de harmonia é manifesta, porque n'uma disposição é equiparado o bisavô ou qualquer ascendente ao pai ou mãe, n'outra são « excluidos os parentes que estiverem fóra do segundo grão por direito civil. Concilie estas disposições quem poder e quizer, que não tomara « rã sobre si facil empresa.»

ARTIGO 19.º

11.º Commetter o crime, tendo recebido beneficio do offendido, ou com offensa ou desprezo do respeito que, por sua dignidade, idade, ou sexo, elle merecer; Art. 132.º; 163.º; e seg.; 181.º; e seg.: e outros.

Com abstracção de facto algum criminoso, a ingratição em si mesma, diz Bastos, Coll. de *Pensamentos* — « é uma falta « de probidade, uma baixaza, um delicto. »

A lei penal, os tribunaes, devem, pois, ser inexoraveis para com os delinquentes ingratos. — São monstros da especie humana, ainda que não sejam raros; é mais facil aos homens, queixar-se amargamente, e, muitas vezes, desapiedadamente, o desafrontar-se, dos actos de injuria, offensa, provocação mesma, do que lembrar-se dos de benevolencia, ou de soccorro, que mutuamente se distribuem. — Aquelles fazem muita bulha, causam alarma, aballo, na sociedade; estes passam inapercebidos, ou mal se presentem.

« On ne se souvient que du mal,

« On ne voit que des ingrats dans ce monde

« L'injure se grave en metal,

« Et le bienfait sur l'onde.

Todavia, é consoladôr para a humanidade, que, sendo implacavel, e constante, a guerra da ingratição contra a benelencia, esta marcha sempre triumphante, por tal fórma, que, se por ella, abstrahindo-se das regras da imputação individual, podessem compensar-se os crimes, que se commettem, comprehendidos os impregnados da ingratição, todos elles seriam relevados, e ficariam impunes.

São fundamento desta disposição, ainda como na do n.º antecedente, as relações, que existem entre o agente e o paciente, e que fazem nascer, para um, o dever mais forte, e para outro, o direito mais respeitavel, as que produzem uma causa de aggravação contra o malfetôr.

Tudo se reduz á synthese do Cod. d'Austr. Art. 36.º:

« En général un délit est d'autant plus grave.... que les « devoirs ont été plus fortement violés. »

A materia deste n.º, como exemplo deste principio, é de uma incontestavel verdade moral; — é mesmo comprehendida em o n.º 8, por isso que o beneficiado, além da *obrigação geral*, tinha um *dever especial*, de não offender o seu bemfeitor. — Não retribuir, se se pôde, o beneficio; esquece-lo; é já uma deshonra: mas contrapôr-lhe o maleficio, é o requinte da infamia.

Com a segunda parte do n.º concorda, por outras palavras, o Art. 10.º n.º 20.º do Cod. Hesp. e quanto á idade, o Art. 16.º §. 5.º do Cod. do Braz. ¹

ARTIGO 19.º

12.^a Ser o crime commettido por um preso, ou contra um preso; ou contra o que está sob a immediata protecção da authoridade. Art. 190.º, e seg.; 291.º, n.º 1.º, e seg.; 292.º e n.º 293.º

Cumpre distinguir as tres especies comprehendidas neste n.º

1.^a Ser o crime commettido *por um preso*.

Os termos absolutos, e vagos desta proposição, abstrahindo-se inteiramente da pessoa do paciente, do crime que se commette, e tomando-se unicamente a situação do agente, no estado de prisão, qualquer que esta seja, não nos parecem conformes á verdade synthetica nem moral.

Se se tracta de crimes commettidos no estado de mera detenção; por divida ou responsabilidade civil; se com elles se não perturba a boa ordem policial das prisões; se o preso, estando-o por crime, é delle absolvido; se os factos tem logar pelo contacto e comunicação com outros presos, agglomerados em um e mesmo aposento; se é impossivel deixar então de se conhecer a influencia malefica, que esta situação, creada pela imprevidencia ou desleixo dos governos, deve exercer sobre a actividade moral e material dos presos; se os crimes são occasionados por esse mesmo contacto com os outros presos; se são taes, que tendem a libertar o agente da prisão, em que se acha, sendo assim não *fim*, mas *meio*, ou de fugir a uma condemnação, ou de evitar uma expiação; se finalmente são a miseria, as privações pessoas, ou familiares, do preso, as que provocam os mesmos crimes; longe de se achar na simples situação do preso uma circumstancia aggravante, se encontrará uma causa mais que justificada para uma attenuação da pena.

A nossa Ord. do Liv. 5.º tit. 35.º §. 6.º, mandava aggravar a pena de qualquer ferimento commettido por um pre-

¹ Já na Ref. Jud. Art. 854.º n.º 4, eram só comprehendidas entre os crimes particulares aquellas injurias reaes, escriptas, ou verbas, que não fossem qualificadas por alguma circumstancia, que lhes augmentasse a imputação em razão da pessoa, tempo, logar, e modo.

Veja-se a este respeito a excellente Nota do Sr. Neto, um dos Magistrados collaboradores do Cod.

so, mas para essa aggravação era preciso o concurso de duas circunstancias; 1.^a que fosse *de proposito*; 2.^a que fosse em pessoa, que estivesse na cadeia.

A aggravação, por tanto, só tinha logar pela aleivosia e premeditação, e não o tinha, se o preso commettesse o crime de dentro para fóra da cadeia, quer o crime fosse real, quer pessoal, no seu objecto.

A situação, pois, ou estado do preso, é, ou indifferente, ou causa de aggravação, como demonstrativa de maior perversidade, ou causa de attenuação, ou até de cessa completa: e assim, dependente de uma appreciação complexa, com relação a determinadas hypotheses distinctas, não pôde, com verdade moral, ser erigida em circumstancia aggravante geral, como aqui se fez.

Nenhum dos Codigos, que servem de modello, na designação geral de circumstancias aggravantes, comprehendem a de que se trata; que, alem disso, tem o defeito de forçar o Juiz na aggravação da pena, sem avaliar todo o alcance e significação moral da verdadeira imputação, que pôde resultar de uma situação, a que o agente pôde não ter dado causa, nem remota, e que pôde não ter correlação alguma com o delicto.

2.^a Ser o crime commettido *contra preso*.

Ainda é inexacta, em *these geral*, esta circumstancia. É falsa, quando o crime é commettido *entre presos*: 1.^o porque as relações respectivas, entre agente e paciente, são iguaes, e, portanto, se neutralisam reciprocamente, com relação a determinado crime: 2.^o por que a causa remota dos crimes praticados nas cadeias, é a não separação dos presos em prisões, ou cellas distinctas. ¹

Isto quanto ás offensas, corporaes ou pessoas, directas; porque, se forem crimes contra a propriedade do preso, ou

¹ « La prison n'est-ce pas l'hôpital où la guérison doit être opérée ? » (Bonneville Reg. Pénit Liv. 3. Tit. 2. Cap. 1.) Logo a causa remota do crime, de um preso contra outro preso, vem dos *médicos*, ou dos *enfermeiros*, desse hospital. O crime não teria acontecido entre presos, se fossem tractados separadamente, para se não contaminarem reciprocamente. E hade o Estado aggravar o castigo, em rasão de uma falta, de que o Estado, por intermedio dos seus agentes, é a primeira causa? Essa aggravação é absurda, como seria curar em outrem a doença propria, ou fazer-lhe pagar integralmente o damno causado, que tem a origem principal na propria culpa, ou negligencia.

contra os seus direitos de familia, a consideração de que o agente se prevalece da situação do paciente, e assim o accommette, quando não pôde defender nem vigiar os seus interesses, denota um grau de perversidade digno effectivamente de maior repressão, mas, para isso, é preciso, que se prove, pela natureza do facto e suas circumstancias, que existia opportunidade criminosa, derivada da mesma situação; pois, se foi indifferente para o crime, não pôde ser causa de aggravação.—

Se o crime não é commettido *entre presos*, mas por pessoa, não presa, de dentro ou de fóra da prisão, e a offensa é pessoal, não ha duvida, que é *sempre* uma circumstancia aggravante geral; mas a *these*, nos termos genericos, em que se acha concebida, é então inadmissivel: 1.^o como redundante, por isso que está comprehendida na ultima parte deste mesmo n.^o; 2.^o porque é um genero distincto de criminalidade especial, que se deve considerar, e effectivamente é considerado em diversas hypotheses, na parte especial das imcriminações.

3.^a Ser o crime commettido contra o que está sob a immediata e especial protecção da autoridade publica.

Esta causa de aggravação geral, em qualquer crime, é de toda a justiça: 1.^o por que denota o estado de desvalimento, e de indefeso da parte do paciente: 2.^o porque importa uma offensa, um menoscabo, da autoridade publica.— Há-se, da parte do agente, uma violação mais forte dos deveres, do que no mesmo facto criminoso, em circumstancias communs e ordinarias: — *Les devoirs ont été plus fortement violés.* ¹

Se a pessoa e bens do paciente se acha collocada debaixo da immediata e especial protecção da Authoridade Publica, é uma consequencia logica dessa protecção legal, a maior protecção penal, em favor da mesma pessoa. Toda a infracção, qualquer que ella seja, importa então, em si mesma, com abstracção do crime, uma violação dos deveres de cidadão, pela perturbação da ordem social.

Esta violação de deveres manifesta o estado de corrupção, ou de *mal moral*, que é preciso combater pelo remedio penal,

¹ Cod. d'Aust. Art. 36.^o; Ortolan cit. tom. 1.^o pag. 213.
VOL. I.

ARTIGO 19.º

13.^a Commetter o crime em estrada ou logar ermo; e bem assim em casa destinada a habitação, ou em edificio destinado ao culto religioso, ou em acto publico do culto religioso, ou nos paços reaes, e nas repartições publicas, ou na presença de qualquer autoridade publica exercendo suas funcções. Art. 160.º, 169.º; 179.º; 180.º; 181.º, §. 1.º e 2.º; 182.º; 185.º; 186.º; 186.º; 199.º; 202.º; 203.º; 247.º; 294.º; 345.º; §. 1.º; 346.º; 377.º, n.º 1.º; 380.º; 390.º; 396.º; 404.º; 407.º; 411.º a 414.º; 419.º; 420.º; 426.º, n.º 4.º, e 5.º; 428.º, n.º 1.º e 2.º; 432.º, n.º 2.º; 434.º, n.º 1.º e seg.; 445.^a; 441.º; 466.º; 467.º; 471.º; 476.º n.º 1.º; 486.º

Concorda o Cod. Hesp., Art. 1.º, n.º 19.º, e o cit. Art. 854 da Ref. Jud.¹

Concorda mais, quanto ao *logar ermo*, o Cod. do Braz. Art. 16, §., e o Hesp., cit. Art. n.º 16.

Mas todas estas circumstancias foram contempladas na parte especial do Cod., nos crimes, a que podem dizer respeito; e desde então assumiram o caracter de elementos constitutivos de incriminação, e tornaram completamente inutil a sua designação aqui, como regra geral.

Em seus competentes logares, pois, serão por nós apreciadas.²

Devido sómente notar-se desde já; 1.º que estas circumstancias, como a de ser o crime commettido em logar

¹ Veja-se tambem, sobre a legislação patria, a cit. nota do sr. Neto.

² Pode, contudo, ser consultado o Comment. do sr. Levi, tom. 1.º a pag. 57 e 58.

ermo, não podem, por sua mesma natureza, ser consideradas entre as *aggravantes gerues*.

Assim o reconheceu o Decr. Hesp., de 7 de Junho de 1850, Art. 5.º, acrescentando-se por isso na segunda edição do mesmo Cod. as palavras:

« Esta circumstancia lá tomaran en consideracion los « Tribunales, segun la naturaleza y accidentes del delicto. »

2.º que, em todos os Art. do Cod., em que especialmente foram contempladas as circumstancias enunciadas neste n.º, como aggravção, ou como elemento constitutivo de incriminação, que todas se reduzem á *do logar*, em que se praticou o facto, se teve em vista, não a maior violação de deveres moraes, mas a *maior perversidade*, que o concurso da circumstancia demonstra.

Por ex., no furto commettido *em logar sagrado*, manifesta-se uma tendencia, e uma resolução tão firme, nesse genero de crime, que nem a presença dos objectos do culto, e as idéas associadas, que elles inspiram, poderam influir, para que o criminoso se abstivesse do crime.

O crime fica essencialmente, como attentado á propriedade alheia, mas muda de especie, quanto á pena, e assume uma natureza *composta*, quanto á apreciação do elemento moral.

E sempre o mesmo principio, o mesmo fundamento, a *maior enfermidade moral*, que, no *mesmo genero* de maldade, manifesta o criminoso pela circumstancia *do logar*, que a justifica para base da incriminação ou contemplação especial do Legislador.

O ladrão não duvidou, na sua obsecação e intenção malefica, afrontar a publicidade, a sanctidade, ou a inviolabilidade e respeito, dos logares, que escolheu para theatro dos seus maleficios!

Estrada, tribunal, paços reaes, templo, ou casa de habitação, nada lhe mereceu attenção!

Além da intenção malefica, não o demoveu do crime a idéa da vileza e cobardia, commettendo-o na solidão de um deserto, abdicando assim todo o sentimento de generosidade e de humanidade!

Os antigos criminalistas explicavam, em taes casos, a aggravção da pena pela *violação de mais de um pacto*. Diziam, por ex., que no homicidio commettido no templo se devia aggravar a pena, porque o criminoso violava dous pactos com

o mesmo crime, um, na obrigação de não attentar contra a vida dos homens, outro, na do respeito devido ao culto da religião do paiz.

Não é assim. A natureza do crime qualifica-se pelo fim intencional do criminoso: as circumstancias accessorias do tempo, do lugar, ou do modo, não alteram o elemento material, servindo unicamente para ampliar, ou modificar, pela apreciação do elemento moral, o gráo de enfermidade, para se lhe proporcionar o remedio da pena.¹

Nem sempre o numero das violações, mas sim a qualidade dellas, faz ver o maior, ou menor, gráo de perversidade do malfeitor.

Póde haver maior crime, e, portanto, necessidade e justiça de maior pena, ou de aggravação della, em consequencia de uma só violação de dever, do que da violação de muitos deveres.

As violações são factos, que demonstram a existencia de um violador. Saber quem elle seja, é o primeiro cuidado da Justiça criminal; avaliar, depois, na presença dessas violações o seu estado de corrupção moral, é o segundo, satisfeita, antes de tudo, a reparação do damno material, se algum existe, e que reparavel seja, que, em todo o caso, não depende dessa apreciação.

14.^a Commetter o crime de noite, ou na occasião de incendio, naufragio, terremoto, ou outra calamidade publica, ou desgraça particular do offendido. Art. 294.º; 377.º; n.º 1.º; 426.º, n.º 2.º; 428.º, n.º 2.º.—C. Const. Art. 145.º §. 6.º

Commetter o crime *de noite*, é uma circumstancia especial de certos crimes; tambem, por tanto, não póde ser qualificada, como circumstancia *geral* de qualquer crime: pelo contrario, crimes *ha*, que, commettidos *de dia*, são mais aggravantes, que os commettidos *de noite*; e outros, em que a mesma circumstancia é absolutamente indifferente.

Que um domestico furtive, ou alguém frabique notas ou moeda falsa, de dia ou de noite, é indifferente; já não é assim no assassinato, ou no roubo; por que o perigo é maior: injuriar alguém em pleno dia, ou de noite, póde ser, ou não, indifferente; por que a maior ou menor publicidade póde dar-se, tanto n'uma, como n'outra occasião; mas um ataque ao pudor, feito em pleno dia, em lugar publico, é mais aggravante, que o mesmo crime, commettido no mesmo lugar, mas de noite; por que, neste segundo caso, o arrojo do agente, e o escandalo, é muito menor.

Por tanto, esta circumstancia, como causa de aggravação geral, é inexacta, porque deve ser apreciada especialmente pelo Legislador, nas hypotheses, a que tenha applicação.¹

Todavia, concordam o Cod. do Braz. Art. 16.º §. 1.º; e o Cod. Hesp. Art. 10.º n.º 15.º²

¹ Veja-se porém a cit. Nota: e o Comm. do sr. Levi ao n.º antecedente.

² Pelo Decr. Hesp. de 7 de Junho de 1850, Art. 5.º se reconheceu, que a circumstancia do tempo, podia ser absolutamente indifferente para a apreciação do crime, assim como a do logar erno, nos termos, que notámos ao n.º antecedente.

¹ F. Fr. de Mello Disc. sobr. Del. e Pen. §. 2.º

Para que esta e outras circumstancias se possam reduzir a uma these geral, parece-nos preferivel a disposiçào do Cod. d'Aust. Art. 36.^o, estabelecendo, que a gravidade do crime cresce na rasão directa do maior perigo, que se corre, ou da necessidade de maiores, ou mais difficéis, precauções, para se desviar o mal. E nós accrescentariamos, e do maior escandalo resultante das circumstancias do tempo, do logar, do modo, ou das pessoas. São, sempre, e ao mesmo tempo, accessorios do facto material, que demonstram a *maior perversidade*.

Quanto á segunda parte deste n.^o, devia ser, mas não foi, considerado nas disposições especiaes do Cod., a que exclusivamente respeita. Fica, portanto, servindo, como de supplemento, ás mesmas disposições.

ARTIGO 19.^o

15.^a Commetter o crime com arrombamento, escalamento, ou chaves falsas; e bem assim por meio de veneno, de fogo, de inundação ou com instrumento, ou arma, cujo uso fôr prohibido; Art. 191.^o; 194.^o; e §. un.; 253.^o; 390.^o; 363.^o; 377.^o; 432.^o; n.^o 2.^o e 3.^o; 434.^o; 435.^o; 438.^o; 442.^o; §. 2.^o e 4.^o; 443.^o; 443.^o; 444.^o; 466.^o; e seg.; 474.^o; 481.^o; §. 2.^o; n.^o 2.

Concorda o Cod. Hesp. Art. 10.^o, n.^o 4.^o, 21.^o, e 22.^o Cod. do Braz. Art. 16.^o §. 2.^o, §. 13.^o — E bem assim o cit. Art. da Ref. Jud.

Algumas destas circumstancias, enunciadas neste n.^o, não são aggravantes geraes, desde que o Cod., ou as erigiu em crimes especiaes, ou as converteu em elemento essencialmente constitutivo de crime.

Por ex., o crime, no caso de *veneno*, está na sua propinação, e não nos seus effectos — quaesquer que sejam as consequencias — diz o Art. 353.^o — A circumstancia, pois, não é circumstancia, é o delicto mesmo.

O mesmo acontece nos casos dos Art. 248.^o, e 481.^o, §. 2.^o, n.^o 2.^o, em que a mesma circumstancia é constituida, como elemento da incriminação.

Da mesma fórma, quanto ao *arrombamento*, *escalamentos* e *chaves falsas*, nos casos de *tirada e fuga de presos*, Art. 194.^o, e 195.^o; de *roubo*, Art. 432.^o e seguintes; de *damnos*, Art. 481.^o n.^o 3.^o.

E omissa semelhante causa de aggravação em outros crimes, em que, o presente n.^o póde ter cabimento, como nos casos, de que tratam os Art. 379.^o, 342.^o, 359.^o, 391.^o e seguintes, 395.^o, etc.

Fica, por tanto, servindo, nos casos omissos, como subsidiaria, a disposiçào deste n.^o 15.^o.

Outro sinu a circumstancia do *fogo posto*, como fim da

acção, ou como meio de commetter outro crime, foi especialmente, como devia ser, incriminada no Art. 466.º e seg.; deixando, por tanto, sem objecto a presente qualificação, ou menção, entre as circumstancias aggravantes.

Em todo o caso, estas causas de aggravação, ou pretenção *especialmente* ás incriminações, e não podem ter aqui cabimento, como se fossem, que não são, communs e possíveis em qualquer crime; ou, em verdade, não são outra cousa mais do que factos indicadores da premeditação, por que provam o estudo reflectido sobre a escolha dos meios da acção, e, por tanto, a firmeza e anterioridade no designio criminoso, incluída em o n.º 1.º.

Como circumstancias aggravantes geraes, só podem entrar em o n.º 22.º do presente Art., por isso que *acompanham* o crime, e mostram maior *perversidade na sua execução*. Isto bastava, como preceito geral, como bastou no Cod. d'Aust., Art. 36.º.

Cumpre, todavia, notar, que, quanto á circumstancia *das armas, ou instrumentos, cujo uso fôr prohibido*, se deduz destas palavras, que as armas sómente são uma circumstancia aggravante, quando, consideradas como acto puramente preparatorio, com abstracção do crime, sejam de *uso prohibido*, não dependendo a punição do *abuso*.

O Cod. é completamente omisso em declarar, quaes sejam as armas de *uso prohibido*. Apenas sanciona a prohibição, no Art. 253.º, declarando taes, as defesas *por Lei, ou pelos regulamentos de administração publica*.

Refere-se, por tanto, á Legislação anterior, ou que seja promulgada posteriormente. Mas esta disposição parece repugnar com as mais do mesmo Cod. nos Art. 141.º, 161.º, 167.º, §. un., 178.º, §. 1.º, §. 2.º, 179.º, 180.º, 183.º, §. 1.º, 186.º, §. 1.º, 194.º, 253.º, §. 2.º (*qualquer arma*), 363.º (*ou outra*) 384.º e 434.º, n.º 2.º; e, com especialidade, com o §. 2.º, e §. 3.º do Art. 178.º, definindo armas, não as *de uso prohibido*, mas todos os instrumentos cortantes, perfurantes, e contundentes, de que se tenha feito *abuso*.

Em todos estes logares, seja para se converter a circumstancia em elemento de incriminação, seja para se tornar uma causa de aggravação, se toma em contemplação, não a prohibição do *uso* de taes armas, mas o seu *abuso*, quaesquer que ellas sejam, comprehendidos mesmo aquelles objectos, que servem para os usos ordinarios da vida.

Conforme ao que se declara, no §. un. do Art. 177.º *é sempre aggravante* a circumstancia das armas, sem distincção de prohibidas ou não prohibidas; e, por tanto, ou se hade concluir pela antinomia, ou que resulta do presente n.º uma segunda causa de aggravação, sempre que, além do uso das armas, estas sejam *prohibidas*.

Mas esta última interpretação fica ainda inadmissivel e discordante; porque, se as armas são das prohibidas, a infracção da respectiva Lei prohibitiva constitue de per si um crime punivel, segundo o cit. Art. 253.º, deixando por isso de ser circumstancia aggravante, para se attender a esse crime ou delicto accumulado, nos termos do Art. 87.º, absorvendo, ou sendo absorvido, em rasão da pena, que fôr mais grave. É pois visível a falta de concordancia.

ARTIGO 19.º

16.^a O emprego simultaneo de diversos meios para commetter o crime, ou a insistencia nos esforços de o consummar, depois de malogrados os primeiros. N.º 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 7.º, 22.º, deste Art.

Esta circumstancia é redundante, e nem ella se encontra nos Cod., do Braz. ou Hesp. Os factos, a que se refere este n.º, ou são, taõbem, demonstrativos da *premeditação*, contemplados em o n.º 1.º, ou da *maior perversidade* do agente, contemplada em o n.º 22.º — Estes factos, pois, mais se podem considerar *exemplo* dos mesmos n.ºs, do que ser erigidos em *regra*, como aqui foram inadequadamente.

É conveniente, que assim se note sempre, para que, todas as vezes, que mais de um facto, demonstrativo, da premeditação, ou da maior perversidade, concorra á prova, se não dupliquem, ou multipliquem, as circumstancias aggravantes, contando-se, como cousas distinctas e independentes, a demonstração e o demonstrado, o que, na appreciação da preponderancia sobre as circumstancias attenuantes, com applicação do Art. 84.º, pôde induzir a gravissimos erros, e injustiças.

De facto, como já advertimos, todos os dias estamos vendo fazer ao Jury quesitos sobre a circumstancia da *premeditação*, e, logo depois, outro e outros, sobre factos essencialmente constitutivos da mesma *premeditação*.

Se o Juiz fosse esclarecido, dispensar-se-ia de propôr quesito distincto sobre a premeditação, e se limitaria a propôr-os, pura e simplesmente, sobre os factos demonstrativos della; e o mesmo Jury, se desse o devido valôr á sua primeira resposta sobre a premeditação, para evitar uma repetição, ou uma contradicção, se absteria de responder aos mais quesitos, como *prejudicados*.

ARTIGO 19.º

17.^a Quaesquer actos de crueldade, espoliação, ou destruição desnecessarios á consummação do crime. Art. 351.º, n.º 2.º, e 3.º.

Concorda o Cod. do Braz., Art. 17.º §. 2.º, e 5.º — O Cod. Hesp. Art. 10.º n.º 5.º

Os factos contemplados neste n.º, não são, como os dos n.ºs 2.º, 3.º, 4.º, 5.º (parte 1.^a), 6.º, 7.º, 15.º, e 16.º, indicadôres da *premeditação*: mas são demonstrativos da maior perversidade, e, por tanto, um exemplo da circumstancia, ou regra geral, do n.º 22.º

A este respeito no Cod. Hesp. se diz:

— «Aumentar *deliberadamente* el mal del delito causando otros males *innecesarios* para su ejecucion.»

Assim, conforme a este n.º 19.º, para haver aggravação na pena, em rasão do mal do delicto, é indispensavel; 1.º que, nos meios de execução, haja excesso; 2.º que exista intencionalidade, nesse mesmo excesso.

Este nosso n.º parece não exigir precisamente a intenção; e contemplar sómente o facto material do *excesso*: mas sem rasão; porque, ao passo, que se appresenta uma quantidade de mal fisico maior, que o necessario, para a realisação do crime intencional, se demonstra no criminoso um estado mais grave de corrupção moral, e é por isso, que augmenta a idéa complexa dos elementos do mal do crime, a que se deve proporcionar o remedio da pena.

Não deve ser imputado, por tal fôrma, o excesso material da execução, que não deixa de se attender o caso, em que se prove, que o excesso foi, não voluntario, mas, devido a causas accidentaes, ou a erro do agente, na efficacia dos meios.

Assim, o homicida voluntario, que descarrega mais de um golpe na sua victima, não pôde reputar-se, que quiz exceder a execução, mas assequal-a, posto se verifique pela auto-

peia e natureza do primeiro ferimento, que este foi mortal : pôde elle mesmo, para abreviar as dôres e agonia mortal do paciente, redobrar-lhe os golpes.

Do mesmo modo, se os actos, que parecem de crueldade, tem correlação, não com a execução do crime, mas com a sua occultação, ou impunidade, entram na ordem dos actos necessários, como consequencia do mesmo crime, e não é destes, que tracta este n.º

Do que temos ponderado, concluímos, que, ou este n.º poderia ser omitido na presença da disposição geral do n.º 22.º, ou deveria ter outra redacção, como exemplo, que é.

Em logar das palavras — crueldade, espoliação, ou destruição — desnecessarias — se poderia dizer — soffrimento, dôr física, offensas corporaes, ou damnos desnecessarios » — supprimidas as palavras — *a consummação do crime*.

Assim, o que matar a *fogo lento*, ou mutilando, e ferindo, antes de descarregar o golpe fatal : o que, roubar, mas ao mesmo tempo ferir, ou espancar alguém, ou destruir moveis, ou os queimar, ou inutilisar quaesquer generos ou productos ; agrava o seu crime. Da mesma forma, o que, depois do homicidio, pratica mutilações ou ferimentos sobre um corpo já inanimado, não com o fim determinado da occultação do cadaver, mostra uma perversidade feroz, que demanda uma punição mais severa.

Além disso, ainda conservada a idéa, significada pelo Cod. Hesp., devia a palavra *consummação*, ser substituída pela palavra, *execução*, em harmonia com o mesmo Cod. — « innecessarios para *su ejecucion* » — porque a circumstancia, de que se tracta, agrava o facto, tanto no crime consummado, como no tentado ou frustrado.

O ladrão, que, começando a execução do crime, fere pessoas, destroe ou quebra os moveis, que encontra, e faz outros estragos, antes de descobrir, ou apprehender, os objectos, ou alfaías, que pertende appropriar, e, nesse acto, é impedido de consummar o crime : demonstra, por esses factos, a sua maior perversidade, que tem, portanto, um valor moral, independente do exito do mesmo crime.

O homem, que depois de ter morto outro, desfigura o cadaver, para que não seja reconhecida a sua identidade, nem, por tanto, verificadas as relações e indícios, que possam existir entre agente e paciente, entre os ferimentos e os instru-

mentos do crime, não pratica um acto de crueldade desnecessario, mas de defesa, posto que tão illicita, como o mesmo crime, com o qual, porem, se identifica.

A celebre *Maria José*, que, depois de ter ferido mortalmente sua mãe, tractou de a fazer em pedaços, separando-lhe os membros, que espalhou em diferentes becos e ruas da cidade de Lisboa; e que lhe desfigurou a cabeça e rosto, cortando-lhe beijo, nariz, orelhas, e depois a meteu em uma panella, que enterrou; factos accessorios, que tanto horror causaram; não significam, bem reflectidos, um requinte de crueldade, ou de perversidade, distincta daquelle, que caracteriza tão nefando crime, mas sim as diligencias empregadas pela matricida, taes quaes lhe aconselhava a sua incul-ta e desvairada rasão, nos primeiros momentos posteriores ao maleficio, para o esconder aos olhos do Mundo e da Justiça.

Da mesma fórma, o ladrão, que, tendo roubado uma casa, pre-sente, que lhe é tomada a entrada, e que tem de praticar arrombamento, ou fazer estragos, para se evadir por outras avenidas, não pôde considerar-se haver commettido um facto dos caracterisados neste n.º; porque, se não tem correlação necessaria com a consummação do crime, a tem com as suas consequencias. O ladrão rouba para gosar, e a primeira condição do seu goso é a impunidade. As diligencias, que pratica, são meios essencialmente ligados a esse fim.

Estes meios, porem, podem ser puniveis, em si mesmos, com quanto não premeditados, quando são caracterisados crimes, a que corresponda uma pena maior.

ARTIGO 19.º

18.^a A privação, ou inhabilitação de algum membro, ou órgão do corpo para as suas funções; a deformidade, o aleijão, ou lesão de algum órgão essencial á vida do offendido. Art. 361.º e seus n.ºs e §§.; 362.º; 364.º; 366.º; 367.º

Esta circumstancia, ou acervo de circumstancias, comprehendidas neste n.º, foram tomadas todas pelo Legislador, para as converter em elementos de ineriminação especial, como se vê do Art. 361.º, n.º 1.º, 2.º, e 3.º, e mais ainda como se vê do n.º 4.º, e, por tanto, de nada serve aqui a sua enumeração ou descripção, por lhe não serem applicaveis as regras geraes de aggravação, como expressamente se declara no Art. 77.º e 78.º.

O presente Art. e seus n.ºs sómente deviam conter regras uteis, ou necessarias, para o Juiz e para o interprete, na applicação das leis penaes, omissas sobre taes circumstancias: e nunca estereis declarações, que foram a rasão do legislador, verificada nas suas incriminações, que tem de ser fielmente cumpridas.

Como crimes, em si mesmas, de duas cousas uma: ou o crime concomitante absorve a pena do crime principal, ponderando sobre este em rasão da pena, se é mais grave; ou é por elle absorvido, no caso inverso. A regra, estabelecida neste n.º, não é então a que tem de se seguir, mas, sim, a que se estabelece, em o n.º 20.º, e Art. 87.º, sobre aggravação, em concurso de crimes.

Nem o Cod. Hesp., nem o do Brazil, nem o d'Austria, assim o enumeraram, e com justa rasão; porque, ou se acham comprehendidas taes circumstancias, como as do n.º antecedente, na demonstração por ellas da maior perversi-

dade do malfeitor, em conformidade com a disposição syn-tetica do n.º 22.º, ou, como circumstancias aggravantes *especiales* só a uma classe de crimes — *offensas corporaes*, não deviam ter cabimento na parte geral do Cod.

ARTIGO 19.º

19.ª A frequência dos crimes da mesma natureza.

20.ª A accumulção de quaesquer crimes commettidos pelo criminoso. Art. 87.º; 430.º; §. 4.º

Logo que um réo se apresenta culpado de muitos crimes, é evidentemente, em relação ao seu estado de corrupção moral, preciso empregar, na punição do crime, um maior grão de penalidade, do que em relação a um só desses crimes.

Em Direito philosophico, e no sentido moral, parece que, em regra geral, o concurso de muitos crimes, não é circumstancia de nenhum delles; porque todos são distinctos e independentes, e cada um deve, por tanto, ser punido, por um modo distincto e correspondente, como imputação e expiação.

Mas os que assim pensam, esquecem-se de que a justiça penal não consiste em retribuir mal por mal, mas sim em applicar ao mal do crime o remedio da pena.

Ora, como na appreciação do crime, ou crimes, que se commettem, entra a do mal moral na pessoa do agente, é claro que, tomando-se o crime mais grave, na concurrencia de crimes, como indicador de um determinado grão de corrupção maior, que o de outros crimes de menor importancia penal, esta razão de aggravção, considerada isoladamente, e, em si mesma, na criminalidade *simples*, assume dimensões mais largas, quando depois se compara com a que se deriva do mesmo concurso, e assim se constitue a criminalidade *composta*.

Por esta fórma, a penalidade determina-se por duas aggravções, uma escolhida pelo Legislador, que respeita ao crime maior, e a outra, que é deixada ao arbitrio do Juiz, dentro de certas condições.

Todavia, o concurso de crimes pode ter diversos grãos de maior ou menor importancia, segundo a sua maior ou menor gravidade, e a distancia, em que se achem uns dos outros.

Essa distancia pode ser tal, que demonstre sincero arrependimento, e regeneração de costumes, por fórma, que se o

crime menos grave fôr o ultimo, e estiver distante muitos annos do crime precedente, e, nesse grande intervallo, a conducta do criminoso houver sido regular, é o concurso uma circumstancia, ou attenuante, ou indifferente, que neutralisa a influencia, que resultaria do concurso do crime posterior, quando fosse mais grave, e, então, o estado de corrupção moral do agente, deve ser apppreciado na criminalidade *simples*.¹

Em todo o caso, deixado este objecto ao arbitrio do juiz, seria conveniente que, na appreciação delle, o Legislador prescrevesse algumas regras, que não prescreveu; e ao mesmo juiz é necessaria toda a prudencia, para não tomar, como infallivel, uma circumstancia, que pode não ter correlação alguma com o crime a punir; e, consequentemente, que provoque, injustamente, calculos sobre *criminalidade composta*.

Não é, pois, de admirar, que o Cod. Hesp. se abstivesse de recensar o concurso de crimes, como circumstancia aggravante. O mesmo havia praticado o Cod. do Braz. — Não assim, porém, o Cod. d'Aust. Art. 37.º, n.º 1.º, e n.º 2.º

De resto, é indifferente, que o concurso se dê entre crimes da mesma, ou de diversa, especie. Se os crimes são da mesma especie, provam uma tendencia, ou propensão perigosa, a certa classe de crimes; ou, ainda, o habito de os commetter, se é curta a distancia, que os separa uns dos outros.

Se os crimes são de differente especie, provam a capacidade do agente, para commetter toda a sorte de crimes.

A homogeneidade dos crimes é uma condicção caracteristica da reincidencia: não é essencial no concurso de crimes. — Basta, para o constituir, que os crimes ainda não tenham sido objecto de condemnação criminal.

O contrario, porém, disto, resulta da litteral applicação des-

¹ O mod. Cod. da Prussia reconhece esta verdade quanto ás *reincidencias*, determinando no Art. 6.º, que:

«O augmento da pena em razão da reincidencia não tem logar, se desde a época, em que as penas da perda da liberdade ou de multa, «por crime ou delicto, houverem sido satisfeitas, se passou um lapso de «tempo de dez annos.»

Não determina outro tanto no concurso de crimes, todos a processar, commettidos, com esse intervallo, ou outro maior.

Entre nós, em vista do Art. 123.º, §. 1.º, 2.º e 3.º não podem entrar no concurso, como o crime ou crimes, não prescriptos, os crimes prescriptos, contra a determinada pessoa do mesmo delinquente, passados dez annos da mesma prescripção; e cinco, nos de policia correccional.

Em todo o caso, o essencial, é descobrir pelos precedentes do culpado, se elles são de natureza tal, que demonstrem um menor estado de propensão na pratica de actos criminosos, como prescreve o Cod. da Bav. Art. 93, n.º 6.º

tes dous n.^{os}, que, por isso, podem conduzir a um absurdo, e a uma grande injustiça. — Do facto, puro e simples, da accumulção de crimes resulta uma circumstancia aggravante, em termos absolutos, e com abstracção da natureza dos crimes, conforme ao n.^o 20; verificando-se, depois, que os crimes são da mesma natureza, apparecem, conforme ao n.^o 19, em lugar de uma, duas circumstancias aggravantes, quando a circumstancia da accumulção, realisada em crimes de diversa natureza, se pode considerar mais grave, por appresentar o malfetor consummado, em todo o rigor da expressão.

Para remover estes inconvenientes praticos, a que é muito possivel dê causa, o systema confuso, seguido nesta parte do Cod., não se deve perder de vista, que tudo se reduz a exemplos, para verificar, pela sua prova de facto, alguma das circumstancias geraes de aggravacção, a que se refere o n.^o 22.

A este respeito nos parece muito judiciosa a Legislação do mod. Cod. da Prus., aonde se estabelecem as seguintes disposições :

§. 55.^o

« Se o mesmo facto reunir em si os indícios de differentes crimes, será applicada a Lei penal, que impozer a pena mais forte. »

§. 56.^o

« Contra aquelle que, por diversos factos, commetten varios crimes ou delictos, serão applicadas todas as penas respectivas a todos e a cada um dos mesmos crimes e delictos. »

§. 56.^o

« Esta disposição (§. 56.^o) se observará com as seguintes restricções ;

« 1.^a Se as penas forem todas de privação temporaria de liberdade, nunca a duração total dellas deverá ser de mais de 20 annos ; e quando somente se tratar de delictos, não se deverá exceder o prazo de 10 annos. »

« 2.^a Se estas penas, que tem de se accumular, forem de diversas especies deverá ser pronunciada a mais forte, com reducção na duração total (§. 16.^o)¹

¹ §. 16.^o « Se nas penas de privação de liberdade tiver de haver commutação no modo de punição, em conformidade com a Lei, será considerado um anno de reclusão como oito mezes de prisão simples, e um anno de prisão simples como oito mezes de prisão com trabalho. »

« 3.^a Neste caso a prisão simples poderá ser superior a cinco annos, mas nunca excederá dez. »

Assim vemos excluida do numero das circumstancias aggravantes a accumulção, ou concorrência de diversos crimes, e sómente prescriptas regras especiaes, para a punição dos delinquentes em taes casos.¹

Este Cod., porém, tratando sómente do concurso de crimes, em que é imposta uma pena restrictiva da liberdade, ainda que de especie diversa, ficou omisso a respeito de crimes ou delictos, a que são applicaveis penas de diversa natureza, ou de genero differente, em que a accumulção destas é impossivel.

O Cod. Pen. da Bav., Art. 109.^o, contendo disposições analogas ás do Cod. da Prus., previu esta difficuldade, determinando, que, em rasão dessa impossibilidade, se applicasse, no concurso das penas, a mais forte dellas, accrescentando-se-lhe o maximo legal da respectiva aggravacção accessoria.

¹ V. Comm. ao Art. 87.^o, aonde completaremos sobre esta materia as nossas reflexões.

ARTIGO 19.º

21.^a A reincidência; Art. 85.º; 86.º; 406.º; 419.º; 421.º; §. 3.º; 430.º; §. 4.º

A *reincidência*, como indica a etymologia desta palavra, é o facto de commetter novas faltas, depois de uma primeira correção, imposta por sentença em juízo criminal. — *Reincidentes*, no vocabulário do Direito penal, tem, por tanto, a mesma significação, que a palavra — *relapsos* — segundo o Direito Canonico.

A *reincidência* é realmente uma causa da aggravação da pena, porque ella não altera, em cousa alguma, a natureza do facto incriminado, e diz sómente respeito á apreciação do estado moral do criminoso. — Mas, por isso mesmo, não é circumstancia aggravante de um facto, a que não respeita, mas sómente causa de aggravação assemelhada á circumstancia aggravante.

Quasi todas as Legislações tem visto na reincidência uma causa de aggravação. — O Direito Romano offerece, no mesmo sentido, algumas disposições isoladas, de que os Doutores do antigo Direito Criminal deduziram regras geraes. ¹

Todavia, tem sido vivamente contestada a legitimidade desta causa de aggravação. ² O culpado tem satisfeito, tem pago, á sociedade a sua dívida, soffrendo a pena, que lhe foi imposta, como sufficiente á expiação da sua falta. — Mas é preciso não esquecer, como fica notado, que, em toda a infracção, ha dous elementos, que devem necessariamente ser tomados em consideração, para a fixação da pena, um moral e outro material; ora, se a circumstancia da reincidência é estranha ao elemento material, é, pelo contrario, intimamente ligada ao elemento moral. — Este elemento se apprecia, não só pela

physionomia especial do facto, ou factos, objecto da accusação, mas tambem pela moralidade do agente. — Ora, sem a apreciação das reincidencias, não se pode conhecer *todo o mal* do crime, no qual entra o maior estado de corrupção do delinquente, nem, consequentemente, proporcionar-se o remédio da pena.

Devemos, porem, notar, que foi méro luxo de exemplificação de circumstancias aggravantes o comprehender-se a das *reincidencias*, pois que ellas estão especialmente consideradas em Cap. especial, Art. 85.º, e Art. 86.º ¹

Tanto o Cod. do Braz., Art. 16.º n.º 3.º, como o Hesp., Art. 10.º, n.º 18.º, contempla as *reincidencias* entre as circumstancias geraes, causas da aggravação. O mesmo praticou o Cod. d'Aust., Art. 37.º, n.º 3.º.

— «Se o culpado já foi uma vez punido por um delicto «semelhante.»

O mod. Cod. da Prus., como vimos, considerou a reincidência em Tit. especial, P. 1.^a, Tit. 5.º, excluindo-a, como se vê dos §§. 58.º, 59.º e 60.º do numero das circumstancias aggravantes. ² O nosso Cod. adoptou simultaneamente os dous systemas diversos! — Assim fica a disposição deste n.º inutilisada, sempre que possam ter logar as *regras especiaes*, prescriptas nos ditos Art. 85.º, e 86.º, bem como, para as segundas reincidencias, nos Art. 421.º, §. 3.º, e 430.º, §. 4.º.

O Cod., por tanto, seguiu ao mesmo tempo, a respeito desta causa de aggravação, dous pensamentos distinctos.

Um, sujeitando a sua apreciação ao arbitrio do Juiz, segundo *regras geraes*: outro, restringindo esse arbitrio, prescrevendo *regras especiaes*.

Voltaremos a este objecto, aos cit. Art. 85.º, e 86.º

¹ Farinac. qu. 18 n.ºs 16, 19, 80, e qu. 23 n.º 4.º

² Carnot. Cod. Pen. Tom. 1.º p. 162, Hercul. Bourdon, Rev. de Legis. 1836 p. 449 e seguintes.

¹ Vid. Comm. a estes Art.

² O mesmo systema havia seguido o mod. Cod. da Bav., tratando com acerto, clareza, e a maior sabedoria, esta materia, nos Art. 108.º até 117.º

ARTIGO 19.º

22.ª Em geral as circunstâncias que precedem, ou acompanham, ou seguem o crime, e mostram maior perversidade na sua execução, ou augmentam o soffrimento do offendido, ou a difficuldade de evitar a offensa, ou de que resulta maior perigo á causa pública, são circunstâncias aggravantes desse crime.

A collocação da doutrina deste n.º em ultimo lugar, é uma imitação do Cód. Hesp.; mas entendemos, que teria sido mais razoavel, e mais justificavel, uma collocação inversa.

A regra mais complexa, e mais syntetica, teria cabimento mais adequado, em primeiro lugar; e os exemplos depois della, como corollarios de sua applicação a factos especificados, que sirvam de indução e demonstração da existencia moral das causas de aggravação.

A parte dogmatica do Cod. ficaria, por esta forma, perfeitamente doutrinal, mais comprehensivel, e, por tanto, de melhor execução pratica.

O Cod. Hesp. no Art. 10.º n.º 23.º, exprimiu a mesma idéa, do presente n.º, por outras palavras:

« *Y ultimamente cualquiera otra circunstancia de igual entidad y analoga á las anteriores.* »

Esta diversa redacção do Cod. Hesp. justifica a sua collocação em ultimo lugar; por que nessa mesma collocação se contém, em termos claros, um preceito legislativo, qual é o de authorisar a analogia, ou interpretação extensiva, sempre que se não tracte dos elementos essenciaes do facto criminoso, mas das suas circunstancias accessorias.

Todavia, a redacção, tanto do Cod. Hesp., como do nosso, importa o mesmo, que se o legislador dissesse: a pena agrava-se, em taes e taes casos, e outros semelhantes: como, a respeito de outros crimes, se encontrava na Ord., por ex., o Liv. 5.º tit. 65.º pr. — *taes maleficios e outros semelhan-*

tes —, analogias, que o Art. 18.º proscreeu, mas que ficaram erigidas em regra geral, quanto aos factos accessorios, que podem ser causa de aggravação penal.

O Legislador quiz remover o arbitrio, resultante da *criminalidade interpretativa*, para não authorisar a imposição das penas, a casos não previstos na Lei: mas, sendo certo, que uma circumstancia aggravante, pôde conduzir a uma pena superior, não só em quantidade, ou qualidade, á que, na *criminalidade simples*, ou em termos ordinarios, seria imposta, tanto por que, pelas regras de aggravação, prescriptas no Art. 78.º e 79.º, a penalidade mais, ou menos, *simples*, assume a natureza de outra mais, ou menos, *composta*, como por que, em razão da preponderancia das mesmas causas de aggravação, nos termos do Art. 84.º, pôde ficar anniquilada uma circumstancia attenuante, que conduziria, sem o concurso, a uma pena inferior, ou de diversa natureza: a regra, estabelecida no Art. 18.º, fica absolutamente sem applicação alguma, quando se tracta de crimes acompanhados de circumstancias aggravantes.

Ainda coherente com o pensamento, em que se basea a disposição daquelle Art., quiz o legislador enumerar e especificar as causas de aggravação: mas, depois de fazer um longo catalogo dellas, desistiu de o tornar completo, terminando por sancionar uma disposição, que não é circumstancia aggravante, mas a razão intrinseca da aggravação, tomando-se a causa moral de todas pelos seus effeitos materiaes possíveis, mas impossiveis de prever, ou de precisar n'uma Lei.

Neste n.º reconhece, pois, o nosso Cod., que é impossivel ao Legislador descrever todas quantas circumstancias aggravantes se podem verificar nos delictos: e que, portanto, as especies indicadas nos 21 n.ºs antecedentes são mais *exemplificativas*, do que *taxativas*.

Assim, para os effeitos de se aggravar a pena, fica aberta a porta ao raciocinio, aos argumentos da indução e de analogia, em contradição com o principio consignado no Art. 18.º Isto procede com muita mais força, quando as denominadas circumstancias são factos *accessorios*, que, podendo não existir, como elementos constitutivos do crime, tem de ser dados como existentes, e apreciados como puniveis, *sem lei expressa e especial*, para a aggravação da pena, que é uma outra pena, em manifesta repugnancia com o Art. 5.º

Leva-nos esta reflexão a não condemnar o systema do

Cod. Fr., e da maior parte dos Codigos da Europa civilizada, que se abstiveram de fazer resenhar alguma das circunstancias aggravantes; contemplando-as especialmente, em relação a cada uma das incriminações, ou deixando-as á apreciação dos juizes de facto.

Offerece menores inconvenientes a semelhante respeito, o que se acha disposto no Cod. d'Aust., Art. 36.^o, em que se estabeleceu sómente a regra de que:

« Em geral um delicto é tanto mais grave quanto mais « amadurecida tiver sido a sua premeditação, mais bem es- « tudados os meios de o commetter, maior o damno ou pe- « rigo proveniente, mais difficil o emprego de precauções pa- « ra o evitar, ou mais forte a violação dos deveres. »

Depois, no Art. 37.^o, só considerou, como circumstan-
cias *especialmente* aggravantes, as enumeradas neste nos-
so Art. sob. o n.^o 3.^o, 4.^o, 19.^o, 20.^o, e 21.^o, o que podia
fazer, porque são todas communs a toda a sorte de cri-
mes:

O nosso Cod. poderia ter feito outro tanto, bastando-
nos o n.^o 22.^o, em geral; e, tanto mais, que o systema, se-
guido no 2.^o liv., foi o de contemplar, quasi sempre, como
elementos constitutivos, as circunstancias especiaes dos deli-
ctos.

Por esta fórma apparece um systema repugnante a ou-
tro systema, sendo, por isso, necessario, para se evitar a con-
tradição, resalvar, como foi resalvado, no Art. 77.^o, as dis-
posições do Liv. 2.^o do Cod. contra as prescripções d'este
Art. 19.^o.

Melhor ainda, que o Cod. d'Aust., nos parece redigi-
do o da Bav., Art. 91.^o, e 92.^o, reduzindo as causas de ag-
gravação a duas classes geraes:

1.^a Derivadas da natureza da acção, considerada em
si mesma:

2.^a Derivadas da natureza e sentimento do culpado.

Entram na 1.^a classe: 1.^o, a gravidade da infracção e o
prejuizo ou damno real ou possivel: 2.^o a intenção do dam-
no ou perigo, e numero de pessoas, maior ou menor, inde-
terminadas ou determinadas.

Entram na 2.^a classe: 1.^o a existencia de motivos maio-
res, em numero ou força, para se observar a Lei, e segun-
do o culpado podia, ou devia, melhor comprehender, que qual-
quer outro: 2.^o a necessidade de vencer maiores obstaculos,

que se venceram, pela força material, pela astucia, ou pela
audacia, ou pelo estudo e emprego de meios preparatorios
mais difficeis: 3.^o a maior espontaneidade e reflexão, e a
menor concorrência de causas exteriores e accidentaes, que
provocassem, ou impellissem, o delinquente; 4.^o o maior gráo
de desmoralisação e de habito contrahido na carreira do cri-
me; 5.^o o maior perigo, que pôde resultar da qualidade, dos
desejos ou paixões, que predominaram no animo do culpa-
do.

Finalmente, accresce o systema seguido a este respeito
pelo moderno Cod. da Prussia, que, a nosso vêr, é prefe-
rivel ao antecedente, como notámos ao presente Art.

¹ O Cod. d'Oldemb. acrescenta: « 6.^o Ter o culpado procura-
do enganar ou embarçar o Juiz da instrução, inventando falsas circum-
stancias, ou persistindo em suas negativas. » Não approvámos esta addi-
tamento: 1.^o porque se não deve tolher ao réo nenhum meio de defesa: 2.^o porque a justiça não deve obrigar a fornecer provas contra si mes-
mo: 3.^o porque os factos, de tal natureza, só demonstram o emprego de
meios de evadir ao castigo, e não significam uma perversidade maior
que a do mesmo crime.

O Cod. d'Oldemb. teria, porém, o assentimento de um dos illus-
tres collaboradores do nosso Cod., que ao Art. 272.^o da Nov. Ref. Jud. nota
4.^a escreveu:

« Cabe aqui observar, que já tem succedido recusarem-se absolutamen-
te alguns réos a responder ás perguntas, que se lhes fazem, guardando si-
lencio obstinado, e inutilizando assim um dos meios mais efficazes de se
descobrir a verdade como realmente o é a diligencia das perguntas. Esta
« caso, ao qual não é applicavel á disposição do Art. 963.^o desta Ref. nov.
« (que tracta das testemunhas), mas que estava prevenido na Ord. Liv. 3.
« tit. 7.^o pr. tit. 22.^o pr. e Liv. 5 tit. 49.^o pr., reclama certamente uma pro-
« videncia especial estabelecendo, que, em tal hypothese, — o réo havi-
« do como *revel presente e confesso* (*) do crime (**), e suas circum-
stancias aggravantes (***), seja sentenciado (****) sem intervenção de
« jurados (*****), na pena (***** maxima (*****)) do crime de que
« fôr accusado. »

Felizmente, que esta opinião não foi partilhada pelos mais colla-
boradores do mesmo Cod., pois que nada se encontra de semelhante em
nosso Cod. Pen., nem é de esperar, que se consigne na Lei nova, ou
da Ref., sobre processo crime.

ARTIGO 20.º

São circunstâncias atenuantes :

Tendo-se definido, no Art. antecedente, o que devia, em geral, entender-se por circunstâncias agravantes, já em si mesmas, já com relação a certas especies, trata-se no presente Art., pelo mesmo methodo, das circunstâncias atenuantes.

Esta doutrina acha-se excellentemente exposta no Cod. d'Austr., Art. 39.º e 40.º, distinguindo-se ahi cuidadosamente as circunstâncias, que respeitam á *pessoa* do culpado, das que acompanham o *facto*, distincção, que aqui se não encontra.

O Cod. da Bav. não fez recenseamento de circunstâncias atenuantes, por designação de especies, mas só dellas tratou, quanto á idade do culpado, para o fim de prescrever regras de atenuação, distinguindo os diversos grãos da mesma idade, como se vê dos Art. 98.º até 102.º; attendendo também no Art. 103.º á senectude; no Art. 104.º e 105.º á longa detenção preventiva; e no Art. 106.º á falta ou imperfeição, ou de algum dos elementos constitutivos de infracção, ou de outras condições exigidas pela Lei, para a imposição da pena.

O nosso Cod. preferiu, a estes exemplos, os do Cod. do Brazil, Art. 18.º, e do Cod. Hesp., Art. 9.º—Assim se confundiram causas de atenuação, que não são, com as que são, intrinsecas do *facto* punivel, como veremos da analyse de cada uma dellas. Ainda mais, comprehenderam-se algumas, que o não são do mesmo *facto*, nem directa, nem indirectamente, mas que são independentes delle, quaes os acontecimentos posteriores, de que trata o n.º 7.º e 8.º, que são motivos, geraes, ou especiaes, de atenuação, mas nunca circunstâncias de um crime, que, no momento, em que se commetteu, não existiram, e que, por isso, em rigor, não constituem, senão factos distinctos, que o Legislador tomou, ou mandou tomar, em contemplação, para que possa ter logar a indulgencia legal.

Alem disso, a enumeração não é completa, e, se nem o podia ser, pelo menos, algumas especies importantes existem, que poderiam ser contempladas, a par das que se mencionam.

No numero destas circunstancias é contemplada, no cit. Art. 39.º, debaixo do n.º 8.º, do Cod. d'Aust., a do procedimento do culpado, quando descobre outros culpados, e sugere assim a occasião, e os meios, de os fazer segurar. — Este nosso Art. omittiu esta circumstancia, talvez por ter, ou parecer ter visos de immoral galardoad, por esta forma, a denuncia, a traição, ainda que seja entre socios, ou cúmplices, no crime.

Mas então ha manifesta incoherencia, em se dar aos culpados esse galardão, no caso das conjurações, previstas nos Art. 144.º, 166.º, 172.º e 176.º, e no das associações secretas, Art. 283.º §. 2.º

Se a denuncia do proprio culpado é considerada nestes casos, attenta a necessidade de se punir algum dos socios ou cúmplices do crime, como serviço feito a justiça, por forma, que a revelação se torna, não só uma circumstancia atenuante, mas relevante, que exime de toda a pena, a mesma rasão procederia, para que em outros crimes, cuja impunidade também é altamente prejudicial, se favorecessem as revelações dos criminosos pela esperança, ao menos, de se lhes minorar a pena.

Não se lhes promettesse a impunidade absoluta, mas lhes fosse abaixado o castigo, por tal modo, que lhes servisse de incentivo para as necessarias declarações.

Uma outra causa de atenuação, de origem estranha á vontade do criminoso, é contemplada no Art. 104.º do Cod. da Bav., e é, a que fica mencionada, da longa prisão preventiva, superior a seis mezes.

A duração da pena deve, se determina neste Cod., ser abreviada na proporção do tempo da detenção preventiva. Se acontece, que esta detenção equivale na duração á pena do crime, dá campo a dar-se por espiada a culpa.

Assim estava em pratica nos tribunaes do reino, e, por isso, lamentámos, que tão justa disposição, não fosse reproduzida neste nosso Cod., em termos claros e expressos.

Esta circumstancia não é considerada para a redução pelo juiz, quando a pena, continúa o Cod. Bavar., é perpetua, ou a reclusão é indeterminada, mas faz propor-

cionalmente antecipar a faculdade, que o condemnado tem de invocar a indulgencia do Principe.

Nos crimes capitaes impede as aggravações da pena; e, se a detenção excede a dois annos, já se não pôde impôr a pena de morte, Art. 105.º.

Da mesma fórma, no Cod. d'Aust., se encontra, no Art. 39.º, n.º 2.º, como attenuante outra circumstancia, digna de contemplação, e é a de haver o criminoso tido antes uma conducta irreprehensivel:

« Si sa conduite antérieure a été sans reproche. »

Se o concurso de crimes constitue uma circumstancia aggravante, a justiça pede, que sempre que a criminalidade não é só isolada ou *simples*, mas exclusiva de toda a censura pelo comportamento anterior, se considere nesta situação uma causa legal de attenuação. A enfermidade moral diminue, e, por tanto, diminuir deve também o remedio da pena.

1.ª A menoridade até aos vinte annos completos. Art. 23.º, n.º 2.º, 3.º; 71.º; 72.º; 93.º; 261.º; 266.º; 340.º; 341.º; 342.º a 348.º; 372.º; §. 3.º; 391.º; §. un.; 393.º; 394.º §. un.; 395.º §. 1.º; 396.º e §. un.; 398.º §. 1.º 2.º; 399.º n.º 1.º; 405.º §. 2.º; 406.º; 461.º §. 1.º

No Cod. se distinguem cinco grãos, em que se deve considerar a culpabilidade dos réos, segundo a menoridade; quatro expressos, e um virtual. — É o primeiro, até aos 7 annos, em que toda a imputação é nulla; Art. 23.º n.º 2.º — A Lei presume ausencia absoluta de intelligencia e de vontade, e, por tanto, se ha mal material de crime, não ha mal moral a punir. — O facto entra na ordem dos casos fortuitos.

É o segundo, dos 7 aos 14 annos. A Lei ainda presume ausencia de intelligencia e de vontade plena, sem que admitta prova em contrario: já reconhece, porém, que é possível o discernimento até certo grão menos pleno, mas requer dião uma prova positiva: Art. 23.º, n.º 3.º, e Art. 73.º

É o terceiro, dos 14 aos 17 annos, Art. 71.º, e 72.º — A Lei já presume a culpabilidade plena, mas distingue este periodo, para fazer commutar a pena de morte, e a dos trabalhos publicos pela de prisão perpetua com trabalho, nos crimes, em que taes penas sejam impostas.

É o quarto, dos 17 aos 20 annos *completos*, pela combinação dos Art. 71.º e 72.º com o n.º 1.º do presente, Art. em que a menoridade fica, em these geral, considerada uma circumstancia attenuante, para ser causa de diminuição, na pena, segundo as regras geraes.

É, consequentemente, o quinto periodo dos 20 annos completos por diante, em que a menoridade cessa de ser tomada em consideração para effeitos penaes. — E, comtudo, em contradicção com esta exclusão, a Lei criminal de processo exige, sob pena de nullidade, que estes menores estejam em

Juizo com a assistencia de um curador, especialmente nomeado, e ajuramentado.

O terceiro periodo dos 14 aos 17 annos, como não é attendido, senão para os effeitos especiaes, de que tratam os Art. 71.^o e 72.^o, os cinco periodos mencionados se reduzem a quatro, não sendo o terceiro mais que a subdivisão do segundo; 14 a 20 completos, a que diz respeito o presente n.^o

Estas distincções são indispensaveis, para se punir com justiça. Se as faculdades fisicas do homem se não desenvolvem de um só jacto, o mesmo acontece a respeito das suas faculdades moraes. — O homem nasce trazendo em si o germe de todas as suas faculdades psychologicas, mas d'ahi, ao seu exercicio pleno, existe uma distancia, tão larga, como do nada á realidade. — Esse exercicio vai sempre medrando, quasi insensivelmente, e na rasão directa do crescimento e força dos instrumentos fisicos, que constituem o ser material do homem.

Nós admirámos, achámos prazer, ao presenciar os progressos da rasão nascente na idade infantil; divisámos mesmo, e muito cedo, nessas idades, uma certa força de vontade, e de livre arbitrio: mas então imperam mais os estímulos naturaes, as sensações, do que a intelligencia; é mesmo certo, que parecem então ser resoluções d'alma, para determinação do livre arbitrio, o que não é mais que, predominio de algum impulso fisico, assim como não é menos certo: que o livre arbitrio se desenvolve mais cedo, que a rasão. — E' mais facil não carece de grande aperfeiçoamento de rasão, saber querer e obrar, do que saber pensar e reflectir, para guiar o exercicio pratico da vontade.

Ha, pois, uma época, em que nenhuma destas faculdades existe, se não como embrião: ha outra, em que uma dellas tem existencia; outra, em que ambas a tem, mas, incompleta; e ha outra, em que se acham em perfeito estado de desenvolvimento, ou madureza.

Mas fixar essas épocas, de um modo certo, seguro, e infallivel, moralmente fallando, é impraticavel. O Legislador não pôde seguir a marcha gradual, quotidiana, da natureza, porque o seu progresso varia, segundo a diversidade dos logares, dos climas, dos individuos, da educação, que se lhes deu, e de muitas outras causas. ¹

¹ Ortolan, Elem. de Droit. Pen. § 250. — Por isso o Cod. d'Aust. admite como circumstancia atenuante, a par da menoridade dos 20 annos, a fraqueza de espirito, ou a falta de educação!

Mas tirar d'ahi, por conclusão legal, o abandono ao completo arbitrio do Juiz seria authorisar uma inconveniencia; e, por isso, o legislador foi forçado a recorrer ás presumpções legais, estabelecendo periodos, nos quaes aprecia abstractamente o progresso da rasão e da vontade do homem, segundo o maior numero ordinario de casos, partindo de um termo, exclusivo de toda a criminalidade, os sete annos. ¹

Fixando-se, porém, um ponto de partida para a responsabilidade legal, no que ha verdade moral, por que, em these, é certo, que ha uma idade exclusiva de toda a imputação, ainda que, descendo-se ás individualidades, seja impossivel bem fixar aonde a excepção acaba; e, seguindo-se pelo periodo de outra idade, em que começa o estado de incerteza, que é dos 7 aos 14 annos, Art. 23.^o n.^o 3.^o; a redacção do n.^o 1.^o do presente Art. é imperfeita; porque devia exprimir-se, como circumstancia atenuante, a menoridade dos — 14 aos 20 annos —, e não indeterminadamente até aos vinte annos.

Este defeito, porém, remove-se pelo disposto no Art. 14.^o n.^o 2.^o

Ainda mais, este n.^o 1.^o parece ficar em contradicção com o Art. 71.^o; por que, *d' contrario sensu*, se deduz do mesmo Art., que a pena de morte, e a immediata dos trabalhos publicos, perpetuos ou temporarios, só pôde ser substituida, por outra inferior na escala das penas, aos menores de 17 annos; quando, tomando-se á risca este n.^o, comparado com a regra estabelecida em o n.^o 81.^o toda a circumstancia atenuante, e, portanto, a que resulta da idade dos 20 annos, exclue a pena de morte, e faz reduzir, ou substituir, a dos trabalhos publicos.

Mas esta antinomia se attenua, concluindo-se do Art. 71.^o, comparado com o Art. 84.^o, que a menoridade, dos 17 até aos 20 annos, é uma circumstancia atenuante.

« S'il est faible d'esprit, ou si son éducation a été négligée. » — Art. 39.^o n.^o 1.^o

¹ É sem duvida perigoso estabelecer-se *à priori*, e por antecipação uma regra geral, uma balisa, que marque aonde acaba a irresponsabilidade e aonde começa a imputação criminal das acções, que a lei declara puniveis; mas ainda é mais perigoso deixar á apreciação dos Juizes e jurados, com applicação a cada individuo menor de certa idade, a alternativa entre o castigo e a impunidade. A philosophia e a humanidade estremeceriam de vêr punir um infante de 7 annos, ou um de 14, ou de 20, com o mesmo rigor, que um adulto de maior idade.

te sujeita ao concurso das aggravantes, que a podem vencer, em quanto que a menoridade, dos 14 até aos 17, fica sempre com preponderancia, para excluir a pena de morte e os trabalhos publicos, qualquer que seja o numero, ou qualidade, das causas de aggravação. Ao Art. 71.^o voltaremos a este assumpto.

O escandalo publico, resultante de uma destas penas, em um menor de 17 annos, seria muito maior, que o do mal social resultante do crime.

Passando-se em revista alguns dos principaes Cod. estrangeiros, nota-se nelles uma grande variedade, a este respeito.

Todos são concordes em fixar a maioridade legal mais cedo em materia criminal, do que em materia civil. Todos os legisladores tem reconhecido, que as noções do justo, ou do mal moral, são de mais facil comprehensão, para todos os homens, do que as noções do util, ou do mal civil. O menor de 25 annos, que a Lei presume não inteiramente capaz, em regra, de reger sua pessoa e bens, no tracto commun e ordinario da vida social, é presumido ter a capacidade necessaria, para de certa idade por diante comprehender, que uma acção, ou omissão, é uma infracção do dever, punida por uma Lei especial.

Todos elles são concordes em reconhecer, porém, que, antes, tambem, de certa idade, a presumpção, não é, se não de uma capacidade incompleta. Conhece-se o mal moral, mas não se vê, não se mede, todo o seu alcance, todas as suas consequências. Mas em que termo se fixa essa idade? É nisso que se mostra uma diversidade inconciliavel, como é, entre 16 a 21 annos.

O Cod. Hesp. só considera, como circumstancia atenuante, em rasão da idade, a dos 18 annos: Art. 9.^o n.^o 2.^o; Concorda o Cod. das Duas Sicilias, Art. 66.

O Cod. d'Aust. estabelece a menoridade dos 20 annos. Art. 39.^o n.^o 1.^o; o do Braz. a de 21 annos, Art. 18.^o §. 10.^o ¹

¹ Importa o mesmo que a expressão do presente n.^o — 20 annos completos: de sorte que, para a menor idade não ser uma circumstancia aggravante, se faz necessario, que o culpado ainda não tenha, ao tempo do delicto, completado 21 annos. Vid. Report. á Ord. verb — *menor que passa de 20 annos* etc. Nota (a)

O Cod. da Bav., sómente considera circumstancia atenuante até aos 16 annos, Art. 99.^o.

« Après seize ans révolus, la jeunesse à elle seule ne donne pas le droit à l'adoucissement de la peine. »

O moderno Cod. da Pruss., Art. 43.^o, sendo nimiamente indulgente, para com o menor de 16 annos, muito mais que o nosso Cod. no Art. 71.^o a respeito do menor de 17, guarda silencio, quanto ao maior de 16, e menor de qualquer outra idade superior. Não admite, por tanto, a idade como causa de attenuação, se não até aos 16 annos incompletos. É exactamente o Direito Francez.

O Cod. d'Oldemb., sómente permite, como o da Bav., aos Juizes substituir a pena de morte pela prisão aggravada, e por tempo indeterminado, em favor dos maiores de 16, e menores de 20, quando concorram outras circumstancias atenuantes, que não especifica.

Disposições, analogas a estas, eram as que já se encontravam na nossa Ord. Liv. 5.^o tit. 135.^o:

« E se fôr de idade de 17 annos, até 20, ficará, em arbitrio dos Julgadores dar-lhe a pena total ou diminuir a lha. »

O nosso Cod. conservou, por tanto, essencialmente os termos, fixados pelos Juris-consultos, que adoptaram a opinião dos philosophos, e medicos, da antiguidade. ¹ Esta opinião é que, de sete em sete annos, em termo medio, todos os elementos materiaes, que compõe o corpo do homem, se renovam, e que essa revolução organica se consumma, acompanhada de uma correspondente revolução moral. Daqui vem os termos de 7 annos, Art. 23.^o n.^o 2.^o; de 14 annos, mesmo Art. n.^o 3.^o; e de 21, incompletos, ou 20 completos, segundo o presente n.^o.

Por Direito Romano nenhuma determinação positiva se achava estabelecida, que não fosse a regra de que a impunidade se não justificava pela idade do delinquente: « *Impunitas delicti propter aetatem non datur* » ² e, com tudo, não deixava de se attender á mesma idade, como circumstancia

¹ Opinião reproduzida, mesmo nos tempos modernos, por Cabanis, *Rapports du physique et du moral de l'homme*, memoire 4.^a §§. 6.^a, 7.^a, e 8.^a

² 47. Cod. de poen.

attenuante « *Fere in omnibus penalibus judiciis et etati et imprudentia succurritur.* » ¹

Os interpretes não deixam, contudo, de estabelecer períodos, conforme a este Direito, distinguindo 1.º a *infancia* propriamente dita, que durava até aos sete annos, termo que adoptámos, e em que os mesmos menores ficavam a coberto das leis criminaes — *ob innocentiam concili* — 2.º a época mais proxima á infancia, em que tambem as leis criminaes ficavam sem applicação; por que, ainda que o estado de innocencia não devesse já ser presumido, se presumia o da incapacidade para o dolo — *non doli capax* —, e era até aos 10 annos e meio: 3.º dahi até á idade da puberdade, 14 nos varões, 12 nas fêmeas, em que ainda continuava a presumpção legal, salva a prova em contrario, segundo a maxima — *malitia supplet etatem* —, mas a pena era sempre modificada — *pupili mitius punitur* — 4.º da puberdade, aos 18 annos, em que o *pubere* se tornava *menor*, e mesmo até aos 23, época da *maioridade*, em que cessava toda a presumpção favoravel, mas em que sómente se modificava a pena, substituindo-se por outra diversa em quantidade e natureza.

Mas todas estas e outras distincções, bem ou mal deduzidas do Direito Romano, eram nullas e inapplicaveis aos crimes, de maior gravidade, ou atrozes. A Lei suppunha, que a immoralidade do facto era de tal evidencia, que a mesma intelligencia de um menino a devia comprehender, e que, por tanto, os menores, mesmo no primeiro gráo, deviam ser punidos.

No antigo Direito Francez, era arbitraria, como entre os romanos, a apreciação da menoridade, e, além disso, militava a regra — *malitia supplet etatem*. — Foi a Assembléa constituinte, de 1791, que alli estabeleceu uma regra determinada e unica, fixando a idade dos 16 annos, o que actualmente se acha em vigor.

Este systema offerece o grave inconveniente, de deixar á apreciação dos magistrados, os casos, em que um infante, um impubere, deve responder em processo crime, e só tem a vantagem de fixar duas épocas, a da *certeza*, e a da *dúvida*, legal, sobre a culpabilidade dos menores.

¹ 4, Lei 17.º D. de reg. jur. — Vid. Farinaceus Quest.: Chauveau e Helie, tom. 2.º, pag. 148. Pastoret, lois pen. tom. 2.º pag. 148, cel.

Em summa, observa-se em todos os Codigos da Europa uma falta de nexo, e de semelhança, a este respeito, que parece haverem sido tomados ao acaso, segundo a opinião individual e occasional, dos redactores dos mesmos Cod., os termos, que fixaram, para distinguir a menoridade, já segundo os commentadores do Direito Romano, e antiga jurisprudencia europeia, já segundo o Cod. Pen. Fr., já da sciencia predominante.

Nesta distincção, a influencia, que devia exercer a diversidade dos climas e do desenvolvimento, mais, ou menos, precoce, do homem, nas raças meridionaes, comparadas com as do Norte, não só é nulla, mas os Cod. se acham muitas vezes em contradicção com ella.

É assim, que a imputação começa aos 7 annos na Inglaterra, em quanto só começa aos 10 na Grecia, nos Estados Romanos, na Austria, no Wurtemberg, e aos 12 na Saxonia e no Hanover.

É assim que a idade da culpabilidade completa, e da applicação da penalidade ordinaria, tem o seu limite aos 14 annos na Inglaterra e na Grecia, aos 16 na Baviera, Oldemburgo, e na Prussia, aos 18 na Hespanha, e aos 21 no Brazil, e na Sardenha.

Comparando estas diversas legislações positivas com a do nosso Cod. póde considerar-se admissivel, até certo ponto, o systema de divisão fundamental, que se adoptou, estabelecendo-se periodos, de sete em sete annos. Este systema tem as vantagens 1.ª de proceder por periodos regulares da mesma cifra, o que equivale a não ter mais que uma; 2.ª de ir de accordo com a sciencia psychologica ¹ nas suas tradições antigas, confirmadas por authores modernos; 3.ª de seguir um termo medio na variedade de cifras recebidas em diversos

¹ *Psychologia*, é a parte da philosophia, que tracta da alma, de suas faculdades, e operações intellectuaes. Aquella que tem por objecto examinar a vida, seus phenomenos e faculdades, procedendo nesse exame *à posteriori*, ou pela *observação dos factos*, diz-se *psychologia experimental*. A que tem por missão elevar-se até á essencia e natureza do ser moral do homem, com abstracção desses factos, toma o nome de *psychologia racional* ou *transcendental*. É claro, pois, que nos referimos á sciencia no estado de *observação*, tirando regras, que não são verdades absolutas, mas só de approximação, pela sua verdade *relativa* ao maior numero de casos.

Cod., comprehendendo, mesmo, algumas das por estes adoptadas geralmente : ¹ mas, quanto ao primeiro periodo, reservámo-nos, deduzir algumas observações, ao Art. 23.º, n.º 1.º e 2.º.

2.ª A provocação; Art.º 171.º n.º 2.º e 3.º; 180.º §. 1.º; 299.º; 355.º; §. 1.º; 370.º; 371.º; 372.º; 373.º; 374.º; 375.º; 377.º; 378.º; 381.º; e seg.; 486.º.

Concorda o Cod. Hesp. Art.º 8.º n.º 4.º, com a differença, que este exige, e com justa razão, que o delicto se siga *imediatamente* á provocação. — Se medeou tempo sufficiente para a reflexão, temos a *premeditação*, ou, pelos menos, reflexão bastante, que neutralisa o effeito attenuante da *provocação*.

O homem mais honrado, e mais innocent, cega-se na presença de uma injuria, de uma offensa, mas desde que medeou tempo sufficiente, para se ruminar a idéa do crime, a *provocação* não deve servir de esecusa.

Entre o immediato *desforço* de uma *provocação*, e a *vingança reflexiva*, passadas semanas, ou mezes, vai uma distancia infinita. — A vingança, diz Bastos. Coll. de *Pensamentos*, que a moral e a religião não prohibem, antes recomendam, é a de retribuir offensas com beneficios.

A vingança reflexiva é uma circumstancia aggravantissima do crime; porque o homem, que se deixa arrastar por ella, absorve, usurpa, todos os poderes do Estado, dispensa todo o processo, toda a defesa, contra a sua victima. — Esse homem é legislador, é parte, é Jury, e acaba por ser executor de alta justiça.

Nada ha tão baixo, tão vil, e tão abjecto, como o sentimento da vingança. — Se isto, pois, é assim : por que não se acha transportado este n.º 2.º, com o correctivo da sua fonte, o Cod. Hesp. ? Não encontrámos motivo fundado.

Exclue, assim, o Cod. Hesp., com toda a sabedoria, a circumstancia attenuante da provocação, nos termos absolutos, em que se acha no presente n.º

Para que a provocação possa ser uma causa de attenuação, é preciso, em verdade, que nella concorram os dous

¹ Ortolan Princ. Elem. du Droit. Pén. §. 281.º; Rossi, Dr. Cr. tom 2.º pag. 151; Chauveau et Helie., tom. 1.º Cap. 12.º pag. 456.

quesitos do Cod. do Braz. : 1.º que seja *grave*; 2.º que seja *recente*.

É preciso também, com tudo, não se confundir a *provoação* com a *agressão*, que produz a *legítima defesa*. As duas situações são diversas. Na primeira, temos, como subsequente, a paixão, a vingança, do agente: na segunda, impulsiva da acção, temos a coragem, a firmeza de espirito, o exercício de um direito, a pratica de um dever.

Na primeira, só apparece uma causa remota, indirecta, do crime, na segunda, só se reconhece um effeito necessario e directo, em que o livre arbitrio, contrario á defesa, seria moralmente impossivel.

Todavia, se é certo, que não pôde haver confusão entre um e outro estado, é preciso reconhecer, que, quando se tracta de defesa, cujas condições moraes e legais são incompletas, ou cujos limites, indispensaveis para a justificar, foram excedidos, apparece uma certa analogia entre as duas situações, e que então muito difficil se torna distingui-las.

Assim mesmo, as duas situações não se confundem aos olhos do legislador e dos Juizes, que analysarem com penetração os impulsos moraes do coração humano, em uma, e outra das mesmas situações. Encontrarão sempre, de uma parte, o homem, que foi collocado no campo da defesa, ainda que a excedesse; e do outro, o homem, que não teve outra intenção mais, que a de se vingar. « *Tuendi duntaxat, non etiam ulciscendi causa* » como diz o J. Cons. Paulo. ¹

Em verdade, o nosso Cod. não confundiu a *provoação*, que produz o resentimento, com a *agressão*, que produz a defesa, pois se vê do Art. 37.º, que os excessos desta são punidos por um modo especial: — e, com tudo, incoherentemente, no Art. 375.º, nas palavras não havendo premeditação, se se verificar a *provoação estando em perigo*, no momento do crime, *pelas violencias*, do ascendente, *a vida do criminoso, poderá* ser attenuada a pena, segundo as regras geraes — » confundiu as duas situações, tão distinctas aos olhos da sciencia racional: e não só confundiu, aggravou a confusão, tornando a attenuação *facultativa*, em lugar de *obligatoria*, ou *preceptiva*, como, pelo menos, devia ser em tal caso.

¹ V. Ortolan, Elem., de Droit. P., §. 446.

ARTIGO 20.º

3.ª A violencia, ou ameaça. Art. 14.º n.º 2.º; 370.º; 371.º; 372.º; 374.º; 375.º; 377.º; 378.º; 381.º, e seg.:

Imperfeita, por ambigua, nos parece a redacção deste n.º 3.º; pois que é preciso recorrer ás regras de hermenêutica, para se lhe encontrar a sua verdadeira significação.

E', diz o n.º, uma circumstancia attenuante a das *violencias* e *ameaças*; mas de quem? Serão as da pessoa offendida? De certo que não; por que superfluidades se não presumem no estilo do legislador. Se fossem as violencias e ameaças da pessoa offendida, teriamos uma *provoação*, por taes meios, e, como taes, se achariam comprehendidas em o n.º antecedente.

Tracta-se, por tanto, de violencias e ameaças, praticadas por um terceiro, que não importando para o culpado uma coacção absoluta, ou força irresistivel, nos termos do Art. 14.º n.º 2.º, importam sempre uma especie de constrangimento, que o desculpa, e produz uma attenuação da pena, como, a respeito de todas as circumstancias, dirimentes, estabelece-se em geral a 1.ª das attenuantes, contemplada no Art. 9.º do Cod. Hesp.?

Assim fixada a intelligencia equivoca do presente n.º 3.º, a sua justiça é incontestavel; porque a espontaneidade da acção, elemento essencial de toda a criminalidade, se não pôde dizer completa, e logo, se o estado de corrupção do criminoso, a que se deve proporcionar o remedio penal, não é tão grande, como seria, fóra desse caso, a pena deve diminuir.

Em todo o caso, cumpria, que o Cod. fosse mais explicito; porque as mesmas palavras não devem exprimir duas idéas contrarias. Se exprimem as palavras *violencia*, ou *ameaça*, as da parte de um terceiro, como acreditamos, achamos a sua concordancia no §. 7.º do Art. 18.º do Cod. do Braz. :

« ter o delinquente, commettido o crime, atterrado de ameaças. »

Nesta obscuridade, o interprete, recorrendo ás fontes do Cod., já Hesp., já do Braz., pôde hesitar entre as duas significações diversas.

O Cod. da Prus., tractando da consternação, susto ou terror, causada pela propria victima do crime, vae até ao ponto de igualar o facto aos praticados em estado de justa defesa, como se vê do §. 41.^o; e, no §. 177.^o, reduz a pena á prisão simples, não menos de dous annos, se o facto for qualificado, como proveniente de uma *exaltação* provocada por *offensa grave*.

O nosso Cod. tambem se fez cargo desta causa de attenuação, para determinar a pena em certos casos, reduzindo-a, em razão das violencias ou ameaças: como se vê dos Art. 375.^o; 377.^o, n.^o 1.^o, e 2.^o, etc. — Com toda a especialidade fez outro tanto o novo Cod. da Prus. nos casos dos §§. 153.^o, 177.^o; 188.^o; 106.^o — Mas tudo se reduz á provocação, de que tracta o n.^o antecedente.

ARTIGO 20.^o

4.^a A intenção, e necessidade de evitar um mal;
Art. 24.^o, n.^{os} 1.^o, 2.^o, 3.^o, 4.^o; 22.^o; 366.^o e seg.; 376.^o e seg.; e outros.

Concorda com o Art. 18 §. 2.^o do Cod. do Braz.

« Ter o delinquente commettido o crime para evitar « maior mal. »

Na diversa redacção, porém, que se deu a este n.^o 4.^o supprimiu-se a palavra — *maior* — que caracteriza *essencialmente* a disposição do Cod. do Braz.

Temos, como bem diz o n.^o, a *necessidade* de evitar um mal, mas cumpre ter, ao mesmo tempo, a *intenção* de escolher de dous males o *menor*, que é o que essencialmente attenua o facto criminoso. Se não ha, senão troca de mal eminente para nós por mal certo a outrem, ou se mesmo o mal proprio, que desejámos evitar, é menor, ou insignificante, em comparação daquelle, que causámos pelo delicto, nada pôde desculpar o dilinquente.

Pelo contrario, não menos, vemos nesse homem um *egoista*, que não experimenta sentimento algum de benevolencia para com os seus semelhantes, que, ferindo a lei moral, de não fazer aos outros o que elle não quereria se lhe fizesse em igual situação, não deve merecer a menor indulgencia da parte do legislador.

O crime não é mais então, que um tributo de sangue, de honra, ou de propriedade, que o delinquente impõe, cruel, e tiranicamente, ao seu semelhante. Esse delinquente é um monstro social; — demonstra um gráo superior de perversidade, que é preciso corrigir e reprimir.

Se, pois, como parece, a fonte proxima deste n.^o 4.^o foi o Cod. do Braz., temos, que não foi um acerto a omisão da palavra *maior*.

Mas como é regra de Direito, que as leis se devem entender de modo, que dellas se não siga absurdo; e seja con-

forme a essas regras, que as disposições do Cod. se procurem conciliar entre si, recorrendo-se aos logares parallellos: nós tomaríamos este n.º somente de modo, que harmonisasse com a regra geral n.º 11, deste mesmo Art. 20.º, isto é, que a escolha do mal do delicto se tenha verificado de modo que — *enfraqueça a culpabilidade do criminoso* —, o que importa virtualmente a restituição da palavra — *maior* — do Cod. do Braz., que, irreflectidamente, pensámos nós, se omitiu na redacção.

Ou na especie, que se figura neste n.º 4.º, dada a hypothese da *necessidade* de evitar um mal, a *intenção* se liga exclusivamente a este fim, e não temos a circumstancia attenuante, mas facto justificado; ou a *intenção* é complexa, comprehendendo a de atalhar o proprio mal á custa do bem estar de outrem, e então se reduz o facto a reportar commodo pessoal do delicto, que se commete, e, neste caso, o fim justo não desculpa a iniquidade do meio.

Para se poder tomar em alguma consideração semelhante circumstancia, seria preciso 1.º, que a necessidade fosse flagrante; 2.º que ao criminoso se não offerecesse outro meio licito, ou menos punivel; 3.º que o mal fosse grave, e difficil affrontal-o, sem causar damno, ou offensa a um terceiro; 4.º que ao criminoso assistisse o dever moral de evitar o mesmo mal.

Era necessario, que o terror do mal eminente produzisse no animo do criminoso uma impressão tão forte, que fosse capaz de o approximar da *força irresistivel*, de que tracta o n.º 2.º do Art. 14.º, com o effeito de tornar a liberdade menos completa.

Uma grande, ou a maior parte, dos crimes, que não nascem do sentimento baixo e objecto da vingança, tem por fim alcançar um bem, ou evitar um mal, por meio de lesão aos direitos de outrem: a mesma satisfação de vingança é um bem, assim como a privação della um mal, em relação ás necessidades do criminoso.

O mal, portanto, a evitar, deve importar para o criminoso, tanto a não resignação a esse mal, como a deliberação de lhe preferir outro, que lhe resulta da infracção de um dever, moral ou positivo.

Por ex. um negociante vê proxima a sua ruina pelo máo estado dos seus negocios; tracta de pôr a coberto o resto do seu haver em prejuizo dos seus credôres; até, que a final, consummada a fraude, se manifesta em estado de insolvencia.

Será uma bancarrota aggravante, ou attenuante? Um pai de familia, que, em logar de trabalhar, ou de pedir esmola, vai assaltar um passageiro na estrada, para, pelo roubo, evitar o mal da indigencia. As penas do roubo deverão ser attenuadas em rasão do fim, que teve o ladrão?

Em conclusão, a circumstancia, de que tracta este n.º 4.º, ou é moralmente inadmissivel, na extensão dos termos, em que se acha redigida, ou carece de mais algum termo, que exprima, tanto a necessidade de evitar um mal, como a de o evitar por meio de um facto criminoso. É unicamente o concurso das duas necessidades, e o seu conflicto ou collisão, e não sómente a presença da primeira, que póde attenuar a pena da intenção na parte criminoso.

A culpa, além disso, não se attenua, antes se agrava, se o criminoso foi causa proxima, ou remota, do proprio mal, que quiz evitar, ou se a resignação era para elle um dever moral.

ARTIGO 20.º

5.ª A falta de pleno conhecimento do mal, que deve causar o crime. Art. 14.º, n.º 1.º, 2.º, 3.º, 4.º; 22.º; 366.º e seg.; 370.º, e seg.; e outros.

Este n.º é tirado do Cod. do Braz., Art. 18.º n.º 1.º, que é assim concebido:

« Não ter havido no delinquente *pleno conhecimento do mal e directa* intenção de o praticar. »

Mas a nova redacção, que aqui se lhe deu, fez apparecer uma disposição, que á primeira vista, se mostra mui diversa.

Alguns exemplos demonstrarão melhor, que uma analyse toda, o nosso pensamento.

Uma mulher, para assegurar, a afeição de seu amante, ou attrair a si um marido desvairado, recorre aos embustes de uma denominada feiticeira, ou, como hoje se diz, *mulher de virtude*. Esta impostora condescende, e subministra alguma bebida, algum filtro, que, em lugar de produzir o desejado effeito, produz alienação mental, ou a morte. Temos neste caso um envenenamento *no facto*, mas não na *intenção*.

Um ladrão, ou ladrões, pertendem roubar alguém, e, a esse fim, não o querendo matar, lhe subministram um narcotico, para, durante a somnolencia, perpetrarem o crime. Mas a constituição do individuo, ou o seu estado era tal, que não reagiu, e o somno, temporario na intenção dos delinquentes, tornou-se o lethargo da morte.

Temos ainda, neste caso, um envenenamento, mas commettido, sem *uma intenção directa*, como exige o Cod. do Braz.

Nem a *mulher de virtude*, nem os ladrões, tinham *pleno conhecimento* das qualidades *toxicas* das bebidas, que propinaram, ou fizeram propinar, isto é, não calcularam, nem tinham os conhecimentos especiaes, para bem pesar, a *possibilidade* de um mal mais grave.

Já se vê, pois, que a nova redacção, que em nosso Cod.

sofreu o §. 1.º do Art. 18.º do Cod. do Braz., não o melhorou, e que, por tanto, este n.º 5.º só poderia exprimir com a devida clareza a mesma idéa, e ficar menos imperfeito, se em lugar das palavras — « mal, que deve causar o crime » — se lesse — « *todo* o mal, que deve, *ou póde*, causar o crime.

Concorda, tambem, o Cod. Hesp. Art. 9.º n.º 3.º, assim redigido :

« la de no haber tenido el delinquente intencion de causar todo el mal que produjo. »

Qualquer destas duas redações é preferivel, entendemos nós, á que se acha neste nosso n.º 5.º. As palavras só — *que deve causar* — exprimem a disposição de *effeitos necessarios, infalliveis*, resultantes do delicto. Mas a circumstancia attenuante consiste, *principalmente*, em se demonstrar, que, por parte do agente, não foram, ou não podiam ser, previstas *todas as consequencias* do seu crime, e que, se o tivessem, ou podessem ter, sido, elle que, só se havia proposto a obter um certo resultado de menor gravidade pelo crime, se teria abstido de o praticar. Esta presumpção da Lei, favoravel ao criminoso, é então o fundamento intrinseco da attenuação da pena.

Todavia, este n.º 5.º, como está redigido, entendido pelos seus dous concordantes logares do Cod. do Braz. e Hesp. deve, na pratica, ser entendido nesta conformidade, e produzir a attenuação no mesmo sentido.

ARTIGO 20.º

6.ª A ignorancia de que o facto é criminoso; Art. 1.º; 5.º; 12.º; 15.º; 18.º; 22.º; 366.º; e seg.; e outros.

A lei penal tem por objecto, não tanto descrever o facto, ou omissão, e prohibi-lo, com a comminação de uma pena, como designar certos casos, em que se manifesta a enfermidade ou corrupção moral, que a sociedade tem *necessidade*, e, consequentemente, o direito, de curar, ou de punir.

Ninguém, pois, pôde, aos olhos da lei, allegar a ignorancia de que um facto é criminoso, desde que sobre esse facto existe lei, que contém a descripção delle, e a formula do remedio a applicar.

Já no Art. 12.º se declarou, que essa allegação não é admissivel, para se adduzir como *causa justificativa do crime*. Mas neste logar se admite, como causa attenuante da pena, a ignorancia de que o facto é criminoso. Pois pode separar-se a ignorancia sobre o objecto da incriminação da lei, da ignorancia da mesma lei sobre a incriminação? E, não se podendo separar uma da outra, não parece dar-se aqui com o dito Art. 12.º uma flagrante contradicção?

A maneira de sahir desta difficuldade, é contemplar, como impropria, e inadequada a expressão *ignorancia*, aqui empregada, e tomar-se como equivalente de *erro*.

A *ignorancia*, exprime uma completa ausencia de idéas; o *erro* é cousa diversa. As idéas sobre o objecto existem, mas são falsas.

Pôde não ser ignorada a lei penal, mas pensar-se, com melhores, ou peores, razões, que a acção não é criminoso, por se não achar comprehendida na disposição da lei penal.

Mas, neste caso, ainda a disposição deste n.º 6, na sua generalidade, é repugnante com a verdade moral; porque o erro, quando *intencivel*, exclue inteiramente a intenção malefica; e, por tanto, quando provado, deve considerar-se uma

causa justificativa, uma defesa, ou excepção *peremptoria*, e não simplesmente uma *circumstancia attenuante*.

Assim está no Cod. d'Austr. P. 1.º Art. 2.º, aonde se lê. »

« Nulle action ou omission ne constitue un délit... Quand « le fait est le résultat d'une telle erreur, qu' elle ne laisse pas « la possibilité de reconnaître un délit dans l'action :

Concorda o Cod. da Bav. Art. 121.º

« Une action ne sera passible d'aucune peine, lorsque, « par léfét d'une ignorance *insurmontable* et qu' on ne peut « lui imputer, l' agent aura cru son action licite et non pu- « nissable. »

Fora deste caso, o erro pôde ser considerado uma *circumstancia attenuante*, ou mesmo *attenuantissima*, mas sómente quando fór provado tal, que não exclua a *possibilidade*, de que falla este Art. do Cod. d'Austr.

Por ex., um delinquente, que é surdo-mudo, que não recebeu educação alguma, deve ser julgado com a maior indulgencia; por que elle pôde não ter a consciencia do maleficio, que lhe é imputado.

A prudencia, e filosofia, dos Juizes, assim como á illusão e bom senso dos jurados, toca seguir os immutaveis principios da razão natural, como lhes parecer mais justo nos casos occorrentes.

Deve ainda notar-se, que a *ignorancia*, neste sentido, ou *erro de facto*, pôde dar-se, não só a respeito do facto principal, mas das *circumstancias*, que o acompanham, e que, sendo ignoradas, não devem produzir a aggravação da pena imposta por lei, dadas essas *circumstancias*.

Esta doutrina, é, expressa, e especialmente consignada no §. 44.º do mod. Cod. da Prussia :

« Se a culpabilidade for dependente seja de qualidades « particulares á pessoa do author, ou daquelle a quem o fa- « cto disser respeito, ou das *circumstancias* particulares, sob « as quaes o crime ou delicto se commetteu, a acção não se « deverá imputar como crime, ou delicto, a quem ao tempo « d'ella não tinha conhecimento d'aquellas relações ou *circumstancias*.

« Se por taes relações ou *circumstancias* particulares, « quando não ignoradas pelo perpetrador a culpa da acção « executada devesse ser-lhe augmentada, estas *circumstancias* « aggravantes não lhe deverão ser imputadas para esse fim. »

Por ex. o caso, que mencionámos ao Art. 12.º, do cum-

plice de bigamia, que ignorava o anterior matrimonio de sua mulher; o do criminoso, que, cuidando ferir um estranho, ferir seu pai, ou irmão; o da mãe, quem se furtou o recém-nascido, deixando-se-lhe outro em seu lugar, e que, ignorando este facto, commetteu no parto alheio, o infanticidio, que premeditou, preocupada da sua deshonra.

Cumpra mais advertir, que posto que a ignorancia produza o erro, quer a ignorancia seja de facto, quer de direito, e por isso a palavra — *ignorancia* — se tome muitas vezes, ou quasi sempre, como synonyma da de erro, ' a expressão do Cod. tem o defeito de ser muito vaga, e, por tanto, de confundir na mesma linha de apreciação, a ignorancia *invencivel*, absoluta, ou relativamente, e é a que se não pôde vencer de modo algum, ou nas circumstancias dadas, ou com grande difficuldade, e esta, em lugar de atenuante, é dirimemente de toda a responsabilidade, como exclusiva de todo o consentimento ou vontade; com a *vencivel*, que ainda se subdivide em *simples*, quando se dá, a respeito de cousas que *fácilmente se podiam* saber, ou *crassa ou supina*, quando se dá a respeito de cousas, que todos, em geral, ou qualquer, nas circumstancias especiaes do delinquente, não só *podiam*, mas *deviam*, saber.

Neste ultimo caso, a *preterição voluntaria do dever* ácerca da instrucção previa é facto illicito, em si mesma, posto que negativa, que, concorrendo com o delicto, não pôde ser considerada, com verdade moral, uma circumstancia atenuante do mesmo delicto, e pôde mesmo tornar-se uma circumstancia aggravante, quando toma o caracter de *affectada*, isto é, quando se evita, de proposito, a sciencia preventiva do crime, na intenção de commetter o mesmo crime.

Isto quanto á ignorancia, que acompanha o crime, mas que lhe precedeu desde o seu projecto. A que é só *concomitante*, e não *antecedente*, não só é *atenuante*, mas *dirimemente*, porque a falta da premeditação não deu tempo a *vencel-a*, e, por tanto, posto, que *vencivel* em si, é sempre *invencivel*, porque só tem existencia com a acção no momento della.

Estas distincções, que se encontram nos moralistas, theologos, e jurisconsultos, demonstram a inexactidão do princi-

pio estabelecido neste n.^o 6.^o, nos termos absolutos, em que se acha concebido.

A regra da imputação das acções assenta sempre na maior ou menor voluntariedade. A ignorancia e o erro, como ensina Rossi, ¹ podem derivar-se, ou de causas independentes da vontade do agente, e então nenhuma imputação lhe cabe, ou depende de causas, que, posto que intrinsecas, tomam um character mixto, em quanto dependia, mais ou menos, da sua vontade, o vencel-as, e então, são, mais ou menos, imputaveis.

¹ Dommeau Comm. Jur. Civ. L. 1.^o, C. 19.^o, §. 5.^o

¹ Dr. Pen. T. 2.^o L. 2.^o C. 14.
VOL. I.

ARTIGO 20.º

7.ª A apresentação voluntaria ás autoridades.
Art. 176.º; 283.º; §. 2.º; 319.º §. 5.º

Nem no Cod. Hesp., nem no Cod. do Braz., se acha tomada em consideração esta circumstancia. Parece-nos, que com toda a razão assim se procedeu nesses Codigos.

Muito pouco se confia na acção das leis policiaes e de segurança publica, para que se julgue conveniente convidar os criminosos, pela attenuação da pena, a que venham apresentar-se voluntariamente ás autoridades.

Não é de suppôr, que os criminosos venham sujeitar-se a um processo, e á imposição de uma pena, se podessem subtrair-se pela fuga, ou conservar-se occultos.

Pelo contrario, deve presumir-se, que depois do crime não encontram asylo em parte alguma; que elles calculam a infallibilidade da prisão, a impossibilidade de escapar á acção da Justiça.

Fazem, pois, da necessidade virtude. O acto da apresentação é proveniente da coacção moral, que resulta da situação, em que elles se vêem collocados.

Essa situação é um dos effeitos da sua acção criminosa. Não vemos, por tanto, motivo fundado, para que deste facto, posterior ao delicto, se lhes faça um merito, para se lhes commutar, ou remittir, uma parte da pena.

Assim como ao criminoso, que se esconde, ou que foge, o Cod. não fez, nem podia fazer, desses factos, especialmente, uma circumstancia aggravante; assim, por uma razão contraria, se não devia fazer uma circumstancia attenuante, na hypothese da apresentação voluntaria ás autoridades.

O criminoso, apprehendido em flagrante delicto, tambem não é tratado com mais rigor, que o criminoso, que é descuberto, buscado, e encontrado fóra do momento do crime.

Assim será sempre conveniente aos criminosos fugir, es-

conder-se, para depois se apresentarem, passados alguns dias, ou algumas horas. O regicida, o envenenador, o parrecida, o homicida qualificado, os incendiarios assassinos, o ministro da Corôa corrupto e traidor, evitam a pena de morte, que lhes commina o Cod., apresentando-se voluntariamente ás autoridades, diz este n.º 7.º, combinado com a disposição correlativa do Art. 81.º.

De facto, pois, para os criminosos, que fizerem essa apresentação, fica abolida a pena de morte, e ella cessará, portanto, de servir de intimidação, para os grandes criminosos, que assim o calcularem d'antemão praticar.

É, percorrendo a escala das outras penas afflictivas, sempre contarão, que desse facto lhes hade resultar uma attenuação. Logo não ha, por tudo, quanto levámos dito, verdade moral, nem conveniencia alguma, em se erigir um similhante facto em circumstancia attenuante.

Pelo contrario, a considerámos, como altamente prejudicial á causa publica, e destructiva das penalidades estabelecidas no Cod., como correspondentes aos delictos.

Accresce, que este n.º não se acha em harmonia com o Art. 80.º do Cod.; por que ahi, para a substituição, ou attenuação das penas, sómente são mandadas considerar as circumstancias attenuantes, *segundo a maior influencia, que ellas possant ter, na culpabilidade do criminoso.*

Mas que relação póde ter com o crime, que elle premeditou, que elle consummou, ou no facto em si, ou nas circumstancias concomitantes, o facto *posterior*, distincto, da apresentação ás autoridades? Nenhuma, nem pouca nem muita. Logo este n.º 5.º, em presença do Artigo 80.º, fica sem outro objecto mais, que servir de laço, ou de rede, para atrahir os criminosos á cadeia, sem trabalho da parte da policia; ou fica sendo uma porta aberta, para se eximirem ás penas da lei criminal.

Ficam elles mesmos, neste caso, senhores de applicar virtualmente, por esse facto, a si proprios, uma das attribuições do Poder Moderador. É um privilegio, que se introduz a seu favor, inteiramente semelhante, em seus effeitos, ao antiquissimo *privilegio clerical*, da Gram-Bretanha, com a differença sómente, que dependerá do facto da *apresentação* dos delinquentes, e não de *saberem lêr e escrever.*

Enem poderá produzir-se contra estas razões, o ex. do Cod. Pen. d'Aust., Part. 1.ª Art. 39.º n.º 8.º

Alli se considera circumstancia attenuante, não o simples facto da apresentação ás Authoridades, mas sim, quando, diz esse Cod.

« O culpado *podendo facilmente subtrahir-se pela fuga, ou conservar-se escondido, veio denunciar-se e confessar o delicto.* »

Isto é cousa muito diversa. É preciso, que a *espontaneidade* seja plenamente provada, e com ella concorra a *denuncia e confissão* do delicto. Destas tres circumstancias, reunidas, a Lei presume a *penitencia, o arrependimento, os remorsos*; que são o principio da emenda dos culpados. E, como um dos fins das penas é essa emenda, satisfeito já em parte, o mesmo fim, como demonstra o comportamento do criminoso, o legislador, mais desassombrado, se julga constituido na rigorosa obrigação de o tratar com alguma indulgencia.

Por ultimo, resta-nos advertir, que esta circumstancia aqui attenuante, se torna dirimente, nos casos especiaes, e com as condições previstas, nos Art. 176.º, 283.º §. 2.º, e 319.º §. 5.º. Mas assim o determina ahi o legislador preocupado, mais do perigo, que ameaça a causa publica, do que do arrependimento e emenda, que manifesta o culpado, denunciante de si mesmo.

Em conclusão, dizemos, que podem dar-se casos, em que o facto da apresentação voluntaria ás authoridades, excipiendo uma diminuição de imputação, não do facto, mas de apreciação do elemento moral. Mas estes casos se devem reputar rarissimos, e, por tanto, não podem authorisar uma regra geral, qual a que se estabelece neste n.º. — Sem os correctivos do Cod. d'Aust., ou nos termos absolutos, em que se vê formulada, não deve ser accepta na futura revisão e reforma do Cod.

ARTIGO 20.º

8.ª A embriaguez não completa, quando fôr casual, e não fôr posterior ao projecto de commetter o crime; Art. 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 14.º, n.º 3.º, 22.º, 23.º, n.º 1.º, 4.º, 74.º

A materia, de que passámos a tractar, é de summa difficuldade. Diversas, até completamente contradictorias, tem sido as opiniões dos criminalistas e dos legisladores, ácerca do valor, que tem, ou que deve ter, a embriaguez, com relação á imputação dos crimes.

Para uns, é uma circumstancia despresivel, nulla, que se pretêre, de que a legislação criminal se não deve fazer cargo.

A Constituição Criminal de Carlos 5.º, publicada em 1532, omittiu absolutamente tractar da embriaguez.

A legislação franceza, ainda em vigôr, fez outro tanto. O Art. 64.º, do Cod. Pen., formulando, como causa justificativa, a demencia, guardou silencio sobre a embriaguez. O mesmo se vê praticado nos modernos Cod. da Bav. e da Prus.

Debalde na França se tem pretendido, em defesa dos réos, considerar na embriaguez a demencia momentanea, e, por tanto, produzir, a favor delles, o cit. Art. 64.º. A demencia, propriamente dita, não podia, na intenção do legislador, confundir-se com a embriaguez.

Aquella consiste essencialmente no desarranjo organico das faculdades intellectuaes; mas esta, com quanto produza effeitos da alienação mental, não pôde ser qualificada, se não entre as doenças cerebraes. Não sendo dois estados homogeneos, nem a palavra — *demencia* — tão generica, que possa comprehender todas as aberrações do espirito humano, se o legislador francez tivesse querido contemplar a embriaguez, como causa *justificativa*, teria della feito expressa menção.

O tribunal de Cassação, não tem cessado de manter essa

jurisprudencia, não só constatando o silencio de lei, mas proclamando « qu'il yvresse, étant un fait volontaire et reprehensible, ne peut jamais constituer une excuse que la moral » et la loi permettent d'accueillir. »

Neste segundo fundamento, porém, não encontra *Chauveau*, mais que a reproducção da errada opinião de Bartholo, uma superfluidade, e uma apparencia de prevenir, e predispor, o legislador para uma prohibição absoluta. ¹

No mesmo silencio se conservava a nossa legislação até a publicação do Cod. « Per vinum autem lapsis poena ordinaria delicti an omnino remittenda sit, an mitiganda? *leges nostrae non determinant.* » ²

Outros não deixaram só a embriaguez no silencio; pensaram, que ella era uma circumstancia aggravante dos delictos, um crime accessorio, uma accumulção do crime a outros crimes, o que, por tanto, devia ser aggravada então a penalidade dos crimes occasionaes, embora involuntarios em si mesmos.

Era o opinião de Aristoteles e de Quintiliano, que uma lei de Francisco 1.^o reproduziu, estabelecendo: — Se acontecer, que, no estado de embriaguez, ou calor do vinho, alguém commetta algum facto criminoso, não será, por esse motivo, relevado; antes será punido, não só com a pena correspondente, mas com mais outra, pela embriaguez, a arbitrio do juiz. »

Esta opinião foi tambem a de *Pittaco*, antigo legislador da Grecia, determinando dois castigos ao crime commetido pelo homem embriagado; um pelo mesmo crime, e outro pela embriaguez.

Pelos estatutos inglezes a falta de intenção do embriagado, no momento do crime, longe de lhe servir de excusa, diz *Blackstone*, agrava o delicto, aos olhos da lei; *porque o delinquente era pleno senhor da sua vontade para deixar de se embriegar.*

A lei ingleza, continua elle, considerando, quanto é facil simular o estado de embriaguez, e quanto é debil essa excusa, quando mesmo o fosse, não consente, *que se desculpe um delicto por outro delicto.* ³

¹ Th. do Dr. Pen. T. 1.^o, pag. 520.

² Mell. Fr. Inst. Jur. Cr. T. 10.^o, § 15.

³ Blackstone, ao Cod. Cr. Ing. l. 2.^o, § 3.^o

A mesma regra absoluta se acha reproduzida nas leis da America, Cod. para os Estados da Georgia, Sec. 9.^a; assim como no Cod. dos Paizes-Baixos, Art. 70.^o

« O maleficio commetido em estado de embriaguez é inteiramente imputavel. O deliquente é passivel da pena ordinaria pronunciada contra esse maleficio. »

O Cod. do Braz. parece haver seguido, quasi, a mesma doutrina; porque, nem no Art. 10.^o, em que tratou das pessoas, que não podem ser julgadas criminosas, nem no Art. 14.^o, em que tratou dos — *crimes justificaveis* —, deu attenção alguma á embriaguez, que passou a contemplar no Art. 18.^o, §. 9.^o, como circumstancia attenuante, dados conjunctamente trez requisitos, que será muito difficil poder com elles realisar-se, como adiante notaremos.

Estas opiniões, exclusivas da excusa, fundam-se, como observa *Chauveau* com *Filangieri*, principalmente em que a ignorancia do embriagado é absolutamente voluntaria, e que, dada a existencia de um crime, além do mal na causa, apparece o mal nos effeitos. É o motivo allegado por Bartholo á L. 38.^o D. ad. leg. jul. de adult.

« *Danti operam rei illicitae imputantur omnia, quae sequuntur contra voluntatem suam.* »

Antes de expormos outras diversas opiniões, e legislação, a este respeito, examinemos, com *Chauveau*, e outros criminalistas, se procede semelhante fundamento.

Parece, evidentemente, que não.

É um erro supôr, que a embriaguez é sempre proveniente da vontade do embriagado. Pôde supôr-se, e é mesmo frequente vêr-se, que o calor do vinho ou alegria de um festim, de um banquete, produzam subitamente, um estado de perturbação nas faculdades mentaes, inteiramente accidental e imprevisto.

Pôde ainda admittir-se, e tem-se visto muitas vezes, resultar esse estado de manobras culpaveis, e estranhas ao agente de um delicto, e que tinham um certo e determinado fim, na intenção de outras pessoas, impellindo o mesmo agente ao acto criminoso, que praticou.

Nesta segunda hypothese, a innocencia do embriagado é por tal modo manifesta, que o cit. Cod. Pen. para a Georg., mesmo proclamando, que a embriaguez não excusa, exceptua o caso, em que esta fosse occasionada pelos artificios de um terceiro.

O mesmo faz o cit. Art. 70.º, do Cod. dos Paizes-Baixos, nas palavras :

« Contudo, quando o maleficio foi commettido no estado « de embriaguez causado por constrangimento ou seducção, e « sem culpa alguma da parte do agente, a imputabilidade de « apparece, se a embriaguez foi tal, que devia completamente « privar-o do uso das suas faculdades intellectuaes. »

Daqui resulta, pois, a necessidade de se distinguir a embriaguez em *voluntaria*, e *involuntaria*. Sempre que se dê o caso da ausencia da vontade, ou do estado de ignorancia, ou de obsecação das faculdades mentaes, produzido pela embriaguez, é impossivel moral, que a lei penal seja plenamente applicada a crimes, que não podem ter, se não uma existencia puramente mechanica, material, ou automatica.

Assim o entendia o nosso Mestre, nas suas Instit. de Dir. Crim., T. 2.º, §. 6.º, apesar do silencio da legislação Patria, e, por isso, no seu Ensaio de Cod. Cr. T. 4.º, §. 6.º, considerou fóra da alçada da lei penal o facto illicito, praticado em semelhante estado.

« *A bebedice....casual e involuntaria, excusa.* »

Esta distincção foi, desde muito, admittida geralmente na Alemanha. ¹

Mas o referido fundamento, convencido de erroneo, quanto á embriaguez involuntaria, poderá, com justiça, ser sustentado, com relação á *voluntaria*, segundo a cit. lei da America ? Haverá então verdade moral nessa applicação, para nunca ser attendivel, nem como dirimente, nem como attenuante ?

Se a embriaguez é completa, qualquer que seja o culpado desse estado, confunde o homem com os brutos, colloca-o na situação da infancia ou da demencia, e a sua razão, por tanto, não toma parte nos actos, que pratica.

É a opinião de escriptores insignes, ² Passados os momentos da embriaguez, é possivel dizer ao mesmo homem, tu tiveste conhecimento do mal, que commeteste ? E, se não é isso possivel, não apparece uma contradicção manifesta em se proclamar a um tempo a *criminalidade da acção*, e a *inteira ausencia da razão da parte do agente* ?

Mas estava, dizem, no poder do agente deixar de se embriagar. A embriaguez é, em si, um acto immoral : o agente

devia *prever*, ou pelo menos *recrear* as consequencias desse facto, e, por tanto tinha o dever de as evitar.

Não o praticou assim, deve, pois, soffrer todas as consequencias provenientes da sua culpa. Não deve tornar a sua condicção melhor pelo seu proprio delicto.

S. Thomaz considera um peccado mortal na embriaguez *voluntaria*, e diz que os mais peccados, que se commetterem nesse estado, não podem encontrar desculpa perante Deos, por isso que *são voluntarios na sua causa*.

Mas o grande erro desta argumentação, que tem fascinado muitos espiritos, seduzido muitos legisladores, está em se confundir a causa com o effeito.

A embriaguez, não ha duvida, é um acto illicito, é um crime moral e religioso.

Já o Apostolo havia dito, que os homens entregues a esse vicio não entrariam no reino de Deos.

Isaias, clamava :

« Vae qui consurgitis mané ad ebrietatem sectandam, et postea tandem usque ad vesperam, ut vino aestuetis »—C. 5.º v. 11.º

Mas é o mesmo Isaias, que reconhece, que esse estado suspende o exercio da razão, e constitue os ebrios, na completa ignorancia, no erro invencivel, de tudo, quanto fazem, e de quanto presenciavam, incapazes absolutamente de comprehender o que é justo.

É mui torminante o C. 28.º v. 7.º « Verum hi quoque « *prae vino nescierunt, et prae ebrietate erraverunt : sacerdos* « *et propheta nescierunt prae ebrietate ; absorpti sunt a vino,* « *erraverunt in ebrietate, nescierunt videntem, ignoraverunt* « *judicium.* »

Não se diz, pois, que não seja reprehensivel o vicio, ou o facto, da embriaguez ; alguns legisladores o tem punido : mas o ser facto illicito, em si mesmo, não deve exercer influencia directa sobre apreciação dos actos, que, nesse estado, se possam materialmente produzir ; porque a questão da criminalidade, nos factos voluntarios, é sempre de saber, se o agente, teve, ou não, no momento de praticar o mal, a consciencia da natureza delle e das suas consequencias.

¹ Os crimes entram então necessariamente na ordem dos *involuntarios*, que a lei póde corrigir, como tiver por mais conveniente, fundando-se, para supprir a falta do *elemento moral*, quando os incrimine por excepção, na *omissão voluntaria do dever*, como exprime o Cod no Art. 2.º que foi o facto illicito, *causa, material e moral, do crime occasional*, ou acto consequente, puramente *material*.

¹ Meisteri Princ. Jur. Cr. Germ., ed. de 1789, §. 38.º, e 123.

² Como Rossi, Cheauveau e Heile, etc.

Nada importa, por tanto, para a questão, o saber, se a embriaguez foi *habitual, casual, ou procurada*. A infracção material, resultante, pôde ser mais ou menos grave. A *imprudencia* pôde, e deve ser, mais ou menos punida, mas com abstracção das penas ordinarias correspondentes ao facto, quando moralmente commettido.

Era já a doutrina da lei Romana, 6.^a, §. 7.^o D. de remilit.

« Per vinum autem lasciviam lapsis capitalis pœna remittitur, et militiæ mutatio irroganda. »

Impunha-se a pena, assim modificada, dizem os juris consultos, não em rasão do facto material, destituído de intenção, mas em rasão da imprudencia, ou da culpa, do agente.

« Ebrius punitur, non propter delictum, sed propter ebrietatem. »¹

O Cod. Pen. d'Aust. seguiu esta doutrina, e, por isso, no Art. 2.^o, n.^o 3.^o, estabeleceu a regra de que nenhuma acção, ou omissão, poderia considerar-se delicto, quando o agente se achasse no estado de embriaguez completa, sem distinguir a voluntaria da involuntaria.

Mas, na 2.^a parte, Art. 3.^o, mandou punir as acções commettidas n'esse estado, segundo a gravidade das circumstancias, *como infracções de policia*; declarando no Art. 267.^o da mesma segunda parte, que essa punição seria a prisão de um a trez mezes, aggravada, se o delinquente sabia por experiencia, que nesse estado ficava sujeito a transportes de violencia; e, quando se tratasse de maleficios de muita gravidade, seria a prisão rigorosa, por seis mezes.

Não era assim no antigo direito d'Allemanha. Sómente, das as duas circumstancias de embriaguez completa e involuntaria, é que se relevava da pena.

Todavia, neste mesmo Direito Germanico antigo, para o caso da attenuação da pena, a embriaguez completa, mas voluntaria, não era attendida, se o delinquente se havia collocado nesse estado, para mais facilmente se dispor á perpetração do crime.

¹ Farinac., quest. 93 n.^o 4.^o; Baldus, in L. data opera, §. 6.^o Cod. de hisqui accus. non possunt. e com elles Cheauveau Thór do Cod. Pen. C. 13.^o E', talvez, neste sentido, e a semelhantes casos, que allude a determinação e redacção do Art. 2.^o do nosso Cod.

« Ebrietas magna; præterquam si reus eo consilio, ut de-linqueret, potaverit. »¹

Esta disposição passou textualmente para o mesmo Cod. Pen. d'Aust. Art. 2.^o n.^o 5.^o, « Quando o agente se achasse com-pletamente embriagado, excepto, se elle mesmo se collocou « nesse estado com a *intenção directa* de commetter o delicto. »

Concordam, na regra e na excepção, os novos Codigos de Allemanha, Wumtemberg, e do Gr. Ducado de Bade.²

Entre nós, Mello Freire, (no seu Ens. de Cod. Crim. cit. T. 2.^o, §. 6.^o) propunha: « A bebedice, posto que seja uma « *demencia momentanea*, não escusa, antes *aggrava o delicto* « *sendo tomada de proposito* ou por habito, e costume. »

Do succinto dizer das *Provas*, na parte relativa a este §, se colhe, que, estando de uma parte as leis Romanas, que escusavam, e da outra as inglezas, que não escusavam, to-mando, como rasão de decidir — *que um crime não pôde justificar outro* —, seguiu um meio termo, adoptando para a bebedice *voluntaria*, a legislação ingleza, e para a *involuntaria*, a legislação romana.

No cit. Cod. do Braz. Art. 18.^o, §. 9.^o, se lê:

« Ter o delinquente commettido o crime no estado de embriaguez.

« Para que a embriaguez se considere circumstancia at-« tenuante deverão intervir conjunctamente os seguintes re-« quisitos:

« 1.^o Que o delinquente *não tivesse antes d'ella formado* « *o projecto crime*:

« 2.^o Que a embriaguez *não fosse procurada* pelo de-lin-*quente* como meio de o animar á perpetração do crime:

« 3.^o Que o *delinquente não seja costumado* em tal es-« tado a commetter crimes. »

Consequentemente, não fez distincção de embriaguez vo-luntaria ou involuntaria, mas limitou uma e outra, a condi-ções taes, que será difficil dar-se o caso de que semelhante escusa possa aproveitar, sempre que a lei seja fielmente ap-*plicada*.

O Cod. Hesp. seguiu o mesmo caminho. Entre as causas, que eximem da responsabilidade criminal, comprehendeu a demencia, mas não a embriaguez, e sómente a contemplou,

¹ Cit. Meisteri C. 3.^o §. 38 e 123.

² Etud. de leg. comp. ao Cod. Fr. pag. 130.

especialmente, entre as causas *attenuantes*, Art. 9.º, n.º 6.º, nos termos seguintes :

« La de ejecutar el hecho en estado de embriaguez, quan-
« do esta no *fuere habitual ó posterior al projecto de come-*
« *ter el delicto.* »

O nosso Cod. adoptou, em parte, esta legislação, com a differença, que, entre as causas *justificativas*, dados os mesmos requisitos do Cod. Hesp., comprehendeu a embriaguez *completa*, como se vê do Art. 23.º n.º 4.º, e, além disso, substituiu a palavra *habitual*, negativa, pela palavra *casual*, positiva.

Ao mesmo tempo, passou a punir, a *embriaguez completa*, quando não casual, ou posterior ao projecto do crime, com prisão correccional, podendo agravar-se, segundo as circumstancias do delicto, commettido nesse estado, como se vê do Art. 74.º, seguindo assim a doutrina, que expozemos do Cod. Pen. d'Austr. Art. 3.º, e 267.º, da Parte segunda.

Adoptou, pois, o nosso Cod. um complexo de pensamentos e de palavras dos tres Cod. Hesp., do Braz. e d'Austr., refundindo systemas diversos, sem seguir algum d'elles, exclusivamente.

As palavras e a divisão, de *embriaguez completa e incompleta*, parecem ter nascido, como idéas associadas, da leitura do mesmo Cod. Art. 2.º, da 1.ª Parte — *état de pleine ivresse* — ou, antes, de se ter ressusitado a velha distincção, adoptada no Comment. de *Cheaveau*, tom. 1.º a pag. 518.

« On doit poser, avec les anciens criminalistes, une pré-
« mière distinction entre l'ivresse *complète*, et l'ivresse *légère.* »

O Cod. d'Austr. com o qual concordava o antigo direito commum d'Allemanha, considerou a embriaguez completa, como causa *justificativa*. O Cod. do Braz. e o Hesp., sem admitirem a distincção, aliás perigosissima, de *completa* ou *incompleta*, só mencionaram a embriaguez como circumstan-
te *attenuante*.

O nosso Cod., admittida a distincção, passou no Art. 23.º, a considerar a embriaguez *completa* como circumstancia dirimente, em quanto neste n.º 8 a considerou, quando incompleta, como attenuante, mas depois passou a contemplar especialmente, no Art. 74.º, a *completa como attenuante*, qual-
quer que fosse o crime, e com abstracção das penas respec-
tivas, quando nella falhasse alguma das outras condições, que estabeleceu para ser exclusiva de imputação.

Guardou silencio sobre o vicio, sobre o crime moral, da embriaguez, se della não resultasse damno, ou facto offensivo ; mas quando fosse causa de um delicto, dividida em completa ou incompleta, ficou, a 1.ª, dirimente ou especialmente attenuante ; e a 2.ª attenuante, segundo as regras geraes, ou inatendivel.

A condição da impunidade da attenuação, na 1.ª e de 2.ª, é sempre, que não seja posterior ao projecto do crime, copeada do Cod. Hesp. e do Braz.

Mas que significa este requisito na idéa do legislador ? Quer dizer que a coincidência do crime com o projecto anterior, demonstra, que, sendo o crime intencional, na sua causa remota, se deve suppôr tal nos seus ultimos effeitos, presumindo-se, que o agente se embriagara de *proposito*, para que o arrependimento, ou a indecisão, ou a falta de arrojo, o não viesse impedir na execução do que a sua vontade havia deliberado ?

O argumento então é o seguinte. Houve projecto anterior ; a embriaguez foi posterior ; logo, não foi mais que um meio de execução, para facilitar o crime.

É a falsa inducção — *cum hoc ergo propter hoc.* —

E é sobre uma presumpção, tão debil e tão fallivel, admittida pelo legislador, que hade firmar-se a prova da criminalidade do author de um delicto ?

A injustiça e a fallibilidade desta supposição, é demonstrada por *Pacheco* no seu commentário ao logar concordante do cit. art. 9.º, n.º 6.º do Cod. Hesp. com as seguintes hypotheses ; que figura.

« Concebo, diz elle, a idéa de um delicto, e até chego
« a dar para ella alguns passos, mas taes, que não consti-
« tuem a tentativa, de modo que permaneço em uma situa-
« ção responsavel. Mas a reflectão, ou o arrependimento, sub-
« jugam a minha idéa ; repello a tentação, e me decido a não
« commetter a acção, que imaginara. O projecto existiu, mas
« ficou abandonado.

« Se, depois de taes precedentes, me embriago por casua-
« lidade ; se a embriaguez me dispersa um proposito, que eu
« havia combatido e vencido, poderá considerar-se que essa
embriaguez é inutil, completamente inutil, para a attenuação
« da minha responsabilidade ?

« Deverá dizer-se : é verdade, que se dá a embriaguez,
« mas o projecto de commetter o delicto é anterior a ella »

« Outro caso. Houve a idéa de se commetter o delicto,

« foi resolvida a sua execução, está formado o projecto; mas « ainda senão apprehendeu, por que não era chegado o momento opportuno. Entretanto, o individuo, que o projectou, « se embriaga. Mas esta embriaguez não é tomada de proposito, relativa áquella acção. É casual, é inesperada. Elle, não « obstante, precipita o que antes se achava meditado. O homem ebrio executa o que homem no seu estado natural projectou. Deverá subsistir, neste segundo caso, o preceito « da lei? Ficará, nelle, extincta a circumstancia attenuante?

« Supposição terceira. Concebeu-se um proposito criminoso; e, para se executar com decisão e valentia, bebe e « se embriaga aquelle, que tem de o levar a effeito. A embriaguez então não é casual, como nos casos antecedentes. « É *reflexiva*, e de intenção. É um meio para assegurar a « perpetração de um delicto. »

Depois de assim discorrer, esforça-se em demonstrar, que, sendo justa a lei no terceiro caso, tambem o é no segundo, mas redondamente conclue a sua improcedencia na primeira hypothese.

E não mereceu attenção esta opinião do commentador hespanhol, que assim censurava as palavras, e a argumentação do seu código, que o nosso imitava?

Outros casos já ficam apontados de embriaguez, não só casual, mas *involuntaria*, produzida no meio de um festim, provocada por saudes, e saudações; ou ainda promovida por artificios de um terceiro.

Póde o delinquente ter pensado no crime, ter mesmoformado a resolução de o commetter, mas ter-se arrependido, considerar perigoso anticipar o momento da execução; ser pusilanime no seu estado normal; não querer comprometter-se com a Justiça, nem irrogar males incalculaveis á sua familia.

Nesta predisposição, porém, terceiras pessoas, mal intencionadas, inimigas da projectada victima, ou mesmo do delinquente, para lhe removerem os obstaculos, procuram illudil-o, persuadil-lo, por entre os fumos do vinho, ou de outras bebidas espirituosas; e, em resultado, o agente do crime é, por esta fórma, a elle arrojado.

De nada lhe hade valer então esta circumstancia, visto que a embriaguez foi posterior ao projecto do crime?

Para o terceiro caso, figurado pelo commentador hespanhol, tem, nesta parte, a doutrina deste n.º 8.º do Art. 20.º,

Art. 23.º, n.º 4.º e Art. 74.º, boas authoridades, em que se firmar.

Já as deixámos apontadas, e são o Cod. d'Austr., o do Braz., e alguns dos modernos da Allemanha.

Mas, se a tanto sómente se devessem restringir as palavras, que analysámos, e unicamente essa tivesse sido a intenção do nosso Cod., nos citados Art., devia adoptar-se a redacção do Cod. d'Aust., que é precisa, clara, e terminante.

« Nulle action, (diz a lei) ne constitue un delit, quand « l'auteur est en état de *pleine ivresse*, *à moins qu'il ne « s'y soit mis dans l'intention directe de commettre le « délit.* »

Assim se exigiria, então, a prova dessa *intenção directa* da parte da accusação, ou se authorisaria a defesa do réo em sentido contrario a semelhante restricção. — Coherentemente a palavra — *casual* — deveria ser supprimida, e substituida pela palavra — *de proposito* — ou pelas de — *prevista e procurada*.¹

« Il est évident, diz Chavean, que l'homme, qui a conçu « le projet d'une mauvaise action, et qui cherche dans « des liqueurs enivrantes, soit l'audace nécessaire à l'exécution de son dessin, soit un moyen de étourdir sa conscience contre ses remords, soit une excuse, qu'il prépare « à l'avance au crime, qu'il médite, il est évident que cet « homme ne saurait trouver une excuse dans une ivresse qui « devient une véritable préméditation. Aussi les Jurisconsultes n'ont-ils jamais protégé de la puissance de l'excuse cette « sorte d'ivresse. »

Todavia, a embriaguez completa, considerado esse estado, em si mesmo, com abstracção das circumstancias, que o precederam; voluntaria, ou involuntaria; casual, ou habitual; imprevista, ou proenrada; é sempre embriaguez, isto é uma situação de demencia momentanea, em que o homem não é senhor das suas faculdades intellectuaes.

Debalde se collocaria o homem no estado da embriaguez, de proposito, para commetter um crime: o homem moral, cessando de existir então, para dirigir os movimentos do homem embriagado, tanto esses movimentos podiam servir ao projecto do crime, como ser-lhe improficuos, e até prejudiciaes.

¹ Vid. Th. do Cod. Pen. Tom. pag. 518, e 519.

É uma náó, sem leme, sem rumo, que a dirija. Sempre é certo, que a *intencionalidade*, fundamento indispensavel para a imposição da pena ordinaria, não existia no momento, em que o embriagado commetteu o crime.

Ninguém pôde afirmar, ninguém pôde dizer, que, apesar de todo o gráo de premeditação, que se imagine no delinquente, elle não se arrependaria na presença da sua victima; e é a *possibilidade* desse arrependimento, que torna a tentativa sujeita a uma attenuação da pena, quando suspenza a ultimação do crime por causas independentes da vontade do criminoso.

Estabelecido assim um principio, que é de eterna verdade, que é um axioma em Direito criminal, o do Art. 22.^o do Cod.:

— « *Sómente podem ser criminosos os individuos, que « tem a necessaria intelligencia e liberdade, » — é preciso ser fiel, ser inexoravel, na sua applicação.*

Para que plenamente seja legitimo o direito de punir, é preciso que — *a necessaria intelligencia e liberdade* — se dê *antes do crime, no momento do crime, e depois do crime*, e, sobre tudo, *essencialmente, no momento do crime*.

O Cod. assim o reconhece no Art. 23.^o n.^o 1.^o, incriminando só os actos dos dementes, ou loucos, de *qualquer especie*, commettidos nos intervallos lucidos.

Pois o louco intermitente, embora conceba, premedite, em um desses intervallos, o projecto do crime, não tem imputação alguma, nem grande nem pequena, e o embriagado, nas mesmas circumstancias, não ha-de ter, nem sequer, uma attenuação na pena ordinaria do crime? Deve certamente, e foi por isso, que o nosso Cod., 'quando não considerou a embriaguez circumstancia dirimente, a considerou especialmente attenuante, como se vê do Art. 74.^o '1

¹ Entendemos fallar da embriaguez verdadeira, e não da embriaguez falsa, ou daquelle estado, a que o nosso Cod. chamou — *embriaguez incompleta*.

Sómente a embriaguez completa — *pleine ivresse* — pôde ser uma escusa peremptoria para desviar a pena ordinaria da lei.

Para se attenuar a pena, nos casos da embriaguez incompleta, a qual o agente pôde facilmente simular, no momento de perpetrar o crime, para lhe servir de escusa, não levámos a mal todas as restricções, com quanto mal enunciadas, erroneas mesmo.

Na embriaguez *completa*, quando plenamente se prove, seria uma flagrante contradicção do Cod, com o mesmo Cod., se contemplasse, seja qual fôr o caso, que se imagine, e as circumstancias, que o precederam, plenamente criminoso um homem, que *no momento de perpretar o crime*, se achava assim inteiramente privado da sua intelligencia e vontade.

Mas collocou-se nesse estado por um acto da sua vontade, na *intenção directa* de commetter o crime, dizem outros criminalistas e legisladores. Pois bem, sede justos: e contemplae sómente esse acto, que foi o *ultimo perfeitamente voluntario*.

Se foi um acto *preparatorio*, não *puramente*, mas com relação *intima* a determinado crime, incriminae assim esse acto, com abstracção, mas com dependencia, do crime, que se commetteu, e, por este modo, ficarão salvos todos os principios, como ficariam pelas disposições do n.^o 23.^o, n.^o 4.^o, e Art. 74.^o, se não fosse o defeito da presumpção legal, em que assenta o raciocinio do legislador.

Puni o acto preparatorio, em si mesmo: mas deixai fóra da alçada do Direito penal aquillo, que lhe não pertence, aquillo, que usurpaes, punindo actos materiaes e irracionais.

Lêde, ou lembrai-vos, do procedimento do Czar, Pedro Grande, sobre o caso de *Villebois*, que vem referido nas *Memorias de Duclos*, e reproduzido por *Saint-Edme*, e, na presença desse facto, vos convenceis de quanto ó capaz o homem completamente embriagado, como da justiça, que cumpre então administrar-lhe!

Por ultimo, notaremos: que as palavras do Cod. Hesp. — « *quando esta no fuere habitual ó posterior al projecto de cometer el delito* » — exprimem, de um modo claro e positivo, que a embriaguez *habitual* será desattendida, como causa attenuante, quer se mostre, quer se não mostre, que havia a premeditação, ou concepção de projecto anterior.

Nestas palavras não se manifesta só a intenção de desat-

Todas as cautellas são poucas, e de resto, nesse estado, não se pôde dizer, que existe a alienação mental, momentanea.

Se então o homem não pôde reflectir, não perdeu, contudo, ainda a consciencia de si mesmo, nem do mal, que pratica.

tender a embriaguez *habitual*, quando tivesse tal relação com o delicto, que se presumisse ser — *prevista e procurada*.

Ha mais alguma cousa. É uma disposição *ad odium* contra os homens, que, *por habito e por costume*, se embriagam. Os ébrios *habituaes* ficam fóra da lei. O seu estado de perturbação de faculdades mentaes é o mesmo, que os dos *ébrios casuaes*. Estes são attendidos, porque a lei reconhece, que não estavam no uso pleno dessas suas faculdades; aquelles são postergados, porque a lei, impregnada de odio e rancor, aliás desculpavel, contra o revoltante vicio da embriaguez, cega-se, para lhes recusar a mesma justiça.

Pacheco, no seu Comm. ao Cod. Hesp., esforça-se em louvar a lei nesta parte; e, todavia, com quanto seja asqueroso, nojento, e repugnante, como a maior das degradações da especie humana, o vicio da embriaguez, não é menos verdade, que o *borrachão*, é um infeliz, um desgraçado, que tem contrahido um habito, que n'elle impéra, como uma segunda natureza, a que difficilmente pôde resistir; que é uma tendencia, como qualquer paixão, da qual, com muita e muita difficuldade, e só com o tempo e muita perseverança, a razão e a vontade pôdem triumphar.

Não havia, pois, verdade moral nesta distincção; havia mesmo injustiça revoltante, porque o *simplesmente embriagado*, ou *accidentalmente*, quando o não foi *involuntariamente, por surpresa, ou imprudencia*, collocou-se nesse estado por deliberação positiva de sua vontade, em quanto que o beber, para o *borrachão*, é uma triste necessidade, é uma tyrannia, uma coacção, a que a sua vontade não pôde resistir, como satisfação a uma das primeiras, e talvez á principal, das necessidades da sua malfadada e degradante existencia.

A intencionalidade, força e imperio de razão e de vontade, deu-se, em mais elevado grão, a respeito do primeiro, que do segundo. E ha de ser este mais gravemente punido, que o primeiro ?!

Não o comprehendemos. Entendeu-o, porém, assim o Cod. Hesp., mas sem fundamento justo. Bartholo foi o primeiro a distinguir o *borrachão* do *embriagado*: — *ebrium et ebriosum — ivre et ivrogne*.

O *borrachão*, se, nesse estado, e, conforme ao seu temperamento, é propenso a crimes, é um homem perigoso, e,

certamente, que a sociedade tem direito a segural-o, a corrigil-o do vicio, a tornal-o inoffensivo, em fim: — mas pelo mesmo fundamento, com que segura e corrige um demen-te: — por motivos analogos aos que levam um menor, de 14 annos sem discernimento, a uma casa de correccção.

Se na presumpção de haver sido *prevista e procurada* a embriaguez, com fundamento na anterioridade do projecto de crime, se dá sempre a confusão da *causa com o seu effeito*, que *Chauveau* cit. refutou plenamente; se assim se verifica o sofisma indicado — *cum hoc ergo propter hoc*, — erigido em preceito legislativo para a imposição das penas: se prende assim o juiz e o jury na appreciação do elemento moral constitutivo de toda e qualquer criminalidade; — a exclusão da embriaguez *casual*, porque foi *habitual*, seria um absurdo, e uma iniquidade.

O nosso Cod. evitou, apparentemente, este vicio, eliminando, ou não aceitando, a palavra — *habitual*; — mas, conservando a restricção, ou condição, que exprime a palavra — *casual*, sem a definir, nem explicar, pôde entrar em muita duvida, se a mesma expressão é exclusiva *virtualmente* da embriaguez *habitual*; porque o *borrachão* não se colloca nesse estado *por acaso*, mas *de proposito*, ainda que impellido pela força do *habito*.

O legislador manifestou, aqui, o pensamento de excluir do numero das causas attenuantes, assim como, em o n.º 4.º do Art. 23.º, de excluir do numero das causas dirimentes, a embriaguez, quando não fosse *prevista, e procurada*, pelo agente com relação ao crime, que commetteu, e, por tanto, suppoz, que, sendo a embriaguez não *casual*, se devia reputar indicadora da premeditação, e um meio preparatorio, com relação ao crime ocasional.

Ha nesta supposição, e raciocínio, o mesmo vicio, que fica indicado, ácerca da outra condição; mas sempre fica sendo certo, que a embriaguez *habitual*, se não é, puramente *casual*, em relação a si mesma, fica sendo *casual*, em relação ao crime perpetrado, a que é absolutamente estranha.

O Cod. Hesp., usando da disjunctiva — *ó* — separa as duas idéas, que une para a mesma disposição: o nosso Cod., empregando, tanto neste logar, como no Art. 23.º n.º 4.º, a copulativa — *e* — deiva ver, que ambas as condições não exprimem mais, que um pensamento, que é, de se presumir legalmente pelo *concurso*, que a embriaguez tomada te-

ve íntima relação com o crime commetido, demonstrando a sua premeditação.

O mesmo Art. 74.º, em que a disjunctiva apparece entre as duas condições confirma esta interpretação. Ou falta o elemento da presumpção legal, ser *casual*; ou o de não ser *posterior ao crime*: cessa o *concurso*, base da mesma presumpção: e d'ahi tirou, por consequencia, o legislador, que não cessava inteiramente a presumpção da innocencia do embriagado: e, em resultado desta apreciação, não quiz sancionar a inconveniencia de uma impunidade absoluta.

O *delinquente racional tinha premeditado* o crime, mas não foi elle, foi o *delinquente irracional*, quem o commetteu: a embriaguez nada conclue, porque foi *casual*. O delinquente não premeditou o crime, não costumava embriagar-se, mas nessa occasião procurou embriagar-se: talvez que o fizesse de proposito, em relação ao crime. O legislador, em ambas as hypotheses, em que só uma das condições existe sem a outra, fica sem base solida para *presumir*, mas fica-lhe ainda fundamento bastante para *suspeitar*, a premeditação. Quiz conciliar os principios da justiça absoluta, com os da prudencia social, e este parece ser o motivo, porque separou no Art. 74.º os mesmos requisitos que uniu aqui, e no cit. n.º 4.º do n.º 23.º — E será esta a verdadeira intelligencia destes Art.?

Na obscuridade e ambiguidade dos termos da sua redacção, são possiveis interpretações diversas, e escusámos dizer, que é este um defeito grave, por ser em objecto muito frequente nos tribunaes criminaes, e que deve, por tanto, ser reflectido, e emendado, na proxima revisão e reforma do Cod., que oxalá não tarde.

ARTIGO 20.º

9.ª A espontanea reparação do damno. Art. 177.º, 193.º, §. 1.º; 283.º, §. 2.º; 318.º, §. 5.º; 400, §. un.

Nem no Cod. do Braz., nem no Hesp., se encontra mencionada esta, entre as circumstancias attenuantes.

Mas no Cod. d'Aust., P. 1.ª Art. 39.º, n.º 7.º, se acha comprehendida, entre as relativas á *pessoa* do delinquente, uma analoga, nos seguintes termos:

« S'il a cherché avec un zèle actif à réparer le dommage causé, ou s'il a empêché des conséquences pernicieuses ultérieures. »

E, entre as relativas ao *facto*, no Art. 40.º, n.º 3.º, assim concebida:

« Si le dommage causé a été minime ou si la partie lésée a obtenu du coupable une pleine indemnité ou réparation. »

Todavia, a presença do *Estudo comparado*, do Cod. Fr. com diversos Cod., dando-nos conhecimento das disposições adoptadas, a semelhante respeito, nos modernos Cod. d'Allem., nos levam a apreciar a determinação deste n.º, como insufficiente, e injusta, em muitos casos, que cumpria distinguir.

Sempre que a reparação do damno destroe e annulla, *completamente*, o *mal material* causado pelo delicto, e o *facto* da reparação é *espontaneo*, como se requer neste n.º 9.º, esse *facto*, com quanto posterior ao delicto, provando o *arrependimento* da parte do delinquente, remove, por tal forma, os fundamentos do direito de punir, que deve desarmar completamente a sociedade da espada da justiça penal; por que desaparecem os dois elementos, tanto moral, como material, do crime.

Nos delictos, determinam aquelles Cod., que são attentatorios da propriedade alheia, ou que provem da cubica, ou avareza, dos delinquentes, principalmente nos furtos *simples*, *burlas*, abusos de confiança, se os delinquentes, *antes de*

qualquer procedimento criminal, espontanea e completamente, indemnizarem a parte offendida, devem ficar livres inteiramente de qualquer pena. Se á parte offendida não foi feita a reparação do damno, se não *incompleta*, o juiz na determinação da pena, não deve fazer attenção, mais que ao damno, que não tiver sido reparado.

Mas se se trata de roubo, de burla ou de abuso de confiança qualificados, o juiz pôde reduzir a pena a um terço, sem sair do mesmo genero de pena. O que, todavia, não é applicavel aos roubos, feitos com violencia, ás pessoas, ou com mão armada.

D'entre estes Cod., o da Saxonia, accrescenta, que se o delinquente indemnizou a parte offendida, *sómente depois de começados* alguns procedimentos criminaes, o *arrependimento* não é considerado, senão como *circumstancia attenuante*.

Parecem-nos dignas de ser adoptadas estas disposições, e em vista dellas, este nosso n.º 9.º, fica imperfeitissimo; porque, ou nelle ha *de mais*, ou *de menos*, segundo a diversa natureza e qualidade dos factos.

É certo, que, no rigor dos principios do direito criminal, ensinados pelos antigos juriconsultos, nascem dos malefícios, para os seus authores, duas obrigações, uma *ad poenam*, como *direito da sociedade*, e outra *ad damnum resarciendum*, como *direito da parte offendida*; que estas obrigações, posto que sejam consequencias conjunctas do mesmo facto, tem, diverso fundamento, quanto aos *direitos* correlativos; e que, por tanto, destruída, ou satisfeita, uma dessas obrigações, a outra subsiste, como distincta e independente: *nec igitur una sublata, altera tollitur*.¹

Mas a moderna legislação d'Allemanha, adoptando o principio, hoje proclamado, de que cessa o direito de punir, sempre que as penas são *desnecessarias*, tomou em contemplação as circumstancias, que acompanham o facto da reparação, para dirimir, ou attenuar a pena, segundo a mais, ou menos, vehemente presumpção de arrependimento, que é o principal fim, que a penalidade se propõem obter, como preventivo e repressivo da criminalidade em geral.

Ha nesta legislação um fomento de morigeração, tão

conforme, assim aos preceitos da religião, como aos dictames da philosophia, que nós a recommendamos, muito especialmente, á contemplação dos legisladores.

As penas, segundo os principios adoptados, nos ditos Cod. modernos, determinam-se por tres caracteres do crime, quando não são *directos* contra o corpo social: 1.º o *damno civil* causado á parte offendida: 2.º o *damno moral* feito á sociedade pelo *exemplo do crime*: 3.º o *alarm*a que inspira a *perversidade do criminoso*. Ora a reparação faz desaparecer o primeiro caracteristico, e com ella o terceiro. Resta o segundo — o *exemplo do crime* — mas, a par deste, se offerece o *exemplo do insuccesso no crime*, pela reparação, que é um, como stigma, lançado pelo proprio criminoso, sobre o seu mesmo facto.

Se os criminosos souberem, que a prompta e espontanea reparação os não livra da pena, mas que sómente lh'a attenua, poderão alguns ser movidos na consideração dessa attenuação, mas outros, e será o maior numero, se obstinarão em guardar e gosar os fructos do seu crime, como compensação da pena, que os ameaça.

A estas considerações, derivadas dos fins e natureza das penas, e das conveniencias publicas, accrescem as da justiça social, que, punindo, a todos deve proteger, sendo uma das principaes obrigações da lei penal garantir, e promover, por todos os meios, directos, ou indirectos, a reparação do damno, como base, como elemento commum, de toda a penalidade, repressiva das offensas individuaes.

Para os juizes e para os jurados, não pôde deixar de merecer a maior contemplação a defesa de um réo, accusado de furto, que se appresenta, em juizo, produzindo, como prova irrecusavel do seu arrependimento — a *reparação espontanea* — Em lugar de responderem affirmativamente ao 1.º e 2.º quesito, hão de muitas vezes illudir a lei, pronunciando negativamente sobre o 1.º, e declarando prejudicado o 2.º. Assim farão, com violação da lei, o que o legislador podia ter acautelado, para se não dar essa violação, que, em si mesma, ainda que a favor da justiça moral, é sempre um mal social.

O mesmo Cod. adoptou virtualmente estes principios, com applicação especial aos casos previstos nos Art. 176.º; 283.º, §. 2.º; 318.º, §.º 5.º; 400.º §. un.

¹ São estes os principios do Dir. Rom.; eram os do Art 124.º da Const. Crim. Car., e os ensinados por aquelles juriconsultos, a que se refere Meister. Princ. Jur. Cr. Germ. §. 59.º

ARTIGO 20.º

10.ª A obediencia ao superior na ordem hierarchica, nos casos em que o inferior não ficar, segundo a Lei, isento da pena pela obediencia. Art. 23.º; n.º 5.º; 25.º, n.º 2.º; 298.º.

A doutrina deste n.º completa-se com a do n.º 5.º do Art. 13.º, e com a do Art. 25.º n.º 2.º, e com a disposição do Art. 298.º.

Concorda o Cod. Hesp. Art. 8.º n.º 12.º — « El que obra en virtud de *obediencia debida*. »

O nov. Cod. dos Paizes Baixos, tit. 5.º Art. 66.º; — « Il n'y a pas de méfait lors que l'acte était ordonné par la loi, ou lors qu'il a été posé pour satisfaire à un ordre légitime. »

Nos novos Cod. de *Hanover* e de *Hesse* também se declara: « que aquelle, que executa um crime, por virtude de « ordem, que recebeu para esse effeito, fica sujeito ás penas da Lei; mas que, se a ordem foi regularmente dada « por um funcionario a um agente, que lhe é *hiérarchicamente* subordinado, e o acto não fôr punido, se não por « que constitua abuso, ou excesso, de poder, ou uma violação de deveres do cargo, *sómente o funcionario é punível*, e não o agente. »

Na nov. Ref. Jud. Art. 840.º se lê, e já antes se lia desde o Decr. de 16 de Maio de 1832, Art. 273.º:

« A ordem judicial é hierarchica, mas os superiores não « poderão ordenar aos subalternos cousa alguma contraria « á lei: neste caso, o inferior representará respeitosamente « ao superior; e, se este positivamente lhe ordenar que obedeça, aquelle cumprirá, e dará parte ao governo. »

A Carta de Lei de 29 de Outubro de 1840, Art. 35.º, declarou que:

« Em toda a hierarchia administrativa publica e muni-

« cipal, singular e collectivamente considerada, as authoridades inferiores são subordinadas ás superiores e obrigadas a cumprir todas as suas decisões e *ordens legaes*, salvo o direito de respeitosa representação ás mesmas authoridades; de quem as ditas ordens e decisões emanarem. »

Esta disposição passou textualmente para o Cod. Adm. Art. 355.º.

A Carta Const. da Monarchia, Art. 115.º, diz: « A força militar é *essencialmente obediente*, jámais se poderá reunir, sem que lhe seja ordenado pela *authoridade legitima*. »

Destas disposições, e outras concordantes de Direito, se conclue, que a obediencia é sim um dever, mas não a obediencia absoluta, sem condição, sem limite algum.

Assim como um pai não poderia ordenar a seu filho, que praticasse uma torpeza, ou commettesse um crime, também uma autoridade, por mais elevada, que seja a sua categoria, não pôde ordenar a um seu subordinado, que se sublevesse contra a Constituição do Estado, conspire contra o Governo, contra o Rei, ou contra os seus ministros, falsifique uma acta eleitoral, vicie um escrutino, suborne os eleitores, applique a estranhos fins os dinheiros do Thesouro, postergue e deixe de observar as prescripções das leis, dos regulamentos, da decencia ou da moralidade publica.

Quando taes ordens emanam dos superiores, a resistencia é um rigoroso dever. É legal, é constitucional, é justa, é um acto, digno do maior louvor, como virtude civica de subido quilate, que eleva o caracter e o merecimento do empregado resistente.

Mas, por uma parte, a presumpção, que milita a favor de quem se acha constituido em authority, de que obra dentro dos limites da prudencia, da conveniencia, e da esphera legal; por outra parte, a falta de luzes ou de conhecimentos,

* Respeitar as leis da probidade é dever commum a todos os cidadãos; mas obedecer é dever especial dos funcionarios publicos.

A obediencia hierarchica é uma condição essencial da regularidade e boa constituição do poder, mas ella se modifica segundo a natureza das funções e o caracter das classes.

O magistrado não recebe impulsos senão da sua consciencia; pôde prescrever-se-lhe pontualidade, mas um despacho, uma sentença, nunca.

Ao militar é imposta em todos os casos, uma obediencia absoluta e completa. E' a lei da disciplina. As baionetas não deliberram.

sufficientes para apreciar os actos superiormente ordenados; por outra parte, o perigo de se estabelecer o abuso, e absurdo de erigir em juizes, dos actos da authoridade, os empregados seus subalternos; e, finalmente, a desgraçada situação, em que estes se podem ver collocados, de offender a fatídica vaidade de um pequeno mandarim, e assim arriscar a conservação de um logar, que lhes dá a subsistencia e de seus filhos: attenuam, certamente, a falta de coragem, e de dedicação, quando, *na duvida*, hesitem, e, mesmo, obedeam.

Foram, por certo, estas, ou semelhantes, razões, as que moveram o legislador a attenuar, em casos taes, as penas da lei.

Todavia, a preterição do dever, pôde ser tão clara, tão manifesta, e de tanta gravidade em si, que o crime da obediencia illegal, não deveria ser então attenuado, por forma alguma.

Por ex.: pôde, por ventura, algum empregado subalterno ser desculpavel, se por ordem superior proclamar contra a Carta, ou contra a Dynastia reinante? De que serviria a vontade criminosa da authoridade superior a tal respeito, se encontrasse, em logar de uma vil sujeição, uma fidelidade inabalavel?

A generalidade, pois, com que se acha redigido este n.º 10.º do Art. 20.º, também tem seus perigos. Carree, por tanto, de correctivo.

Com melhor razão o Cod. Hesp. comprehendeu, sim, entre as causas dirimentes, ou justificativas — a *obediencia devida* — mas deixou em silencio — a *obediencia não devida* quando tratou das circumstancias attenuantes.

Este silencio teria sido melhor, do que os termos absolutos, e indeterminados deste n.º, de que pôde resultar uma

sorte de privilegio a favor dos funcionarios publicos, quando criminosos por ordem superior. Com tanto que se acobertem, com a ordem, que receberam, gosarão de uma modificação na pena. A Carta, todavia, no Art. 145.º, §. 12.º, havia promettido, que a lei, quer protegesse, quer castigasse, seria *igual* para todos.

Entre o militar, que executa, e o magistrado que julga, existem outros funcionarios sujeitos a uma subordinação, mais ou menos restricta, segundo as circumstancias.

Em todos os casos o direito de representação deve ser-lhes permitido. Guardadas as devidas conveniencias e respeito, a representação esclarece a administração sem a empercar.

Nunca o dever do agente se pôde conciliar com a violação da Lei. As disposições da Lei são ordens em si mesmas. a sua authoridade é muito superior á do poder executivo.

Não pôde, por tanto, admitir-se que estas lhe fiquem subordinadas. Vivien Estudos Admin. tom. 1.º pag. 246. 2.ª ed.

ARTIGO 20.º

11.ª Em geral as circumstancias que precedem, ou acompanham, ou seguem o crime, e enfraquecem a culpabilidade do criminoso, ou diminuem por qualquer modo os effeitos do crime, são circumstancias attenuantes. Art. 21.º; 77.º; 80.º; 81.º; 83.º; 84.º; 88.º; 89.º; 90.º.

São pois, exemplificativas, e não taxativas, as circumstancias, mencionadas especialmente nos 10 n.ºs antecedentes. Era impossivel mencional-as todas, e por isso foi necessario estabelecer neste n.º uma regra geral, para por ella serem afe-ridos, quaesquer outros casos, que possam occorrer.

A mesma difficuldade encontrou o legislador para recen-sear os casos possiveis da aggravação das penas, como vi-mos; o que igualmente aconteceu ao legislador hespanhol; pois que no Art. 9.º deste Cod. se encontra o 8.º e ultimo n.º, no qual, se lê:

« últimamente, qualquiera otra circunstancia de igual « *entidad y analogia á las anteriores.* »

Assim, sómente procede a determinação do Art. 18.º do nosso Cod., para excluir a *analogia*, ou *inducção*, por parida-de, ou maioria, de razão, sobre a qualificação de qualquer facto, como crime: mas não procede, para excluir essa *analo-gia*, ou *inducção*, para se aggravar ou attenuar a pena.

Cumpre, ainda, que se note, que esta regra geral, aqui es-tabelecida, importa a definição de circumstancias attenuan-tes, assim como a regra geral, estabelecida em o n.º 22.º do Art. antecedente, importa a definição de circumstancias ag-gravantes.

Mas, se o definido não corresponder justamente á de-finição, nos casos especiaes, mencionados em ambos os Ar-tigos, nem por isso é licito deixar de aggravar, ou de at-tenuar, as penas, quando se verifique algum desses casos.

A razão é porque, o que já está apreciado explicita e es-pecialmente pelo legislador, tornou-se positiva determinação da Lei penal, que o juiz deve tomar como verdade, e, nessa conformidade, applicar a pena. A regra geral, ou definição, é para os casos omissos.

Devemos, tambem, notar aqui, que os actos, de que tra-ta este n.º, assim como o 22.º do Art. antecedente, não são, se não aquelles, que não tem correlação immediata e di-recta com o mesmo crime, nas mui distinctas circumstancias, que, ou pertencem aos actos preparatorios, ou são elementos da incriminação principal, ou são connexos com o mesmo crime, posto que, abstractamente considerados, se achem in-criminados em alguma das disposições especiaes do Cod.

Assim o homem, que occulta o cadaver de outro, com-mette o crime previsto no Art. 389.º; mas, se, o que occul-ta o cadaver, é o proprio delinquente, a occultação é uma consequencia natural, forçada, irresistivel, do crime princi-pal, que só póde ser incriminada, quando se prove, pela es-colha antecedente dos meios da occultação, a premeditação no crime, e então é mais argumento desta, do que uma causa distincta de aggravação, como imputavel em si mesma.

ARTIGO 21.º

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

O Cod. da Baviera, Art. 118.º exprime-se nos seguintes termos :

« Les circonstances atténuantes ou aggravantes, que résultent de la qualité de la *personne* ou de *faits* à elle propres, ne profitent ou n'incombent qu'à celui-là seulement, à la *personne* de qui elles se rattachent. »

Sobre tudo, porém, se acha este principio formulado com a maior perfeição no Cod. Hesp. Art. 69.º :

« Las circunstancias atenuantes ó agravantes que consistan en la disposition moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido, ó en otra *causa personal*, servirán para agravar ó atenuar la responsabilidad de solo aquellos autores, complices ó encubridores en quienes concurren.

« Las que consistan en la ejecucion *material del hecho* ó en los medios empleados para realizarlo, servirán para agravar ó atenuar la responsabilidad únicamente de los que tuvieron conocimiento de ellas en el momento de la accion ó de su cooperacion para el delito. »

O mod. Cod. da Prus., §. 44.º exprime-se nos seguintes termos :

« Se a culpabilidade fôr dependente, seja de qualidades particulares á pessoa do author, ou daquellas a quem o facto disser respeito, ou das circumstancias particulares, sob as quaes o crime ou delicto se commetteu, a acção não se deverá imputar, como crime ou delicto, a quem, ao tempo della, não tinha conhecimento daquellas relações ou circumstancias. »

« Se por taes relações ou circumstancias particulares, quando não ignoradas pelo perpetrador, a culpa da acção executada devesse ser-lhe augmentada, estas circumstancias aggravantes não lhe deverão ser imputadas para esse fim. »

Em verdade, ninguem deve responder pelos factos alheios. Se o agente do delicto, em lugar de o commetter simplesmente, como fôra concertado, se excede, o excesso lhe é imputavel, e não aos consocios.

Os que projectaram um roubo com arrombamento, mas sem violencia a pessoas, não devem responder, como cúmplices, ou co-réos, do excesso nas mortes ou ferimentos, que o agente praticou; do fogo que lançou á casa; ou de outros maleficios accessorios.

Este Art. 21.º, pois, é um dos que carecem de correção e de emenda, mas sómente para que a sua doutrina, aliás justa, comprehenda, de um modo explicito, e claro, o principio, que se estabelece. ¹

Neste Art. se faz uma positiva distincção das circumstancias aggravantes ou attenuantes, relativas á *pessoa* dos delinquentes, das *materiaes*, ou relativas ao *facto* criminoso.

As primeiras, não aproveitam, nem prejudicam, se não, restrictamente, ao co-réo, author, ou cúmplice, a quem ellas particularmente respeitam.

As segundas, influem, *solidariamente*, na criminalidade de todos e de cada um delles, sejam os co-réos, authores ou cúmplices, segundo o gráo de participação, que nellas tiveram.

Esta mesma distincção é admittida nos Art. 39.º e 40.º P. 1.ª do Cod. Pen. d'Aust., mas só em relação ás circumstancias attenuantes.

No nov. Cod. dos Paizes Baixos se lê :

« Art. 60.º « Lorsque le *méfait* a été accompagné de circonstances aggravantes ou d'un autre *méfait*, les *fauteurs* ne sont pas punissables à raison de ces circonstances ou de cet autre *méfait*. »

Art. 61.º « Lorsque l'auteur d'un *méfait* n'est pas punissable, ou lorsqu'il est passible d'une peine moindre, parce que l'acte ne lui est pas imputable ou qu'il ne lui est imputé

¹ Vid. Comm. do Sr. LEY à este Art.

« table qu'à un degré moindre, ces circonstances n'exercent aucune influence sur la peine à appliquer aux coauteurs, aux complices ou aux fauteurs. »

No nov. Cod. do Ducado de *Brunswick*, tambem se acha declarado, no Art. 64.^o, que : « as circumstancias aggravantes ou attenuantes *pessoaes* a um dos agentes não prejudicam nem aproveitam aos outros participantes do crime. » — Extr. do Estud. Comp. do Cod. Fr.

O Cod. das Duas Sicilias ainda estabelece mais bem formulado :

Art. 76.^o « Les circonstances *personelles* qui aggraveront la peine d'un complice ou de l'un des auteurs du crime ou les en exempteront, ne profiteront, ni ne nuiront aux autres. »

Art. 77.^o « Les circonstances *materielles* qui aggraveront la peine d'un crime ne nuiront qu'aux auteurs ou à ceux d'entre les complices qui en avaient la connaissance au moment de l'action ou de leur coopération *reelle* à l'infraction. »

O Cod. da Sard., ao mesmo respeito, diz :

Art. 110.^o « Les circonstances et les qualites *inhérentes* à la *personne*, qui font disparaître, diminuer ou aggraver la peine de l'un des auteurs, agents principaux ou complices ne sont pas prises en considération pour exclure, diminuer ou aggraver la peine des autres auteurs, agents principaux ou complices. »

CAPITULO III.

DOS CRIMINOSOS.

ARTIGO 22.^o

Sómente podem ser criminosos os individuos que tem a necessaria intelligencia e liberdade. Art. 1.^o; 2.^o; 3.^o; 7.^o; 8.^o; 14.^o; 72.^o.

É facil conceber, que duas condições são essenciaes e constitutivas da imputação criminal: 1.^a um elemento material e sensivel, que se compõem de *facto*, positivo ou negativo, tal qual se manifesta exteriormente: 2.^a um elemento moral, que resulta da vontade do agente, que produz esse facto.

O facto material e sensivel, quando não é filho da vontade, só deve ser considerado como accidente de *força maior*, que não póde justificar, contra o seu author, castigo algum. E' isto tambem uma consequencia logica do direito de punir.

O poder social tem direito de punir sómente a *desobediencia* ao preceito, ou á prohibição, de uma lei social; mas toda a desobediencia suppõem necessariamente o exercicio da vontade do homem. A ausencia dessa vontade prova, que não existe a enfermidade moral, que torna indispensavel o remedio da pena, ou, pelo menos, a prova do facto material não é sufficiente a demonstrar a mesma enfermidade, o que tornaria o curativo temerario, injusto, ou, pelo menos, perigoso á segurança de todos.

Este Art., porém, não fazendo mais que reproduzir a mesma idéa essencialmente do que está no Art. 14.º n.º 1.º, é aqui diminuto; por que não declara, que estas duas condições da imputação, indispensáveis para constituir a criminalidade perfeita, devem encontrar-se conjunctas — *no momento de se commetter o crime*.

O logar concordante do Cod. da Prussia, §. 40.º, expressamente declara:

« Não existe crime nem delicto, se o perpetrador ao tempo do facto estiver demente ou imbecil, ou, se a sua liberdade fôr coacta, por violencia ou ameaças. »

Os novos Cod. d'Allemanha também exigem sempre o uso da razão *no momento da acção*; alguns exceptuam unicamente o caso de se ter o agente collocado nesse estado, com o intuito de commetter o crime; por que então determinam, que o facto seja imputavel como *delicto voluntario*; mas esta excepção mesma confirma a regra em contrario.

O Art. deve, pois, ser entendido em harmonia com o cit. Art. 14.º n.º 1.º, e mesmo com a definição de crime, ou delicto, dada no Art. 1.º; porque, se o objecto de qualquer incriminação não é, nem pôde ser, senão, um facto voluntario, a intelligencia e liberdade não podem ser consideradas no individuo, *senão com relação restricta ao mesmo facto*, que não tem para elle existencia moral e material, se não *no momento*, em que voluntariamente o pratica.

Em todo o caso, a disposição deste Art. era desnecessaria, em vista do Art. 14.º n.º 1.º, e do Art. seg.; a menos, que não seja, para bem se fazer sentir, que aos brutos, ou animaes irracionaes, não podem ser applicadas as disposições penaes do Cod.

Seria, porém, uma puerilidade erigir, no século XIX, uma semelhante declaração, implicita ou explicita, em regra ou preceito legislativo. Não se carece hoje de stigmatizar, pela civilização moderna, a opinião, a este respeito, de outras eras.

É verdade, que no Exodo, Cap. 21.º v. 29.º, se havia determinado, que fosse lapidado o boi, que matasse alguém; e fosse o dono relevado, se não tivesse culpa: que, desta passagem do Exodo, deduziam os antigos juizes francezes, que o homicidio praticado por um animal irracional devia ser

punido com a morte: que se encontram, nos annaes judi-
ciarios, numerosos exemplos de condemnações dosto gene-
ro: que Mello Freire, no seu Cod. Cr., para destruir seme-
lhante absurdo, consignava no §. 19.º do tit. 2.º a dispo-
sição:

« Os animaes são incapazes de delicto. »

Mas hoje seria offender o senso commum, legislar-se o que é de simples intuição. Todos sabem, que as leis penaes são promulgadas para os homens, e que estes são os individuos dotados de intelligencia, de vontade, e de liberdade.

De resto, notaremos, que *as palavras sómente podem ser criminosos*, ficariam mais exactas, se fossem substituidas pelas — *sómente serão castigados*, ou *punidos*: para comprehendere na sua these os réos de — *contravenções* — a que sómente pôde quadrar a expressão — *criminosos* — tomada em sentido amplissimo.

Ainda assim, se se considera a proposição do Art., com relação á realidade de um crime ou delicto, e não com o fim de resolver, *como questão previa ou preliminar*, quaes os individuos, que podem ser accusados de qualquer facto material punivel, a these não ficaria exacta, por que não comprehendaria, tanto os crimes ou delictos *involuntarios* ou *não intencionaes*, que são puniveis segundo a lei, como *as contravenções*, em que se abstrahê da *intenção malefica*.

Se fosse admittida pelo Cod. a divisão triple, então se resolveria facilmente a questão de methodo. Podia, em termos absolutos e geraes, dizer-se, como se diz no Art., — *sómente podem ser criminosos* —; porque os factos involuntarios, não intencionaes, os provenientes de uma negligencia, assim como as meras infracções de regulamentos preventivos, de administração publica, nunca são qualificados, nem punidos, como crimes, mas sómente, como *delictos*, ou como *contravenções*.

Mas, regeitada semelhante divisão, o advierio, *sómente*, pugna com as disposições do Art. 2.º, 3.º, 4.º, 74.º, e outros do Cod.

Para não pugnar é preciso entender o Art. com abstracção de qualquer crime, isto é, que ninguém pôde ser accusado, processado, ou punido, se não é capaz, ou não tem *possibilidade moral*, de o commetter. Donde a proposição af-

firmativa do Art. não exclue a negativa em contrario — *podem, todavia, não ser criminosos os mesmos individuos* — mesmo quando authores de um facto, como em todos os casos, em que uma causa justificativa, ou dirimente, exclue a imputação.

Não pôdem ser criminosos :

Tendo-se estabelecido e declarado no Art. antecedente, que sómente podem ser criminosos os individuos, que tem a necessaria intelligencia e liberdade, quasi inutil era tambem a disposição deste Art., excepto, quanto ao n.º 2.º, para se fixar a época legal da irresponsabilidade, o que podia ter cabimento no Art. 73.º.

Todavia, cumpre notar, que, se no Art. 22.º, o legisladôr exprime uma verdade moral, que é de intuição, em termos absolutos, nos corolarios, que estabelece nos n.ºs deste Art., sómente exprime a applicação do mesmo principio por approximação, ou presumpção legal, excepto nas hypotheses do n.º 5.º.

Além disso, porque o Art. 1149.º, da Ref. Jud. menciona, não só as circumstancias *attenuantes*, que *diminuem a pena*, mas tambem as *dirimentes*, ou *justificativas*, que *a extinguem*, segundo a Lei, com quanto nos quesitos ao Jury o mesmo Art. falle só das *attenuantes*:

O mesmo Cod., no Art. 7.º e 9.º menciona, como causa *justificativa*, que, releva o author da tentativa de um crime, a suspensão da execução pela vontade do criminoso, excepto quando essa circumstancia se verifica nas tentativas qualificadas por lei como crime consummado:

No Art. 14.º, 372.º, §. 1.º, 376.º, e 377.º, contempla circumstancias, que, provadas, relevam de toda a pena; assim como nos casos do Art. 213.º, 283.º §. 2.º, e a que se refere o Art. 176.º:

E, finalmente, em o n.º 11.º do Art. 20.º, precisamente considera, como circumstancias attenuantes, não as que livram de toda a imputação do crime, mas as que *enfraquecem* a culpabilidade do criminoso; e, com effeito, no Art. 81.º, prescrevendo-se regras, para se applicarem, quando concor-

rem taes circumstancias, é sempre para se substituir uma a outra pena, mas nunca para isemplantar inteiramente della:

É obvio, que o Cod. não confundiu circumstancias attenuantes, com as relevantes, ou dirimentes; e por isso, parece que, em logar de se especificar, o sómente nos Art. 19.º e 20.º, as circumstancias aggravantes e attenuantes, se deviam contemplar, em Art. distincto, as dirimentes, nas quaes poderiam ser comprehendidas, além de outras, as que se enumeram no presente Art., como já indicámos ao Art. 15.º, e como praticou no Cod. Hesp.

ARTIGO 23.º

1.º Os loucos de qualquer especie, excepto nos intervallos lucidos: Art. 1.º; 2.º; 3.º; 14.º; n.º 1.º; 193.º; §. un.

Concorda o Cod. Fr. Art. 64.º; Hesp. Art. 8.º, n.º 1.º; Braz. Art. 1.º; e 12.º; Napol. Art. 61.º e 62.º; Austr. Art. 1.º n.º 1.º e 2.º; dos Paizes-Baixos, T. 5.º Art. 67.º, 68.º, e 69.º; todos os modernos Cod. d'Allem., assim como o da Sard., extr. do Est. comp.; o nov. Cod. da Prus., §. 40.º; a lei ingleza, Blachst., Cod. Cr. d'Ingl., Cap. 2.º §. 2.º, Chauveau, Tom. 1.º, Cap. 13.º, pag. 494. etc.

Era já a doutrina do Dir. Rom. L. 3.ª, §. 1.º, D. de injur. et famos. libell. « *Cum injuria ex affectu facientis consistat, consequens est furiosos injuriam fecisse non vi-deri* » L. 12.ª D. ad. leg. Cornel. de Sicariis; L. 9.ª §. 2.º D. ad. leg. Pomp. de parricid.; L. 13.ª e 14.ª D. de Offic. praesid.; e era tão bem a do antigo Direito crim. d'Allem., como se vê dos Art. 150.º e 179.º, da Const. Crim. da Car. Meisteri, Cap. 3.º §. 38.º

Parece evidente, que a palavra — *loucos* — é empregada genericamente, neste n.º 1.º, para significar toda a alienação d'espirito, de qualquer natureza, que ella seja. Além disso, do segundo membro do mesmo n.º combinado, com o Art. 22.º, e Art. 14.º, n.º 1.º, se deduz que a *demençia* é causa justificativa, em todo o caso, isto é, nada importando saber, se foi accidental, temporaria, ou permanente; completa, ou parcial; com tanto que exista, em relação ao crime, no momento de se praticar.

Alguns dos Cod. citados, para evitar questões, são mais explicitos, empregando, em logar da palavra *demençia*, as de — *alienação mental* —, como praticou o nov. Cod. dos Paizes-Baixos, definindo, além disso, o que devia entender-se por *alienados*:

Art. 67.º « Il ny a pas de méfait lors que l'agent a été

« *contraint par une force irrésistible, ou lors qu'il était en état d'aliénation mentale au moment de l'action.* »

Art.º 68.º « Par aliénés, a loi entend ceux, qui sont « privés du libre usage de leurs facultés intellectuelles. »

Os Cod. d'Allem. foram ainda mais longe, mencionando os furiosos, os imbecis, os surdos mudos, os maniacos, os melancolicos, os somnambulos, em fim todos os que, no momento da acção, se achavam inteiramente privados da sua intelligencia.

Estes Cod. attenderam a que a palavra — *dementia* — era muito restricta, para ser empregada genericamente. Todavia, não censurámos o nosso Cod. nesta parte. A palavra *loucura*, ou *dementia*, fica tendo uma significação legal, para se considerar como *alienado*, ou como *demente*, aquelle que, ao tempo do delicto, não estava no pleno exercicio das suas faculdades mentaes.

Ficam, por este modo, as palavras *loucura*, *dementia*, ou *alienação mental*, sendo tomadas em uma accepção mais ampla, que pela sciencia da Medicina, no que tem, entre nós, de conformar-se a Medicina legal. A Lei não põem em duvida, que ha circumstancias d'*alienação mental*, em que a vontade do individuo é subjugada por uma força irresistivel. É quanto basta. O Cod. fugiu, e fugiu bem, de declarar os verdadeiros caracteres da *dementia*, não precisando os factos, que a constituem.

A Lei penal não poderia traçar, diz Chauveau, o circulo da sua applicação, sem descer a definições technicas, que não são da competencia do legislador, e que teriam o inconveniente de poder, mais tarde, ser consideradas erroneas, em resultado de novas observações scientificas. ¹

Percorrendo os autores de Medicina em geral, e os de Medicina legal, vê-se, que elles discordam, entre si, na enumeração das differentes especies de alienação mental.

Reconhecem quatro generos principaes de loucura, ou *folia*.

1.^a A *mania*, ou *delirio*, com propensão ao furor; 2.^a a *melancolia*, ou delirio com prostração ou abatimento; 3.^a a *dementia* (propriamente dita), debilidade dos órgãos do entendimento; 4.^a o *idiotismo*.

¹ Veja-se Chauveau, Cod. Pen. tom. 1.º, Cap. 13.º pag. 505, Duvergie Medicine leg. Cap. 25.

Esquirol, creou a palavra — *monomania* — para substituir a palavra — *melancolia* — comprehendendo, tanto o *delirio*, para a *alegria*, como o *delirio*, para a *tristeza*.

Tão bem dividiu elle o *idiotismo* em duas cathogorias, uma, para abranger aquelles individuos, que nunca tiveram noções claras de cousa alguma, outra, para comprehender aquelles, que por alguma causa superveniente, cahiram nesse estado.

Georget, admitiu estas divisões, e mais uma, para designar especialmente — a *dementia aguda*.

J. Franck reconhece o *idiotismo*, a *dementia*, e mais oito especies de — *monomania*.

Hoffbauer divide a alienação mental em *imbecilidade e folia*. Na primeira comprehende os *idiotas* e os *imbecis*; a segunda, ou *folia*, subdivide-a em *mania*, e em *dementia*. Na *mania* comprehende a *polymania*, com, ou sem, furor; a *monomania*, com idéa dominante, verdadeira ou falsa, alegre ou triste; e d'ahi, *lypomania* e a *chaeromania*; e, em fim, a *dementia aguda e chronica*.

Mr. *Adelon*, no seu curso de medicina legal, expôz uma divisão melhor calculada, segundo apreciam alguns authores, que depois delles escreveram.

Em primeiro lugar, abstando-se de empregar as palavras *alienação mental*, usa da expressão — *alterações mentaes* — e distingue-as em duas grandes classes.

Alterações por *impotencia*, e alterações por *perversão*. A 1.^a divisão comprehende: 1.º o *idiotismo* e a *imbecilidade*; 2.º a *surdimudez*; 3.º a *dementia*. A 2.^a comprehende: 1.º o *delirio* nas *molestias agudas*; 2.º a *folia parcial ou monomania*; 3.º as *perversões* por occasião das *funções normaes*, taes como o *somnambulismo*, a *colera*, etc. 4.^a as *perversões* por occasião da alienação, que possam ter influido sobre as faculdades mentaes, taes com as das *bebidas espirituosas*, *aphrodisiacas*, etc. 5.º os casos, que não entram no quadro antecedente, taes como *epilepsia*, *catalepsia*, *hypicondria* etc.

À vista destas classificações, e divisões, cujo desenvolvimento pôde vêr-se nos differentes tractados de Medicina legal, se torna evidente, que é bem fundada a opinião de Chauveau, para que o legislador guarde uma prudente reserva a semelhante respeito, enunciando o seu preceito em *termos geraes*, e deixando aos debates da causa, em cada hypothese,

o averiguar, se o estado do individuo, era, ou não, no momento do crime, o da privação das faculdades, mentaes.

Quando houver duvida, ou necessidade de verificar o estado permanente dos réos, o juiz da instrução, ou do processo accusatorio, opportunamente convocará os competentes peritos, em conformidade com as leis do processo crime.

Assim o prescreve o Art. 903.º, e 1182.º da Nov. Ref. Jud.

Antes da Ref. não existia lei expressa, que isentasse da culpa, o alienado; mas os nossos criminalistas nunca pose-ram em duvida esse ponto de doutrina ¹ como se vê de Per., Sousa e Mello Freire.

Hoje, depois da dita Ref., e reproducção da mesma determinação, no Art. 93. §. un., nem pôde concluir-se o processo, desde que a alienação se manifeste, ainda que posterior seja ao delicto.

Tanto, porém, Mello Freire, com Per. e Sousa, nos lugares citados, resalvam os delictos commettidos nos *intervallos lucidos*.

« Delictum committere non possunt *mentecapti, furiosi*, « nisi intermisso furore deliquisse constet » diz o primeiro: o « crime commettido no lucido intervallo é punivel » diz o segundo.

O primeiro passou a mesma doutrina para o seu Ensaio do Cod. Cr. Tit. 2.º, §. 4.º « Os *furiosos e lunaticos* com « intervallos de razão, se dentro delles delinquirem, serão « castigados. »

Seguiram nisto o Direito Romano na lei 14 D. de Offic. præ: e era, tambem a doutrina do antigo Dir. d'Allem., como expoem o cit. *Meisteri*: comprehendendo, porém, a especie, com abstracção do estado intellectual do malfetor, fora do momento da acção a delictis alieni sunt, qui *usu rationis*, tempore criminis admissi, destituuntur.

Os Cod. supra citados, uns, como o Fr., Art. 64.º, não tocam nesta especie. Contentam-se igualmente com mencionar a *dementia ao tempo da acção*; e, consequentemente, o que exigem, para determinar a criminalidade, é que o agente esteja no exercicio da sua *razão e vontade* nesse momento, comprehendendo assim, para a escusa, tanto a alienação permanente,

¹ Sousa Class. do Cr. §. 8.º, seguindo a Heinecc., Bohemer., e outros Mello Freire Instit. Jur. Cr. T. 1.º §. 6.º etc.

como a intermitente. Outros, como o d'Austr. Art. 2.º, n.º 2.º, mencionam a especie « Quand le fait est commis per- « dant une aliénation d'esprit intermittente, durant le temps « de l'aliénation. »

Rogron, commentando o cit. Art. do Cod. Fr., diz resulta da sua disposição litteral que « si on pouvait établir d'une « maniere certaine, ce qui est toujours difficile, qu'un hom- « me habituellement en démence, a commis le crime dans un « intervalle lucide, le jury pourrait déclarer l'accusé cou- « pable. »

E, pois, uma questão gravissima esta de determinar a responsabilidade criminal, em termos absolutos, nas alienações *intermittentes*. Sem duvida, que, se o agente no chamado *intervallo lucido*, estava no pleno gozo das suas faculdades mentaes, não deve eximir-se da responsabilidade.

Mas esta responsabilidade deve produzir para elle todos os effeitos legaes? Não é de presumir, que o estado habitual da alienação exercia, maior, ou menor, influencia sobre a determinação do agente, ainda que essa influencia não seja revelada por signal algum exterior?

E como é possível demonstrar a lucidez de um intervallo em uma *doença mental*? Que juiz haveria ahi, que ou- sasse affirmar, que uma intelligencia, ainda ha pouco apaga- da completamente, retomou subitamente toda a sua niti- dez? Quem é que pôde pronunciar, que o estado de debili- dade, ou de perturbação das faculdades moraes, do agente, não era tal, que não podesse reagir, mesmo de uma ma- neira imperceptivel, contra a perpetração do facto?

Por estas considerações *Chauveau*, ¹ contra a opinião de Carnot, decide com firmeza, que o maniaco, que, n'uma in- termittencia da sua doença, commetteu um crime, não deve *em geral*, ficar sujeito a processo, nem sentença.

A hypothese é quasi impossivel de se verificar, porque, exi- gindo-se uma *prova plenissima* do estado da *lucidez*, é esta, como diz Rogron, sempre difficullosa, « *ce qui est tou- jours difficile.* »

Os antigos criminalistas haviam seguido, é verdade, a doutrina, que tambem seguiu o nosso Cod., mas estabele- ciam, ao mesmo tempo, uma regra, que servia de correcti- vo ao rigor do seu systema, e era a de que, no caso da in-

certeza sobre a criminalidade do acto, devia ser este considerado como praticado sob o imperio da doença.

« Si dubitetur quo tempore delinquent, aut tempore furoris, aut sane mentis, in dubio est potius quod delinquerit tempore furoris. »

As considerações de Rogron e de Chauveau, ou outras semelhantes, fizeram tanto pezo no animo dos legisladores, do Cod. do Hanover, (Cod. tão estudado, tão debatido, parlamentar, e scientíficamente, tendo por base as lucubrações e emendas dos grandes professores de Direito Criminal, *Mitter-Maier e Bauner*) que nelle se não determinou, que o crime commettido pelo alienado, durante a intermittencia fosse punido com as penas da lei. Pelo contrario, se suppôz, que a doença não desaparecia *completamente* nesse estado, e, por isso, determinou, que « quando o delicto tivesse sido commettido *voluntariamente* pelo homem sujeito á « alienação mental, em um intervallo lucido, a doença fosse, em todo o caso, considerada como circumstancia atenuante. »

Esta disposição, tão authorisada, como se acha, é adoptavel entre nós. Com quanto não seja espressa nas especies mencionadas no Art. 20.º do nosso Cod., está, seguramente, incluída em o n.º 5.º desse Art. « A falta do pleno conhecimento do mal, que deve causar o crime. »

Deve, pelo menos, em taes circumstancias, ser considerada a doença, como é, no n.º 1.º do mesmo Art., a menoridade até aos vinte annos completos.

Mas não é só a grande difficuldade da appreciação da moralidade do facto, que se appresenta na hypothese, de que se tracta, é ainda a da quantidade e da qualidade da pena, que deve impor-se.

O juiz corre grande risco de impor uma pena, que, por sua natureza ou duração, agrave a doença do delinquente. O castigo pôde ser tal, que torne os excessos da folia, ou delirio, mais frequentes; a mania mais geral e continua; e que, mesmo, a converta em aguda e permanente. O Cod. deveria, ao menos, authorisar o juiz, por uma excepção aos principios geraes, a escolher e graduar a pena do modo o mais salutar.

Quiz remediar assim esta difficuldade, Sc. Bexon, no seu projecto de Cod. para a Baviera impresso com authorisação do Governo em 1807, Liv. 2.º Art. 429.º, e 430.º

Eis o que este insigne criminalista propoz nesses Artigos :

« Si l'aliénation de la raison n'est pas continuelle, mais « a seulement lieu par intervalles, et que dans un de ces « moments d'aliénation, l'aliéné contrevienne aux lois, ou « si l'aliénation d'esprit n'est pas générale, mais seulement « une folie, ou une démence, relativement à certains points, « et à certains objets particuliers, et qu'il contrevienne aux « lois, sur un de ces points, qui est l'objet de la folie, il y « a lieu à l'application des principe établi, etc.

« Celui dont l'aliénation de la raison n'est pas continuelle, « le, où dont l'esprit n'est aliéné que relativement à certains « points et à certains objets, qui contrevient aux lois, dans « un moment où il jouit de sa raison, ou sur un autre « point que celui qui est l'objet de sa folie, est coupable ; « mais la peine ordinaire ne peut lui être appliquée ; le juge ne doit lui infliger une qui puisse rendre ses accès de « folie plus fréquents, la rendre plus générale et continuelle ; et, dans ces cas, la loi, elle-même, le charge de choisir et d'appliquer d'ans l'ordre de celles établies au Code, « la peine la plus salutaire, par sa nature, et dans sa durée, « jusqu'au dernière degré de celle qu'il croira devoir appliquer. »

Mas nenhum juiz, entendemos nós, poderia d'ante mão fixar essa pena e a sua duração, por um modo adequado, ainda que elle fosse tambem na Medecina um perito consummado.

Nenhuma das penas maiores lhe poderia ser imposta, nem mesmo a de prisão correccional, sem, com toda a probabilidade, se apressar a crise da demencia completa, sem se arrastar a consequencia inevitavel da morte do delinquente, morte da sua parte mais nobre, a sua intellectualidade. Fica pois a descoberto a barbaridade, e atrocidade, da acção da justiça criminal, em casos taes.

O alienado, com, ou sem, os chamados lucidos intervallos, é um doente *sui generis*, que é preciso recolher e tractar em Rilha-folles, quando outros meios preventivos da authoridade administrativa, não possam obstar aos damnos, que elles possam causar, precisamente, como animaes mal fazejos, na conformidade do Art. 249.º n.º 13.º do Cod. Admin.

E, com tudo, notavel a contradicção, em que cahem todos os defensores da pena de morte, quando a consideram

a unica *preventiva*, para certos crimes, e salvam a vida ao criminoso, que commetteu o crime em estado de furor, ou de demencia.

A primeira qualidade (diz Bentam) da pena de morte, é de plenamente destruir a *faculdade malefica*. Tudo o que se póde reccar de um criminoso pela violencia das suas propensões se extingue com o termo da sua existencia.

Assim o pensava D. Pedro I, mandando justicar um homem, que o tinha offendido, na pessoa de um funcionario de Justiça.

« Sempres me temi delle, que me dêsse uma cutilada ; « mas já agora estou seguro, e nunca ma dará. »

Os mesmos defensores entendem, que a sociedade não deve prevenir por semelhante meio as acções de um *furiioso involuntario*, e que, basta a dissipar o alarma social, fazendo-o recolher a uma prisão, ou hospicio, de alienados !

Um exemplo notavel desta theoria se offereceu ha pouco na França. Dous crimes, frustrados, a tiro de pistola, tiveram logar contra o Monarcha daquelle paiz. O culpado do 1.º, como furioso voluntario, foi executado : o culpado do 2.º, como furioso involuntario, foi mandado recolher a uma casa de alienados.

O alarma, a respeito do mesmo attentado, foi satisfeito pela morte de um, e de reclusão do outro. Pois não seria possível, que ambos estes enfermos de mal moral fossem sequestrados, e para logar, aonde ficassem constituídos na impossibilidade de reiterar o mal material ? A differença só ficaria na diversidade dos remedios applicaveis a um e outro, segundo as doenças, de que se achavam affectados.

E note-se, que a execução do que foi condemnado teve logar — *de grand matin* — como se prescreve no Art. 381.º do Cod. de Proc. Cr. da Prus. preponderando assim o *preventivo* sobre o *exemplar* da pena.

O Sr. Levi, nota a omissão do Cod. por não mencionar, em nenhum dos n.ºs do presente Art., nem os surdos mudos, nem os somnambullos. Se o Cod. se tivesse limitado a consignar, como praticou o Cod. da Prus., a regra que estabeleceu no Art. antecedente, inuteis eram, não só estas, mas todas as declarações feitas nos presentes numeros, que não são mais, que um corollario do mesmo principio. Mas desde que se julgou necessaria a enumeração das especies,

a omissão se torna, não só reparavel, mas perigosa, podendo dar causa a exclusões, que aliás se não comprehendiam na mente do legislador.

Quanto aos surdos mudos, deve advertir-se, que, segundo alguns authores de medicina legal, como já notámos ao n.º 1.º, a *surdez-mudez* é contada em o numero das especies de demencia, produzida por *impotencia* : e como o n.º 1.º do presente Art. comprehende os loucos de *qualquer especie*, inutil se tornava mencionar os *surdos-mudos*. E quanto aos somnambullos, sendo o *somnambulismo* contado entre as especies da demencia produzidas por *perversão*, tãobem pela mesma razão, se devem considerar incluídos nos termos geraes do mesmo n.º — É certo, porém, que este argumento prova de mais : porque tãobem conclue a favor da comprehensão dos monomaniacos, e dos mesmos colericos, segundo o dizer dos homens da sciencia.

Seja, como fór, a verdade moral, inteira e completa, está na regra estabelecida no Art. 22.º, acrescentando-se-lhe as palavras, ahi omittidas, mas expressas no Art. 14.º n.º 1.º, — *no momento do crime*. — applicação deste principio é difficil na pratica ; porque as causas moraes de muitos factos puniveis escapam muitas vezes á appreciação dos juizes jurados, e peritos, os mais intelligentes, principalmente quando a demencia se não acha bem caracterisada por factos, que a demonstrem.

O erro judiciario, invencivel, desculpa então a justiça social, mas não deixa de ser uma calamidade, e uma atrocidade material, contra-producente ; porque o medico, que não conhece a enfermidade, ou a qualifica falsamente, não cura, mata. Exagera o mal, em logar de o remediar.

Que erros, que injustiças, se não tem commettido, se não hão de commetter, e se não estão commettendo, desta especie e natureza, em toda a parte do mundo ? !

Deve mais advertir-se, que se devem distinguir os surdos mudos, que o são de nascimento, ou que o são antes da idade do discernimento, e que não tiveram educação alguma adequada, daquelles que posteriormente foram atacados dessa enfermidade, ou que foram instruidos, convenientemente, ou do modo possível.

Estes podem ser accusados pelos crimes, que commetterem, porque já tinham antes, ou adquiriram depois, as noções do bem e do mal, do justo e do injusto, e não en-

tram, por tanto, na letra, nem no espirito, do principio consignado no Art. 14.º n.º 1.º, e no Art. antecedente.

Effectivamente, o Cod. de Instr. Cr. Fr. Art. 333.º trata da accusação dos *surdos-mudos*, e tem, muitas vezes, sido condemnados em França pelos tribunaes, como se fossem menores, segundo o grão de malicia, e de discernimento, em que tem sido avaliados.¹

Por ultimo, resta-nos fazer uma observação importante ácerca da materia, de que trata este n.º, em presença das noções que, entendemos, se devem ter, assim ácerca da natureza e fim das penas, como da necessidade e fundamentos, em que assenta, e que legitima, o direito social de punir.

A sociedade pune, porque precisa, porque lhe convém punir; porque as necessidades da sua conservação e melhoramento exigem, que empregue os meios adequados, para prevenir e reprimir os males materiaes, que atacam directamente a sua existencia e perfeição, ou, indirectamente, nas lesões praticadas contra algum de seus membros.

A pena é um *remedio* contra esses males; applica-se ao author delles, pela interdicção de suas faculdades, na esperança, não só de evitar outros males, ou reincidencias, e de prevenir o contagio, mas de o curar, habilitando-o para voltar ao estado inoffensivo; ou de saude moral, que o restitua, sem incutir sustos, nem desconfianças, ao gremio social.

A perversidade, que gera o crime, consiste, quasi sempre, em uma desordem, ou impotencia organica, no estado chronico, ou de intermitencia, ou seja pela ignorancia, ou pelo temperamento frio, que gera a dureza, ou insensibili-

¹ Os surdos-mudos de nascimento pôdem ser equiparados mesmo a quaesquer outros criminosos em relação á pena de seus crimes ou delictos, se a sua educação foi completa, que segundo M. Itard, deve ter de duração 10 a 12 annos. A falta desta educação completa os conserva no estado de idiotas, ou de imbecis, mais ou menos, segundo os diversos grãos da educação incompleta. A primeira difficuldade, que tem a vencer-se, para a sua condemnação, são os seus interrogatorios e acareações. Carecem de um interprete, pois que só podem explicar-se por signaes, que não são conhecidos communmente. Se sabem escrever, esta difficuldade diminui, não só porque esta circumstancia é, de per si, prova de adiantamento em educação, como porque facilita as indispensaveis perguntas e respostas. V. art. 333.º do Cod. de Instr. Cr. Duvergie, Med. Leg. tom. 2.º pag. 210.

dade, ou indifferença de caracter, ou pelo temperamento sanguineo, irritavel, ou nervoso, que produz os movimentos espontaneos das paixões vehementes, como é a cólera e a vingança.

Ha, pois, uma grande analogia, ou semelhança, entre o furioso voluntario e o furioso involuntario: ambos podem commetter o mesmo crime, sob o ponto de vista material. Os damnos materiaes provenientes, directos, ou indirectos, pesam sempre sobre a sociedade. Ella tem necessidade, e, por tanto, sempre o direito de defesa, para os prevenir, e reprimir.

E que outra cousa pôde ser semelhante prevenção, ou repressão, se não um *remedio* contra esses males, que os combate nos seus effectsos ou na sua causa? Logo, philosophicamente fallando, e, em sentido amplo, todo o criminoso é um louco, assim como todo o louco pôde ser um criminoso.

Em ambos ha demencia, com a differença, que nos loucos, propriamente ditos, ha impotencia, quasi absoluta, da razão, para guiar e moderar os movimentos mechanicos; nos ajuizados, a impotencia é só relativa, e a imputação diminui, ou augmenta, na proporção da menor, ou maior, preponderancia das paixões, ou insensibilidade, e grão de desenvolvimento das faculdades intellectuaes.

O louco furioso é sempre punido, não só por occasião dos crimes, que commette, mas até, excepcionalmente, em razão sómente da possibilidade de os commetter.

É tratado com mais rigor, que os criminosos voluntarios, não só porque estes não são punidos, se não em razão de facto determinado e com as penas estabelecidas, mas tão-bem porque carecem de processo e sentença judicial condemnatoria, em quanto que os loucos são discricionariamente entregues ás autoridades administrativas e de policia, sem dependencia de formulas, nem de sentença, nem quanto á qualidade de remedio, nem quanto á sua duração.

A these, pois, deste n.º — *os loucos não podem ser criminosos* — é verdadeira, relativamente ás providencias penaes do Cod. Pen., e á jurisdicção dos tribunaes criminaes, excepto, quando a demencia, por não ser bem conhecida, tiver de ser attendida, nos mesmos tribunaes, como circumstancia dirimente, caso em que, assim como, nos termos do Art. 73.º, o menor de 14 annos, author do facto sem discerni-

mento; é mandado entrar em uma casa de reclusão, tão bem o alienado deve ser recluso, só com a differença de que os Juizes não fixem, como nem podem fixar, a duração da pena.

Mas pôde bem concluir-se, que a *demencia* não é, assim como a menoridade sem discernimento, uma causa *justificativa* absoluta; porque, se dirime a applicação de um, não livra da de outro remedio. Um e outro enfermo pôde ser conduzido ao hospital penitenciario, e ahi tratado convenientemente, para seu curativo e segurança social.

Além de que, em vista dos factos e boas informações, que temos colhido de pessoas competentes, pôde ser objecto de contestação, se os *loucos, de qualquer especie*, podem ser criminosos, com relação ás providencias de um Cod. Pen., mesmo sob o ponto de vista moral.

Em geral, ou quasi sempre, os *loucos*, conservam a consciencia do mal, que fazem; a memoria desaparece, ou é mui fraca; na ruminação das idéas moraes a reflexão não existe; as deliberações são instantaneas como o pensamento; algumas vezes, pelo contrario, é um nunca acabar sobre a reflexão de uma idéa fixa; mas a razão, a consciencia, não se apaga, ainda que sem o necessario criterio.

Capazes de produzir o mal material por movimentos espontaneos da sua vontade e liberdade, são susceptíveis de correção e de emenda, mesmo nos excessos dos seus delirios, sendo amansados e subjugados pelo curativo proprio e adequadamente no hospital, ou casa de reclusão respectiva.

Por tanto, a these — os *loucos* de qualquer especie não podem ser criminosos — talvez devesse ser eliminada; porque não só o podem materialmente ser, mas o podem e devem ser legalmente, conforme ás determinações fundamentais de um Cod. Pen.

São criminosos *sui generis*, que devem ser punidos, por um modo especial, mas são sempre criminosos. A base da penalidade, é o sequestro da pessoa, ou reclusão, temporaria, ou indeterminada.¹

¹ A prodigalidade é um crime moral e uma especie de mania; porque mostra impotencia de razão e de vontade na conservação dos meios indispensaveis á propria conservação e felicidade; porque empobrece a benevolencia, porque gera a necessidade, origem de muitos vicios e crimes; porque affectado de semelhante enfermidade, desbaratando o que é seu, habilita-se a não respeitar o alheio; porque é um *abuso*, da pro-

Se a demencia é reconhecida e demonstrada nos tribunaes criminaes, nada implica, para que pronunciem a condemnção especial, reservando, ou a duração da pena, ou as suas aggravações, ou atenuações, para os regulamentos e direcção superior do respectivo estabelecimento.

Finalmente, ainda nos resta fazer uma observação, que resulta do que temos exposto ácerca da demencia, e suas especies, na conformidade do que ensinam os homens da sciencia, e com especialidade do que propoz Sc. Bexon nos cit. Art. do seu Cod. Art. 429.^o e 430.^o, e é de que a redacção deste n.^o, comprehendendo a demencia, ou loucura em geral, de *qualquer especie*, com a excepção unica, dos dementes, ou *loucos, intermitentes*, a respeito dos crimes commettidos nos intervallos lucidos, não exceptua os dementes, ou *loucos, parciaes*, ou que não o são, se não sob o imperio, ou presença, de certas ou determinadas idéas, ou ácerca de certos ou determinados objectos, discorrendo e obrando em tudo o mais com perfeito juizo ou discernimento.

A doença destes é continua, não é intermitente, e, com

priedade, em prejuizo, ou dos deveres de familia, ou de applicações regradas, prudentes, e uteis.

Todos os crimes moraes podem ser inermados, se a sociedade carece, para sua defesa, de evitar os damnos sociaes, que delles provem, ou podem provir. A Lei podta, por tanto, incriminar a prodigalidade.

De facto se acha incriminada, como *crime civil*, e é punivel com a interdicção da administração e privação dos bens, com quanto fora da alçada da legislação e competencia criminal. Mas a essencia de *crime e pena* não existe menos. As formulas não a prejudicam.

Sobre a averiguação e prova dos factos constitutivos intervém a acção do poder judiciario. É indispensavel um julgamento, e uma condemnção.

Pois ha de esta ter logar, se precisa, para se privar um cidadão, do uso das suas faculdades, com relação restricta á sua propriedade, e não ha de ser necessaria, para ser interdicto do uso das mesmas faculdades, em relação a tudo, ou de um modo absoluto?

Quantos prodigos não tem sido declarados, ou não declarados taes, pelos tribunaes a instancias de quem tem interesse de se appossar dos seus bens? E quantos arguendos de demencia, e pelos mesmos motivos, não terão sido, e não poderão ser, mandados recolher a um hospital de alienados, aonde semelhantes violencias podem realmente converter em louco um homem de juizo, ou em demente, completo, e continuo, o que não passava de um maniaco inoffensivo?

Se, pois, a respeito da loucura, por uma parte, e pelas mesmas razões, que no crime, propriamente dito, a sociedade carece de repressão, por outra parte, e assim totem, como no crime, precisa dar aos cidadãos, no interesse da justiça, da verdade, e da segurança individual, as garantias de um processo e de uma sentença, como no crime, embora, della não dependa a reclusão do supposto demente.

tudo, são menos dignos da indulgencia legal, que os sujeitos a lucidos intervallos; porque, fóra dos pontos de sua mania, se não pôdem reputar loucos.

Assim deve entender-se praticamente, tanto no espirito da regra, como no da excepção: mas a falta de claresa sobre assumptos penaes é sempre de lamentar, e o Art. litteralmente comprehende, para a irresponsabilidade, todos os loucos não intermitentes, de qualquer especie.

2.º Os menores de sete annos;

3.º Os maiores de sete e menores de quatorze, quando praticam o acto sem o necessario discernimento; Art. 1.º; 2.º; 3.º; 14 n.º 1.º; 20 n.º; 22.º; 71.º; 72.º; 73.º;

Conforme ao systema do Cod., vimos, que a época legal, em que os homens se julgam possuir o discernimento necessario, para que a sua responsabilidade penal possa ter logar, sem que se admitta prova em contrario, é a da maioridade dos 14 annos.

Vimos, que, nos menores de 14 annos, essa presumpção ficava destruida, sempre que apparecesse aquella prova em contrario. Vimos, porém, outro sim, que a ausencia da necessaria intelligencia e liberdade, é presumida de Direito, nos menores de 7 annos. Vimos, finalmente, que a criminalidade plena começa dos 20 annos completos.

Os menores, pois, de 7 annos, ou, ainda, de 14, se praticarem o facto sem discernimento, são equiparados aos loucos, ou dementes, que não gosam da necessaria intelligencia e liberdade.

Falta, na appreciação do facto material, o elemento moral constitutivo de qualquer crime — *razão e vontade* —, com relação restricta a esse facto, e, por tanto, ao momento, em que foi commettido.

Conforme ás tradições, fundadas no Direito Romano, não podiam ser considerados criminosos, não só os *infantes* (até aos sete annos), mas ainda os *proximos á infancia* (até aos 10 e meio). Esta era a antiga jurisprudencia d'Allemanha ¹ e da Gram-Bretanha, segundo uma lei da Saxonia, ² que cahiu em desuso por tal fórma, que a incapacidade no

¹ Meisteri Princ. jur. Cr. §. 38.º

² Blasckston. Comm. ao Cód. Cr. d'Ingl. Cap. 2.º

crime só ficou subsistindo, como presumpção peremptoria, para os menores de sete annos.

Em relação á idade proxima da infancia, julgou-se possível a prova exclusiva da innocencia, e aponta-se o exemplo de dois infantes, um de nove, e outro de dez, annos, que foram, pelos juizes inglezes, condemnados á morte, por haverem assassinado um seu camarada.

A prova do discernimento, deduziram-na dos factos, de um, que, depois do delicto, tractou de se esconder, e de outro, que procurou occultar o cadaver: e, para se convencerem da conveniencia da imposição da pena, tiveram, como predominante, o receio de que seria perigoso fazer acreditar no publico, que os infantes podiam *impunemente* commetter crimes os mais atrozes.

E foi com fundamentos tão debeis, exclama Rossi, e com elle Chauv., que esses juizes fizeram subir ao cadafalso dois infantes, um de 9, e outro de 10, annos!!

Como é, que acharam as provas da reflexão, no facto posterior, para um, da efficacia de uma fuga, e para outro, dos meios de occultar o cadaver? Os juizes confundiram os effeitos do horror e do medo, que uma acção criminosa inspira a um infante, depois de commettida, vendo diante de si o resultado dessa acção, com o conhecimento anterior, distincto, da natureza, e das consoquencias, do facto, que vai commetter.

A outra rasão de terror, que dominou os juizes, não merece o trabalho de uma refutação. Mandar matar dois infantes de 9, ou 10 annos, daria, se tal rasão fosse authorisada, muito fraca idéa dos costumes, da moralidade, e da civilisação, de um povo.

Quanto á legislação moderna, a idade da irresponsabilidade peremptoria termina aos 8 annos, no Cod. da Bav.: aos 9, nos das duas Sicilias, e de Hespanha; aos 10, nos de Sardenha, e de Wurtemberg; aos 12, nos de Saxonia, Hannover, e de Bade.

A presumpção favoravel, salva a prova em contrario, acaba aos 14 annos, nas Leis de Roma, d'Inglaterra, d'Austria; aos 15, nas dos Estados Unidos da America; ¹ aos 16, nas de França, e da Prussia; aos 17, nas do Brazil.

Nós conservámos, nesta parte, a legislação ingleza, e, assim, parece declararmos ao mundo civilisado, que sômos uma das nações, que tomâmos a dianteira na carreira do crime, começando mais cedo nella o nosso desenvolvimento e progressos!

Será isto verdade? Duvidámos, e a nossa experiencia de julgar nos confirma nessa duvida. São rarissimos os exemplos; e o Legislador, nesta materia, de periodos de irresponsabilidade, deve tomar os factos, fundamento das suas presumpções, como na generalidade costumam acontecer.

¹ Cod. da Louisiana por Livingston, cap. 2.º Art. 25.º e 26.º

ARTIGO 23.º

4.º Os ebrios, se a embriaguez é completa, casual, e não posterior ao projecto de commetter o crime; Art. 1.º; 2.º; 14.º n.º 1.º; 22.º; 74.º.

Já expozemos ao n.º 8.º do Art. 20.º as reflexões, que nos occorreram, relativas á circumstancia da embriaguez.

Além do que ahí dissemos, temos a notar, comparado este n.º 4.º com o n.º 1.º do Art. 14.º, e com o Art. 22.º, que parece resultar destas disposições uma certa contradicção.

Conforme a estes Art., o agente de um facto qualquer, não se pode reputar criminoso, quando *este no momento de o commetter*, estava inteiramente privado da sua intelligencia e liberdade.

Ora a embriaguez *completa* é, inquestionavelmente, um estado, que priva, temporariamente, do uso das faculdades intellectuaes.

Logo, quer o crime fosse, ou não, premeditado, ou resolvido antes, quer a embriaguez fosse casual ou habitual, nada isso influe, para tornar intelligente o homem, que se embriagou, ou se deixou embriagar, durante a embriaguez completa, que foi o momento do crime.

Mas este n.º 4.º exclue a embriaguez, mesmo *completa*, quando não foi *casual*, e quando foi posterior ao projecto do crime, embora, por tanto, este se commettesse no momento della.

Ainda mais: este mesmo n.º 4.º, dadas todas as circumstancias, que exige, diz-nos, que os ebrios *não podem ser criminosos*, e, todavia, como notámos, estes mesmos ebrios, se commetterem um delicto, no momento da embriaguez, em que se achavam privados inteiramente da sua razão, são punidos com a *prisão correccional*, podendo aggravar-se esta, — *segundo as circumstancias do facto illicito* — com a sujeição á vigilancia da policia até dez annos; como se dispõem no Art. 74.º.

Diz-se, é verdade, que então não é o crime ou delicto *occasional*, que se pune, mas a *embriaguez, por causa do delicto*; mas sempre é certo, nos termos do Art. 74.º, que a punição não abstrahê do crime, por isso que a pena é aggravada, segundo as circumstancias do facto commetido: — e, por tanto, o ebrio, embora projectasse commetter o crime, e talvez nunca o executasse se não fosse a embriaguez, sofrerá um castigo, pelo crime que projectou; que quer dizer, pune-se então o individuo só em razão do *projecto*, que não foi *causa moral nem material do crime*, e da *embriaguez* que, não só não foi *causa moral*, e só *material*, do mesmo crime, mas que, em si mesma, não é punível.

Por exclusão de partes, sendo absoluta a proposição, segue-se, que o ebrio, sem as condições exigidas na lei, exclusivas da imputação, deve ser punido. Felizmente serão muito raros os casos, em que se dê a prova do concurso de todas. Nós, sem desconhecer a sua possibilidade, dizemos, que ainda até hoje não vimos a hypothese verificada em processo algum: e considerámos injusto, como já ponderámos ao Art. 20.º n.º 8.º, que o ebrio completo, que não concebeu o projecto do crime, mas que se collocou nesse estado por *habito*, e nunca o faz de *proposito*, deva ser punido *como delinquente*, nos termos do n.º 1.º do Art. 74.º.

Os theologos sustentam, que não tem imputação o homem, que, andando á caça, mata outro homem, cuidando matar uma fera, com quanto esse homem, fosse um inimigo, de quem elle se quizesse desfazer por um homicidio premeditado. A razão é obvia; porque a intencionalidade não existia no momento de se commetter o crime, e não tem relação, com o facto voluntario premeditado, o facto fortuito, que se não podia prever, nem premeditar. Por que motivo ha de ser o contrario na embriaguez?

Como já notámos ao Art. 20.º n.º 8.º, as palavras — *senão foi posterior ao projecto do crime* — são textualmente tiradas do Cod. Hesp., e quipolentes ás do Cod. do Braz., *nao tivesse antes formado o projecto do crime*.

Por tanto, *presume* o legislador, que a embriaguez foi *procurada*, como meio, como habilitação *perparatoria*, a fim de se levar com facilidade á execução o projecto do crime. E toma o legislador, como fundamento da pena, uma presumpção, fundada em facto ambiguo? Já ao referido n.º 8.º appontámos os vícios desta argumentação.

O mod. Cod. da Bav. Art. 40.^o, exprime-se nos seguintes termos :

« Quiconque, après avoir arrêté la résolution illicite de « commettre un crime, se sera mis intentionnellement, à l'aide « de boissons ou d'autres moyens, dans un état d'absence mentale, et n'aura commis dans cet état d'autre crime, que ce « lui projeté, sera puni comme auteur volontaire du dit « crime. »

Por tanto, a accusação, nos termos deste Cod., carece de provar tres factos distinctos : 1.^o de que foi o embriagado, quem commetteu o crime; 2.^o da premeditação; 3.^o da embriaguez procurada.

O concurso destas tres provas podia fazer persuadir no animo dos legisladores desse Cod., que a *perversidade de intenção* era manifesta, embora a intelligencia não acompanhasse, o momento da execução; por que, havendo assim elemento moral e material, deviam applicar a pena ordinaria da Lei.

Mas o nosso Cod. não exige, se não a prova do 1.^o e do 3.^o facto, o 2.^o presume-o, como se fosse consequencia do 1.^o; sophisma indesculpavel — *cum hoc ergo propter hoc*.

A embriaguez, posto que posterior ao projecto do crime, pode não ser *culposa*; pôde não ser *procurada*; o crime praticado, nesse estado, pôde ser excitado, por um terceiro, ou mesmo *provocado* por algum acontecimento superveniente e não previsto. E não poderá o culpado, ao menos, deduzir essa defesa?

De pouco lhe servirá, por que não melhorará a sua condição; o facto criminoso é sempre *puniavel*, ao menos, como *correcional*, no termos do Art. 74.^o; donde resulta, que excluída a triplice divisão, e chamando-se *crime* a tudo o que é incriminado no Cod, vem a ficar antinómico este n.^o, com aquelle Art., como fica indicado, contradicção, que desappareceria, se se distinguissem os factos não puniveis, em caso algum, dos que o são, dadas certas circumstancias.

Nos termos da divisão triple, a doutrina do Cod. se reduziria, sobre a embriaguez, ás seguintes proposições.

1.^a A embriaguez completa, casual, e não posterior ao projecto do crime, é causa justificativa, tanto do *crime*, como do *delicto*, conforme a este n.^o 4.^o

2.^a A embriaguez completa, se não foi casual, ou se

foi posterior ao projecto do crime, é causa de imputação de quaesquer factos, como *delictos voluntarios*: Art. 74.^o

3.^a A embriaguez, incompleta, casual, e não posterior ao projecto do *crime ou delicto*, não muda a natureza do facto punivel, nem da pena, que se applica, considerada a embriaguez, sómente como circumstancia attenuante: Art 20.^o n.^o 8.^o

A 1.^a proposição seria mesmo inutil, podendo reduzir-se a doutrina do Cod. á 2.^a e 3.^a — O ebrio completo, sem as condições restrictivas, que o fariam remover da classe dos *criminosos* para a dos *delinquentes*, ficava plenamente comprehendido no n.^o 14.^o

ARTIGO 23.º

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

Reportámo-nos ao comment. sobre o n.º 10, do Art. 20.º, Art. 25.º, n.º 2.

Notem-se, com tudo, as palavras, aqui empregadas — *obediencia devida*. — Póde haver superioridade em quem manda, mas não o direito de mandar no que se manda. — É preciso, que essa *obediencia* se não affaste dos precisos termos, em que a lei exigir — nos termos em que a lei a determinar.

Esta obediencia, ou é a militar, prescripta na C. Const. Art. 113.º; ou judicial, de que tractou o Art. 840.º da Ref. Jud.; ou administrativa, consignada no Art. 355.º e 364.º do Cod. Admin.; ou filial, de filho para pai; tutelar, de pupillo a tutor; ou conjugal, de mulher a marido; ou profissional, de discipulo a mestre: mas sempre em conformidade com as leis, que a estabelecem, ou authorisam, e nunca, exceptuados os casos restrictamente declarados nas mesmas leis, além do que podem consentir as da moral.

Quando a obediencia é *devida*, no rigor desta expressão, que é a do Cod. Hesp., Art. 8.º n.º 12, donde o presente n.º foi tirado, o author material do crime, é mais *instrumento* que *agente*.

Todavia, sempre é certo, que o dever, que resulta da obrigação de obedecer, não tem tanta força, que possa, absolutamente, converter taes instrumentos, seres intelligentes, em puras machinas. O homem completamente *embriagado*, *somnambulo*, ou mesmo *demente*, no *estado agudo*, ou excesso de *delirio*, podem ser comparados, nos resultados dos seus movimentos, aos de um *automato*, ou á da *locomotiva* em um caminho de ferro: mas, o *homem obediente*, nunca, porque não é dado á lei constituir o que é moral e materialmente impossivel.

ARTIGO 24.º

Os co-réos de qualquer crime são ou authores, ou cúmplices. Art. 25.º; 26.º; 88.º; 162.º; §. 2.º; 171.º; n.º 3.º; 177.º; etc.

O Direito Rom. não continha principios geraes sobre a cumplicidade.

Os cúmplices de um *crime publico* eram, em geral, punidos com a mesma pena; L. 7.º, §. 8.º, D. ad. leg. Pomp. de *parricid.*, L. 9. C. ad. leg. *Jul. de vi*; mas algumas vezes eram punidos com uma pena menos forte, que os authores do crime.

Os interpretes, mesmo, não concordam sobre qual fosse a regra, e qual a excepção.

O Direito Canonico estabelece positivamente, que os cúmplices devem ser punidos menos severamente, que os authores do crime: Cap. 6.º X. de *homicid.*

A mesma regra se acha consagrada na Constituição Criminal de Carlos V, chamada vulgarmente — a *Carolina* — Art. 117.º

A legislação ingleza, estabelece a mesma pena para os *agentes secundarios*, que para os *agentes principaes*; mas essa regra tem sido modificada por diversos estatutos, como refere Blachst., Liv. 4.º, Cap. 3.º

Todos os Cod. modern. da Allem., e da Ital., distinguem os authores dos cúmplices, e punem estes menos severamente.

A expressão, porem, varia nestes Cod.

Uns evitam a de *authores e cúmplices*, e distinguem, por diversos modos, os diversos actos de *participação*, *anteriores á execução* do crime; — outros adoptam esta expressão accrescendo-lhe a classe — dos *provocadores* — e outra — dos *factores* — outros distinguem positivamente os *agentes principaes*, dos *agentes secundarios*. — O Cod. Hesp., Art. 11.º, menciona em 3.º logar — os *encubridores*.

Vê-se de toda esta legislação comparada, que a materia de cumplicidade tem sido, em todos os tempos, uma das mais difficéis e complicadas da legislação criminal; e que o nosso Cod. está muito á quem da perfeição neste ponto.

Em primeiro logar, se devia melhor distinguir, os agentes *principaes* dos *secundarios*; os *mediatos* dos *immediatos*; se houve *concerto* ou *contracto*; *conselho*, ou *provação*; se a *provação* foi por *ameaça*, ou por *violencia*; se houve *mandato*; ou *abuso de authoridade* ou *de poder*.

Finalmente, não deviam confundir-se nunca, os *autores* ou *cumplices dos actos preparatorios* da execução do crime, com os *autores* ou *cumplices dos actos constitutivos de execução* do mesmo crime. O que alguém pensou, disse, aconselhou, ou ordenou, *antes da execução do crime*, com o que alguém fez, ou praticou, *durante a execução do mesmo crime*.

O homem, que, sem ser executor official, a sangue frio se incumbe de descarregar o golpe fatal, é o mais reprehensivel

¹ Neste defeito labora o novo Cod. da Prus. pois que no §. 34.º, e 35.º, confunde, para a pena, todos os participantes do crime, comprehendidos mesmo aquellos, que não foram *causa directá*, exceptuando somente, quanto a estes, para determinada *atenuação*, a participação *não positiva*, sem definir qual a que deve julgar-se em taes circumstancias, que assim fica dependente do arbitrio dos juizes e dos jurados. Seguiu nisto a theoria do Cod. Fr., que no Art. 38.º, estabeleceu:

« Les complices d'un crime ou d'un délit seront punis de la même peine que les auteurs mêmes de ce crime ou de ce délit, sauf les cas où la loi en aurait disposé autrement. »

Alguns criminalistas allemães, com bastante clareza, reduzem os modos de concurso, ou de cumplicidade, ás seguintes especies — *conspiração*, *mandato*, *ordem*, *conselho*, *instigação*, *auxilio*. — Nestas especies a cumplicidade pôde ser, no facto, ou antes do facto, ou depois do facto, quanto á ultima. — Este concurso pôde ser, por actos *positivos* — *committendo* — ou *negativos* — *omittendo* —: ou *pleno* e *proximo*, isto é, como *causa principal*, sem a qual se não teria commettido o maleficio, ou *menos pleno* ou *remoto*, isto é, como *causa secundaria*.

Assim, fica evidente, que o Cod. da Prus. só parece authorisar a modificação das penas, em razão da cumplicidade, quando os actos d'ella forem *negativos*, ou consistirem — *in non agendo* —, ainda que sejam *causa principal*, ao mesmo passo que os *positivos*, ainda que sejam *causa remota*, são sempre punidos com a mesma pena. E' o que resulta da letra do cit. §. 35.º

Por esta forma, uma pessoa, que concerta deixar uma porta aberta para facilitar a entrada de uma casa, é punido com menor severidade do que aquelle, que concerta, para esse fim, abrir a mesma porta. Entretanto, em um e outro caso, o concurso tem a mesma importância. Donde concluímos, para evitar o absurdo, que o *positivismo*, a que se refere o legislador prussiano, comprehende, tanto os actos de commissão, como de omissão, deliberados e praticados, que se possam considerar *causa principal*.

sivel de todos os consocios do crime. Se não houvessem executores d'alta justiça particular, ha muito, que deixaria de ser contada, como, elemento de penalidade, a perda da vida, conservado o assassinato legal, como pena de talião.

Se a *resistencia legal* fosse uma virtude pratica em todos os cidadãos, debalde ordenariam os Ministros d'Estado cousa alguma, que fosse repugnante ás leis, ou contraria, na forma ou na materia, á Constituição do Estado. Não encontrariam agentes Moraes, e materiaes, que os servissem.

O homem, que se deixa corromper por dadas ou promessas, para assassinar, roubar, ou prejudicar o seu semelhante, é mais criminoso, que o seu corruptor; por que, além da avareza sordida, que o proceder do corrompido significa, demonstra a crueldade e ferocidade de seu coração, para se tornar instrumento material de destruição e de ultrage contra a humanidade, sem provocação, sem offensa pessoal, sem espirito de vingança.

Neste contracto immoral *do ut facias* — ha certamente *voluntariedade* — *duorum in idem consensus* — mas o author, consummando o crime, torna-se muito mais criminoso; porque dependeu de si não praticar acto *algun de começo de execução*, não passar dos *actos preparatorios*, ou mesmo suspender, por acto subsequente de sua vontade, a tentativa do crime; e, assim, foi elle quem, por exemplo, matando, pôde, pelo crime, produzir mais duas mortes, a de si mesmo e a do mandante; e nem pôde cobrir-se, a respeito deste terceiro crime, com o consentimento, e approvação, de quem lhe ordenou o *crime causa*, porque essa escusa o não justifica, e assim o diz o Art. 13.º deste Cod.

Moralise-se, por tanto, como se quizer, a criminalidade do facto, entendemos, que a lei criminal não pôde, com verdade, real nem moral, confundir nunca os agentes mediatos, materiaes, e pessoaes, directos, do crime, com os provocadores, ou instigadores do mesmo crime, quaesquer que sejam os meios, de que se prevaleçam, para pôrem por obra suas damnadas intenções.

Porém, estes, em muitos casos, como em razão de abuso da authoridade, ou em razão, do medo, ou terror, que incutiram, podem ser equiparados aos autores principaes no castigo do crime, ou mesmo ser punidos mais severamente; mas essa qualificação vem-lhes da circumstancia aggravante, que lhes é peculiar, e que nada tem com o facto criminoso em si.

Neste nosso Cod., e Art.^{os} seguintes, tractou-se de mencionar hypothèses, sem se resolver, como cumpria, uma questão do tamanha gravidade, e que tanto convinha que fosse esclarecida, e fixada, segundo os principios da sciencia e da verdade real e moral das coisas.

A distincção de criminosos, porém, sómente em relação ao gráo de *participação material*, que tiveram no crime, não é a unica, que os classifica, para a determinação da pena, nem quanto á qualidade, nem quanto á duração.

A apreciação é sempre complexa, e, reconhecida a culpabilidade, e consequentemente, a existencia do elemento moral, cumpre examinar o gráo de enfermidade, ou de corrupção, de cada um dos participantes no crime.

Para este effeito é preciso, attender: 1.^o ao *sexo*, a que o delinquente pertence; 2.^o no seu sexo, á idade; 3.^o, em um e outro sexo, e idade, aos caracteres especiaes, de desenvolvimento, de impotencia, ou de perversão de faculdades moraes; — 4.^o ao estado de forças físicas, ou de saude material.

Sem este exame, e de outras circumstancias, peculiares, e accidentaes, a pena, não é pena: é um erro, ou de theoria, ou de applicação, aggravando, em lugar de curar, o mal, que provem do crime.

Por tanto, em relação ao crime nos seus *effeitos materiaes*, podem ter lugar, nos termos do presente Art., as duas grandes divisões, em authores ou cúmplices: mas em relação ao crime, *na sua causa moral*, outras grandes divisões e subdivisões são indispensaveis.

Os criminosos, ou são homens ou mulheres; e uns e outras, ou são infantes, ou puberes, ou adultos, ou velhos.

As penas, appropriadas para homens, não o são sempre para as mulheres. Assim o reconhece e determina o Cod. no Art. 7.^o; as mulheres não podem ser punidas em caso algum com os trabalhos publicos. O mesmo se pôde dizer, quanto ao degredo, em muitos e muitos casos, — ou, antes, em regra geral.

As appropriadas a homens feitos, como a pena de morte, os trabalhos publicos, o degredo, as penas maiores de outras especies, não tem lugar no estado de menoridade, como também se reconhece e legisla nos Art. 71.^o, 72.^o, e 73.^o

As appropriadas aos mesmos homens feitos, podem não ter lugar, se são *velhos*, ou *enfermos*. O mesmo Cod. reconhece a distincção, pois que, no cit. Art. 72.^o, contempla a

velhice, ou maioridade dos 60 annos, assim como, *na enfermidade* comprovada, um fundamento, para substituir os trabalhos publicos: — e, no Art. 92.^o, e 93.^o, a *gravidez* das mulheres, e as *intermittencias* da loucura, para suspender a execução da pena capital, ou ainda o processo e sentença, nos casos de superveniente enlouquecimento.

Todas estas disposições especiaes, com quanto excepções ao preceito da incriminação geral, estabelecido pelo legislador, constituem regras especiaes, que tem lugar, sempre que se verifiquem as suas hypothèses, e de que naturalmente resultam, quanto á determinação da pena, seja no seu julgamento, seja na sua execução, as classificações dos respectivos malfeitores.

A par destas considerações, que de persi influem na penalidade, tanto theorica, como pratica, vem ainda, essencialmente, a subdivisão, segundo o gráo maior, ou menor, da enfermidade moral dos criminosos.

Sem esta distincção, as penas não tem igualdade, por que lhes falta a relativa ao elemento moral. O crime é *materialmente* o mesmo, mas fica *diverso* em relação á sua *causa*. A pena, por tanto, não pôde ser a mesma. Deve variar, necessariamente, buscando-se outra especie, ou outra duração; ou passando-se da penalidade *simplex* á penalidade *composta*; ou de uma á outra. É, substancialmente, o que o Cod. reconhece, nos Art. 19.^o, n.^o 22.^o, e Art. 2.^o, n.^o 11.

Os differentes grãos de impotencia, ou de perversão, das faculdades moraes dos criminosos admitem, é verdade, uma variedade, ou elástica, infinita e imperceptivel, que impede a sua classificação e enumeração, erigida, pelo legislador, em regras ou preceitos legislativos.

Mas nas sciencias moraes e positivas, quando se não pôde conseguir a verdade absoluta ou mathematica, é sufficiente, é salutar, o consignar a verdade relativa ou de approximação. É precisamente o que fez o Cod. nas presumpções, que admitiu, e que fazem o fundamento das distincções, feitas nos Art. 72.^o, e 73.^o; e outros muitos logares.

Para se satisfazer, pois, á imperiosa necessidade de alcançar sobre a materia a verdade de approximação, cumpre, nos limites da possibilidade, fixar em classes, ou cathogorias, os criminosos, como faz o medico no hospital, distribuindo os doentes por diversas enfermarias.

A 1.^a classe é a dos criminosos *intelligentes, energicos*, e, naturalmente, *perccrsos*.

A 2.^a é a dos criminosos *viciosos*, moralmente *medio-cres*, *passivos*, ou de mera *espontaneidade*.

A 3.^a é a dos criminosos *ineptos*, *incapazes* de comprehender plenamente o *bem*, *indifferentes*, e *propensos* assim, tanto para o *bem*, como para o *mal*.

Não damos, neste lugar, maior desenvolvimento a estas idéas: basta indicá-las, para fazer vêr desde já todo o alcance do nosso pensamento, que vai plenamente de accordo com os progressos da sciencia do Direito Criminal, consignados, lucida e triumphantemente, nos recentes tractados dos escriptores modernos.

A classificação é indispensavel: assim como, que ella assum a fórma de preceito legislativo; por que, sem ella, não pôde haver, nem justiça, nem proveito, social, no decretamento, julgamento, ou applicação, das penas, quando mesmo estas forem o que devem ser, *remedio contra o mal do crime*.

A classificação é fundada *em verdade moral*; por que se demonstra pela experiencia commum, ao alcance de todas as intelligencias; na experiencia especial e pratica da materia penitenciaria, ensinada pelos homens competentes; e, mais particularmente pelas conclusões tiradas por grandes génios, amigos da sociedade, da humanidade, e da justiça, em resultado de sérios estudos psychologicos.

São considerados authores: Art. 22.^o; 23.^o; e 24.^o; 319.^o

Antes de entrar na materia deste e dos Art. seguintes, cumpre-nos advertir, que, como ensaio sobre os grãos de participação de crime, praticado, ou participado, por muitos co-réos, nada tinhamos legislado antes do Cod. — Nenhuns preceitos, nenhuma regras positivas existiam a semelhante respeito, que guiassem os Juizes e os Jurados, em relação a quesitos de culpabilidade.

E, contudo, na Ref. Jud., como se vê do Art. 1150.^o, distinguindo a cumplicidade, da culpabilidade directa ou principal, e exigindo, que nos respectivos quesitos se mencione *o facto, ou factos, demonstrativos* desta, supõem evidentemente, não só a existencia, mas a necessidade, das regras e preceitos respectivos. A mesma Ref. no Art. 837.^o, tratando da responsabilidade por perdas e damnos, parece, ou admittir um grão medio entre os *authores*, e *cumplices* nos *socios*, ou confundil-os todos na expressão — *authores, socios, ou cumplices*.

O nosso mestre, Mello Freire, ensaiou, no seu Proj. de Cod., tit. III., de estabelecer regras e preceitos claros, distinguindo e definindo a cumplicidade: mas, infelizmente, não tendo sido tomado esse trabalho na consideração, que bem merecia, segundo os progressos scientificos do tempo, em que foi escripto, continuou a existir na legislação a mesma lacuna.

Ao Cod. de 1837 tão bem não esqueceu tratar desta materia, distinguindo, no Art. 72.^o e seg., os *aggressores* dos *socios*; mas, considerando nestes, ou *igualdade* de intenção com os primeiros, e, por tanto, de imputação; ou *desigualdade*, e, por tanto, diminuição de imputação, constitua, pela contemplação exclusiva sobre o elemento moral,

o característico distinctivo da *cumplicidade*. Mas este Cod., não tendo sido *integralmente* publicado, como se ordenára no Decr. de 4 de Janeiro daquelle anno, não pôde produzir, pela sua execução os benefícios de reforma, que depois seriam mais faceis, mais acertados, e mais completos, por virtude das lições e reclamações fundadas na experiencia.

O nosso Cod., qualificando *autores* os cúmplices do primeiro gráo, como fizera por outras palavras o Cod. de 1837, e reservando a qualificação de *cúmplices* para as do segundo, como se vê do presente e seguintes Art., passa depois a confundir, na mesma expressão, uns e outros, chamando *cúmplices* aos *autores*, como se vê do Art. 177.^o, nas palavras — *a cumplicidade dos autores*, — e do Art. 367.^o, aonde, aggravando-se a pena da mutilação voluntaria, de que um facultativo é agente directo, moral e material, é, esse culpado denominado — *cúmplice*.

Assim se vê, que no Cod. se não distroiu completamente a obscuridade da legislação sobre o objecto, que assim carece de ser melhor estudada e fixada, em idéas e palavras. É innegavel, contudo, que muito melhoraram os presentes Art. o estado da nossa legislação anterior.

Para proceder com o methodo e claresa, que demanda a importancia da materia, cumpre estabelecer:

1.^o Póde-se participar de um maleficio, ou por actos, que precedam a acção principal, ou por actos, que a acompanham, ou della façam parte (*concursum antecedens et concomitans*).

2.^o Relativamente aos factos, pelos quaes se coopéra para o maleficio, a participação é, ou puramente *moral* ou *physica*.

Ha culpa de participação puramente *moral*, quando por meio de esforços criminosos se exerce uma influencia, mais ou menos activa e directa, sobre a vontade do agente, seja provocando-o ao crime, seja fortificando suas intenções acerca do projecto do crime.

A participação *physica* consiste nos factos materiaes, com que, sciente e voluntariamente, alguém contribue para a existencia do delicto.

3.^o Em fim, com relação á influencia da participação, *precedente* ou *concomitante*, *moral*, ou *physica*, é ella de duas especies: — *principal* ou *secundaria*.

Os culpados pela participação *principal* chamam-se *au-*

tores, os culpados pela participação secundaria são *cúmplices*, propriamente ditos.

Chama-se *author* de um maleficio, quem delle é *causa*, e qualquer individuo pode tornar-se *causa* de um delicto por acto *physico*, ou por acto *moral*.

São *autores* de um crime, ou delicto, por acto *physico*. 1.^o aquelles que *executaram* o crime, 2.^o aquelles que *cooperaram directamente á execução*; 3.^o aquelles que *por um facto qualquer prestarem á execução do mesmo crime ou delicto auxilio* tal, que, sem elle, não teria sido commetido.

São *autores* por acto *moral*, aquelles, que *directamente provocam ao crime*. Os meios de *provação* são os que aqui enuméra o Art. 25.^o debaixo dos n.^{os} 2.^o, 3.^o, e 4.^o

Dos participantes directos se distinguem os cúmplices, cuja participação não é, senão *secundaria*.

Cooperam tambem para o crime, mas só por actos, que não podem moralmente comprehendel-os em o numero dos *autores*, ou *causa* efficiente do mesmo crime.

O *acto material* teria existencia, mesmo, independentemente da sua vontade. O elemento moral não é bem pronunciado, bem definido. Ninguém pôde affirmar, se postos estes criminosos no logar dos *autores* do crime, teriam o arrojo, e a perseverança, de o consummar, ou se, antes, não passariam dos actos preparatorios, ou se se arrependeriam espontaneamente ao primeiro, ou segundo, acto de execução, ficando dentro dos limites da tentativa não punível.

A justiça social, que só pune os *autores* dos factos, e, em consequencia dos mesmos factos, não pôde, com justiça, punir em rasão do facto alheio, senão em tanto quanto esse facto revela, pelas suas relações ou concordancia com outros factos, a existencia do mesmo *elemento moral*, a *corrupção* ou *perversidade* da mesma especie, em pessoa diversa.

A *evidencia* desta *corrupção*, ou *perversidade*, é só quanto á *intenção*; a *incerteza* permanece, quanto á *execução*: mas, dado o facto material, a defesa social exige, que, punindo o *mal occasional*, reprima ao mesmo tempo, se moralmente pôde, todos os focos da mesma qualidade de mal.

O que se pune, pois, no *cúmplice*, é sómente o *mal manifestado pela intenção* em rasão do *facto occasional*, as-

sim como, em rasão do mesmo facto, se pune, muitas vezes, ainda que, menos severamente, com quanto seja qualificado involuntario, attendendo-se á preponderancia do *elemento material*.

Em outros termos, os cúmplices, *que não foram causa* da perpetração do crime, por isso que o não produziram, nem physica, nem moralmente, tendo praticado actos, que, por sua mesma natureza, eram indifferentes, ou inefficazes, podem e devem, com tudo, ser punidos.

O *facto material*, um dos elementos do *facto punível*, existe, para elles, na perpetração desses mesmos actos de *cumplicidade*, manifestados por occasião do crime praticado por outrem, e o *elemento moral*, complemento da incriminação, os acompanha, com significação ainda mais extensa, por isso mesmo, que, sendo indefinida, não se póde calcular *à priori* a serie, positiva ou negativa, de mal ou effeitos, que a *existencia provada do mesmo elemento* póde produzir.

Ha, pois, contra a *cumplicidade*, fundamento legitimo para a *penalidade humana*, como correccional, como *preventiva* de crimes semelhantes ao commettido. Mas a differença é manifesta. — A Lei penal não podia confundir uns com outros participantes.

A distincção, pois, é justa, e hoje custa a crêr, que tantos Cod. a não tenham reconhecido e sancionado.

A *cumplicidade*, ou se póde considerar abstractamente, mas aggravada a pena, em rasão do crime, a que respeita, como se praticou no Art. 74.^o a respeito da embriaguez: ou em relação a determinada hypothesis, attenuada a pena, em rasão da *circumstancia pessoal* ao cúmplice, como se prescrevem no Art. 88.^o; ou com inteira abstracção do grão de participação, punindo-se o crime, sómente com relação ao *elemento moral*, como ainda se conserva em alguns Cod.

Demonstrada a injustiça do terceiro modo, só restava a adopção de um dos dois. Ao Art. 88.^o demonstraremos qual dellos nos parece mais justo e mais acertado.

Com muita mais rasão deviam ser contados, entre os cúmplices em determinado crime, aquelles que, *conhecendo a conducta criminosa dos malfetores*, lhes fornecem *habitualmente* habitação, lugar de retiro ou de reunião; assim como aquelles que, *sciente e habitualmente*, receptam os objectos roubados os subtrahidos por meio do crime. Tanto

o facto da *receptação*, como o *habito*, constitue a *cumplicidade*, porque esse *habito* precede o crime, e fórma uma especie de *concerto*, sobre a perpetração.

O nosso Cod. não conta, porém, esta especie de participantes em o numero dos cúmplices, com quanto assim se ache no Art. 61.^o do Cod. Fr.¹

Para melhor conhecimento da materia, costuma tãobem distinguir-se o *author* dos *co-authores*, ou *co-réos* do facto, não comprehendendo em o numero destes os que se tornam participantes da acção por *acto moral*. Assim o praticaram, com justissimo fundamento, o novo Cod. dos Paizes Baixos, Tit. 4.^o Art. 51.^o e 52.^o, para não confundir as circumstancias aggravantes ou attenuantes peculiares aos que, *material ou physicamente*, commetteram o delicto, com as que, pessoalmente respeitam, ou podem não respeitar, e não ser por tanto imputaveis, aos que só participaram do crime por *acto moral*: Art. 57.^o do mesmo Tit.

Os tres Cod. modernos da Saxonia (do reino de Saxe e dos ducados de Saxe-Altenbourg e Saxe Weimar). Para maior claresa ainda, evitaram as expressões — *autores e cúmplices*, mas, na parte essencial da materia, concordam com a doutrina exposta, distinguindo-se os diversos grãos de participação. O Cod. de Wurtemberg tãobem, como o novo Cod. dos Paizes Baixos, distinguem os *autores*, dos *co-authores* do crime.

Estes exemplos parecem dignos de ser imitados, para haver verdade moral e material, na expressão do legislador, não chamando *author* a quem não foi o *agente physico* do crime, mas, sómente o *provocador*, e delle participou por *acto moral*. Não se praticou porém assim; pois que o Art. 25.^o não distinguio os *provocadores* ao crime dos *autores* do mesmo crime.

Tãobem é sobre-maneira digna de reparo a omissão do Cod. ácerca dos *factores* do crime, ou que, em geral, lhes prestam ajuda e favor, *depois de commettido*,² que não são

¹ Uma Lei de 29 niv. an. VI já o havia assim declarado. O Cod. Fr. não fez mais do que reproduzir a mesma disposição com mais extensão e claresa. O cit. Art. exige, tres condições essenciaes, para esta especie de cumplicidade. V. Carnot, Chauv., e Hel., Sulpici, etc.

² O Cod. faz uma incriminação especial de alguns destes factos de cumplicidade, como nos casos da occultação de um cadaver, em consequencia de homicidio ou de ferimento, determinando a penalidade es-

cumplices, mas podem entrar no numero dos participantes do crime.

Delles trata o Art. 61.^o e 62.^o do Cod Fr., e Art. 6.^o do Cod. do Braz., o Cod. dos Paizes Baixos, e todos os modernos de Allemanha, assim como o Hesp., Art. 11.^o

« Son responsables criminalmente de los delitos y faltas :

- « 1.^o Los autores
- « 2.^o Los complices
- « 3.^o Los encubridores.

O Cod. Hesp. de 1822, Art. 12.^o, já os havia mencionado nas disposições geraes, nas palavras — *auxiliadores y fautores y los receptores y encubridores.*

Esta materia é difficil, repetimos, mas grave, para deixar de ser expressa no Cod., principalmente na mencionada hypothese do encubrimento *habitual*, em que se dá uma verdadeira cumplicidade, indefinida, mas que se determina a cada delicto, que se commette, á sombra da protecção do encubridor.

Conforme ao que estabelecem alguns Cod. mod. de Allem., reputam-se *fautores* de certos crimes mais graves, aquelles que, sabendo do *projecto* do crime, não advertem as authoridades, para lhes impedir a execução ; assim como são considerados aquelles que, tratando-se de *crimes já executados*, desprezam fazer conhecer os verdadeiros authores

pecial. no Art. 389.^o ; e nos de occultação de cousas furtadas, auxilio prestado ao criminoso, para que dellas se aproveite ou dos productos do crime, bem como nos de occultação ou destruição de objectos, ou instrumentos, que serviram ao crime : Art. 463.^o e 464.^o — Foi, talvez, esse o motivo da omissão, que notámos: assim como porque se entendeu, que não devia considerar-se, em rigor, participante de um crime, aquelle, que, nem por *acto moral* antes do crime, nem por *acto material* e no momento da execução do mesmo crime, interveio ou concorreu.

D'accordo ; mas, por coherencia com semelhante systema, deviam os actos de *encubrimento* em outros crimes, não menos graves e perigosos, ser especialmente incriminados. — Todavia, pondo de parte a omissão, seria, quanto aos factos especialmente incriminados, em si mesmos, excessivamente dura e injusta a applicação das regras geraes, em conformidade com o Art. 88.^o

Mas a hypothese, prevista no cit. Art. 61.^o entra na ordem dos factos, que, em rasão do perigo social, merecia, pelo menos, ou ser também especialmente incriminada, ou ser *assemelhada á cumplicidade*. Em todo o caso, considerada a cumplicidade, em gráo remoto, como a considerou o Cod. Hesp., não nos parece rejeitavel, a comprehensão, ou approximação á cumplicidade, da participação indirecta em favor do crime, depois de commettido.

do crime, sabendo, que um innocente está sendo objecto de procedimentos judiciais em rasão desse mesmo crime.

Tambem em alguns dos mesmos Cod. são considerados *fautores* os que protegem a fuga, ou a evasão, dos criminosos, sem haver tomado parte alguma no crime, nem antes, nem durante a acção ; mas, tanto neste caso, como nos dois antecedentes, não se admite incriminação, quando a denuncia, ou o não encubrimento, iria comprometter um pai, um filho, um esposo, etc.

Nestas disposições ha um profundo pensamento de moralidade, de verdade e de prudencia legislativa, que deve ser seguido ; porque, do contrario, graves seriam, para a segurança dos cidadãos, as consequencias resultantes : ao mesmo passo, que, fóra desses casos excepcionaes, não favorecem a impunidade, e obstam a que os criminosos encontrem facil guarda, e assim se habilitem á perpetração de novos crimes.

ARTIGO 25.º

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

É a traducção fiel do n.º 1.º do Art. 12.º do Cod. Hesp. e concorda como o Cod. do Braz. Art. 4.º e outros.

Todavia, a doutrina do Cod. da Bav., Art. 45.º, parece-nos preferivel.

« Seront considérés comme auteurs principaux... Il ce-
« lui qui, avant ou pendant l'exécution du crime, prêterait à
« l'exécuteur dans l'intention d'assurer la consommation du cri-
« me, un secours sans le quel l'action n'aurait pas été possi-
« ble. »

Debalde pretenderia o agente principal commetter o crime, se não fosse o socorro do co-réo. O que segura a vítima é tão criminoso, como o que descarrega o golpe.

Mas ha muitos actos de *cooperação directa*, cujos agentes não devem ser confundidos com os autores principaes. São aut'es cúmplices, embora em primeiro gráo, porque, segundo a bella definição do Cod. da Bav., no Art. 75.º, a co-
operação, posto que *directa*, não é de natureza, que deva reputar-se tão *essencialmente necessaria*, que, sem ella, o crime fosse impossivel.

Desta doutrina conclue o mesmo Cod., no Art. 74.º n.º 3.º, que são cúmplices em primeiro gráo, e não autores principaes :

« Ceux qui, au moment de l'exécution du crime, auront
« prêté assistance à la consommation du crime, soit par une
« participation directe à l'action principale elle même, soit
« en se tenant en observation, en faisant des reconnaissances,
« ou de toute autre manière. »

Por tanto, ou o nosso Cod. refuta o Cod. da Bav., ou este refuta o nosso Cod., quanto á disposição deste n.º 1.º — Nós preferimos a doutrina do Cod. Bav., que, aliás, se acha conforme ás idéas, que temos ponderado.

ARTIGO 25.º

2.º Os que dão ordem para se commetter o crime a pessoa que lhes está sujeita; Art. 20.º n.º 10.º; 23.º n.º 5.º; 298.º.

Concorda o Cod. do Braz. Art. 4.º; Hesp. Art. 12.º n.º 2.º; Nov. Cod. dos Paizes Baixos, Art. 32.º; todos os Cod. modernos d'Allem.; das Duas Sicil. Art. 74.º n.ºs 1.º e 2.º; e da Sard., n.º 107.º Art. 1.º e 2.º.

Concorda tambem, em termos geraes, o Cod. da Bav. Art. 45.º n.º 3.º.

« Tous ceux qui, dans une intention criminelle, auront
« déterminé d'autres individus à commettre et à consommer
« le crime. »

Assim como o mod. Cod. da Pruss., no Art. 34.º e 35.º

A doutrina, porém, deste n.º 2.º, tomada nos termos absolutos, em que se acha concebida, é inadmissivel, moralmente fallando. Não basta que a pessoa, agente material do crime, esteja sujeita áquelle de quem recebe a ordem, é preciso, que essa sujeição seja tal, que subjugue imperiosamente a vontade do mesmo agente,

De outro, modo a sujeição póde attenuar a responsabilidade de quem obedece, mais não lha destroe, nem, por consequencia, lhe tira o caracter de *agente principal*, para o remover para o superior.

Para que se verifique este resultado, é preciso, que esteja, de uma parte, o direito de ordenar, e da outra, a obrigação correlativa de obedecer. O official militar, que, sem necessidade, manda aos seus soldados fazer fogo sobre o povo inerte e amotinado, é o author principal das mortes e ferimentos, que se seguirem: mas os soldados não tem responsabilidade alguma.

Ainda mesmo, dado o dever da *obediencia passiva*, tomada nos termos absolutos, ella tem seus limites. Quando cessa o direito de mandar, desaparece a obrigação de obedecer.

Os mesmos soldados, que, por ordem, commettessem o sacrilego attentado de atirar sobre a pessoa do Rei; de fazer saltar pelas janellas das sallass de suas sessões os membros das camaras legislativas; de invadir o templo e d'elle expulсар o povo e sacerdotes no acto da celebração dos augustos mysterios da Religião; de saquear, de assassinar, mulheres, velhos, creanças, em uma cidade, villa, ou aldêa: não poderiam deixar de merecer a qualificação de criminosos, em logar da de instrumentos da ordem recebida, sem, com tudo, se destruir a maior responsabilidade do seu commandante.

A regra, a seguir nesta materia, é, a que bem se acha estabelecida no cit. Cod. da Bav., Art. 122.^o.

« L'ordre seul de commettre un crime, ne dispense pas de la peine celui qui l'exécute. »

« Néanmoins, lorsqu'un fonctionnaire de l'État, ou un représentant de l'autorité publique, aura prescrit aux agents, « officiers ou autorités placés sous ses ordres et sa dépendance, un acte qui n'est passible de peine, que comme « constituant un abus, excès, ou violation de devoirs fonctionnels, la responsabilité pénale de ce fait incombera à « celui qui aura donné l'ordre et non à celui qui aura « obéi. »

Assim, a regra é precisamente contraria á que se estabelece neste n.^o 2.^o. A ordem do superior não tira ao executor o caracter de agente principal do crime. A excepção a esta regra apparece, quando o executor não tem outra alternativa a seguir, mais que a da obdiencia. O agente principal é então, em tudo e por tudo, o que deu a ordem, por que o agente material, não foi mais do que um automato, maquina, ou instrumento vivo, do ser intelligente e livre, que empregou esse meio de acção. Não ha dous agentes principaes coautores do crime, ha um só, tanto na primeira, como na segunda hypothese.

Isto, quando a ordem parte de quem viola, dando-a, os deveres *funcionaes*; por que, se a superioridade vem de outro caracter, como é a que produz a sujeição a pai, tutor, ou mestre, a superioridade não importa obediencia á per-

petração do crime, e, por tanto, não tira ao filho, pupillo, ou discipulo, a qualidade de agente principal e directo, nem remove para aquelles o mesmo grão de responsabilidade.

É, nestes termos, que, pensámos nós, este n.^o devia ser formulado, em harmonia com o principio, que se estabeleceu, em o n.^o 5.^o do Art. 23.^o.

ARTIGO 25.º

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

É o desenvolvimento do n.º 2.º do Art. 12.º do Cod. Hesp. « *los que fuerzan ó inducen directamente á otros a « ejecutarlo.* » — Concorde o Cod. do Braz. no cit. Art. 4.º

Assim, nos casos de *violencia*, ou *ameaça*, o author principal do delicto, ou *agente material*, dada a hypothese do Art. 14.º, n.º 2.º, póde ficar livre de toda a imputação, ou, pelo menos, ter, em seu favor, uma circumstancia attenuante, nos termos do Art. 19.º, n.º 3.º; em quanto que o participante *indirecto* póde ser punido com as penas ordinarias da lei.

Não ha nisto contradicção alguma; porque a appreciação do elemento moral de cada um dos criminosos é independente e distincto. A perversidade de um é superior á do outro co-réo, que, quasi, se póde tornar pouco mais, que o instrumento physico do crime alheio.

Não é já, porém, assim, quanto á participação indirecta, por meio de dadia ou promessa; porque, nesse caso, as penas ordinarias da lei, devem, por virtude do presente Art., ser impostas ao assemelhado author do crime, em quanto que as mesmas penas, devem ser impostas ao author directo, corrompido, mas agravadas; por ser para elle uma circumstancia aggravante, nos termos do Art. 19.º, n.º 7.º, a peita ou suborno.

A mesma circumstancia, que é, para um, causa determinante da assemelhação, é, para outro, da aggravação, a menos, que alguma circumstancia attenuante a não venha neutralisar, para que ambos fiquem iguaes.

No Art. 60.º, do Cod. Fr. de 1810¹ são estes partici-

¹ Como as penas da cumplicidade são as mesmas, que as do author principal, no systema deste Cod., inútil era discriminar dentre os cúmplices aquelles, que deviam ser equiparados aos authores principaes.

pantes considerados *cumplices e não authores*; mas no projecto de M. Haus são considerados como *authores*. Para estes agentes, não principaes, poderem ser considerados como *co-authores* do delicto, fazem alguns Codigos distincção entre os actos de provocação, que foram *causa determinante* do crime, sem a qual elle não serie commettido, e os actos de provocação, que, sem ser a causa determinante, facilitaram, com tudo, a execução.

A necessidade de se fazer esta distincção reconhece-a o Cod. no n.º seguinte, quanto á provocação pelo — *conselho* —, distincção adoptada nos Art.ºs 52.º, e 53.º, do Cod. das duas Sicilias. Mas admittida a distincção, e julgada, por isso, necessaria a declaração, que se encontra em o n.º seguinte, a mesma razão havia, para se fazer outro tanto neste n.º 3.º

Em geral, como já notámos, assim o estabelece o Cod. da Bav., no Art. 45.º n.º 3.º

O mod. Cod. da Prus., no Art. 34.º e 35.º, equiparando esta qualidade de criminosos aos authores principaes, exige, com tudo, que a sua participação seja *positiva*, — aliás collocar os na cathogoria dos co-réos secundarios.

Quanto á ultima hypothese deste n.º — *abuso de authoridade*, ou de *poder* :

Os taes participantes são os unicos authores principaes do crime, nos termos do n.º antecedente, e do n.º 5.º do Art. 23.º, dada a obediencia devida, e meramente passiva, da parte do agente material; ou ficam sempre na situação de agentes indirectos ou secundarios, cuja cumplicidade é aggravada, em razão do abuso da authoridade ou do poder, ou da qualidade de violencia, ou ameaça, que empregaram.

Se o *constrangimento foi irresistivel* o facto é exclusivamente imputado ao author da coacção, e desaparece no agente material a qualidade de agente principal, nos termos do Art. 14.º n.º 2.º — E' expresso, a semelhante respeito, o Art. já citado, 122.º, do Cod. da Bav.

Se a influencia desta participação no crime não foi tão *directa e positiva*, que se possa considerar como causa *determinante*, e exclusiva, da execução, os criminosos não se confundem com os authores principaes. É a doutrina do mod. Cod. da Prus. Art. 35.º

Incoherentemente com estes principios, nos casos de suborno a um empregado publico, o subornante é equiparado ao author principal no Art. 321.º, em quanto o mesmo empre-

gado publico, que commette o crime, deixando-se subornar, se ao crime corresponde pena maior, que a de prisão temporaria, não se manda aggravar a pena, em razão do suborno, como é expresso no Art. 318.º, §. 1.º

ARTIGO 25.º

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

O conselho, por mais qualificado que seja, difficilmente poderá converter-se em acto, da mesma importancia, e igualmente punivel, como o proprio facto criminoso. Por mais que se exagere a influencia, e efficacia do conselho, está elle muito longe de uma *ordem*, ou das especies de coacção, mencionadas em os n.ºs antecedentes.

Se o agente aconselhado se tornou criminoso, foi porque da sua *ontade* dependeu, essencial e directamente, seguir, ou não, o mesmo conselho.

Logo o conselheiro pôde ser considerado cumplice, mas nunca equiparado ao agente. Não é assim já, a respeito de *actos* directos, em relação com a execução do crime, sem os quaes elle não teria logar, como nos seguintes exemplos: ¹

O creado, que abre a porta, para que entrem os ladrões, que de outro modo não teriam podido entrar. O que sabendo aonde está o thesouro escondido, leva aquelles ao logar, para que tirem o mesmo thesouro. O que subministra o *éter* ou *chloroformo* á donzella, para outrem violar.

É destes, e outros *actos* semelhantes, que tractou o Cod. Hesp., no Art. 12.º n.º 3.º — « Los que cooperan á « la ejecucion del hecho por un acto sin el cual no se hubiera efectuado. »

Esta redacção aproveitou-se neste nosso n.º 4.º, mas supprimida a palavra, *actos*, applicou-se a *conselho*.

Cumpré ainda notar, que o *conselho*, de que se tracta neste n.º, é a *sedução*, que é mais, que o simples conse-

¹ Pacheco no seu comm. ao cit. Art. do Cod. Hesp. aponta tres exemplos.

lho — *inducção directa* ou *persuasão* — e é tão bem a de que tractou o nov. Cod. dos Paizes Baixos, Art. 52.º, isto é, tal, que tenha sido causa determinante — *la cause du méfait commis*.

O Cod. da Saxonia comprehende os *conselhos* entre os actos de participação da primeira classe, quando os *conselheiros pessoalmente, de algum modo, tomam parte na execução do crime*.

O Cod. de Wurtemberg, diz, em geral, que é considerado como *author*, aquelle que fez nascer no agente, ou no *author immediato*, a *vontade de commetter* o crime, e concorda o Cod. do Gr. Duc. de Hesce.

O Cod. de Brunswick equipara inteiramente os *authorres principaes* aos *provocadores*. O do Hanover faz outro tanto, e entre os actos de *provocação*, enumera essencialmente, os *conselhos*.

O Cod. do Gr. Ducado de Bade concorda com os de Wurtemberg, e do Gr. Duc. de Hesce, mas declarou: « que, « todavia, o provocador não pôde ser punido, senão como « *cumplice*, quando a provocação não foi *causa unica do crime*, como por ex., quando o agente se deliberou á perpetração do crime, tambem por motivos pessoas, estranhos ao « provocador. »

O Cod. das Duas Sic., e o da Sard., tratando de outras especies de provocação, que aliás qualificam *de cumplicidade*, não mencionam o *conselho*.

Apenas o primeiro, no Art. 74.º n.º 4.º, diz que são cumplices:

« Os que scientemente houverem protegido ou assistido « ao author ou authors da acção nos factos, que a prepararam, facilitaram, ou consummaram. »

O segundo, no Art. 108.º n.º 1.º e 2.º contem doutrina analogia, mas tanto este, no Art. 109.º, como aquelle, no Art. 75.º, mandam modificar as penas, quando o gráo de participação não fôr tal, que, sem elle, se não teria commettido o crime.

O Cod. da Bav., Art. 46.º, concorda com a doutrina do nosso Cod., servindo-se da expressão — *conselhos formaes* — salvando, contudo, 1.º os casos de imprudencia; 2.º os de persistir no agente principal a intenção, ou projecto, do crime, que o conselho não creasse, mas sómente fortificasse.

O presente n.º virtualmente exprime a mesma idéa; sen-

do, por tanto, elementos constitutivos da cumplicidade neste gráo, em relação a conselhos: 1.º, como em toda a sorte de crimes, a intenção de que o crime se commetta: 2.º, que, de facto, o *conselho* seja causa determinante: 3.º que essa causa seja exclusiva, por tal forma, que, sem ella, se não praticaria o facto criminoso.

Hade ser muito difficil, que a accusação possa estabelecer o facto, com estas condições. O facto material pôde ser provado; mas a intenção, e a efficacia, do conselho, será, quasi sempre, impossivel estabelecer de um modo conclusante. Ninguém pôde, com certeza, avaliar a impressão moral, que os conselhos produziram no animo do delinquente.

Em todo o caso, estes authors, ou cumplices, assemelhados aos authors, para serem declarados taes, cumpre que os factos de participação sejam especificamente apresentados em quesitos ao jury, nos termos, que indicámos, a respeito da premeditação.

Aos juizes de Direito cumpre moralisar e apreciar os factos, para graduar o gráo correspondente da participação, e applicar a pena respectiva.

¹ « Consilii fraudulentii nulla obligatio est. » D. L. 40.º de div. reg. jur.

ARTIGO 25.º

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

Nos crimes, em que ha *provocador*, por virtude de *mandato*, e agente mandatario, dão-se dois *factos*, distinctos, o *mandato*, e que se deu tal ou qual execução, e o *crime* commettido em consequencia, á quem, ou além, do *mandato*.

Estes dois factos são precisos, e determinados. Cada um tem a responsabilidade, que lhe é propria. A execução dada pelo mandatario póde não ter lugar, póde não passar de uma tentativa, póde ser frustrada, póde ser inteira e fiel, ou póde ser imperfeita, por diminuta. ou por excessiva, em relação ao mandato.

Fazer, pois, carga ao mandante do excesso do mandatario, é uma grave injustiça, porque é fazel-o responsavel por crime alheio, por faltas alheias. Assim como, recorrendo-se ás forças do mandato, o mandatario, a quem se ordenou o assassinato, tendo-se contentado com o espancamento, não póde ser culpado pela tentativa de assassinato, ou a quem se ordenou assassinato e roubo, sómente roubou: póde ser imputavel o projecto do mesmo assassinato: tambem o mandante, que só ordenou o espancamento ou o roubo, não póde ser responsavel pelo assassinato ou pelo roubo, que não provocou, sobre que não manifestou *intencionalidade*, sem a qual, em materia criminal, não póde haver imputação alguma.

O §. reconhece estes principios, mas introduz uma limitação, fundada em que o mandante *podia* prever o excesso; porque o excesso era uma consequencia *provavel* do mandato.

É o mesmo que se dissesse. Nos limites da esphera da intelligencia humana estava o prever o excesso, como consequencia *provavel* do mandato. O mandante, como dotado de sufficiente lume de razão, para comprehender as consequencias *provaveis* do seu mandato, *podia* prever o excesso; logo é responsavel por elle.

Em primeiro lugar, a appreciação das *probabilidades* não

é um dom commum a todos os homens no mesmo gráo; uns são mais providentes, que outros. Em segundo lugar, de poder prever, a ter previsto, vai uma distancia enorme, e seria só neste segundo caso, que haveria justiça e verdade moral na doutrina do §., não ainda, para uma imputação completa, como se estabelece, mas para se aggravar a pena do proprio crime, em rasão do damno previsto presumivel.

A lei penal, quer nos *factos*, quer nas circumstancias, que são *outros factos* concomitantes, não póde assentar em *possibilidades*, em *probabilidades*, mas na *realidade*, na existencia material, com relação aos agentes, por acto *physico*, ou *moral*. Temos, por tanto, como errada e injusta a doutrina deste §.

Assim o entendia o nosso illustre, Mello Freire, e, por isso, no seu Ensaio do Cod. Crim., Art. 3.º §. 9.º, escreveu:

« Ainda que do ferimento se siga a morte, não sendo esta « mandada fazer, o mandante é cúmplice, neste caso, do ferimento e não da morte. »

A verdadeira doutrina nesta materia acha-se legislada no Cod. da Bav., que é digna de ser adoptada.

Art. 47.º « L'auteur principal, par ordre, commission, etc. « ne répondra pas seulement de l'action qu'il aura eu formel- « lement et nommément en vue de faire commettre, mais en- « core :

« 1.º de tout crime non expressément réservé par lui, et « que l'auteur matériel du fait aura été obligé de commettre « pour parvenir à l'exécution du crime dont il s'est chargé; — « 2.º de tout crime qui resultera, comme conséquence de « l'action ainsi commandée, en tant que ce crime eût été im- « putable au mandant, s'il eût exécuté lui même le crime. »

Outras regras contém o mesmo Cod. no Art. 48.º; 1.ª, nos casos de se haver commettido diverso crime, que não tenha relação com o do mandato, nem como *meio*, nem como *resultado*, para que o mandante seja punido, como réo de *tentativa* proxima do crime incumbido e não executado: — 2.º se o crime commettido pelo author *material* immediato, como *meio* de execução da acção principal, tivesse formalmente sido reservado pelo mandante, para que então lhe não seja imputada, senão a acção principal, se foi executada; ou punido pela tentativa desta, se não chegou a ter a mesma execução; — 3.º no caso de haver sido, pelo mandante, prescripto o *modo* de execução do crime, e que o mandatario commetta excessos,

para que então seja imputavel ao mandante o crime consummado, mas com abstracção das circumstancias estranhas á sua intenção.

Mas é sabido em Direito, que o que se decreta excepcionalmente, confirma os preceitos e regras legislativas em contrario.

A estas regras repugna o principio, que se estabelece neste §. un., que fica, além disso, em contradicção com o que se acha consignado na excepção do Art. 21.º, parte final.

O Cod. da Bav. só conhece duas excepções ao mesmo principio, uma no Art. 240.º, e outra no Art. 322.º Os chefes ou Directores de uma quadrilha de malfeteiros, ou de uma sedicção, são, em razão do maior perigo de semelhantes associações, punidos conforme aos resultados materiaes, com abstracção da sua intenção, ou das ordens, que houvessem dado.

Mas são casos excepcionaes, que se fundam em uma razão especial, e que, por tanto, mais fortalecem as ditas regras.

Em geral, o mandato, depois de aceito, liga o mandatario a não se arredar dos precisos termos, que lhe foram ordenados.

« Effectus est obligatio ut mandatum susceptum à mandatario adimpleatur formá prescriptá. »

O mandatario responde por todo o damno, qualquer que elle seja, com excesso do mandato, quer proveniente de dolo, quer de culpa.

« Le mandataire est responsable de tout le tort... non « seulement par son dol, mais par sa faute, de quelque es- « pece, que soit la faute. »

O mandante tem sempre o direito a queixar-se de que o seu mandatario excedeu os limites, que lhe havia prescripto :

« Est toujours fondé à se plaindre de ce que son fondé de « pouvoir est sorti du cercle qu'il lui avait tracé :

Se estes são os principios de Direito commun; que não carecem de ser justificados, porque são incontestaveis : que razão pôde haver para que soffram excepção em materia criminal ? †

Poderá dizer-se, que se pune a culpa, ou excesso não in-

tencional, por causa do dolo no facto, que foi objecto do mandato? Que é a responsabilidade resultante do facto illicito, que torna incriminadas todas as consequencias, mesmo remotas, e involuntarias, como, a respeito de homicidios e ferimentos, se determinou no Art. 368.º §. un., e no Art. 74.º, a respeito dos crimes commettidos no estado de embriaguez, posto que completa ?

Mas estes argumentos de analogia não colhem ; porque se trata alli de factos, posto que não intencionaes, commettidos materialmente pelo proprio agente, e não, moral e materialmente, por um terceiro : no que vai uma grande differença.

Na hypothese, de que aqui se trata, semelhante doutrina não pôde subsistir, sem se ferir o principio da Lei fundamental, de que as penas não passam, em caso algum, da pessoa do delinquente, reproduzida a mesma disposição no Art. 102.º, do Cod., que assim se contradiz, e estabelece antinomia com o que se dispõem neste §.

Accresce, 1.º, que a medida das penas é sempre, essencialmente, o gráo de perversidade, que revêla o gráo de intenção da parte d'aquelle, a quem ellas se applicam. É uma enfermidade moral, a que é preciso applicar o remedio penal. Ora é absurdo curar em outrem a molestia, que não padece, embora, por dolo ou culpa, lhe dêsse causa, proxima ou remota.

2.º que as palavras deste §. — é imputavel — além de exprimirem as falsas idéas de imputação, no sentido da vingança, e da retribuição de mal por mal, que reprovamos, como contrarias á verdade moral e ás conveniencias da justiça social, estabelecem, uma doutrina injusta, mesmo tomadas as penas, como vingança.

Seria, realmente, revoltante, que um mandato sobre furto simples, fosse punido como furto, acompanhado com violência, ou de assassinato, em razão do excesso do mandatario, por tal forma, que o mandante, que, nos termos do Art. 421.º, tivesse de soffrer pela sua participação por acto moral no furto, prisão correccional, ou degredo temporario, soffria por um acto moral e materialmente alheio, como se fôra participante directo, os trabalhos publicos perpetuos ou temporarios no ultramar, nos casos, ou do roubo, ou assassinato, que nem meditou, nem premeditou.

† Joesius Comm. á L. 17. D. §. 42.º; Domat. L. 1.º, p. 131. §. 2.º, Bosquet Decr. ; Pothier, du Mandat, n.º 46.º; cet.

ARTIGO 26.º

São considerados cúmplices : Art. 25.º ; 88.º : 106.º ; 177.º ; 363.º

Falta no presente Art., em termos claros, a definição legal de *cumplicidade*, para, com justiça e exactidão, se poder avaliar o que se deve entender por cúmplices, e consequentemente até aonde se estende a criminalidade das espécies indicadas em os n.ºs 1.º, e seguintes, deste Art., dos quaes o 2.º, mais genero, do que especie, abrange uma infinita variedade de casos, de sorte, que os n.ºs deste Art. são mais exemplos, do que regras, sobre este objecto.

O Cod. da Bav. não foi omisso a semelhante respeito, pois, no Art. 73.º, determinou, que fossem considerados cúmplices :

« Os que por palavras, acções, ou factos, ou por omisões contrarias a dever pessoal, contribuissem, voluntaria e scientemente, para a execução de um *crime já resolvido* » *por outrem*, a menos, que a assistência, por elles subministrada ao crime, não fosse tão essencialmente necessaria, « que, *sem essa cooperação, não fosse possível a consummação do mesmo crime.* »

Assim este Cod. mais severo, em parte, para os participantes do crime, como *causa delle*, do que é o nosso Cod., é claro e terminante, na significação da cumplicidade, restringindo-a aos actos de *cooperação*, e não de *creação* ao projecto do crime, estabelecendo, por esta forma, o característico essencial da cumplicidade, salva a excepção, que estabelece.

O Cod. mod. da Prus., talvez para remover a dificuldade, tractou no Art. 34.º, até 39.º, de definir *especificada e taxativamente*, com seus caracteres especiaes, a participação nos crimes, antecedente, concomitante, ou subsequente : confundindo-as, porém, na pena, tomando, assim, por fundamento

exclusivo da punição, o elemento moral, com abstracção da participação material.

Mas mal, e injustamente, pois, como temos notado, authors de um facto, ou co-reos de um crime, nunca podem, em regra geral, para a imposição da mesma pena, ser qualificados, se não aquelles, que *tomam parte directa na execução* ; porque, sem vontade e participação directa no facto, a ninguém se pôde attribuir a qualidade de *agente*, na significação complexa, moral e material, desta palavra.

O *elemento moral*, pois, demonstrado pelos actos *materiaes de auxilio, provocação ou assistência, fóra do momento e logar do crime*, devem ser o característico da cumplicidade, que nunca se deverá confundir com os actos de *participação directa*, ou que constituam *causa* do crime, no rigor desta expressão.

Applicando á materia os principios postos, e confrontando, na sua dissimilhança, o que se acha legislado, nos diversos Cod., eis o que propriamos, para substituir este, e o Art. antecedente.

« São participantes de um crime todos aquelles, que nel-
« le tomam parte directa, ou indirecta, por actos de coope-
« ração, ou de assistência, antes do crime, durante a execu-
« ção, ou depois, na intenção de que se verifique, se asse-
« gurem os seus resultados, se tire delles proveito, ou se ga-
« ranta a impunidade dos réos. »

Os participantes de um crime, ou são authors, ou cúmplices. Todos os participantes, que a Lei não qualifica authors são cúmplices.

São *authors* todos aquelles, que por sua assistência material tomam parte directa nos actos de execução do crime e até ao momento da sua consummação, concorrendo em todos a intenção de que se commetta, determinada ou indeterminadamente.

Os authors, ou são *principaes*, ou *secundarios*, ou *fautores*. São considerados authors principaes aquelles, sem a cooperação dos quaes a execução, ou consummação, do crime, não teria sido possível, no momento, no logar, na pessoa, ou no objecto, em que se praticou.

Os *authors principaes*, ou são em 1.º, ou em 2.º grão. Os primeiros são a *causa immediata*, os segundos a *mediata*, materialmente considerada.

São *authors secundarios* os que tomam *parte directa*,

na execução do crime, mas a cooperação dos quaes podia dispensar-se, no momento, no lugar, na pessoa, ou no objecto, em que se commetteu. São *fautores* os que prestam auxilio, de vigilancia, ou de segurança, tendentes a garantir, no momento, ou lugar do crime, a execução d'elle, ou a impunidade dos réos, mas por uma assistencia meramente preventiva.

Os chefes de uma associação de malfeteiros; os que por abuso de poder e authoridade ordenam ou provocam ao crime; os que formam o projecto da associação; os que dão as instrucções para se commetter o crime; os que commandam ou dirigem a execução no momento e lugar della; os que subministram armas, instrumentos, ou objectos indispensavelmente necessarios para o crime se commetter; os que por dadivas, promessas, violencias, ou ameaças, de um mal qualquer, provocam ao crime: e, ao mesmo tempo, tomarem parte directa na execução, no momento e lugar della, por actos de assistencia ou de cooperação material e pessoal, assumem a qualidade de *autores principaes*, qualificada em primeiro gráo, se já devessem ter a mesma qualidade, em segundo gráo, independente das referidas circumstancias, e em segundo gráo, se devessem ter a de *autores secundarios* ou a de *fautores*.

Se as ameaças consistirem na comminação da revelação de um segredo, cuja publicidade, seja deshonrosa ou infamante, ou perigosa ao agente do crime, será o provocador considerado sempre como *author principal* em segundo gráo, se não tomar parte na execução do crime, e em primeiro gráo, se, por qualquer modo, fór presente no momento do crime, posto que o não esteja no da consummação do crime.

São *cumplices em primeiro gráo*; 1.º todos aquelles que, estando em alguma das circumstancias previstas no Art. antecedente, não tomaram parte alguma directa de cooperação, nem de assistencia, no momento, ou lugar, do crime: 2.º todos os que praticaram actos de provocação directa, positiva, e proxima ao momento, lugar, pessoa, e objecto, determinado ou indeterminado, do crime, sem, contudo, prestar na execução d'elle, acto algum de cooperação ou de assistencia: 3.º todos aquelles, que prestaram auxilio aos malfeteiros, depois do crime, para assegurar a impunidade dos réos, ou dos resultados ou productos do crime, por virtude de promessas ou concerto anterior.

São *cumplices em segundo gráo* 1.º todos aquelles, que, não estando em nenhuma das referidas circumstancias, concorreram para o crime por actos de provocação remota, ou indirecta: 2.º todos aquelles, que concorreram para o crime por actos de commissão ou de omissão culposa, com preterição ou violação de deveres especiaes: 3.º todos aquelles, que tiraram proveito sem concerto previo, dos fructos ou resultados do crime.

§. un. Se a preterição ou violação de deveres especiaes fór inherente a cargo publico, a cumplicidade será qualificada em primeiro gráo.

Se algum, dos *autores*, ou *cumplices* do crime suspender a execução, por determinação espontanea da sua vontade, será considerada esta circumstancia, como attenuante pessoal áquelle, a que respeitar. Se, além disso, impedir o crime, tomando a defesa da victima, ou subtrair, por qualquer modo á execução o objecto do crime, será considerada esta circumstancia, como causa justificativa pessoal áquelle, que a praticar. Se a resolução de um *cumplice*, manifestada aos *co-réos*, produzir a mudança de vontade, e abstenção absoluta por todos, sem coacção material para esse effeito, nenhum delles será mais considerado *author*, nem *cumplice*.

Não são comprehendidos nas distincções, feitas nestes Art., os que ordenaram o acto criminoso, se tinham direito a exigir a obediencia absoluta dos seus subalternos, meos instrumentos do seu crime. São, em tal caso, *unicos autores principaes* do crime em primeiro gráo, se chegou a consummar-se, e em segundo gráo, se foram desobedecidos, ou os subalternos não puderam, por causas supervenientes, começar, ou ultimar, a execução.

Nestes casos, os subalternos respondem pessoalmente por todos os crimes, e circumstancias, que forem exesso da ordem, contrarios, ou desnecessarios, ao cumprimento della, ou como meio, ou como resultado. ¹

¹ Esta materia acha-se bem tractada por Rossi D. Pén, liv. 2.º, Cap. 34.º

ARTIGO 26.º

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

O Cod. Hesp. se contentou em declarar no Art. 13.º, que são cúmplices, aos olhos da Lei, todos os participantes do crime, que nos termos do Art. 12.º, não fossem considerados authores.

— « Son complices los que, no hallandose comprendi-
« dos en el articulo anterior, cooperan á la ejecucion del
« hecho por actos anteriores ó simultaneos.

O novo Cod. dos Paizes Baixos, Art. 53.º, considera, como já notámos, a provocação por meio de *conselho*, entre os actos de cumplicidade, que a Lei não pôde considerar *causa do crime*, característico essencial, segundo este Cod., para distinguir os cúmplices, dos *co-authores do delicto*.

Da combinação deste n.º 1.º do nosso Art., nas palavras — *alguma das causas determinantes* — com o n.º 4.º do n.º antecedente, nas palavras — *causa determinante* — se vê imaginar-se a hypothese de que o *conselho* pôde concorrer umas vezes, e outras ser *causa determinante, unica, exclusiva*. Já expozemos as nossas duvidas a semelhante respeito.

É preciso buscar outro principio, para distinguir os *authores dos cúmplices*, ou, em outros termos, dos *cúmplices*, que devem ser considerados *co-authores do delicto*. Só podem considerar-se taes os que tiveram uma participação directa e *immediata*, antes, ou no momento, do crime; todos os mais devem ser classificados entre os *participantes*, por um modo *indirecto* ou *secundario*. 1

¹ Vid. Pacheco, Comm. ao Cod. Hesp. Art. 12.º e 13.º

ARTIGO 26.º

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

A disposição deste n.º, assim generica, por exclusão de partes, ou pontos legislados no Art. antecedente, é uma imitação, do Art. 13.º do Cod. Hesp., cit. ao n.º 1.º do presente Art.

Mas trocada a expressão do Cod. Hesp. — *cooperan á la ejecucion del hecho* — pela de — *provocam ao crime*, — fica esta demasiadamente vaga, e pôde dar logar a immensas arbitrariedades.

Uma fraze, algumas palavras, alguns gestos mesmo, com relação a uma offensa, ou a uma injuria, podem dar logar a uma arguição de cumplicidade, em primeiro gráo, se o offendido, ou injuriado, nutrir, e executar, sentimentos de vingança.

Esta materia é muito difficil, e de grande perigo, por isso que, em rigor de principios e de verdade, o cúmplice, não qualificado, nos termos do Art. antecedente, não participa senão nos actos preparatorios. O crime, que se segue, foi acto voluntario de um terceiro; e, mesmo, por tanto, não se ultrapassando os limites da tentativa, o facto material é imputavel a este, e não áquelle. 1

¹ Rossi Dr. Pen. Liv. 2.º Cap. 36.

ARTIGO 26.º

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

É exactamente a determinação do Art. 60.º do Cod. Fr., donde evidentemente foi tirada.

« Ceux qui auront procuré des armes, des instruments, « ou tout autre moyen, qui aura servi à l'action, sachant « qu'ils devaient y servir. » — Esta ultima circumstancia, nota Rogron, é indispensavel ; porque, sem ella, o *facto* não seria punivel, como desacompanhado da intenção.

Concorda o novo Cod. dos Paizes Baixos, Art. 53.º ; o das Duas Sicilias, Art. 74.º, n.º 3.º ; o da Sardenha Art. 108.º n.º 2.º

O Cod. da Bav., Art. 74.º, comprehende em gráo immediato ao dos authores principaes, como cúmplices :

« Ceux qui auront procuré à l'auteur les objets et instruments directement nécessaires à la consommation du « crime, comme le poison s'il s'agit d'un empoisonnement ; « les fausses clefs, s'il s'agit d'un vol, etc., etc. »

No systema, porém, do mesmo Cod., estes cúmplices podem influir, por tal modo, e em taes circumstancias, na perpetração do crime, que sem a sua cooperação elle não seria possivel.

Por ex. o que subministra um punhal, ou uma arma de fogo áquelle, que pretende vingar-se no momento de exaltação, em seguida a uma offensa grave.

Mas este caso é puramente excepcional, porque toma o caracter de *provocação* ao crime. Fora d'elle, a regra é, que o cúmplice, na hypothese, de que se trata, só pôde ser considerado como participação nos *actos preparatorios* do crime alheio.

O crime podia não passar desses actos ; não chegar ao

gráo de tentativa, proxima nem remota ; dependendo tudo de vontade e facto alheio : e hade o que submnistrou as armas, ou instrumentos ser, ou não ser, punido ; e, mais ou menos, conforme aos resultados, que dependeram de um terceiro ?

Parece que não ; porque as penas de um crime não passam da pessoa do delinquent. Se o participante dos actos preparatorios fica moralmente responsavel pelas consequencias, quaesquer que ellas sejam da sua participação, mesmo estranhas á sua vontade : essa responsabilidade é tão remota, e dependente de causas estranhas, que a qualificação de cumplicidade em primeiro gráo, é sobremaneira injusta.

Não quer isto dizer, que, seguido o crime, fiquem impunes os participantes dos actos preparatorios, mas devem ser punidos, com abstracção das penas correspondentes ao crime, e como réos de um delicto *sui generis*, embora a pena determinada pelo legislador, seja dentro de um maximo e minimo, attenuada ou aggravada, segundo a gravidade dos resultados, e delles dependa a punição, como na hypothese da embriaguez, prevista especialmente no Art. 74.º, e como tãobem praticou o legislador a respeito daquelle, que presta auxilio ao suicida, Art. 354.º¹

Em todo o caso, ou como cumplicidade a punir, ou, segundo as regras geraes, nos termos do Art. 87.º ; ou de um modo especial, a arbitrio do juiz, por applicação do Art. 82.º, e 83.º, nos casos, em que possa ter lugar : é indispensavel, que se prove : 1.º o *facto material* de participação directa nos meios preparatorios do crime alheio : 2.º *facto moral*, distincto, e anterior, como na *premeditação*, qual é a *sciencia* do designio ou *projecto* do mesmo crime — sendo disso sabedores. E como a *sciencia* é um resultado, puramente intellectual, não pôde ser procedente a

¹ A cumplicidade em factos de suicidio não é previsto na legislação franceza. Mas o Tr. de Cass. por Ar. de 14 de Junho de 1816, e 16 de Novembro de 1827, e 2 de Julho de 1835, deccidiu constantemente, que tanto o que auxiliar o suicidio, *no acto mesmo*, ou o consummar com o consentimento, ou por ordem, do suicida, commette um *homicidio*. — *meurtre*.

O nosso Cod. tãobem não quer a *impunidade*, segundo a regra, que estabeleceu no Art. 13.º, mas considerou no suicidio, assim como no duello, não só uma causa de attenuação, mas especialissima, como se vê do Art. 354.º, adoptando, para a *cumplicidade* a prisão correccional, e, para a cooperação directa o *degreço perpetuo* para a India.

cumplicidade, se não se allegarem e provarem factos, dados como existentes pelo jury, que os juizes de Direito appreciem, para qualificar a cumplicidade. Assim o determina expressamente o Art. 1150.º §. un. da Ref. Jud.

Pela combinação destes Art., podem os juizes muito atenuar a punição dos cúmplices, de que trata este n.º, quando as penas do crime principal, forem temporarias, ou correccionaes. Mas se forem de morte, ou alguma das perpetuas, é necessario todo o escrupulo, visto que, reduzida a imputação nos termos da cumplicidade, para os effeitos da modificação penal, a pena é sempre gravissima, nos termos do Art. 81.º e seus §§.

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

É tirado tambem do Art. 60.º do Cod. Fr.

« Ceux qui auront, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs de l'action, dans les faits, qui l'ont préparée ou facilitée. »

Concordam o Cod. das Duas Sicílias, Art. 74.º n.º 4.º, o da Sard., Art. 108.º n.º 3.º, do Hanov., e outros d'Allem.

Repômos, neste logar, as observações adduzidas ao n.º antecedente.

Por se prestar assistencia, ou auxilio, nos *actos preparatorios*, se não é crime em si mesmo, com abstracção dos seus resultados materiaes, dependentes exclusivamente de vontade alheia, não deve ter logar a punição com as penas immediatas ás do crime, como se tivesse sido realmente praticado, pelo auxiliador, com circumstancia attenuante, conforme ao Art.º 88.º

Nem a verdade moral, nem a verdade relativa, podem consentir em semelhante qualificação.

Este n.º, comprehende, na sua generalidade, a hypothese restricta aos *meios preparatorios*, de que tractou o n.º antecedente; pois tanto concorre a *facilitar a execução* do crime o auxilio prestado *antes*, como *no acto*, della. Tudo são *meios*, que tendem ao mesmo fim, com a differença de que uns são mais proximos, e podem ser mais directos, que outros.

Os termos vagos, e indefinidos, com que se acha redigido o presente n.º, e os antecedentes, modelados especialmente pelo cit. Art. 60.º do Cod. Fr., constituem, uma como regra de cumplicidade, ou participação *simples*, ou em segundo gráo, vindo a ser excepção, á mesma regra, os actos da

cumplicidade, ou participação *qualificada*, ou em primeiro gráo, de que tractaram os n.ºs do Art. antecedente.

O Cod. fugindo assim, como fugiu o Cod. Fr., de definir, de maneira explicita, ao menos em que consistia essencialmente a cumplicidade, *simples*, ou propriamente dita, contentou-se com precisar, ou por argumento de exclusão, como fez no n.º 2.º, ou por argumento de comprehensão, como fez no presente n.º, os caracteres, que a constituem.

Por esta fórma, fica aos juizes um arbitrio immenso, para qualificar, ou não, como indicadores de cumplicidade os factos materiaes, que o jury declarar provados.

Esse arbitrio, aliás indispensavel, seria mais prudentemente regulado, se o Cod. consignasse, qual o caracterisco legal, e commum, da mesma cumplicidade, de que esses factos não são mais, que a demonstração, positiva, ou negativa, para se punir, ou não, em outrem o crime, que não commetteu.

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

Este n.º, nos termos geraes, em que se acha concebido, póde ser convertido n'uma vasta rede para crear, e apanhar culpados; para tornar elastica a relação dos cumplices.

Aquelles, contra quem se provar, que, sabendo de um delicto, o não denunciaram, ou não preveniam as autoridades, para que o impedissem; aquellos, que, podendo, physica, ou moralmente, segurar os delinquentes, ou intrometter-se na briga, assim o não praticaram; podem ser processados como cumplices de um delicto, que não concertaram, que não aconselharam, de que não foram causa *primaria*, nem *secundaria*!

Isto não póde ser. Impedir a perpetração de um delicto, é um dever moral, de humanidade, e de caridade, para com os nossos semelhantes; pode mesmo, em certos casos, ser um serviço, mais ou menos relevante, que se presta á sociedade. Mas a lei penal não pune as infracções dos deveres só porque são deveres moraes. É necessario, que os especialise, e incrimine.

Constituidas as sociedades, é pela instrucção ao povo, pelo exemplo da moralidade nos governos, e pelo imperio das leis, preventivas, e repressivas; é pela vigilancia das respectivas autoridades; que se obsta á perpetração dos delictos, e se emendam os damnos, que delles provém.

Para que um cidadão possa ser punido, como cumplice de um delicto, por não ter querido impedir-o, podendo, é preciso, que a lei lhe imponha uma obrigação *especial*, com relação á pessoa do aggressor ou do aggreddido, ou com relação á natureza e qualidade do crime.

« Qui crimen alterius, cum possit, non impedit, hoc
« solo, delicti particeps secundum jus commune non fit

« præterquam eo in casu, quo specialis adest obligatio, aliorum delictis obsistendi, quæ nititur partim in singulari « personarum nexu, vel ad læsi defensionem, vel ad delinquentis à crimine cohibitionem, obstringente, partim in « speciali qualitate criminis securitati publicæ eximie non « xii. »¹

Neste último caso estavam, segundo este Direito, os crimes de *rebelião*, L. 5.^a §. 6.^o C. ad leg. Jul.; de *parricídio*, L. 2.^a e 6.^a D. ad leg. Pomp. de parricid.; e de *morda falsa*, L. 9.^a §. 1.^o D. ad. Corn. de fals.; em que se comminava uma pena a todos os Cidadãos, que os não impedissem.

Alguns escriptores allemães ampliavam esta obrigação especial, por analogia, e como inherente aos deveres de cidadão, a outros crimes, tãobem mais graves.

Nos mod. Cod. da Saxonia conservou-se, mais ou menos, este Direito, impondo-se uma penalidade contra aquelles que, tendo conhecimento de certos designios criminosos, os não denunciavam á Justiça, ou d'elles não avisam e previnem a pessoa ameaçada.

Mas não enunciam vagamente, e em termos geraes, uma disposição analogia, como se fez neste n.^o 5.^o

Designam-se os crimes mais graves, a que ella respeita, e, ao mesmo tempo, a restringem, fazendo-a até cessar, quando a denuncia pôde envolver perigo a parentes, em linha recta, ou a conjuges, etc.—Cod. de Saxe e dos Ducados de Saxe-Altenbourg e Saxe-Weimar.

Os Cod. de Wurttemberg, de Brunswick, e outros da Allemanha, contém uma disposição semelhante, em termos um pouco mais severos, mas tãobem não vagos, porque mencionam:

1.^o Aquelles que omittem denunciar á Justiça o projecto do crime.

2.^o Advertir a pessoa ameaçada.

3.^o Empregar os meios, de que possam dispôr, para impedir o crime.

Mas quanto á omissão da denuncia, não pôde ella tãobem por estes Cod. ser arguida aos parentes em linha recta, aos irmãos, e affins, no mesmo gráo, aos conjuges, nem aos tuto-

res e tutelados, que assim se conduziram no interesse do agente principal do delicto.

Os omissoes não podem então ser considerados, como *fautores*, que estes Cod. distinguem, e não confundem com os *cumplices*. Ainda assim a omissão, quanto á falta de denuncia não é punivel, senão nos casos especialmente previstos na lei penal.

O mod. Cod. de Hanover considera *cumplices*, no primeiro gráo, os pais, ou tutores, que voluntariamente omitiram empregar os meios necessarios para impedir o crime de seus filhos, ou pupillos, com tanto que assim o podessem fazer, sem os denunciar á Justiça, ou que não tenham depois, por qualquer maneira, tirado proveito do crime.

Tãobem pelo Cod. do Grão Ducado de Bade são punidos, como *fautores*, os que tendo conhecimento do projecto do crime, o não evitam pela denuncia, advertencia, ou emprego de meios directos, mas para esse fim exige: 1.^o que ao crime corresponda a pena de morte, ou trabalhos publicos perpetuos; 2.^o que assim o possam praticar sem perigo, para si, ou para alguma pessoa sua conjuncta.

Neste Cod. são igualmente dispensados de fazer estas denuncias, e advertencias, os descendentes ou ascendentes e os *confessores*.

Nos Cod. das Duas Sicilias, e da Sardanha, nada existe, como regra geral, e o mesmo se verifica no novo Cod. dos Paizes Baixos.

Concordam com estes o Cod. d'Aust., Fr., Braz., e Hesp.

Na Legislação patria nada havia legislado, tãobem como regra geral, a semelhante respeito.

Per. e Sousa, na sua *Classe dos crimes*, §. 10.^o, dá como corrente, que é *cumplice*, aquelle, que *achando-se no conflicto*, e podendo impedir o crime, o deixou commetter, mas firma-se em argumento de analogia, tirado da L. 5.^a Cod. ad. leg. jul. magest., que é para um caso especial, e, por tanto, é falsa a indução, concluindo, e em materia penal, da excepção para uma regra geral, com quanto restricta ao caso do *conflicto*.

Este mesmo Jurisconsulto diz, porém, mais ahi, que não pôde reputar-se *cumplice*, nem aquelle, que o simples acaso fez testemunha do crime, nem aquelle, que só tem sciencia do crime, e o cala, excepto nos casos, em que por lei o silencio é crime.

¹ Meisteri, Princ. jur. cr. §. 42.^o

Mesmo no caso de alta traição, e lesa-magestade, a Ord. do Liv. 5.^o tit. 6.^o §. 12.^o, punia pela não revelação, ou extemporanea revelação, *antes de por outrem ser descoberto*, os co-réos ou socios do crime — *que fizerem conselho e confederação contra o Rei*. — Outra cousa, todavia, se acha no Cod. Fr., *nesta especie*, Art. 103.^o

No caso especial da *moeda falsa*, porém, seguia a Ord. a lei romana, punindo com uma severidade sem igual, e com a mesma pena, *morte e confisco*, quem *fôr delle sabedor, e o não descobrir*.

Tãohem era especialissimo o caso da Ord. L. 1.^o tit. 77.^o §. 3.^o e 7.^o e mais leis concordantes, punindo, *mas sómente o carcereiro*, que deixasse fugir o preso, quando por dolo máo, ou por dinheiro.

Mello Freire no seu *Ensaio* de Cod. Cr. tit. 3.^o §. 6.^o contou entre os cúmplices, *antes da acção*, aquelle, que a aconselhou, ou a mandou fazer, ou para ella deu os meios; *na mesma acção*, o que a não evitou, *estando a isso obrigado*.

Mas obrigado, como? Pelos vinculos da lei moral, ou por virtude da lei especial, positiva? Foi o que elle nos não declarou alli.

Encontra-se, porém, no mesmo tit. o §. 11.^o, assim concebido:

« São cúmplices *na mesma acção* os officiaes de Justiça e militares, que não acudirem ás brigas e mais violências, que virem commetter, e os mesmos particulares, *segundo as suas forças, e circumstancias*, em que se acharem. »

Nas Provas diz-nos:

« Faço cúmplice *na mesma acção* não só os officiaes de Justiça e os soldados, *que não acudirem ás bulhas e brigas*, como é do seu officio, mas a todo o cidadão, *podendo-o fazer*, segundo as suas forças e *sem perigo*. »

« Muitos querem, que esta obrigação só tenha logar nos crimes atrozes; mas semelhante differença é contraria á lei social, e systema de caridade; pois como todos vivem na mesma republica, devem mutuamente ajudar-se quando daqui lhes não vier mal, como se diz no texto. »

Mello Freire, pois, propunha generalisar o dever de impedir o crime, e qualquer que fosse a sua gravidade; mas restringia a obrigação ao *conflicto*; e, além das forças necessarias para assim se dever praticar, quiz que se desse a se-

gurança de que não poderia resultar perigo algum da prestação do soccorro.

Não approvámos esta innovação no Direito patrio; mas como estava proposto por aquelle nosso mestre, é preferível, aos termos geraes, com que se acha redigido este n.^o 5.^o

O Cod. Hesp. omittiu incriminar a *não revelação*; Pacheco no seu Com., considera, em rigor logico, comprehendida nesse facto negativo uma *cumplicidade negativa*. Mas elle mesmo accrescenta, que a consciencia publica se revolta contra essa logica, mesmo quando a lei incrimina a *não revelação*. Felizmente o Cod. Hesp. só incriminou a *não revelação* nos crimes de lesa-magestade, Art. 163.^o e desta excepção se firma a regra em contrario.

No nosso Cod. não se acha incriminada especialmente a *não revelação*, nem mesmo nos crimes anteriormente qualificados de lesa-magestade; falha-nos, por tanto, para excluir a incriminação, o argumento, que subministra o Cod. Hesp. Deverá, pois, hoje o cidadão conscio do projecto do crime, optar entre a denuncia e a cumplicidade? O amigo, o parente deverá postergar os laços da amizade, ou os da natureza?

O confessor, mesmo, deverá revelar, para impedir o crime, o que sabe debaixo do sigillo da confissão?

Os Concilios, e as Leis patrias, comprehendido o mesmo Cod., Art. 36.^o §. 1.^o, veda-lhes a revelação do sigillo sacramental. Os advogados, os medicos, os cirurgiões, são assemelhados aos confessores. Pois deverão todos estes, tãohem para impedir o crime, vir denunciar os actos preparatorios, ou o projecto criminoso, sob a comminação de uma penalidade?

As palavras, *sendo-lhe possivel*, comprehenderão, tanto a *possibilidade material*, como a *moral*, e servirá esta consideração, para fazer adoptaveis as limitações dos Cod. da Alemanha? A palavra — *maliciosamente* — deverá considerar-se inapplicavel sómente á *não revelação* nos casos de muita gravidade, sendo os termos genericos deste n.^o não mais que imperfeita redacção do Cod., e não a intenção dos legisladores? Inclinámo-nos a acreditar o assim.

Uma razão de grande momento, nos leva a esta conclusão, e vem a ser, que estabelecida a alternativa, para as testemunhas, que, ou fossem presencias do crime, mas meras espectadoras, sem se involver no conflicto, ou que

soubessem dos actos preparatorios, ou do projecto formado, se absteriam de jurar a verdade, para não descobrir a omissão, que tiveram, em *não impedir o crime*.

D'ahi a impunidade de muitos delictos seria a consequencia inevitavel.

Accresce, que a doutrina dos mod. Cod. da Allem., que é a reprodução do Dir. Rom., e do ant. Dir. Germ., era tãobem a legislação do Cod. Fr. de 1810, nos Art. 103.^o até 108.^o inclusivè, mas a Lei de 1832 fez desaparecer completamente esses Art., ficando, em lugar delles, unicamente o premio, ou a attenuação, para os co-authores, ou cumplices, reveladores, nos termos, que hoje mostra o dito Art. 198.^o, modificado por aquella Lei.

Lamentámos, que assim não fosse adoptado pelos nossos legisladores, pois que as palavras do n.^o, que analysámos, comprehendem ainda muito, e muito mais, do que se achava legislado no Cod. Fr. de 1810!!

No mod. Cod. da Prus. deparámos, com a disposição do Art. 39.^o concebida nos seguintes termos:

« Quem tiver conhecimento verosimil do projecto de
« *alta traição, de falsificação de moeda, de assassinio, rou-*
« *bo, rapto*, ou outro crime perigoso á vida humana e á
« sociedade, em tempo em que era possível impedil-o, e dei-
« xar em tempo util de dar parte á authoridade ou á pes-
« soa ameaçada do crime, será punido com a *prisão simples*
« de um a cinco annos. »

Vê-se, por tanto: 1.^o que este Cod. não considerou cumplicidade na preterição de actos, que tendem a impedir o crime, mas sómente *um crime sui generis*, não revelação á authoridade, ou á pessoa ameaçada; 2.^o que restringiu a incriminação aos crimes mais graves, firmando, por tanto, a regra exclusiva de omissão punivel, a respeito de todos os mais crimes.

O presente n.^o conclue, é verdade, com as palavras, *com intenção deque se execute*, e esta condição parece modificar, sobre maneira, a disposição; mas como se ha de conhecer a intenção? É pelo facto, ou factos negativos, de se não haver impedido o crime? Da *possibilidade* dos factos positivos, que produzissem o obstaculo? Da *malicia*, com que deixaram de ser praticados? Não, certamente, porque então seriam redundantes aquellas palavras. Logo parecem constituir uma 4.^a condição essencial, que torna precisa, não só

a demonstração das tres primeiras, mas de que a omissão, além de voluntaria, e malefica, teve por fim facilitar a execução do crime alheio.

É uma condição distincta, que só por factos distinctos, pôde ser provada, mas que os jurados podem, e hão-de confundir na apreciação da cumplicidade, porque a distincção é bastante methaphysica, para poder precisar-se com a devida claresa.

Fica, pois, sempre este n.^o adequado, a constituir uma vasta rede, como dissemos no principio, para se encontrar muitos culpados, como cumplices, ou para lhes facilitar, na sua hypothese, a impunidade, pela elasticidade com que poderão ficar as malhas da mesma rede, logo que se exijam as provas dos factos demonstrativos da intenção malefica restrictamente a determinados crimes, que a demonstração da perversidade do supposto cumplice não dispensa.

ARTIGO 26.º

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

A disposição deste n.º estava já, assim como a do n.º 3.º, evidentemente comprehendida nos *termos geraes* do n.º 4.º.

Assim ella se não encontra *especialmente* formulada em Cod. algum dos que consultámos.

Dizendo-se, que é cúmplice — todo aquelle que, scientemente, prestou assistencia ou ajuda, por qualquer fórma, ao author do crime — ter-se-ia dito tudo, quanto era preciso.

A palavra *scientemente*, é mesmo desnecessaria, assim como foram as do n.º 3.º — *sendo disso sabedores*; — do n.º 4.º — *com igual conhecimento* — do n.º 5.º — *maliciosamente*, — depois como repetida nas — *com intenção de que se execute*.

A regra estabelecida no Art. 1.º e 2.º, é de que, sem especial determinação da lei, não ha crime sem *intenção*. Dito isto uma vez, tudo o mais, que se disser, no mesmo sentido, é repetição escusada.

Quanto á moralidade dos factos, a que especialmente respeita o presente n.º, não ha duvida, de que, sendo, os crimes dependentes do concurso de muitos, de grande perigo social, e, ao mesmo tempo, mais difíceis, e indicadores de um gráo de maior corrupção, ou de enfermidade moral, por isso que é preciso, que muitos perversos se entendam e se combinem: o individuo, que serve de intermediario entre o mandante e o mandatario, ou outros quaesquer co-réos, participa nos actos de premeditação e concerto do crime, que, talvez, se não podesse levar á execução, se o culpado não facilitasse a communição, ou relações, entre os mesmos co-réos.

Todavia, se ha materia para a incriminação de cumplicidade, é em gráo remoto; por que não revela, nem a *per-*

versidade da *creação* na idéa do crime, nem a da sua *execução*. Não pôdem, por tanto, ser comprehendidos, com justiça moral, em o numero daquelles participantes, que assumem uma responsabilidade inteira em relação ao crime committido, ainda que attenuada a pena, segundo as regras geraes.

Além disso, este n.º, é gravemente *deficiente*: 1.º por que, exigindo na cooperação do *intermediario* a intenção relativa á execução de crime determinado, deixa impunes os *intermediarios*, que o foram sómente entre *criminosos*, sem intenção directa a crime *determinado*: 2.º porque, se o crime praticado, ou consummado foi diverso, em natureza, ou gravidade, do, de que o intermediario teve conhecimento, ou do, que teve na sua intenção, resulta a mesma impunidade.

O Cod. não nos diz aqui, como no §. un. do Art. antecedente, que os *excessos* do crime intencional, são imputaveis ao *intermediario*; e os criminosos facilitarão assim, calculando friamente as disposições do Cod., a aquisição de agentes, ou moços de recado, occultando-lhes a sua verdadeira intenção ou projecto, ou simulando um attentado diverso, ou de menor gravidade.

Poderão dizer-lhes, que se tracta de um movimento politico; de uma assuada; do rapto de mulher adulta para fim de casamento; de recuperar pela força objectos subtrahidos; e, ou tros pretextos, que removam maiores escrupulos; quando, porém, seja o objecto do crime um incendio, um assassinato, um roubo, um rapto de menor, ou outro crime de maior gravidade.

E, com tudo, em anbas as hypotheses, a participação no crime, só pelo facto de auxilio a criminosos, era digno de repressão, não com relação a crimes committidos, que não são intencionaes, mas por um modo especial, como se praticou no Art. 74.º, com relação á embriaguez.

O participante, nestes casos, ou deve ser punido, como cúmplice do crime, que teve na sua intenção commetter, aggravada a pena, mas a legalmente correspondente ao mesmo crime, em rasão do crime, que não foi da sua intenção; ou, se nenhum crime teve em vista definida e determinadamente, a prisão correccional, aggravada ainda segundo as circunstancias do crime realiado, seria justa e adequada.

É certo, que então os intermediarios não são participantes do crime committido, mas não é menos certo, que

favoreceram os actos de associação entre criminosos, e que, por este facto, considerado em si mesmo, manifestaram uma tendência, ou predisposição, á violação das leis penaes, isto é, a enfermidade moral, que a sociedade precisa punir, como repressão e prevenção de novos crimes.

Estas reflexões são applicaveis, não só aos *intermediarios*, mas a todos os mais *participantes*, que favoreceram, não o crime, definido ou determinado, ou o que se *executou*, mas sim os *criminosos*, como abstracção do crime commetido, ou com relação só a crime, que se não commetteu. Manifestam, por tanto, no Cod., nma lacuna, que é extensiva aos n.^{os} antecedentes.

A difficuldade, em uma destas hypotheses, foi removida pelo Art. 80.^o do Cod. da Bav., nos seguintes termos:

« Si le prévenu de complicité prétend n'avoir voulu donner assistance qu'à un crime moins grave, que celui commisé par l'auteur principal, ce moyen de défense sera rejeté, à moins que le complice ne prouve avoir exclusivement promis son concours à l'auteur principal pour un crime d'une gravité inférieure à celle du crime commis. Dans ce cas seulement, la peine devra être appliquée au complice en raison du crime auquel il avait l'intention de prêter assistance. »

Mas a difficuldade ficou subsistente, quanto á outra hypothese de cumplicidade vaga e indeterminada, com abstracção do crime, que o author principal, tivesse em vista commetter; ou, antes, ficou sendo certo, que, na mesma hypothese, o cumplice, embora allegue e prove, que lhe não passou, nem mesmo podia passar, pela idea o crime commetido, deve sofrer a pena da cumplicidade em relação a esse crime.

A regra, pois, é, segundo este Cod., que, se não se prova intenção *positiva*, que exclua a intenção relativa a crime diverso, a prova *negativa* não é destructiva da *presumpção* da lei, ácerca da cumplicidade sobre o crime commetido.

Resulta destas observações, que os fautores deste genero, são criminosos *sui generis*, que devem ser punidos, com abstracção do crime commetido, que não tiveram intenção de commetter se não *passiva*.

Devem ser punidos, ora mais, ora menos, severamente, que os authores do crime. Tem estes uma culpabilidade

definida, mais ou menos grave; aquelles só a tem *indefinida*, mas, que póde ser, mais ou menos, extensa.

A referida regra é inadmissivel, por isso que se funda em uma presumpção do legislador, que póde conduzir á falsa apreciação do gráo de *perversidade* do delinquente, que, aliás, deve assentar sempre em dados positivos, para que o remedio da pena, possa ser adequado.

É possível, muito possível, que o auxilio se preste mais aos criminosos, que ao crime; os que assim o prestam, são dignos do castigo, mas, rigorosamente, são antes *fautores*, do que *cumplices*.

É possível, que o *fautor*, ignorando a pessoa ameaçada, ou a natureza do crime, não prestasse o auxilio: assim como é digno de especial consideração o gráo de perversidade, que manifesta, em não querer previamente instruir-se a semelhante respeito, por que importa dar *carta branca* para o commettimento de qualquer attentado.

É possível, ainda, que o auxilio prestado, o seja por *mérita indifferença*, tanto pelo que respeita á moralidade dos co-réos, a quem se presta, como em relação á moralidade dos factos, que se pertendem praticar. E então, o estado de enfermidade é como o do individuo, cujo pulso cessou de bater, e a quem o frio da morte accommetteu o coração: ¹ estado, que envolve grande perigo social, e a que, por tanto, cumpre applicar algum remedio penal; mas a culpabilidade é muito menor, que nas autecedentes hypotheses; por que a perversidade de intenção, é meramente passiva e ambigua.

¹ Bastos, Coll. de Pens.

ARTIGO 27.º

As disposições deste Cod. são applicaveis, não havendo tractado, ou lei especial em contrario. Art. 15.º; 76.º; C. Const. Art. 75.º; §. 8.º e 14.º; Acto Add. Art. 10.

Este Art. contém duas excepções, que modificam as regras estabelecidas nos n.ºs seguintes:

1.ª de haver *tractado*; 2.ª de haver *lei especial*:

Quanto á da *lei especial*, se se entende das existentes ao tempo da promulgação do Cod., ficaria antinómica semelhante declaração, por isso que toda a legislação geral ou *especial* foi derogada e substituída pelo Cod. *nas materias*, que por elle *foram reguladas*, como é expresso no Art. 75.º, á excepção dos crimes militares.

Deve, pois, entender-se das leis *posteriores*, mas, a respeito destas, a declaração é inutil, por isso que o Cod. sómente pôde ter vigor, em tanto quanto, geral ou especialmente, não fôr revogado por uma lei posterior.

Quanto, porém, aos tractados, não ha duvida, que os anteriores ao Cod., fazem parte do nosso *Direito internacional*, e, assim como a sua celebração depende do concurso de dois poderes homogeneos, mas independentes, assim tambem, sem esse mesmo concurso, ou sem previa denuncia, ou pelos modos legitimos, porque, conforme a esse Direito, podem romper-se, não devem considerar-se insubsistentes ou revogados.

O Cod., portanto, nem os prejudica, nem os pode prejudicar. Quanto aos posteriores ao Cod. a declaração tambem é inutil, porque, tanto nos termos do §. 8.º e 14.º do Art. 75.º da Carta, como do Acto Add., Art. 10.º, a sua força, vem da *Lei especial*, que os promulga: e assim se pratica em toda a parte do mundo civilizado. ¹

¹ V. Gand. Cod. des E'trangers, §. 161.

ARTIGO 27.º

1.º A quaesquer estrangeiros residentes em domínios portuguezes: Art. 76.º; 130.º §. 1.º; 156.º; 151.º; 156.º §. un.; 156.º; 212.º.

O Governo sabe, que todo o estrangeiro, que vem residir em nosso territorio deve ser protegido; não só porque o Direito internacional garante essa protecção em todos os povos civilizados, mas ainda pelas razões de uma politica bem entendida; por que, se o estrangeiro não tiver a certeza dessa protecção, evitará vir, entre nós, fazer emprego de seus capitais, ou exercer a sua industria. ¹

Tão bem é certo, que os estrangeiros, entrando no paiz, se entendem solicitar, por esse facto, uma permissão, que lhes não é concedida, senão com a condição virtual de ficar submissos ás leis de ordem e de segurança publica.

O imperio, em cada nação, é direito que sofre limites só pelos da extensão do seu territorio. O objecto das leis é, não só o de regular a conducta dos cidadãos entre si, mas o de determinar o que deve ser observado em todo o paiz, qualquer que seja o individuo.

« En vertu de cette commission, les étrangers, qui tombent en faute doivent être punis suivant les lois du pays. « Le but des peines est de faire respecter les lois, et de maintenir l'ordre et la sûreté. » ²

Esta doutrina, que é de consenso universal entre as acções, acha-se consignada no Art. 3.º do Cod. Civ. Fr.

« Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. »

¹ Carnot ao Art. 172.º do Cod. Pen. Fr.

² Watel, Droit des Gents, Liv. 2.º Cap. §. 102.º

Se o estrangeiro tem direito á protecção dessas leis, respeitadas elle mesmo é uma obrigação correlativa, a que não deve, nem póde, em caso algum, esquivar-se.

Este era tambem o nosso Direito antigo. Em differentes tractados tem elle sido, como nem podia deixar de ser, reconhecido por diversas nações, e mesmo, quando nelles se tem feito referencias penaes, ha sido, para melhor se garantir, ampliar, e regularisar o exercicio do mesmo Direito, subordinando-o aos vinculos politicos da reciprocidade, para boa harmonia e melhor commercio entre ellas, como póde ver-se da leitura dos mesmos tractados, excepto quando tem sido especialmente celebrados, para se estabelecer disposições exepcionales, tendentes a emendar vicios da legislação criminal em vigor.

Concorda o Cod. Pen. d'Aust., Art. 31.º da P. 1.ª.

« Les délits commis par un étranger dans nos États « sont jugés et punis conformément à ce qui est prescrit au « présent Code. »

Concorda igualmente o moderno Cod. da Prus. Art. 3.º

« As leis penaes prussianas são applicaveis a todos os crimes, delictos, infracções commettidas na Prussia, mesmo « quando o perpetrador seja um estrangeiro. »

A confrontação destes dous Cod. com este n.º mostra a imperfeição da sua redacção ; 1.º por não declarar, expressamente, que a sujeição dos estrangeiros se entende sómente a respeito dos crimes ou delictos, commettidos em territorio portuguez ; 2.º por sómente comprehender os estrangeiros residentes, quando visivelmente a intenção do Legislador foi comprehender, como devia, todos os estrangeiros existentes, permanente, temporaria, ou transitoriamente, no mesmo territorio.

Alem disso, cumpre advertir, que a disposição deste §. constitue uma regra geral applicavel, em todos os casos, em que o Cod. não tenha especialmente contemplado o crime commettido por estrangeiros ; taes são os dos Art. 130.º, §. 1.º ; 150.º, e 151.º : 156.º §. un. ; e, em geral, sobre substituição de penas maiores temporarias, conforme ao Art. 76.º : ou, mesmo, a respeito dos crimes commettidos contra estrangeiros, como nos casos dos Art. 159.º, e 212.º

ARTIGO 27.º

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

O Art. 30.º do Cod. d'Austr. diz :

« Les délits commis par un sujet de nos États dans un « État étranger seront également punis, à son retour, selon les « dispositions du présent Code, sans égard aux lois du pays « où ils ont été commis. »

Esta disposição, porém, nos termos absolutos, em que se acha redigida, fêre o principio estabelecido no §. antecedente, por isso que o imperio de cada nação se amplia a todos os factos praticados no seu territorio, e póde, por tanto, a competencia, que assumimos, prejudicar os direitos de soberania, que tem as outras nações, de punir ellas mesmas, os factos criminosos, que commetterem subditos portuguezes.

Offende mais o mesmo principio, com quanto limita a aos crimes, commettidos contra a segurança interior e exterior do Estado, e aos de falsificação enunciados. Todas as nações podem, e devem, punir os crimes moraes, commettidos no seu territorio, quando delles resulte damno social, posto que esse damno se verifique fora do mesmo territorio.

Tanto a justiça, como a politica, assim o prescrevem ; e do dever lhes resulta o direito.

Este dever e direito correlativo, é tanto maior, quanto mais graves são esses delictos, como se verifica nos de que se trata. Nenhuma nação deve consentir, que no seu territorio se pratiquem actos, que possam prejudicar, ou offender, as outras nações, tão directamente, como estes são, em relação á sua segurança, interna ou externa, ou ao seu credito publico.

Logo este n.º é insustentavel, nos termos geraes, em que é concebido.

A sua doutrina sómente seria admissivel, dada uma de duas circumstancias: 1.ª de haver tractado, que assim o declare e authorise, em relação á nação, em cujo territorio se commetteu o crime: 2.ª de não ter ahí sido processado, e julgado, ou punido, sendo condemnado.

E, por tanto, *sempre, como excepção* a uma regra geral em contrario.

A 1.ª, como objecto especial de tractados, não pretencia ao Cod. Pen.: a 2.ª, só poderia dar logar a uma disposição supplementar, ou subsidiaria.

Tal deveria ser a redacção deste n.º 2.º, precisamente nos termos do n.º 4.º deste mesmo Art. « sendo (o delinquente) « achado neste reino, e não tendo sido punido no paiz, em « que commetteu a crime. »

Era esta uma declaração necessaria, e, se assim foi reputada na hypothese do n.º 4.º, é inconveniente a omissão neste n.º 2.º, por isso que se póde concluir, que o Cod. Pen. não toma em conta as penás já impostas pelas tribunaes estrangeiros.

Teremos assim authorisado o conflicto resultante da offensa de deveres, e direitos internacionaes, e o absurdo do — *bis in idem*.

Não é porém só esta a grave omissão do Cod. Tendo-se feito cargo de muitas disposições relativas a processo, a execução, e a prescripção sobre crimes, quando assim se teve por util, ou necessario, cumpria que aqui se declarasse, quando devia instaurar-se o processo crime. Se devia esperar-se pela volta do criminoso; *à son retour*, como determina o Cod. d'Austr. no cit. Art. 30.º, ou, se devia proceder-se logo, como em processo de ausentes, e, neste segundo caso, se bastava a citação edital, e a nomeação de um defensor, *ou curador ad litem*, ou se devia mandar-se, sendo possivel, intimar o mesmo criminoso pessoalmente na sua residencia, sendo em logar certo; ou, finalmente, se deveria requisitar-se do respectivo governo, a extradicação do delinquente?

E certo que no Cod. d'Instr. Cr. Fr., Art. 5.º, se encontra o seguinte:

« Tout français, qui se sera rendu coupable, hors du territoire de France, d'un crime attentatoire à la sûreté de l'État, de contrefaçon du sceau de l'État, de monayes na-

« tionales ayant cours, de papiers nationaux, de billets de banque autorisés par loi, pourra être poursuivi, jugé et puni en France, d'après les dispositions des lois françaises. »

Assim, nota Rogron; foi derogada o Art. 11.º do Cod. Brum., anno 4.º, que exigia, como exige, o Cod. Cr., de Austr., a volta do delinquente ao paiz. O novo Cod. de Instr. Cr. teve em vista, que a perseguição de tales crimes não devia ficar subordinada a esse acontecimento, que podia nunca ter logar, por que o delinquente sabendo bem a sorte, que o espera, se guardaria bem de regressar ao seu paiz.

Mas o nosso Cod. neste n.º, omitindo as palavras — *pourra être poursuivi et puni* — assim como as do Cod. d'Austr. — *à son retour*, — deixa este ponto essencial na maior obscuridade.

Todavia, no silencio do Cod. a semélhante respeito, entendemos, que será prudente observar a disposição do Art. 886.º da dita Ref., determinando, que « aquella sómnia será « dada perante o juiz do julgado; em que o crime ~~for~~ « mettido, ou o réo ~~fôr~~ achado. »

O novo Cod. da Pruss. Art. 4.º, n.º 2.º, tambem admittie a sua applicação aos nacionaes, que, em paiz estrangeiro, commetterem, contra a Prussia, crimes de lesa magestade, alta traição, ou monetarios, mas, como o Cod. de Instr. Cr. Fr. no cit. Art. 5.º, fez essa disposição, *facultativa*, em logar de *preceptiva*: o que livra dos inconvenientes, que podem seguir-se, de arder o culpado em dois fogos, no paiz em que commetteu o crime, e no seu proprio paiz.

O nosso §., sendo *preceptivo*, como se hade combinar a execução de duas condemnações simultaneas? Se o culpado fôr apprehendido no paiz estrangeiro, e ahí tambem processado, e punido, hade, se voltar ao Reino, soffrer todo o peso de outra condemnação, ou hade a sentença ficar sem execução, se a pena soffrida fôr equivalente ou mais grave? Se o rigór da condemnação estrangeira fôr menor, hade o criminoso soffrer o resto da pena? E como, por quem, e por que regras, se hade fazer a redução, quando as penalidades das duas condemnações forem diversas, na sua intensidade e qualidade, posto que menores, ou maiores, na duração?

Quanto aos subditos portuguezes, que, estando antes de declaração de guerra, ao serviço de uma nação inimiga, con-

tinuarm a servil-a, foi removida a difficuldade; pois que, no Art. 147.^o, se lhes commina sómente a expulsão do Reino, em que já se constituíram, o que torna inutil e impossivel a execução da pena, como notámos ao Art. 29.^o, n.^o 5.^o

Além do que temos dito, se nos offerece a notar: 1.^o que, na conformidade deste n.^o, os portuguezes, que em territorio estrangeiro, falsificarem sellos publicos, moedas, papeis de credito, ou notas do banco, estrangeiros, não são punidos, segundo as disposições do Cod.

A restricção é expressa, quanto a *moedas*, e a *notas de bancos*, e o simples emprego da palavra, *publicas*, appropriada a *sellos* e a *papeis de credito*, não pôde, sem absurdo, tomar-se em sentido comprehensivo de *taes sellos*, quando *estrangeiros*, porque seria incompativel com a mesma restricção, quanto a *moedas* e a *notas dos bancos*.

2.^o que seria de moralidade e de conveniencia politica, que a referida restricção, applicada a moedas e a notas, fosse eliminada, e se redigisse o presente n.^o de modo, que comprehendesse, tanto estes crimes contra Portugal, como contra as outras nações.

Esta redacção poderia ser feita nos seguintes termos:

« 2.^a aos portuguezes que, fóra dos mesmos dominios, commetterem crimes contra a segurança interior ou exterior, do Estado, ou de Nações alliadas, falsificação de sellos, de moedas, de papeis de credito publico, ou de notas de quaisquer bancos, authorisados por lei, portugueza ou estrangeira.»

Assim se teria precedido coherentemente com a disposição preventiva do Art. 148.^o; e especialmente, quanto á falsificação da moeda, com o Art. 212.^o; e se imitaria, em parte, o disposto no Art. 3.^o do citado Cod. da Prus., a que vamos referir-nos mais extensamente em o n.^o 4.^o do presente Art.

ARTIGO 27.^o

3.^o Aos estrangeiros que commetterem qualquer destes crimes, uma vez que compareçam em territorio portuguez, ou se possa obter a entrega delles;

Este n.^o 3.^o revelá-nos completamente, qual foi o pensamento do Cod. no n.^o antecedente, assim como a fonte da determinação de ambos os n.^{os}

O Cod. d'Aust. explica-se, no Art. 32.^o da dita P. 1.^a, nos seg. termos:

« Si un étranger a commis un délit hors de nos États « contre la Constitution, ou en ce qui concerne les billets « de crédit public ou la monnaie de nos États, il est traité « comme un sujet, et selon la présente loi. »

O Cod. d'Aust. estabeleceu, como regra, que sómente os subditos daquelle paiz ficavam sujeitos ás disposições do mesmo Cod., a respeito dos delictos por elles commettidos em territorio estrangeiro, e, como excepção, que os estrangeiros lhe ficavam, sujeitos quanto aos crimes, de que especialmente tractou no eit. Art. 32.^o.

Mas o nosso Cod. Pen., assim como as leis do Reino, não regem, não são conhecidas, senão por meio da sua promulgação. E expresso no Art. 1.^o da Lei de 9 de Outubro de 1841, que ellas não obrigam, senão nos dominios portuguezes, passado certo praso, a contar do momento dessa promulgação.

Logo, se o Cod. Pen. não teve promulgação fóra do paiz, se não começou a obrigar fóra do paiz, como é que pôde comprehender factos e pessoas de fóra do paiz?

Se é pelo facto da entrada do estrangeiro no territorio portuguez, que se entende fazer elle a sua submissão ás leis do Reino, ás leis de policia e de segurança publica, como é que a essa submissão se pôdem dar effeitos retroactivos, para abranger factos, não só anteriores a ella, mas até praticados em territorio alheio? Não fica assim directamente violado o principio consignado na Carta, Art. 145.^o, §. 2.^o?

Que se hade replicar ao estrangeiro, quando invocar o Direito universal das nações, o Art. 1.º da Carta de Lei de 9 de outubro de 1841, e o Art. 145.º §. 2.º da Carta?

Hade responder-se-lhe com o — *dura lex, sed lex* — produzindo-se-lhe esta determinação do Cod. Penal?

É certo que o Cod. d'Instr. Cr. Fr., no Art. 6.º contém uma disposição semelhante á deste n.º, nas palavras:

« Cette disposition pourra être étendue aux étrangers qui, auteurs ou complices des mêmes crimes, seraient arrêtés en France, où dont le gouvernement obtiendrait l'extradition. »

Mas nós offerecemos contra ella as ponderações, que acabámos de fazer. « É possível, (exclama Beccaria) que um homem habite um paiz, e fique sujeito ás leis de outro? que as suas acções estejam ao mesmo tempo subordinadas a duas legislações, e a duas legislações, muitas vezes, contradictórias? »

« Assim tem havido a coragem de se dizer, que um criminoso commettido em Constantinopla podia ser punido em Paris, pela razão de que o individuo, que offende uma sociedade humana, merece ter a todos os homens por inimigos, e deve ser o objecto da execração universal. »

« Entre tanto (continua elle) um crime não deve ser punido senão no paiz, em que foi commettido; porque é lá unicamente, e não em outro lugar, que os homens são forçados a reparar; pelo exemplo da pena, os funestos effeitos, que póde produzir o exemplo do crime. »⁴

Tudo isto pelo que pretende ao processo de accusação, promovida contra um estrangeiro, que é achado no reino, depois de no seu paiz ter commettido algum dos attentados, de que agora se tracta; pois que, se tem lugar em consequencia de *extradicação*, agrava-se a immoralidade desse processo, porque a submissão ás leis penaes do reino, não assenta então em facto algum voluntario, nem mesmo com o effeito retroactivo, que acabámos de combater. O estrangeiro viria responder aos nossos tribunaes, por um acto de mera força, arrastado aos seus juizes naturaes, para ser julgado pelos

Esta razão, porém, do insigne criminalista, não é a que nos convence da procedencia da sua conclusão. O direito exclusivo de punir os subditos em cada nação vem, não da necessidade do exemplo no lugar do delicto, mas do dever exclusivo, e, por tanto, do poder correlativo, inherente á soberania, de curar todos os membros do corpo social, affectados da doença moral do crime.

seus inimigos, e punido por leis que não conhece, e que nem podia legalmente conhecer!

Isto não póde ser. Não é possível moral, nem que nós nos arrojemos a pedir a qualquer nação a *extradicação* de estrangeiros, nas circumstancias, que se figuram, nem que haja, no estado actual da civilisação, um povo, que accedesse, ao nosso pedido, entregando ás feras, ao alfauge do nosso algoz, ou á justiça, generosidade, ou indulgencia de nossos tribunaes, um de seus concidadãos.

Sem duvida, que a supressão do direito de asylo teve, por consequencia necessaria, fazer reconhecer na Europa o poder da *extradicação*, antes contestado e subordinado a vontades arbitrarías: — mas tambem é certo, que este direito internacional soffre hoje duas grandes limitações, uma quanto á *extradicação activa* dos nacionaes, e outra quanto á *extradicação passiva* dos estrangeiros.

Pelo que toca á *extradicação activa dos nacionaes*, é principio, é facto, hoje seguido entre povos cultos, que não deve ter lugar, para punição de crimes políticos. Assim o proclamou o governo francez nas Instr. de 5 de abril de 1841 §. 2.º

« Les crimes politiques s'accomplissent dans des circonstances si difficiles à apprecier, ils naissent de passions si ardentes, qui sont souvent leur excuse, que la France maintient en principe que l'extradition ne doit pas avoir lieu pour fait politique. »

Nesta conformidade todos os tractados, concluidos depois pela França, contém a seguinte regra:

« Les crimes et délits politiques sont exceptés de la pré-sente convention. Il est expressément stipulé que l'individu, dont l'extradition aura été accordée, ne pourra être, dans aucun cas, poursuivi ou puni pour aucun délit politique antérieur à l'extradition ou pour aucun fait connexe à un semblable délit. »

E, no mesmo sentido, as leis modernas sobre refugiados politicos, regulando os poderes do governo, quanto ás medidas extraordinarias de policia, não lhe permite mandal-os sair do territorio francez, senão quando se recusam a residir no lugar, que lhes é designado, ou quando a sua presença seja susceptivel de perturbar a ordem e tranquillidade publica.

É expresso este preceito nas leis de 21 de Abril de 1822,

1.º de Maio de 1834, 24 de Julho de 1836, 3 de Julho de 1846, 20 de Novembro e 3 de Dezembro de 1849.

Pelo que toca á *extradição passiva dos estrangeiros*, é inadmissivel, em todos os casos, pela legislação moderna.

Encontram-se disposições positivas, a semelhança respeito, na Constituição do Gr.-Ducado de Bade, §. 13.º e 15.º; e na do Ducado de Brunswick. Art. 206.º; em uma ordenança do rei do Hanover de 26 de Fevereiro de 1822; no Cod. da Baviera, Art. 30.º; nos dos Ducados d'Oldembourg Art.º 30.º; e do Wurtemberg, Art. 6.º; nos tractados de França com a Belgica, com a Sardenha, com as Duas Sicilias, com a Prussia, com a Baviera, ect.

O Governo Francez declarou solemnemente, que nunca, e por caso algum, se entregariam nacionaes a uma potencia estrangeira, já na dita Instr. circular de 5 de Abril de 1841, já nos relatorios apresentados, em 19 de Fevereiro de 1842 e 6 de Fevereiro de 1843, á camara dos Deputados e Pares, *sobre a revisão do Art. 7.º do Cod. de Instr. Cr. Franc.*

Esta declaração foi feita em termos absolutos, sem a menor distincção, quer se trate de crimes commettidos contra um governo estrangeiro, quer de crimes commettidos contra algum dos subditos desse Governo. ¹

As palavras, por tanto, deste nosso n.º 3.º — *ou se possa obter a entrega delles* — copiadas, do Art. 6.º do Cod. de Instr. Cr. Fr. — *ou dont le gouvernement obtiendrait l'extradition* — são insustentaveis, e muito lamentámos, que se achem escriptas neste logar

Estamos certos de que não haveria entre nós um só ministro, que ousasse entregar á disposição do estrangeiro um subdito portuguez, em rasão de crimes commettidos nos dominios portuguezes, embora sejam praticados contra o governo, ou subditos estrangeiros. Não se encontraria na legislação patria uma lei, que assim o authorisasse.

E se isto é assim, a honra e a moral das nações póde consentir-nos, que reclamemos dellas aquillo mesmo, que, dada uma igualdade de circumstancias, lhes não poderíamos outorgar ou conceder?!!

Além disso, para que a extradição dos criminosos, sem

¹ Vid. Morin, Repert. de Jur. Crim. á pal. extradition.

distincção de nacionaes e de estrangeiros, podesse ter logar por consenso unanime dos povos, seria necessario, que podesse realizar-se o pensamento de Beccaria, tornando-se uniformes por toda a parte do mundo, a legislação, os costumes, a religião, as penas, os tribunaes, a civilisação, a confederação, em fim, universal, que transformasse o mundo em uma só nação.

Mas estamos longe, e muito longe, desse *desideratum*, se elle é possível!

No Cod. Pen. d'Anstr., Art. 33.º e 34.º da Part. 1.ª, e no Art. 1.º do Append. a essa Part., se providencia sobre crimes offensivos ao paiz ou subditos austriacos, mas commettidos em paiz estranho, não sendo os crimes dos especialmente enunciados, no Art. 32.º, a que corresponde este n.º 3.º do nosso Art.

Determina a esse respeito, 1.º que esse delinquente estrangeiro seja preso, e que promptamente se tomem medidas, para, de accordo com o respectivo governo, se lhe fazer a extradição; 2.º que, se esse Estado se recusar a receber o seu malfetor, seja então este processado, segundo as regras geraes do processo criminal; 3.º que, se as leis do logar, em que foi commettido o delicto, *forem menos fortes, que as do Cod.*, sejam aquellas, e não estas, applicadas; 4.º que, em todo o caso, a sentença pronuncie o banimento depois de cumprida a pena.

Escusámos occupar-nos da refutação destas disposições, porque não foram adoptadas em o nosso Cod.

O mod. Cod. da Prus., cit. Art. 4.º n.º 1.º, concorda com este nosso n.º 3.º, mas sempre dependente da clausula de não haver sido o estrangeiro punido no paiz, a que pertence.

Esta clausula, que se encontra em o n.º seguinte, e que não sabemos a rasão, porque foi omitida em o presente n.º, não justifica a disposição; porque as offensas reciprocas, entre as nações, ou seus membros, devem ser previstas nas leis de cada uma dellas; e punidas pelos seus tribunaes exclusivamente.

Nenhuma tem, repetimos, o *direito de corrigir* pela punição *em subdito alheio* o crime, que este commetteu *em territorio estranho*.

Se a nação, a que pertence o estrangeiro, o não puniu, a nação offendida tem direito a pedir satisfação, e justiça, ou a

emenda nas leis, se ellas não previnem o crime, ou, em fim, a celebrar tractados, em boa paz e reciprocidade, que regulem para o futuro.

Por estas mesmas convenções, não entregámos nós á Hespanha os réos nacionaes, que tenham naquelle paiz commettido algum crime. Cada uma das nações se reserva o direito de exclusivamente processar e punir os crimes commettidos no seu territorio. Assim tem sido declarado por diversas portarias.¹

No mesmo sentido, e mais em harmonia com os principios de Direito internacional sobre extradicação de criminosos, temos tractados especiaes com a França, com a Belgica, e com os Paizes Baixos, celebrados depois da publicação do Cod. Pen.

Em especial, mas restrictamente, quanto a crimes monetarios, acaba de ser celebrado um com o Brazil.

Em todos depende o direito a reclamar a extradicação; 1.º de que o delicto seja praticado no territorio da nação reclamante; 2.º de ser o reclamado subdito da mesma nação.

Se o criminoso reclamado não fôr um de nossos concidadãos, mas de um terceiro Estado, o governo, de quem se reclama a extradicação, tem ainda o direito, não só de a suspender, até ser consultado o governo desse Estado, mas mesmo de a recusar.

Todos estes principios são proclamados e sancionados nas leis de 5 de Agosto de 1854, e de 16 de Maio de 1855.

Já se vê, por tanto, que este n.º não pôde ter execução alguma, nem pelo lado dos principios, nem pelos do Direito internacional, geral, ou especial.

¹ Cit. pelo sr. Neto, um dos illustres collaboradores do Cod., Nota 3.ª ao §. un. Art. 862.º da Ref. Jud.

ARTIGO 27.º

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

Aqui temos, pois, restabelecida a regra do Cod. d'Austr., cit. Art. 30.º, com as modificações do Cod. de Instr. Cr. Fr. Art. 7.º, que para este nosso n.º 4.º se traduziram, mas não fielmente:

« Tout Français qui se sera rendu coupable, hors du territoire du royaume d'un crime contre un Français, pourra, à son retour en France, y être poursuivi et jugé, s'il n'a pas été poursuivi et jugé en pays étranger, et si le Français offensé rend plainte contre lui. »

Dissémos, que a traducção não foi fiel, por isso que o nosso Cod. fez um *preceito*, ou um *dever*, de uma disposição, que no Cod. Fr. é meramente *facultativa*, como se manifesta da palavra — *pourra*.

Assim o entende, não só em relação a este Art. 7.º, mas, ao 5.º e 6.º, do mesmo Cod., o seu commentador Rogron, resultando desta expressão, que a acção criminal, em todos estes casos, é subordinada ás circumstancias, que ao governo compete apreciar, e de que depende, consequentemente, promover, ou não promover, o Ministério Publico, o respectivo processo.

Mas, apesar do correctivo, a doutrina é má, é vieiosa, carece de ser emendada; assim se propoz pelo Ministro Francez, em ambas as camaras; como fica indicado; e nós aproveitámos essa mesma doutrina, convertendo a *faculdade* em *preceito*, e despidindo assim a determinação daquillo, que a neutralisava, e tornava inefficaz?

Se nós reconhecemos, no n.º 1.º deste nosso Art., que as disposições do Cod. Pen. são applicaveis aos estrangeiros re-

sidentes no nosso paiz; e se assim não podemos querer, que os portuguezes residentes em paiz estrangeiro não fiquem sujeitos ás leis desse paiz; e, consequentemente, aos seus tribunaes para o julgamento dos crimes, que commetterem nos respectivos territorios; não podemos querer, senão excepcionalmente, e com a maior reserva, que as nossas leis, e tribunaes funcionem a respeito dos portuguezes, *estrangeirados*, permitta-se-nos a expressão, em rasão dos factos, que praticaram fóra dos dominios portuguezes, e da submissão a outras leis, as *unicas*, em these geral, applicaveis a esses factos.

Não é possível, continuaremos a dizer com *Beccaria*, não é possível, que um homem habite um paiz e fique sempre sujeito ás leis de outro paiz; não é possível, que as acções desse homem fiquem sujeitas a dois soberanos e a duas legislações diversas, e até muitas vezes, contradictorias.

A excepção a esta regra deve ser concebida em termos taes, que remova toda a violação de principios, e todas as difficuldades, resultantes da variedade das leis criminaes entre os diversos povos do mundo.

Crimes moraes são incriminados em uns Cod., e em outros não; factos moralmente innocentes são prohibidos em uns logares, em quanto em outros as leis os permitem; em uns paizes as penas são gravissimas, são corporaes, afflictivas, pelo mesmo crime, e, em outros, são apenas esses mesmos factos considerados, como as simples contrações, e punidos com leves correções ou admoestações.

O Cod. Pen. d'Austr., lutando com estas difficuldades, quiz, pelo menos, que os tribunaes austriacos, na collisão das leis indigenas com as estrangeiras, applicassem estas aos delinquentes, se forem menos severas. Mas, admittida a possibilidade excepcional do processo, e do juizo nacional sobre crime praticado em paiz estrangeiro, a consequencia é a applicação, tambem excepcional, das leis nacionaes, as *unicas*, que os juizes podem, e devem, como juizes, conhecer.

Se, pois, a hypothese deste nosso n.º 4.º, significada pelas palavras — *não tendo sido punido no paiz em que commetteu o crime* — se verificar por ausencia de lei penal, ou porque a accusação dependia de queixa da parte offendida, e ella se não verificou, ou porque, em lugar de pena crime, correspondente ás leis do Reino, ou segundo o presente Cod., foi o facto punido ligeiramente, hade ser admissivel entre nós a querella?

O Cod. de Instr. Cr. Fr., quanto a esta ultima difficuldade, exprimindo-se pelas palavras — *s'il n'a pas été poursuivi et jugé*, — removia a duvida, por que bastava a prova de que tinha havido *processo e sentença*, e embora ella fosse de absolvição, e qualquer que fosse o fundamento do julgado, ou a quantidade da condemnação.

Mas traduzindo-se aquellas palavras pelas de — *não tendo sido punido* — excluem estas, não só a sentença condemnatoria, quando a *punição* não tenha sido effectiva, mas até a sentença absolutoria, por fórma, que o subdito portuguez, que pôde evadir-se legal, ou illegalmente, á execução da pena, no todo ou em parte, tem de ser reprocessado entre nós?

Assim, pois, fica violada a maxima de — *non bis in idem* — ou, é preciso confessar, que muito mal, como fica notado, se traduziu o Art. do Cod. de Instr. Fr. — Inclina-mo-nos a esta segunda parte da alternativa, por que nas leis, mesmo duras, se deve evitar de dois males o menor, suppondo-se de dois absurdos o menos grave.

Por esta rasão entendemos, que quando o culpado não foi punido, ou porque o delinquento não foi condemnado, tendo sido processado, ou ainda quando foi perdoado pelo respectivo soberano, não tem applicação o que se dispõe neste n.º

Estabelecido um principio, incontestavel, verdadeiro, qual é o do Art., em o n.º 1.º, tudo quanto, sem rasão especial, fundada, se estabelece com aberração d'elle, em os n.ºs 2.º, 3.º, e 4.º, constitue outras tantas violações do mesmo principio.

Accresce, que a coincidencia de serem portuguezes, offensor e offendido, não faz nascer para uma nação o direito de punir, nem legitima, antes condemna, a disposição excepcional, por que esse direito é exclusivo em todas as nações, a respeito dos crimes, que se commettem em seus territorios, com abstracção da nacionalidade, dos authores, ou das victimas, do crime; e a excepção demonstra, não o cumprimento do dever social em corrigir um culpado, mas o de satisfazer pela *vindicta publica á vindicta privada*, que reclama o auxilio da Justiça social.

O Cod. da Prus., cit. Art. 4.º, n.º 3.º, tambem authorisa o processo e castigo de um prussiano por um crime, ou delicto, commettido em paiz estrangeiro, nos seguintes termos.

« Póde ser processado e punido na Prússia, conforme ás leis criminaes prussianas... um prussiano, que em paiz estrangeiro commette um facto punivel, que tambem o seja pela lei do paiz, em que foi praticado. O processo e o castigo, porém, não tem lugar, se o facto foi julgado legalmente pelos tribunaes estrangeiros e se o castigo teve execução, ou foi perdoado por graça. As infrações commettidas em paiz estrangeiro não devem ser punidas na Prússia, sem expressa determinação especial da Lei, ou por tractados. »

Assim parece concordar com a disposição deste nosso n.º

Mas discorda, essencialmente, em quanto comprehende os crimes cometidos pelo prussiano, sem a restricção de o serem contra outro prussiano.

O nosso n.º, presta, porém, protecção a portuguezes, mesmo em alheio territorio, mas tolera, deixa impune sem correção, nem emenda, o mesmo perverso, se a sua victima foi um estrangeiro. Um portuguez assassina na Prússia um portuguez : e, se lá não foi punido, sel-o-ha em Portugal, se cá fór achado. Assassina, porém, ali um prussiano, ou um francez, um inglez, etc. ; e póde então voltar livremente para entre nós, que não poderá ser aqui processado, nem punido.

Discorda mais, essencialmente, em quanto não torna dependente a punição do nacional, da queixa do offendido, repellido essa condição, legislada no Art. 7.º, do Cod. de Instr. Cr. Fr., que este nosso n.º copeou. Esta exigencia agrava o absurdo da hypothese figurada, por que na Prússia persegue-se o delinquente, quer a parte se queixe, quer não. Entre nós, embora o proprio offendido, prussiano, ou o seu governo, se queixe, não podem os nossos tribunaes processa-lo, sem violação da Lei !

Discorda, finalmente, em quanto exige, que o facto, em si mesmo, seja incriminado pelas Leis dos dois paizes. Nós não curámos saber, a respeito do crime commettido na Prússia, quaes são as leis criminaes respectivas, nem se ellas existem. Embora o facto não seja crime na Prússia, aonde tete lugar, basta que seja punivel pelas leis portuguezas !

E pois, a nosso vêr, sem contestação, preferivel esta disposição do Cod. da Prus., porque remove todas as difficuldades, concilia todos os principios.

Abstem-se de punir, o que já foi punido ou perdoado em paiz estrangeiro ; e, se não applica a lei penal do paiz

estrangeiro, é por que a não reconhece, para uso dos tribunaes prussianos.

Porque um subdito da Prússia commetteu um crime fóra do seu territorio, não deixou, por isso de manifestar o estado de *doença moral*, que o Estado tem obrigação, e o direito, por tanto, de curar, applicando-lhe aquelle remedio, em que legalmente acredita, como appropriado. O receituario estranho póde ser vicioso, por excesso, por diminuição, ou por inadequado.

Todavia, por esta mesma razão, se o facto é considerado crime pelas leis portuguezas, e não fór punido no paiz estranho, em que o crime se commetteu, por faltar ali lei penal, admittida a hypothese excepcional, não póde esta circumstancia obstar ao cumprimento da presente disposição.

Assim, por ex., nos casos de *duello*, suppondo-se que os *duellistas*, ambos nacionaes, achando-se em territorio, em que o facto é tolerado, ali se batem, não poderão evadir-se ao processo e pena, segundo o Cod., uma vez que o offensor seja depois achado neste reino, e haja requerimento de parte offendida.

ARTIGO 27.º

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

Não declara este n.º o que, aos olhos da lei penal, se deve entender *por mar alto*. A significação *communis* é de que, *mar alto* se entende aquelle, que fica fóra do alcance das baterias e canhões dos diversos Estados.¹ O mar intermedio confinante o fronteiro, como accessorio desses mesmos Estados, se reputa ser do seu dominio, fazer parte do seu territorio.

Posto isto, se o crime fôr commettido neste mar, mas *não alto*, a que penas fica sujeito?

O Cod. é omisso. Se o mar é *não alto*, mas territorial, porque sómente banha as costas do reino dentro dos limites, que o Direito das Gentes tem assignalado, não ha duvida alguma, que é applicavel ao crime o Cod. Pen.; mas se o mar banha as costas de paiz estranho, fica existindo a duvida, se a punição pretence a esse paiz, no caso de se destinar o navio a algum dos portos d'elle, e muito principalmente quando o aggressor, ou aggreddido, ou ambos, forem subditos dessa nação.

O *mar alto*, é como uma grande estrada, que liga as nações de um a outro pólo: nenhuma nação tem o dominio desse mar: todas são, porém, simplesmente usufructuarias, sem partilha, nem divisão.

Cada navio faz parte da respectiva propriedade nacional, como se fosse, que na realidade é, um edificio, construido

¹ A regra de Direito das Gentes é de que: — «*terra potestas finitur ubi finitur armorum vis.*» Depois da introdução das armas de fogo, a distancia do mar territorial tem, ordinariamente, sido considerada, como de tres milhas. Wheaton, tom. 1.º pag. 169.

no territorio, a que pertence, só com a differença, que uma casa é fixa, em quanto este é movel, servindo, não só de *habitação* provisoria, mas de *armazem*, e meio de transporte.

Efectivamente no mod. Cod. Pen. da Prus., §. 221.º, expressamente se declara, que devem ser considerados como edificios habitados — os navios e barcos habitaveis; — e no Dec. de 26 de Outubro de 1836 são, para effeitos hypothecarios, considerados, como *predios*.

Logo, em *regra geral*, os crimes, commettidos a bordo de um navio nacional, são, como se o fossem em edificio portuguez. — A differença está, em que, sendo o navio, por sua mesma natureza e fins, a que se destina, susceptivel de transitar, sobre *mar não alto*, pertencente ao *territorio* de outras nações, ou de nelle se *fixar* temporariamente, fica precisamente nas circumstancias do *individuo* estrangeiro, em quanto transita ou reside, ou do edificio de pedra e cal, construido em *territorio* estrangeiro.

A *regra geral* subsiste no *mar alto*, porque sendo *neutro*, pelo facto da *occupação* pelo navio, no *momento do crime*, excluidas as mais nações, que o não occupavam nesse momento, tornou-se esse mar do dominio nacional com relação ao facto criminoso, qualquer que seja a nacionalidade dos delinquentes.

Mas, pelo que pertence á *excepção*, em rasão do *transito*, ou da *ancoragem*, em *mar não alto*, ou *territorial*, se a jurisdicção não foi preventa pela nação respectiva, nem apprehendidos os respectivos criminosos: restabelece-se o *direito* de punir em favor da nação, a que pertencerem os *offensores*, assim como, o *direito* de reclamar da mesma nação a *satisfação do danno e punição*, em favor da nação, a que pertencerem os *offendidos*.

Se os *offensores* não poderam, ou não chegaram a ser punidos, pela nação a que pertencia o *mar territorial*, não ficam sendo por isso menos subditos da sua nação, nem esta desligada da *obrigação*, de que lhe provem o *direito*, de os curar da sua *enfermidade moral*, manifestada pelo crime, nem os póde mais reconhecer, no pleno gozo dos seus direitos civis e politicos, sem a indispensavel *rehabilitação*: — se os *offendidos* são estrangeiros, não fica por isso a sua nação menos *obrigada* a exercer o *direito de protecção*, que a todos os seus membros deve prestar, em tanto quanto lhe fôr possível.

Quanto aos crimes commettidos no *alto mar* — *en pleine mer* — o Cod. adoptou, neste n.º, a doutrina de Vattel ¹ e outros publicistas de Direito internacional, segundo o qual, todo o navio, em *mar alto*, se finge estar n'uma prolongação, ou, antes ser, uma prolongação do territorio, a que pertence.

Mas é inutil recorrer a ficções, quando, em vista de principios claros e positivos, se demonstra a justiça de semelhante disposição. O *mar alto* tornou-se *territorial* em relação ao crime, que aliás foi tãobem praticado em *edificio nacional*; os delinquentes, por tanto, estão sujeitos ás leis portuguezas, mesmo quando *estrangeiros*, pelos fundamentos, que justificam a disposição do n.º 1.º do Art. O navio pôde, ainda, no *mar alto*, ser comparado, sem ficção alguma, a uma *povoação* portugueza, por se compôr de individuos portuguezes, quer também de estrangeiros.

É, porém, de notar, que este n.º não distingue, como cumpria, os navios mercantes, ou particulares, dos de guerra, ou de Estado. Aqui não tem inconveniente semelhante confusão; mas ella continúa em o n.º seguinte, onde a distincção era essencial.

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

Os portos e mares territoriaes, são do dominio das respectivas nações. Fazem parte integrante do seu territorio.

A Ord. Liv. 2.º tit. 26.º §. 9.º onumerava entre os *direitos reaes*, o dominio dos portos de *mar onde os navios costumam ancorar*. No recinto de um estado não ha cousa alguma *nullius*, nem mesmo aquellas, que não estão naturalmente occupadas, porque todas, como *accessorias do territorio*, em que se contém, pertencem ao mesmo povo, como pessoa moral dominante, e occupante pelo titulo de occupação *per universalitatem*. ¹

O Decr. de 18 de Agosto de 1832, abolindo a denominação e natureza dos direitos reaes, enumera, contudo, os portos, canaes, rios navegaveis, como bens da nação, tomada *collectivamente*

« Les ports, et les havres, (diz ainda Vattel, Droit des « Gens), sont encore manifestement une dépendance, et une « partie même du pays, et par conséquent ils appartiennent « en propre à la nation. On peut leur appliquer, quant aux « effets du domaine et de l'empire, tout ce qui se dit de la « terre même. »

Se, pois, se deve applicar aos portos do mar todos os effeitos do imperio de cada uma das nações, os delictos, commettidos por estrangeiros nos nossos portos, estão sujeitos, na falta de tractado, que regule o contrario, ás disposições do Cod. Pen., pelo fundamento da regra, estabelecida no n.º 1.º deste Art., e, senão nos pôde ser contestado o direito, e o dever, de punir em taes circumstancias, menos o

¹ Droit des gens, tom 2.º, cap. 7.º §. 801.º, e tom 1.º cap. 19.º §. 216.º — Wheaton, Dr. Intern. tom. cit. pag. 134.

¹ Gand, Cod. des Étrangers, n.º 98.º, 99.º e 100.º, publ. em 1853.

podemos nós estabelecer em contrario, legislando para delictos commettidos em portos estrangeiros. Offenderiamos assim o imperio das outras nações, cuja independencia deve ser reciprocamente acatada e mantida.

Este é, desde muito, o Direito reconhecido em França, como se vê do Decreto Regulamentar de 12 de Novembro de 1806, distinguindo, entre delictos especiaes da marinha, da competencia dos *tribunaes maritimos*, e os mais delictos communs, da competencia dos *tribunaes ordinarios*.

« Dans le cas où les délits commis dans les ports et arsenaux, ne seront relatifs, ni à la sureté des dits ports et au service maritime, les prévenus seront renvoyés devant les tribunaux qui en doivent connaître. »

A comprehensão dentro dos limites do territorio nacional firma a applicação do Direito penal. Que seja commettido a bordo de um navio, dentro de uma lancha, de uma carruagem, ou de outro meio de transporte, nada disso deve influir, para modificar, ou ampliar, esse Direito. Menos ainda devem, em these, modificar a applicação do mesmo Direito, as circumstancias tiradas da nacionalidade das pessoas dos offensores, ou offendidos.

Se o pavilhão portuguez, em porto estrangeiro, não cobre os delinquentes estrangeiros, a bordo do navio portuguez, senão cobre ainda os delinquentes portuguezes, quando os offendidos forem estrangeiros; nenhuma rasão solida pôde dar-se, para que, se uns e outros forem portuguezes, seja um navio, mesmo mercante, uma especie de isempto ou de couro, em que não vigorem as leis penaes, e de processo crime, das nações respectivas aos portos, em que entra, de que sahe, ou em que se ache ancorado.

Em logar de um, são muitos estrangeiros, que visitam em commum no mesmo vehiculo uma nação, viajando, e estando, temporariamente, em seu territorio.

Por tanto, a doutrina *literal* deste n.º 6.º é insustentavel, é mesmo antinomica com o que se estabelece no n.º 1.º, e para ser exequivel, seria preciso que fosse admittida, com a mesma restricção, expressa em o n.º 4.º, qual a de não ter o agente sido punido, no paiz em que se commetteu o crime, para assim se resalvar o Direito internacional, que o Cod. Pen. não podia modificar; e, para se não cahir no absurdo do — *bis in idem* — e que nem pôde justificar-se com a *ficção*, que serve de base á opinião, em que se firma

este n.º, de que tudo, quanto se passa a bordo de um navio entre nacionaes, se reputa, como se tivesse acontecido no paiz respectivo. ¹

E nem o Cod. funda a sua disposição em semelhante ficção, porque se a firmára, levaria o legislador a conclusões mais extensas.

Considerados os navios nacionaes como prolongação do nosso territorio, já no mar alto, já nos portos estrangeiros, não só deviam ficar sujeitos á disposição do Cod. Pen., e competencia dos nossos tribunaes, os individuos, nacionaes, ou estrangeiros, que commettessem crimes a bordo, no mar alto, mas nos portos estrangeiros, embora o offensor não fosse um portuguez.

Se o Cod. aqui se firmasse na ficção, se concluiria, que renunciando ao direito, que della se deriva, abandonámos os subditos portuguezes, ou quaesquer estrangeiros, réos de crimes commettidos a bordo de nossos navios em portos estrangeiros, se o offendido e offensor não forem portuguezes; para serem punidos, segundo as leis criminaes de uma nação estrangeira.

A excepção, não seria mais, que *uma reserva do direito de immuniidade*, que não reclamámos, e que cedemos, e não *uma limitação*, que aliás não poderíamos constituir no direito de soberania, que todas as nações tem nos seus portos.

Isto parece-nos, que não pôde ser assim. Sem duvida, ou em rasão do dever de curar a enfermidade moral, criminosa, ou em rasão do dever de proteger, que tem as nações a respeito de seus subditos, se deve, ou punir, na hypothese, que se figura, o criminoso, se não foi punido, ou julgado, no paiz estrangeiro, ou reclamar da nação respectiva essa punição: mas a punição assim condicional e subsidiaria, ou a reclamação, são direitos a exercer, diversos do que é sancionado no presente n.º, que temos, por tanto, como infundado, maxime sem a clausula ou condição expressa em o n.º 4.º

A verdadeira doutrina sobre a materia é: 1.º a regra, de que os maleficios commettidos em paiz estrangeiro, e paiz estrangeiro é o dos portos estrangeiros, em que surge um

¹ Sirey, Recueil général de jurisprud. tom. 27, p. I. pag. 578; Wheaton, tom. 2.º

navio portuguez, não devem ser punidos em Portugal: 2.^o as excepções; 1.^a de haver accordo especial, em contrario, ou por virtude de tractados, ou de lei especial, que estabeleça, entre Portugal e outro paiz a *reciprocidade*: 2.^a de serem portuguezes os criminosos, e de não terem sido processados, ou punidos, no paiz, estrangeiro, ou se sendo estrangeiros, e fôr offendido um portuguez, se aquelles forem encontrados em Portugal, e de não terem, igualmente, já sido julgados.

Tudo se reduz aos corolarios, que se derivam do direito de punir, ou de curar o mal proveniente do crime, objectiva ou subjectivamente, considerada a pena, como remedio preventivo, e reparador, na causa, ou nos effeitos, do mesmo crime.

Se o mal proveniente do crime acontecido em porto estrangeiro, já fôr ali processado e julgado: segue-se que a nação estrangeira usou do seu direito, cumprindo o dever social. Se o criminoso fôr condemnado e punido, seria uma injustiça atroz processal-o e punir-o segunda vez: e se fôr julgado, e absolvido, devem-se respeitar os actos de soberania legitimamente exercidos, e a presumpção legal da verdade, ou da innocencia, milita a favor do supposto criminoso; mas se, ou não fôr processado, ou o não pôde ser, restabelece-se o *direito de processar e de punir*, entre nós, esse mesmo criminoso, porque elle não deve, com o compromettimento da segurança commum, ser admittido ao gremio social, sem a reabilitação, por cumprimento da pena, ou por absolvição.

Pôde acontecer, que o processo, tenha sido instaurado concluido, e sentenciado, mas a execução, por fuga, ou não apprehensão do culpado, não tenha podido ter logar: e então, resta a revisão do julgado estrangeiro, para o effeito de se mandar cumprir, se o facto é punivel, segundo as Leis do reino, punindo-se com as determinações penaes do Cod., em analogia com as da condemnação estrangeira, excluidos aquelles elementos de penalidade, principaes, ou accessorios, que o Cod. não reconheça.

Pôde ainda acontecer, que o Poder Moderador, ou de Graça, tenha intervindo em favor do condemnado, e essa resolução estrangeira tambem perime entre nós o direito de punir: 1.^o porque o exercicio desse Poder se presume fundada em considerações de justiça, e nunca no arbitrio: 2.^o pela nossa incompetencia, para ajuizar dos actos de soberania

das outras nações, assim como ellas o seriam de actos identicos do Soberano portuguez.

Além disso, cumpria fazer-se uma distincção importante, que se não fez, como notámos ao Art. antecedente, e é a de navios mercantes ou de particulares, e a dos de guerra ou do Estado, estrangeiros.

A regra de Direito internacional, é que os navios, quer de guerra, quer de particulares, desde que entram, ou lançam ferro, nos portos de uma nação, ficam sujeitos á jurisdicção territorial; e a esta regra é diametralmente repugnante o disposto neste nosso n.^o 1.^o, e como tal inadmissivel, por isso que o Cod. é incompetente para derogar o Direito das Gentes.

Esta regra tem uma excepção, que, em si mesma, é a confirmação do principio, em que a regra se funda; porque, se o mesmo Direito das Gentes, tem introduzido a favor dos navios de guerra, ou do Estado, estrangeiros, posto que surtos em portos estrangeiros, a isempção da jurisdicção territorial, não é porque lhes seja devida *stricto jure*, mas por virtude de uma *permissão tacita* das nações, e esta mesma não absoluta, mas sujeita a restricções.

Esta permissão por isso mesmo, que é uma dispensa no exercicio dos direitos de soberania, inalienaveis e imprescriptiveis, em qualquer paiz, é dependente, para sua conservação, de que se não abuse della: ou de que se não interprete de modo, que prejudique a mesma soberania em si mesma.

Assim, 1.^o é consequente, que os navios de guerra observem o Direito das Gentes, de fôrma que o quebrantamento dos deveres, que esse Direito lhes prescreve, os faz voltar á regra geral da sujeição á jurisdicção territorial; 2.^o que um desses navios não pôde cobrir com a sua immunnidade a presa feita em prejuizo da mesma nação, em cujo porto dá entrada, etc.

ARTIGO 27.º

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

A primeira parte da disposição deste n.º não soffre a menor difficuldade, ou objecção; pois fica perfeitamente de accordo com os principios, que estabelecemos, em o numero antecedente; mas repugna com a doutrina do mesmo n.º a excepção, que mostra a parte final.

Em vista de uma semelhante excepção, se, por ex., o capitão de um navio francez, surto em um dos nossos portos reclamar a applicação das leis penaes portuguezas, contra um homem, que matou, ou feriu outro, ambos da sua tripulação, embora o marinheiro aggressor, ou agredido, seja francez, inglez, hespanhol ou portuguez, ou turco, teremos de responder a essa reclamação, que não podemos deferir-lhe, por isso que o Cod. Pen. lhe não é applicavel.

Mas, se algum desses estrangeiros, aggressor ou agredido, não fôr da tripulação do navio, embora seja francez, um ou ambos, outra será a nossa resposta, pois que então o Cod. terá pleno vigor.

Consequentemente, parodiando-se o n.º antecedente, em vista deste n.º 7.º, fica sendo certo, que o Cod. Pen. sómente é applicavel. — « A todo o estrangeiro ou portuguez, « que commetter algum crime a bordo de navio estrangeiro « surto em porto portuguez, quando esse crime não fôr praticado, por elle, pessoa da, tripulação contra outra da mesma tripulação. »

Quer dizer, sustentámos para nós, os portuguezes, em geral, nos delictos, commettidos, a bordo de navio portuguez, em portos estrangeiros, um privilegio, que, nos nossos portos, só concedemos, restricto ás pessoas da tripula-

ção; e arrogamo-nos, assim, maior imperio n'uma parte integrante do territorio alheio, que a que em nos nossos portos não abdicamos ás outras nações, em perfeita igualdade de circumstancias! Isto carece absolutamente de emenda, por que parece não tem conciliação alguma.

É certo, que, a respeito das desordens, commettidas a bordo de um navio surto em um porto estrangeiro, exceptuam-se da jurisdicção local, quando entre pessoas da tripulação: mas é porque então se considera o facto correlativo, ou connexo com, a disciplina interna do navio.

É como as desordens domesticas, em que só exerce poder disciplinar o chefe da familia, mas cumpre, que do navio se não reclame soccorro, ou intervenção da authoridade local, nem se dê escandalo, ou cause prejuizo, comprometendo-se a tranquillidade do porto.

Esta é a doutrina de Direito internacional, como foi reconhecida em França por um Aviso do Conselho d'Estado, de 28 de Outubro de 1806, approvado em 28 de Setembro seguinte.

A jurisdicção disciplinar e repressiva, que é exercida pelos respectivos consules, vem, não tanto de serem, offensor e offendido, subditos da nação, a que pretence o navio, mas de que, pretendendo á tripulação do navio, se presume, que os factos não passam de infracções meramente policiaes do mesmo navio. Mas como toda a presumpção cede á verdade em contrario, segue-se, que os crimes e delictos communs, embora praticados entre individuos da tripulação de um navio estrangeiro (se não é um navio de guerra, insento da jurisdicção local) ficam, ou deveriam ficar, sujeitos ás leis do respectivo territorio.

Em conclusão, sendo verdadeira a regra, que se estabelece no presente n.º, como perfeitamente conforme, ao disposto em o n.º 1.º, e 6.º, a excepção é repugnante, tanto relativamente á razão de decedir, em que se firma, na mesma especie, a these do n.º 8.º, como, em geral, a do n.º 1.º

Ou a tripulação é composta integralmente de estrangeiros, e fica, durante a sua estada no porto, sujeita ás leis do paiz, ou é mixta de estrangeiros e portuguezes, e, então,

¹ Gand, Cod. des Étrangers, n.ºs 98.º, 99.º, 100.º, publ. em 1853.

ou, em rasão da nacionalidade do offensor, ou do damno do offendido, o Estado, é obrigado a reprimir o crime.

Assim o hade praticar, mas um assassino, um ladrão, tem de ser punido por outras leis : mas não pelo Cod., vindo, por tanto, ainda a ficar este n.º em contradicção com o Art. 15.º, que só exceptuou da sua competencia os crimes *militares*, — ou regulados *por lei especial*.

Sendo tão absoluta a excepção, como a regra, que se estabelece no presente n.º, seria necessario, que tivessemos um Cod. pen. especial de *marinha*, que comprehendesse, assim os navios mercantes, ou particulares, como os de guerra, ou do Estado.

Mas não temos esse Cod., especial, com essa comprehensão, nem devemos tel-o; porque nenhuma rasão ha sufficiente, para equiparar, a respeito dos delictos communs, a tripulação de um navio mercante, á de um navio de guerra ou do Estado.